



Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege

Zwischenbericht II

Anhang

Berichte der Experten zur Urteilsanalyse

Bern/Zürich/Luzern, den 1. Oktober 2012

Inhalt

Ergebnis im Bereich des öffentlichen Rechts	3
Ergebnis im Bereich des Sozialversicherungsrechts	39
Ergebnis im Bereich des Strafrechts	83
Ergebnis im Bereich des Privatrechts	171

Evaluation der Bundesrechtspflege –

Ergebnis der qualitativen Analyse im Bereich des öffentlichen Rechts

Experte:	Prof. Dr. iur. Peter Ludwig
Rechtsgebiet:	Öffentliches Recht
Fragestellungen:	A01-A07

Öffentliches Recht – Fragestellung A01

1. Grundlagen

Fragestellung A01: Lässt sich ein Unterschied in der Begründungsdichte (insbesondere bezüglich Qualität und Nachvollziehbarkeit) von Grundsatzurteilen vor und nach der Reform feststellen?¹

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden nur in BGE publizierte Entscheide untersucht. Soweit einzelne Erwägungen nicht publiziert sind, wurden diese anhand des Internettextes untersucht. Dieser wurde bezüglich Quantität in BGE-Seiten umgerechnet.

Analysierte Urteile: alle in BGE 132 I und II (2006) sowie BGE 135 I und II (2009) veröffentlichten Urteile. Bezüglich des Umfangs der materiellen Begründung wurde die Untersuchung ausgedehnt auf die BGE 131 I und II (2005) sowie BGE 136 I und II (2010). Bezüglich der Anzahl publizierter Entscheide wurden zusätzlich die BGE 130 I und II (2004), 133 I und II (2007) und 134 I und II (2008) mit einbezogen.

Grundgesamtheit: im Einzelnen wurden überprüft:

- a) zur Frage der Anzahl publizierter Grundsatzentscheide:
alle Urteile (349)
- b) zur Frage des Umfangs der materiellen Begründungen:
alle Urteile, die von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällt wurden und nicht bloss Verfahrensfragen zum Gegenstand haben (266 Urteile von 349)
- c) zum qualitativen Vergleich:
aus den Jahrgängen 132 und 135 insgesamt 10 ausgewählte Urteile der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung zu raumplanungs-

¹ Es soll auch die statistische Entwicklung der 5er Entscheide erwähnt werden.

rechtlichen Fragen und 8 Urteile der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung zu Fragen des Ausländerrechts. Da zum letztem Rechtsgebiet in Bd. 132 II nur ein einziges Urteil publiziert ist, wurden zusätzlich die 4 Urteile in Bd. 131 II untersucht.

3. Erkenntnisse

3.1 Quantitativer Vergleich

3.1.1 Die Anzahl publizierter Grundsatzentscheide ist in etwa gleich geblieben; je einmal gab es einen Ausreisser nach oben (2005 und 2010), bei den von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällten Urteilen nur einmal (2005).

Bd. 130 (2004): 82 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 74)

Bd. 131 (2005): 109 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 99)

Bd. 132 (2006): 71 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 63)

Bd. 133 (2007): 72 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 64)

Bd. 134 (2008): 78 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 61)

Bd. 135 (2009): 78 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 61)

Bd. 136 (2010): 91 (von den öff.-rechtl. Abt. gefällt: 74)

Anmerkung: Vereinzelt finden sich 5er-Entscheide, die nicht in den BGE publiziert sind.

3.1.2 Der Umfang der materiellen Begründungen (ohne Eintretens- und Kostenerwägungen) hat sich nicht markant verändert:

Bd. 131 (2005): durchschnittlich 9,6 Seiten (Bd. I 8,2 Seiten, Bd. II 10,6 Seiten)

Bd. 132 (2006): durchschnittlich 8,8 Seiten (Bd. I 7,5 Seiten, Bd. II 10 Seiten)

Bd. 135 (2009): durchschnittlich 8,1 Seiten (Bd. I 8,5 Seiten, Bd. II 8 Seiten)

Bd. 136 (2010): durchschnittlich 8,8 Seiten (Bd. I 8,3 Seiten, Bd. II 9,1 Seiten)

3.2 Qualitativer Vergleich

Vorbemerkung:

Verglichen wurden Entscheide aus je einem Rechtsgebiet der I. und der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung. Es wurden Rechtsgebiete gewählt, in denen eine grössere Anzahl Entscheide publiziert sind, sodass ein aussagekräftiger Vergleich möglich ist. Auf

dem Gebiet der Raumplanung traut sich der Experten zudem eine inhaltliche Beurteilung zu, weshalb er zu diesen Urteilen etwas detaillierter Stellung nimmt.

3.2.1 Zu einzelnen Urteilen

a) Raumplanungsrecht

Band 132 (2006)

- BGE 132 II 10 (frz.): Erstellen eines Bootssteiges im See. Schlecht strukturiert, schwer verständlich, schwer nachvollziehbar, fraglich, ob materiell richtig.
- BGE 132 II 21: Nachträgliche Baubewilligung für gewerblich genutzte Scheune etc., Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Sehr ausführlicher, sorgfältiger und schlüssiger Entscheid. Einzig E. 9 unklar (Schleifung der Scheune andiskutiert, ohne zu berücksichtigen, dass zuerst die materiell rechtswidrige Baubewilligung widerrufen werden müsste).
- BGE 132 II 408 (frz.): Nutzungsplan für Windkraftanlage (Kt. NE): Sehr komplizierte Erwägungen. Im Ergebnis wohl richtig, aber nicht in allen Teilen präzise und klar (bspw. Rechtsprechung zum Verhältnis Art. 24 RPG/Nutzungsplanänderung ungenau wiedergegeben [E. 4.2 S. 414]).

Band 135 (2009)

- BGE 135 I 176 (frz.) und 233 (frz.), 135 II 22 und 209 sind sorgfältig redigiert und überzeugen auch inhaltlich.
- BGE 135 II 30: Zwischenentscheid betr. Unterschreitung des Waldabstandes: Einerseits Hinweis auf BGE 134 III 188 E. 2.1 S. 190, wonach der nicht wieder gutzumachende Nachteil nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG grundsätzlich *rechtlicher* Natur sein müsse, andererseits Aussage, dass auch rein *tatsächliche* Nachteile einen n.w.N. darstellen könnten (z.B. wirtschaftliche Interessen; Hinweis auf BGE 134 II 137 E. 1.3.1 S. 139). Es hätte klarer gesagt werden müssen, dass von der Rechtsprechung gemäss BGE 134 III 188 E. 2 S. 190 abgewichen wird. Ein gewisser Widerspruch besteht auch darin, dass in E. 1.3.4 S. 35 gesagt wird, eine sofortige Überprüfung rechtfertige sich auch deshalb, weil die Be-

schwerde offensichtlich abzuweisen sei, auf S. 36 unten dann aber gesagt wird, mit dieser Praxis zum n.w.N. könne in Zukunft vermieden werden, dass die Frage des n.w.N. mit Hinweis auf die Unbegründetheit der Beschwerde offengelassen werden könne.

- BGE 135 II 78 (frz.): Einsprachefrist in Fällen von Art. 12b Abs. 1 NHG muss für Organisationen *und* Private mindestens 20 Tage betragen; Treu und Glauben bei Praxisänderung: Sorgfältiger, überzeugender Entscheid. Es wäre allerdings möglich gewesen, die Beschwerde bereits wegen Verletzung von Treu und Glauben gutzuheissen; dann wäre aber die Frage der Auslegung von Art. 12b Abs. 1 NHG offengeblieben.
- BGE 135 II 286: Rechtliches Gehör im Planverfahren (Art. 33 RPG als Minimalanspruch verlange nicht Einsprachemöglichkeit *vor* dem Planbeschluss, wie das Art. 29 Abs. 2 BV für Verfügungen verlange). Die Begründung könnte klarer sein, indem gesagt würde, dass Art. 33 RPG für das Bundesgericht massgeblich sei (Art. 190 BV); allenfalls hätte auch gesagt werden können, dass der Nutzungsplan eine Mischform (Rechtsinstitut sui generis) von Erlass und Verfügung sei und deshalb Art. 29 Abs. 2 BV nicht (vollumfänglich) zum Tragen komme. Schliesslich ist die Auslegung von Art. 33 RPG durch das Bundesgericht nicht zwingend (aber konstante Praxis); Art. 33 RPG könnte auch so verstanden werden, dass der Nutzungsplan bereits vor dem Beschluss öffentlich aufzulegen ist.²

b) Ausländerrecht

Band 131 (2005)

- BGE 131 II 265 (frz.): Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 7 ANAG, Art. 8 EMRK). Guter, an sich sorgfältiger Entscheid. Für die Aussage des gesetzgeberischen Ziels („but poursuivi par le législateur“) fehlt allerdings ein Beleg, z.B. durch einen Hinweis auf die Materiealien. Das Ergebnis ist überzeugend, die Argumentation im Rahmen von Art. 8 EMRK jedoch nicht

² so einige im Entscheid zitierte Autoren sowie Aemisegger/Haag, Kommentar RPG, 1999, Art. 33 N. 11

durchwegs schlüssig (die Fälle einer Eheschließung vor dem Strafvollzug und während des Strafvollzugs werden nicht sauber unterschieden).

- BGE 131 II 329 (frz.): Regelung des Aufenthaltsrechts für die Zeit nach Verbüßung der Strafe (Art. 14 ANAV, Art. 5 Anh. I FZA). Im Ergebnis wohl richtiger Entscheid, nicht durchwegs klarlinig, teils eher widersprüchliche Argumentation.
- BGE 131 II 339 (frz.): Aufenthaltsbewilligung nach FZA. Nachvollziehbarer, verständlicher, sorgfältig redigierter Entscheid mit ausführlichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung des EUGH.
- BGE 131 II 352 (it.): Einreisesperre nach FZA. Gut referenzierter, sorgfältig redigierter Entscheid, nachvollziehbar, verständlich.

Band 132 (2006)

- BGE 132 II 65: Gültigkeit eines Niederlassungsvertrags mit dem Zarenreich und seinen Nachfolgestaaten Sowjetunion und Ukraine. Sehr ausführlicher, sehr sorgfältig redigierter Entscheid.

Band 135 (2009)

- BGE 135 II 1: Folgen der Nichtigkeit einer Einbürgerung für den Aufenthaltsstatus. Sorgfältig und schlüssig redigierter Entscheid.
- BGE 135 II 94: Ausländerrechtliche Administrativhaft. Oberes kantonales Gericht, Zuständigkeit. Sorgfältiger, guter, nachvollziehbarer, verständlicher Entscheid.
- BGE 135 II 105: Dauer einer Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft. Heranziehen von EMRK-Entscheiden, Verweise auf die Beratungen im Nationalrat, Vergleiche mit andern Fällen. Sorgfältig redigierter Entscheid.

- BGE 135 II 110: Widerruf des Asyls, Ausweisung. Sehr sorgfältiger Entscheid, Bezugnahme auf Entscheide EGMR und eigene Entscheide.
- BGE 135 II 265: Freizügigkeitsabkommen, Aufenthaltsrecht ohne Erwerbstätigkeit. Hinweise auf Rechtsprechung des EUGH. Sorgfältiger, ausführlicher, nachvollziehbarer Entscheid.
- BGE 135 II 369: Freizügigkeitsabkommen, Familiennachzug. Kurzer, prägnanter Entscheid.
- BGE 135 II 377: Aufenthaltsbewilligung. Widerrufsgründe nach Ausländergesetz, Auslegung des Begriffs „längerfristige“ Strafe, Verweis auf Gesetzesmaterialien, die Lehre sowie die Rechtsprechung des EGMR. Relativ kurzer, prägnanter und überzeugender Entscheid.

3.2.2 Vergleich BGE 131/132 mit BGE 135

Es kann bezüglich Qualität der Urteile (Vollständigkeit/Lückenlosigkeit, Präzision, Nachvollziehbarkeit, Widerspruchsfreiheit, Verständlichkeit, Tonalität, Strukturierung, Referenzierung, Umfang/angemessene Länge) kein relevanter Unterschied festgestellt werden.

3.3 Zusammenfassung

Es kann bei den beiden untersuchten Jahrgängen bezüglich Begründungsdichte (insbesondere Qualität und Nachvollziehbarkeit) kein relevanter Unterschied festgestellt werden.

4. Anregungen

Keine

5. Diverses

5.1 Offene Fragen/weiterer Klärungsbedarf:

keine(r)

Öffentliches Recht – Fragestellung A02

1. Grundlagen

Fragestellung A02: Lässt sich in den Urteilen des Bundesgerichts eine Veränderung in der Ausübung der Kognition feststellen (offener oder enger)?

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden grundsätzlich nur in BGE publizierte Entscheide untersucht. Soweit einzelne Erwägungen nicht publiziert sind, wurden sie anhand des Internettextes untersucht (Bd. 132 und 135). Das gefundene Ergebnis wurde anhand der Entscheide in Band 136 überprüft; hier wurde jedoch nicht auf den Internettext zurückgegriffen (nur publizierte Erwägungen berücksichtigt).

Analysierte Urteile: alle in BGE 132 I und II, BGE 135 I und II und BGE 136 I und II veröffentlichten Urteile, soweit von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällt

Grundgesamtheit: alle drei Jahrgänge zusammen: 22 einschlägige Urteile (von 156)

3. Erkenntnisse

3.1 Es lässt sich keine relevante Veränderung in der Ausübung der Kognition feststellen.

3.2 Veränderungen ergaben sich hingegen aufgrund von Gesetzesänderungen:

3.2.1 Eine Veränderung ergab sich dadurch, dass als Vorinstanzen nun meist auch dort Gerichte entscheiden,³ wo früher (unter dem OG) Verwaltungsbehörden ent-

³ als Folge von Art. 86 Abs. 2 BGG und infolge Einsetzung des Bundesverwaltungsgerichts oder des Bundesstrafgerichts (für Auslieferungen) durch Änderungen von Spezialgesetzen des Bundes.

schieden haben (z.B. im Fernmelderecht⁴ und im Auslieferungsrecht⁵): Das Bundesgericht ist hier im Gegensatz zu früher nun grundsätzlich an die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz gebunden ist (Art. 97 i.V.m. Art. 105 BGG; früher Art. 104 lit. b und Art. 105 OG).

3.2.2 Eine Veränderung ergab sich ferner im Verfahren der formellen Enteignung, indem Entscheide der eidgenössischen Enteignungsschätzungskommission nun zuerst beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden müssen und erst hernach der Weg an das Bundesgericht offensteht,⁶ wodurch die frühere freie Überprüfung des Sachverhalts⁷ und der Angemessenheit der Schätzung⁸ durch das Bundesgericht entfällt.⁹

3.2.3 Schliesslich hat sich eine Erweiterung der Kognition dort ergeben, wo statt der staatsrechtlichen Beschwerde nun die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten möglich ist, z.B. bei der Anfechtung von Nutzungsplänen:¹⁰ Hier kann das Bundesgericht neu nun auch die Verletzung von raumplanerischen Bestimmungen des einfachen Bundesrechts (z.B. Art. 15 RPG) prüfen, und zwar mit freier Kognition. Nach BGE 136 I 395 E. 2 gilt Letzteres (wohl zu Recht) auch im Rahmen einer Autonomiebeschwerde. Allerdings wurde in BGE 135 I 302 E. 1.2 und 136 I 265 E. 3.2 noch die alte, bei der staatsrechtlichen Beschwerde verwendete Formel wiedergegeben, wonach das Bundesgericht im Rahmen der Autonomiebeschwerde nur die Handhabung von eidgenössischem und kantonalem Verfassungsrecht mit freier Kognition prüfe, Gesetzes- und Verordnungsrecht dagegen lediglich unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots. Es ist unklar, ob das Bundesgericht mit BGE 136 I 395 eine Praxisänderung vor-

⁴ Z.B. BGE 135 II 224, n.p. E. 1.3, 132 II 47 E. 1.2

⁵ Z.B. BGE 132 II 81 E. 1.3

⁶ Art. 77 und 87 EntG

⁷ BGE 132 II 427 E. 1.2 (Pra 2007 Nr. 76), 119 Ib 447 E. 1,

⁸ Art. 104 lit. c Ziff. 1 OG; BGE 132 II 427 E. 1.2 (Pra 2007 Nr. 76), 109 Ib 26 E. 1b

⁹ Art. 97 und 105 BGG

¹⁰ Vgl. Art. 34 RPG nach alter und neuer Fassung

nehmen wollte oder ob es sich bei den beiden früheren Entscheiden um Versehen (alte Textbausteine) handelte.¹¹

4. Anregungen

Das Bundesgericht wird hinsichtlich der widersprüchlichen Kognitionsformeln bei der Autonomiebeschwerde (oben Ziff. 3.2.3) Klarheit schaffen müssen.

5. Diverses

Keine offenen Fragen, kein weiterer Klärungsbedarf

¹¹ Siehe auch *Pierre Tschannen* in der Besprechung der Staatsrechtlichen Rechtsprechung in ZBJV 2011 S. 810

Öffentliches Recht – Fragestellung A03

1. Grundlagen

Fragestellung A03: Sind Unterschiede zur früheren Auslegung der Begriffe „Endentscheid“ und „Zwischenentscheid“ festzustellen?

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden nur in BGE publizierte Entscheide untersucht. Soweit einzelne Erwägungen nicht publiziert sind, wurden diese anhand des Internettextes untersucht (Bd. 132 und 135). Das gefundene Ergebnis wurde anhand der Entscheide in Band 136 überprüft (hier in der Regel jedoch ohne Rückgriff auf das Internet). Vereinzelt wurden Entscheide aus andern Jahren berücksichtigt.

Analysierte Urteile: alle in BGE 132 I und II, BGE 135 I und II und BGE 136 I und II publizierten Urteile, soweit von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällt, vereinzelt Urteile aus andern Jahren.

Grundgesamtheit: alle drei Jahrgänge zusammen: 17 einschlägige Entscheide (von 156)

3. Erkenntnisse

3.1 Zu einzelnen Urteilen

3.1.1 Bezüglich Endentscheid ist nur ein sehr kleiner Unterschied festzustellen: Ein kantonal letztinstanzlicher *Entscheid über Einsprachen gegen einen Nutzungsplan* wurde unter altem Recht als Endentscheid i.S. von Art. 86/87 OG betrachtet, obschon der Plan noch der Genehmigung durch den Regierungsrat bedurfte, was im konkreten Fall wohl nur noch Formsache sei (wohl weil der Plan auf einem vom Regierungsrat erlassenen Richtplan beruhte).¹² Nach neuer Praxis liegt ein letztinstanzlicher Endentscheid über einen Nutzungsplan nur vor, wenn die für die Verbindlichkeit des Plans notwen-

¹² BGE 132 II 408, n.p. E. 3.1 (allerdings eine etwas merkwürdige Begründung)

dige kantonale Genehmigung nach Art. 26 Abs. 3 RPG vorliegt und in das letztinstanzliche Verfahren miteinbezogen wurde.¹³

Da die Genehmigung eines *kantonalen Richtplans* durch den Bundesrat für den Kanton nicht konstitutiv ist (Art. 11 RPG), ist der letztinstanzliche kantonale Beschluss bereits vor dieser Genehmigung ein Endentscheid.¹⁴

Der *Vorentscheid über das Steuerdomizil* gilt nach wie vor als Endentscheid.¹⁵ Einem solchen gleichgestellt werden wie früher *Rückweisungsentscheide*, wenn sie der unteren Instanz keinen Entscheidungsspielraum lassen¹⁶

In BGE 136 I 80 E. 1.2 hat das Gericht offengelassen, ob die Verneinung der Zuständigkeit durch das kantonale Verwaltungsgericht mit Weiterleitung der Akten an das Obergericht ein Endentscheid oder ein Zwischenentscheid vorliegt, weil im letztern Fall der Entscheid jedenfalls nach Art. 92 BGG anfechtbar wäre.

3.1.2 Bezüglich Zwischenentscheid ist ein markanter Unterschied festzustellen, indem zu dieser Kategorie nun auch Grundsatzentscheide gerechnet werden, die einen Teilaspekt einer Streitsache (z.B. einen von mehreren materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen) beantworten und als sog. Teilentscheid bezüglich Anfechtung bisher einem Endentscheid gleichgestellt wurden. Da der Begriff Teilentscheid nach Art. 91 BGG nun aber enger ist als der bisherige, von der Praxis entwickelte Begriff, und da Endentscheide nur solche sind, welche das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG), blieb nichts anderes übrig, als Grundsatzfragen über materielle Teilaspekte einer Streitsache neu unter den Begriff Vor- oder Zwischenentscheid i.S. von Art. 92 BGG zu subsumieren. Als solche Entscheide sind z.B. zu nennen:

¹³ BGE 135 II 22

¹⁴ BGE 136 I 265 E. 1.2

¹⁵ BGE 136 II 274 n.p. E. 2, 134 I 303 E. 1.1, 125 I 54 E. 1a

¹⁶ BGE 134 II 124 E. 1.3, 129 I 313 E. 3.2 S. 317

- die Bewilligung nach Art. 24 RPG für eine standortgebundene Baute ausserhalb der Bauzone mit Rückweisung an die Vorinstanz zur Weiterführung des Verfahrens;¹⁷
- in einem Staatshaftungsprozess die Bejahung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung mit Rückweisung an die Vorinstanz zu Fortsetzung des Verfahrens;¹⁸
- im Entschädigungsverfahren wegen formeller Enteignung ein Rückweisungsentscheid, mit dem eine von mehreren möglichen Anspruchsgrundlagen ausgeschlossen wird;¹⁹
- die Bejahung einer materiellen Enteignung mit Rückweisung an die Vorinstanz zur Festsetzung der Entschädigung;²⁰ dagegen ist der Entscheid über Zulässigkeit und Umfang einer formellen Enteignung ein Endentscheid, wenn das Schätzungsverfahren erst durchgeführt werden kann, wenn der erste Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist;²¹
- die Bewilligung zum Unterschreiten des gesetzlichen Waldabstandes durch ein Bauprojekt und Rückweisung an die Vorinstanz zur Fortführung des Verfahrens;²²
- die Verpflichtung zur Durchführung einer Altlasten-Vor- oder -Detailuntersuchung.²³

3.1.3 Nach der Praxis des Bundesgerichts soll dem prozessökonomischen Anliegen des früheren Teilentscheids (insbesondere der selbständigen Anfechtbarkeit der im kantonalen Baurecht bekannten Vorentscheide und generellen Baubewilligungen) im Rahmen von Art. 93 BGG (insbesondere Abs. 1 lit. a: nicht wieder gutzumachender Nachteil) Rechnung getragen werden, allerdings nur, wenn dies nicht Grundsätzen

¹⁷ BGE 132 II 10 E. 1

¹⁸ BGE 132 II 305, n.p. E. 1

¹⁹ BGE 136 II 165 E. 1.1

²⁰ BGE 132 II 475 E. 1; nach neuer Praxis ist das ein Zwischenentscheid, der aber nach Art. 93 Abs. 1 lit b BGG selbständig anfechtbar ist (BGer 1C_281/2008 vom 7.4.2009 E. 1 (in ZBl 2010 S. 289)).

²¹ BGE 135 II 310

²² BGE 135 II 30 E. 1.3.1 a.E.

²³ BGE 136 II 370 E. 1.3

der Koordination widerspreche oder wenn ein Abwarten des Endentscheids aus andern Gründen nötig oder zumutbar sei.²⁴

Noch nicht restlos klar ist, ob das Bundesgericht als nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auch tatsächliche Nachteile anerkennt. In BGE 135 II 30 E. 1.3.4 S. 36 wird einerseits mit Verweis auf BGE 134 III 188 E. 2.1 S. 190 verlangt, dass der Nachteil rechtlicher Natur sein müsse (so auch BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382); anschliessend wird aber bemerkt, dass auch ein rein tatsächlicher (wirtschaftlicher) Nachteil genügen könne, sofern es nicht nur um eine Verzögerung oder Verteuerung des Verfahrens gehe (Hinweis auf BGE 134 II 137 E. 1.3.1 S. 140).²⁵

Übereinstimmend mit dem früheren Recht erklärt das Bundesgericht, eine blosser Verzögerung oder Verteuerung des Verfahrens sei grundsätzlich noch kein nicht wiedergutzumachender Nachteil; ein solcher drohe aber, wenn bereits die bisherige Verfahrensdauer keinen Rechtsschutz innert angemessener Frist mehr gewährleiste²⁶ oder wo die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses den Beschwerdeführer in den Konkurs treiben könnte.²⁷ Wie unter altem Recht stellt ein Rückweisungsentscheid für eine beschwerdeberechtigte Gemeinde oder Bundesbehörde dann einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar, wenn er sie zwingt, einen von ihr als falsch erachteten Entscheid zu fällen, den sie dann selber wieder anfechten müsste.²⁸

Möglicherweise praktisch, aber dogmatisch fragwürdig ist die mitunter verfolgte Praxis, die Frage des nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht abschliessend zu klären und auf die Beschwerde einzutreten mit der Begründung, die Beschwerde sei ohnehin offensichtlich abzuweisen²⁹ oder gutzuheissen.³⁰

²⁴ BGE 135 II 30 E. 1.3.5

²⁵ In BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382 wird zwar betont, ein rein tatsächlicher Nachteil genüge nicht; es wird dann aber auf BGE 136 II 30 E. 1.3.4 und 1.3.5 verwiesen, der diesen Grundsatz relativiere.

²⁶ BGE 136 II 165 E. 1.2.3

²⁷ BGE 136 II 370 E. 1.5

²⁸ BGE 133 II 409 E. 1.2 S. 412, 136 I 395, n.p. E. 1.3, 136 II 149, n.p. E. 1

²⁹ BGE 135 II 30 E. 1.3.4 S. 35

³⁰ BGE 136 II 370 E. 1.5

3.2 Zusammenfassung

Der Begriff „Endentscheid“ wird unter neuem Recht weitgehend gleich ausgelegt wie unter altem Recht. Der Begriff Zwischenentscheid umfasst dagegen neu auch den früheren, von der Praxis entwickelten Begriff des Teilentscheids.

4. Anregungen

4.1 Für die Rechtsprechung

Noch nicht restlos klar ist, ob das Bundesgericht als nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auch tatsächliche Nachteile anerkennt (siehe oben unter Ziff. 3.1.3). Diese Frage sollte noch geklärt werden. Möglicherweise praktisch, aber dogmatisch fragwürdig ist die mitunter verfolgte Praxis, die Frage des nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht abschliessend zu klären und auf die Beschwerde einzutreten mit der Begründung, die Beschwerde sei ohnehin offensichtlich abzuweisen³¹ oder gutzuheissen.³²

4.2 Für die Gesetzgebung

Es wäre zu prüfen, ob die Kategorie „Teilentscheid“ nach Art. 91 BGG nicht erweitert und auf die unter dem OG als solche anerkannten Entscheide ausgedehnt werden könnte. Die Optik des Gesetzgebers war wohl allzu stark auf die Entlastung des Bundesgerichts gerichtet und hat zu wenig die daraus z.T. resultierende unnötige Belastung unterer Instanzen und Verlängerung der Verfahren berücksichtigt. Problematisch ist unter diesem Gesichtspunkt vor allem auch Art. 93 Abs. 3 BGG (der dem Art. 87 Abs. 3 OG in der Fassung vom 8.10.1999 entspricht), wonach selbständig anfechtbare Zwischenentscheide, die nicht angefochten werden, noch mit dem Endentscheid angefochten werden können.³³ Damit geht der Zweck der selbständigen Anfechtbarkeit solcher Zwischenentscheide – die rechtskräftige Vorabklärung eines Teilaspekts – verloren.

³¹ BGE 135 II 30 E. 1.3.4 S. 35

³² BGE 136 II 370 E. 1.5

³³ Siehe dazu u.a. die Kritik von *Christoph Bürki* in Ruth Herzog / Reto Feller, *Bernische Verwaltungsgewichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart*, Bern 2010, S. 495 f.

Zu prüfen wäre im Weiteren, ob in Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG nicht auf das zusätzliche Kriterium „...und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde“ verzichtet werden kann. Dieses Kriterium ist derart unbestimmt, dass sowohl für die kantonalen Gerichte als auch für die Rechtssuchenden grosse Unsicherheit bezüglich der selbständigen Anfechtbarkeit solcher Zwischenentscheide besteht; allgemein gültige Kriterien fehlen jedenfalls bis heute. Auch dürfte dieses Kriterium entbehrlich sein, wenn sofort ein Endentscheid resultieren könnte.

5. Diverses

5.1 Weiterer Klärungsbedarf

Siehe oben Ziff. 4.1

Öffentliches Recht – Fragestellung A04

1. Grundlagen

Fragestellung A04: Wie legt das Bundesgericht die Anforderungen an die Begründungspflicht³⁴ oder das Rügeprinzip³⁵ aus und wie ist die heutige Praxis zu beurteilen?

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden grundsätzlich nur in BGE publizierte Entscheide untersucht. Soweit darin einzelne Erwägungen nicht publiziert sind, wurden diese anhand des Internettextes untersucht (Bd. 132 und 135). Das gefundene Ergebnis wurde anhand der Entscheide in Band 136 überprüft (hier jedoch ohne Rückgriff auf das Internet).

In einem ergänzenden Schritt wurden 23 nach Zufallsprinzip (bzw. nach Relevanz gemäss Internetdatenbank) ausgewählte, nicht in den BGE publizierte Entscheide des Jahres 2010 überprüft, die gestützt auf Art. 42 und/oder 106 BGG zu einem vollständigen oder teilweisen Nichteintreten führten.

Analysierte Urteile: alle in BGE 132 I und II, BGE 135 I und II und 136 I und II publizierten Urteile, soweit von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällt, ferner 23 nicht in BGE publizierte Urteile der öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Jahres 2010.

Grundgesamtheit: alle drei Jahrgänge zusammen: 15 publizierte einschlägige Entscheide (von 156), ferner 18 nicht publizierte einschlägige Nichteintretensentscheide (von 23).

3. Erkenntnisse

³⁴ Siehe dazu BBl 2001 4294; vgl. auch 4232; Art. 42 BGG; Art. 108 Abs. 2 OG

³⁵ Siehe dazu BBl 2001 4344 f.; Art. 106 BGG; Art. 90 Abs. 1 lit. b OG

3.1 Zu einzelnen Urteilen (Beispiele)

- BGE 135 II 156, n.p. E. 1

Sind die Eintretensvoraussetzungen nicht ohne Weiteres gegeben, muss der Beschwerdeführer in seiner Begründung (Art. 42 Abs. 1 u. 2 BGG) darlegen, inwiefern die Bedingungen erfüllt sind und insbesondere inwiefern er legitimiert ist.

- BGE 135 II 224, n.p. E. 1.2.3

BGer geht nicht ein auf Ausführungen, «die den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügen: Nach Art. 42 BGG muss sich der Beschwerdeführer in seiner Eingabe sachbezogen mit den Darlegungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen (BGE 134 II 244 E. 2). Wird wie hier in erster Linie eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten behauptet, ist im Rahmen einer qualifizierten Rügepflicht darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungswidrig sein soll. Pauschalkritiken genügen hierfür ebenso wenig wie blosser Verweise auf entsprechende Darlegungen in den Akten (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.2).»

- BGE 135 II 286, n.p. E. 1.2

«1.2 Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Begründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Dies setzt voraus, dass sich der Beschwerdeführer wenigstens kurz mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt. Genügt die Beschwerdeschrift diesen Begründungsanforderungen nicht, so ist darauf nicht einzutreten. Zwar wendet das Bundesgericht das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); dies setzt aber voraus, dass auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann, diese also wenigstens die minimalen Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG erfüllt.

Strengere Anforderungen gelten, wenn - wie hier - die Verletzung von Grundrechten (einschliesslich der willkürlichen Anwendung von kantonalem Recht und Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung - BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255) geltend gemacht wird. Dies prüft das Bundesgericht nicht von Amtes wegen, sondern nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und

begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Für derartige Rügen gelten die gleichen Begründungsanforderungen, wie sie gestützt auf Art. 90 Abs. 1 lit. b OG für die staatsrechtliche Beschwerde gegolten haben (BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen). Die Beschwerdeschrift muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein. Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 mit Hinweisen).»

- BGE 135 II 296, n.p. E. 1.3.1

«Nicht einzugehen ist auf sämtliche Ausführungen, die den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügen: Nach Art. 42 BGG muss sich der Beschwerdeführer in seiner Eingabe sachbezogen mit den Darlegungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen. Das Bundesgericht prüft unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht - vorbehältlich offensichtlicher Fehler - nur die in seinem Verfahren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde auf alle sich stellenden rechtlichen Fragen einzugehen, wenn diese ihm nicht mehr unterbreitet werden. Bezüglich des Sachverhalts stellt es auf die Feststellungen der Vorinstanz ab, wenn diese - wie hier - nicht offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. Art. 105 BGG).»

- BGE 135 II 416, n.p. E. 1.2

«Es ist jedoch fraglich, inwiefern seine Beschwerdeschrift den gesetzlichen Begründungsanforderungen (vgl. Art. 42 u. 106 BGG) zu genügen vermag. Bei der gegenüber Laienbeschwerden üblichen wohlwollenden Betrachtungsweise kann das insofern angenommen werden, als die Eingabe den Rechtsstand-

punkt bzw. die Argumente des Beschwerdeführers hinreichend deutlich werden lässt und diese Argumente sich in sachlicher sowie gebührender Form auf das vorliegende Verfahren beziehen.»

3.2 Die ausgewerteten unveröffentlichten Urteile

23 wurden ausgewertet, 18 waren einschlägig. Sie betrafen die Gebiete Raumplanung, Steuern, Wehrpflichtersatzabgabe, Schulrecht, Strassenbau, Ausländerrecht, Staatshaftung, internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Opferhilfe.

3.3 Zusammenfassung

In der Praxis des Bundesgerichts sind bezüglich der Begründungspflicht und des Rügeprinzips keine Unterschiede nach altem und neuem Recht erkennbar.

Die einfache Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG wird gleich ausgelegt wie früher jene nach Art. 108 Abs. 2 OG, die qualifizierte Begründungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG gleich wie früher jene nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG.³⁶ Die Begründungspflicht gilt auch hinsichtlich des Vorhandenseins der Eintretensvoraussetzungen.³⁷ Weniger strenge Anforderungen stellt das Bundesgericht an Laienbeschwerden.³⁸

In der Regel begnügt sich das Bundesgericht damit, vorab die aus der bisherigen Rechtsprechung bekannten Grundsätze / Anforderungen wiederzugeben (Textbausteine mit Variationen), um anschliessend mehr oder weniger pauschal zu sagen, dass die Rechtsschrift oder Teile davon bzw. die Vorbringen zu einzelnen Rügen (oft zur Willkürzüge³⁹) diesen Anforderungen nicht genüge.⁴⁰

Die Auswertung von 23 nicht in den BGE publizierten Urteilen des Jahres 2010 hat zu keinen andern Erkenntnissen geführt. Da in den Entscheiden die Vorbringen der Beschwerdeführenden regelmässig nur zusammenfassend wiedergegeben werden, ist

³⁶ Vgl. z.B. BGE 135 II 286, n.p. E. 1.2

³⁷ BGE 135 II 156, n.p. E. 1, 133 II 400 E. 2; BGE 116 Ia 177 E. 3a, 120 Ib 431 E. 1

³⁸ BGE 135 II 416, n.p. E. 1.2

³⁹ z.B. BGE 136 I 49 E. 1.4.2

⁴⁰ Siehe dazu auch die BGE 136 I 49 E. 1.4, 136 I 65 E. 1.3, 136 I 184 E. 1.2, 136 II 101 E. 3

ohne Kenntnis der Rechtsschriften schwer zu beurteilen, ob die Praxis des Bundesgerichts streng ist oder nicht. Indessen ist zu bemerken, dass das Gericht in Grenzfällen und bei Nichteintreten wegen ungenügender Begründung oft bemerkt, die Beschwerde sei bzw. wäre ohnehin materiell unbegründet, und dabei nicht selten recht ausführliche materielle Erwägungen folgen lässt.

4. Anregungen

Keine

5. Diverses

Öffentliches Recht – Fragestellung A05

1. Grundlagen

Fragestellung A05: Wird der Begriff des „schützenswerten Interesses“ in der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anders ausgelegt als in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss OG?

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden grundsätzlich nur in BGE publizierte Entscheide untersucht. Soweit einzelne Erwägungen nicht publiziert sind, wurden diese anhand des Internettextes untersucht (Bd. 132 und 135). Das gefundene Ergebnis wurde anhand der Entscheide in Band 136 überprüft (hier in der Regel jedoch ohne Rückgriff auf das Internet). Vereinzelt wurden weitere Urteile (auch nicht in BGE publizierte) berücksichtigt. Ergänzend wurden schliesslich 22 nach dem Zufallsprinzip (bzw. nach Relevanz gemäss Internetdatenbank) ausgewählte, nicht in den BGE publizierte Entscheide des Jahres 2010 überprüft.

Analysierte Urteile: alle in BGE 132 I und II, BGE 135 I und II und BGE 136 I und II publizierten Urteile, soweit von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällt, vereinzelt auch weitere Urteile, ferner 22 nicht in BGE publizierte Urteile der öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Jahres 2010.

Grundgesamtheit: alle drei Jahrgänge zusammen: 23 publizierte einschlägige Entscheide (von 156), ferner 15 einschlägige nicht publizierte Entscheide (von 22 überprüften).

3. Erkenntnisse

3.1 Zu einzelnen Urteilen (Beispiele)

- In BGE 135 II 145 E. 6.1 erklärt das Bundesgericht, grundsätzlich entspreche Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG dem Art. 103 lit a OG. Die alte Rechtsprechung

bleibe somit gültig. (Es folgt eine Wiedergabe dieser Rechtsprechung; vgl. auch BGE 135 II 172 E. 2.1) Allerdings habe der Gesetzgeber den Wortlaut von 89 Abs. 1 lit. b BGG strenger gefasst als jenen von Art. 103 OG («besonders berührt»), weil – so die Botschaft des Bundesrates⁴¹ – die Praxis bei der Anerkennung der Beschwerdebefugnis Dritter manchmal zu grosszügig gewesen sei. (Das Bundesgericht zieht aus dieser Erkenntnis im konkreten Fall aber keine Konsequenzen).

In E. 6.2 wird auf die Praxis hingewiesen, wonach einem Anzeiger im Disziplinarverfahren gegen einen Rechtsanwalt oder Notar im Allgemeinen kein schutzwürdiges Interesse zukomme (er müsste ein solches schon besonders dartun). Im vorliegenden Fall gelte dies auch für einen Anzeiger, dem die Aufsichtsbehörde den Anwalt entzogen habe. Das tatsächliche Interesse an der Beibehaltung des bestellten Anwalts sei bloss ein indirektes, ähnlich wie das Interesse eines Lieferanten oder Angestellten eines unterlegenen Bewerbers im Submissionsverfahren. Auch in BGE 135 II 172 E. 2.1, 135 II 430 E. 1.1-1.3 und 135 I 43 E. 1.4 wird betont, dass ein bloss mittelbares Interesse (z.B. persönliches, berufliches, wissenschaftliches, finanzielles) nicht genüge (so auch nicht die indirekte Wirkung einer Änderung des Finanzausgleichs auf den Steuerfuss: BGE 135 I 43 E. 1.4). In BGE 135 II 377, n.p. E. 1.2, wird dagegen das Interesse der Ehefrau, mit dem Beschwerdeführer, der um sein Aufenthaltsrecht kämpft, in der Schweiz zusammenleben zu können, als unmittelbares Interesse an der Beschwerdesache anerkannt und ihre Legitimation zur Beschwerde bejaht.

- In BGE 136 II 281 E. 2.1 und 2.2 äussert sich das Bundesgericht zur Beschwerdebefugnis gegen Bauentscheide und Entscheide über Nutzungspläne. Es erklärt, dass die Grundsätze von Art. 89 Abs. 1 BGG jenen des bisherigen Art. 103 lit. a OG entsprächen: Erforderlich sei eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitssache (was in Raumplanungsangelegenheiten vor allem eine enge räumliche Beziehung voraussetze), und die tatsächliche oder rechtliche Situation

⁴¹ BBl 2001 4329

des Beschwerdeführers müsse durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden können (sog. praktischer Nutzen der Beschwerde). (Es folgt eine Wiedergabe der bisherigen reichhaltigen Rechtsprechung.) In casu genüge für die Bejahung des schutzwürdigen Interesses, dass die Verkehrszunahme, welche durch das geplante Bauvorhaben hervorrufen wird, auf dem Grundstück des Beschwerdeführers voraussichtlich deutlich wahrnehmbare zusätzliche Lärmimmissionen verursachen werde.

- BGE 135 II 224, n.p. E. 1.2.1: Bestätigung der Rechtsprechung, dass das Interesse in der Regel ein aktuelles praktisches sein muss. In BGE 135 II 296, n.p. E. 1.2.2, wird die konstante Praxis wiedergegeben, wann auf ein aktuelles Interesse verzichtet wird (ebenso in BGE 135 II 430 E. 2.2, BGE 135 I 79 E. 1.1 und BGE 136 II 101 E. 1.1). Bei Anfechtung eines Erlasses genügt ein virtuelles Interesse (unveränderte Praxis; BGE 135 II 243 E. 1.2).
- BGE 135 II 12 E. 1.2.2: Die Legitimation des Kantons wird – sofern nicht durch ein Spezialgesetz gegeben – sehr zurückhaltend anerkannt. Durch einen einzelnen Entscheid, eine ausserkantonale Person zu Berufsausübung zuzulassen, werde der Kanton noch nicht in relevanten schutzwürdigen eigenen Hoheitsinteressen betroffen, ebenso wenig durch eine einzelne ausländerrechtliche Bewilligung. Dagegen sei ein schutzwürdiges Interesse anzuerkennen, wenn ein solcher Einzelentscheid voraussichtlich als Präjudiz die Erteilung einer erheblichen Anzahl weiterer Bewilligungen nach sich ziehen werde, die zu erteilende Bewilligung der kantonalen Gesetzgebung widerspreche und zugleich bedeutsame (z.B.) gesundheitspolizeiliche und -politische Interessen auf dem Spiele stünden.

In BGE 136 II 383 E. 2.4 bestätigt das Bundesgericht seine schon unter dem OG entwickelte Rechtsprechung, wonach bei einem Gemeinwesen nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse als schutzwürdig im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG anerkannt werden könne. Zwar könnten „wichtige vermögensrechtliche Interessen“ in bestimmten Fällen als schutzwürdig anerkannt werden. Im

vorliegenden Fall gehe es dem Kanton um die Erhebung einer Steuer auf noch nicht versteuerten Vorempfängen der Nachkommen. Da diese Steuer an sich abgeschafft worden sei und höchstens noch aufgrund einer Übergangsbestimmung erhoben werden könne (was gerade der Streitfall war), gehe es nicht mehr um einen wichtigen Regelungsbereich des Kantons, auch wenn es um ein Steueraufkommen von ca. 30 Mio. Franken gehe. Ein schutzwürdiges Interesse wurde deshalb verneint.

- BGE 135 II 156 E. 3.1: Auch eine Legitimation der Gemeinde gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG wird nur restriktiv anerkannt. Nicht genügend ist ein allgemeines Interesse an der korrekten Anwendung des Rechts. Es wird unterschieden in Berührtsein wie eine Privatperson (z.B. durch eine Baubewilligung für einen Bau, der Auswirkungen auf ein Gebäude der Gemeinde haben könnte) und Berührtsein in hoheitlichen Befugnissen (z.B. durch einen Entscheid, der eine Gebührenforderung der Gemeinde oder deren baupolizeilichen Befugnisse betrifft). (Es folgt eine Wiedergabe der langjährigen Praxis; vgl. dazu auch BGE 136 II 274 E. 4.2) Zur Begründung des allgemeinen Beschwerderechts genüge nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse des Gemeinwesens (wie z.B. die Pflicht zur Zahlung einer Opferhilfeentschädigung, was bloss Ausfluss einer allgemeinen Beistandspflicht sei, also ein bloss *allgemeines* finanzielles Interesse). Das Interesse müsse speziell und direkt mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verbunden sein.

Letzteres wird bejaht bei einer Gemeinde, die sich als Trägerin der kommunalen Planungshoheit gegen einen kantonalen Richtplan wehrt, der unerwünschte Auswirkungen (durch eine vorgesehene Kiesgrube) auf die Bevölkerung haben kann (BGE 136 I 265 E. 1.4).

Verneint wurde dagegen das schutzwürdige Interesse der Gemeinde bei der Frage, ob eine Person in dieser oder einer andern Gemeinde steuerpflichtig sei (Steuerdomizilentscheid). Die Gemeinde sei nur Mitbetroffene bzw. Mitadressatin (Hauptbetroffener und Hauptadressat sei der Steuerpflichtige). «Wollte

man jede Betroffenheit in fiskalischen Interessen genügen lassen, um die Beschwerdeberechtigung eines Gemeinwesens zu bejahen, würde dadurch der Verfahrensablauf vor den Vorinstanzen über Gebühr erschwert.»(BGE 136 II 274 E. 4.2).

- In BGE 135 I 43 E. 1.3 und BGE 136 II 274 E. 4.2 wird betont, dass gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG öffentliche Gemeinwesen jedenfalls nur restriktiv zur Beschwerdeführung zugelassen werden dürften.
- Nach BGE 135 II 338 E. 1 und BGE 136 II 359 E. 1 gilt die bisherigen Rechtsprechung unter Art. 103 lit. b OG auch unter Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG, wonach das Beschwerderecht der Bundesbehörden zwecks Wahrung der öffentlichen Interessen, insbesondere an der richtigen und rechtsgleichen Anwendung des Bundesrechts, abstrakter und autonomer Natur ist und die Kriterien nach Art. 89 Abs. 1 BGG nicht anwendbar sind.
- Selbst wenn er in der Sache nicht legitimiert ist, kann ein Beschwerdeführer – wie bisher bei fehlender Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde⁴² – die Verletzung von Parteirechten rügen, deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft (BGE 133 II 249 E. 1.3.2).

3.2 Zusammenfassung

3.2.1 Allgemein: Das Bundesgericht erklärt, Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG entsprechen Art. 103 lit. a OG. Demnach bleibe die alte Rechtsprechung gültig. Allerdings sei der Wortlaut von Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG enger («besonders schutzwürdig»), was die Botschaft an das Parlament damit begründe, dass die Praxis bei Drittbeschwerden manchmal zu grosszügig gewesen sei.⁴³ Die neue Praxis lässt aber keine Verschärfung erkennen.

⁴² BGE 114 Ia 307 E. 3c S. 312 f., 133 I 185 E. 6.2

⁴³ BGE 135 II 145 E. 6.1 (Pra 2009 Nr. 108)

3.2.2 Weiterhin genügt ein bloss indirektes (mittelbares) Betroffensein bzw. Interesse nicht.⁴⁴ Nicht völlig klar ist indessen (nach wie vor), wann ein Interesse als direktes (unmittelbares) anerkannt wird und wann nicht (das Interesse des Mandanten, dass sein Anwalt ihn weiterhin im Prozess vertreten kann, sei ein indirektes⁴⁵, das Interesse der Ehefrau, dass ihr Mann in der Schweiz bleiben kann, ein direktes⁴⁶).

3.2.3 Nicht völlig klar ist in Bausachen die Rechtsprechung bezüglich des „praktischen Nutzens“, den der Beschwerdeführer aus einer Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen können, damit seine Beschwerdelegitimation anerkannt wird. Nach BGE 133 II 249 E. 1.3.2 fehlt es an einem praktischen Nutzen für den beschwerdeführenden Nachbarn, wenn sich die Beschwerde bloss gegen die innere Ausgestaltung eines Gebäudes richtet (auch wenn im Falles der Gutheissung der Beschwerde die Baubewilligung verweigert werden müsste). Nach dem nicht publizierten Entscheid 1C_236/2010 vom 16.7.2010 genügt es dagegen schon, wenn mit der Beschwerde erreicht werden kann, dass die Baubewilligung nicht erteilt wird (prozessualer Nutzen), auch wenn nach einer Projektänderung, die dem Beschwerdeführer keinen praktischen Nutzen bringen würde, eine Baubewilligung erteilt werden könnte.

3.2.4 In der Regel muss das Interesse aktuell sein.⁴⁷ Zur Anfechtung eines Erlasses genügt ein virtuelles Interesse.⁴⁸

3.2.5 Bezüglich der Legitimation des Kantons im Rahmen von Art. 89 Abs. 1 BGG lehnte es das Parlament ausdrücklich ab, die restriktive Praxis des Bundesgerichts zu Art. 103 lit. a OG durch eine Gesetzesänderung zu lockern, wonach die Kantonsregierung zur Beschwerde ermächtigt worden wäre, wenn es für den Kanton um bedeutende Mehrausgaben oder einen erheblichen Verlust an Einnahmen gegangen wäre.⁴⁹ Es ist denn auch weder eine Lockerung noch eine Verschärfung der Praxis zu erkennen.

⁴⁴ Z.B. BGE 135 I 43 E. 1.4, 135 II 145 E. 6.2 (Pra 2009 Nr. 108), 135 II 430 E. 1.1

⁴⁵ BGE 135 II 145 E. 6.2

⁴⁶ BGE 135 II 377 n.p. E. 1.2

⁴⁷ BGE 135 I 79 E. 1.1, 135 II 224 n.p. E. 1.2.1, 135 II 296 n.p. E. 1.2.2

⁴⁸ BGE 135 II 243 E. 1.2 (Pra 2009 Nr. 132)

⁴⁹ Art. 84 lit. d des Entwurfs zum BGG (in BBl 2001 4502); BGE 133 II 400 E. 2.4.3

3.2.6 Auch bezüglich Legitimation der Gemeinden nach Art. 89 Abs. 1 BGG (sofern «gleich oder ähnlich wie Private betroffen» bzw. «in hoheitlichen Befugnissen und Aufgaben berührt und ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids») hat das Bundesgericht, soweit ersichtlich, seine bisherige Praxis unverändert weitergeführt.⁵⁰

3.2.7 Die Auswertung von 22 nicht in den BGE publizierten Urteilen des Jahres 2010 hat zu keinen andern Erkenntnissen geführt.

4. Anregungen

4.1 Für die Rechtsprechung

4.1.1 Die restriktive Praxis des Bundesgerichts zur Legitimation der öffentlichen Gemeinwesen ist sehr kasuistisch, nicht immer leicht verständlich, für das Gemeinwesen daher oft schwer nachvollziehbar und vor allem auch schwer voraussehbar, mitunter ganz eigentlich unbefriedigend.⁵¹ Das Bundesgericht hat zwar wenig Spielraum, seine Praxis zu lockern, da das Parlament bezüglich der Legitimation der Kantone eine gesetzliche Lockerung ausdrücklich abgelehnt hat (oben Ziff. 3.2.5). Das müsste das Bundesgericht aber nicht zwingend daran hindern, den Begriff des schutzwürdigen Interesse etwas grosszügiger auszulegen, ohne dass es so weit gehen müsste, wie es der Gesetzesentwurf vorgesehen hatte. So ist nicht recht einzusehen, weshalb das Gemeinwesen als Gläubiger einer (behaupteten) Steuerforderung nicht in schutzwürdigen Interessen betroffen sein soll.

Nicht recht verständlich ist im Weiteren, weshalb auch die Gemeinden – mit den Worten des Bundesgerichts – «jedenfalls nur restriktiv zur Beschwerdeführung zugelassen werden» sollen.⁵² Bei Steuerdomizilstreitigkeiten etwa (siehe den oben unter Ziff. 3.1 erwähnten BGE 136 II 274 E. 4.2) sind die Gemeinden immerhin potentielle Gläubigerinnen von Steuerforderungen und nicht bloss indirekt in ihren fiskalischen Interessen

⁵⁰ BGE 135 II 156 E. 3.1

⁵¹ So auch Botschaft des Bundesrates zum BGG, BBl 2001 S. 4330 f.

⁵² So auch BGE 136 II 274 E. 4.1 S. 279 unten

betroffen. Auch leuchtet das im erwähnten Entscheid angeführte Argument nicht ein, wonach der Verfahrensablauf vor den Vorinstanzen über Gebühr erschwert würde, wenn man «jede Betroffenheit in fiskalischen Interessen» genügen liesse. So ist z.B. auch nicht recht einzusehen, weshalb sich eine Gemeinde nicht gegen willkürliche Auferlegung von Prozesskosten soll wehren können.⁵³

4.1.2 Die Rechtsprechung zum öffentlichen Baurecht muss klären, worin der praktische Nutzen für den Beschwerdeführer bestehen muss, d.h., ob ein prozessualer Nutzen genügt oder ob ein Nutzen in der Sache nötig ist (s. oben Ziff. 3.2.3).

4.2 Für die Gesetzgebung

Keine

5. Diverses

⁵³ BGE 136 II 204, n.p. E. 2.2.2

Öffentliches Recht – Fragestellung A06

1. Grundlagen

Fragestellung A06: Ausnahmekatalog: Gibt es eine hohe Anzahl von Urteilen mit aufwendigen Abklärungen zum Vorliegen einer Ausnahme gemäss Art. 83 BGG? Lässt sich feststellen, wie diese Ausnahmen ausgelegt werden?

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden grundsätzlich nur die in BGE publizierte Entscheide untersucht. Soweit die Eintretenserwägungen dieser Entscheide nicht publiziert sind, wurden sie anhand des Internettextes untersucht und die Anzahl Zeilen in BGE-Seiten umgerechnet. Zur ergänzenden Kontrolle wurden 24 nicht in den BGE publizierte, Art. 83 BGG betreffende und auf Nichteintreten lautende Entscheide des Jahres 2010 untersucht.

Analysierte Urteile: alle in BGE 135 I und II sowie BGE 136 I und II veröffentlichten Urteile sowie 24 nicht in den BGE publizierte Urteile des Jahres 2010

Grundgesamtheit: 31 einschlägige Urteile (von 169) der BGE 135 und 136, zusätzlich 24 nicht in den BGE publizierte Urteile des Jahres 2010

3. Erkenntnisse

3.1 Zu einzelnen BGE-Urteilen

3.1.1 Zur Frage, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG):

BGE 135 II 49, n.p. E. 1.3.2 (hier aus Praxis 2009 Nr. 75 zitiert)

«Die Frage, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, beurteilt sich nach dem Streitgegenstand, der dem Bundesgericht unterbreitet worden ist (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195); sie darf nur mit Zurückhaltung bejaht werden. Wenn die Streitigkeit nur die Anwendung von Grundsätzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf einen Einzelfall betrifft, kann sie nicht als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeu-

tung qualifiziert werden (BGE 134 III 115 E. 1.2 S. 117 = [Pra 2008 Nr. 106](#)). Der alleinige Umstand, dass die Frage noch nie entschieden wurde, reicht ebenfalls nicht aus, um diese Voraussetzung zu erfüllen. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren praktische Bedeutung derart ist, dass deren Klärung durch eine höchstrichterliche Instanz erforderlich erscheint (vgl. Urteile 2C_107/2007 vom 22. Januar 2008 E. 1.1 und 2C_116/2007 vom 10. Oktober 2007 E. 4.2). Umgekehrt kann es vorkommen, dass eine vom Bundesgericht bereits beantwortete Frage dennoch die Eigenschaft einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufweist. Dies ist namentlich der Fall, wenn die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht klar oder nicht einheitlich ist oder wenn sie in der Lehre auf erhebliche Kritik stösst (vgl. BGE 134 III 354 E. 1.3 S. 357 m.Hinw.).»

3.1.2 Zur Frage, ob ein (rechtlicher) Anspruch auf eine Bewilligung besteht (z.B. nach Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG):

BGE 136 II 177 E. 1.1: «Für das Eintreten genügt, dass im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens potentiell ein Anspruch besteht bzw. die Kriterien einer der im FZA vorgesehenen Situationen der Freizügigkeit erfüllt erscheinen.»

BGE 136 II 497 E. 3.2 S. 500/501: «...il suffit qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que cette clause d'exclusion [art. 83 let. C ch. 2 LTF] ne s'applique pas et que, partant, la voie du recours en matière de droit public soit ouverte.»

BGE 136 II 113 n.p. E. 1.1:

«Auf diese Anspruchsgrundlage beruft sich der Beschwerdeführer und behauptet, die Voraussetzungen hierfür seien erfüllt. Diese Behauptung ist nicht offensichtlich unzutreffend... und bedarf näherer Prüfung, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist. In welchem Sinne Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG auszulegen ist, und ob die in dieser Bestimmung statuierten Voraussetzungen für eine Bewilligungsverlängerung erfüllt sind, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung.»

3.2 Zusammenfassung

3.2.1 Zu den in den BGE publizierten Urteilen

Die 169 BGE der Jahrgänge 2009 und 2010 enthalten insgesamt 30 Abklärungen zu Art. 83 BGG, teilweise in nicht publizierten Erwägungen. 18 Erwägungen weisen einen Umfang von weniger als einer Seite auf, 10 einen Umfang von 1-2 Seiten und nur 2 einen Umfang von mehr als 2 Seiten (einmal 2 ½ Seiten, einmal 6 Seiten, beide Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG betreffend, nämlich die Frage, ob grundsätzlich ein Anspruch auf Bewilligung nach ANAG/Ausländergesetz, Freizügigkeitsabkommen oder EMRK besteht).

17 der 31 Abklärungen betrafen das Ausländerrecht (Frage des Ausschlusses nach Art. 83 lit. c, insbes. Ziff. 2), die übrigen Abklärungen verteilten sich auf die Art. 83 lit. b, f, g, h, j, p, t und v BGG).

Ein Ausschluss nach Art. 83 wurde nur 6-mal angenommen (von 31 Abklärungen), 3-mal die ordentliche Einbürgerung betreffend (Art. 83 lit. b BGG), 2-mal Ergebnisse einer Prüfung (Art. 83 lit. t BGG) und 1-mal das öffentlich rechtliche Arbeitsverhältnis (Art. 83 lit. g BGG).

Am aufwendigsten (und häufigsten) war die Klärung der Frage, ob ein grundsätzlicher Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung besteht (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG; nach ANAG/Ausländergesetz, Freizügigkeitsabkommen oder EMRK), was in allen referierten Fällen bejaht wurde.

Die Klärung der Frage, ob es sich in einem Streitfall aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG), erforderte 1 ½ Seiten. An dieses Eintretenskriterium werden recht hohe Ansprüche gestellt: So genügt es z.B. nicht, dass die Frage vom Bundesgericht noch nie entschieden worden ist.⁵⁴

3.2.2 Zu den 24 zusätzlich untersuchten, nicht in den BGE publizierten Urteilen des Jahres 2010

⁵⁴ BGE 135 II 49 n.p. E. 1.3.2 (Pra 2009 Nr. 75)

Mit Ausnahme von zwei Urteilen, die Erwägungen von einer Seite bzw. 1 ¼ Seiten zur Frage der „vermögensrechtlichen Angelegenheit“ (Art. 83 lit. g BGG) bzw. des grundsätzlichen Anspruchs auf eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG) umfassen, begnügen sich alle untersuchten Urteile mit einem kurzen Hinweis auf den entsprechenden Ausschluss nach Art. 83 BGG oder befassen sich höchstens mit einigen wenigen Zeilen zu dieser Frage.

3.3 Ergebnis

Von einer hohen Anzahl von Urteilen mit aufwendigen Abklärungen zum Vorliegen einer Ausnahme gemäss Art. 83 BGG kann somit nicht die Rede sein.

4. Anregungen

Keine

5. Diverses

Öffentliches Recht – Fragestellung A07

1. Grundlagen

Fragestellung A07: Einführung der Einheitsbeschwerde: Haben Fälle abgenommen, die sich ausführlich mit komplizierten Eintretensfragen auseinandersetzen (insbesondere bezüglich Rechtsmittelwahl und Legitimation)?

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden zuerst die in BGE 132 I und II sowie in BGE 135 I und II publizierte Entscheide untersucht und anschliessend zur Überprüfung des Ergebnisses noch die BGE 136 I und II. Soweit die Eintretenserwägungen nicht publiziert sind, wurden sie anhand des Internettexes untersucht und die Anzahl Zeilen in BGE-Seiten umgerechnet.

Analysierte Urteile: alle in BGE 132 I und II, BGE 135 I und II sowie BGE 136 I und II veröffentlichten Urteile, soweit von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen gefällt

Grundgesamtheit: alle drei Jahrgänge zusammen 190 einschlägige Urteile (von 196; 6 ohne Eintretenserwägungen)

3. Erkenntnisse

3.1 Durchschnittlicher Umfang der Eintretenserwägungen

Bd. 132 (2006): 1,11 Seiten; mehr als 1 Seite: 12 (von 64 = 18,7 %),

Bd. 135 (2009): 1,17 Seiten; mehr als 1 Seite: 15 (von 54 = 27,8 %)

Bd. 136 (2010): 1,42 Seiten; mehr als 1 Seite: 30 (von 72 = 41,7 %)

3.2 Drei und mehr Seiten Eintretenserwägungen

2006: 5 Urteile (= 7,8 %); einmal 13 Seiten, sonst 3,5 – 6,5 Seiten

2009: 5 Urteile (= 9,3 %); einmal 8 Seiten, sonst 3-7 Seiten

2010: 8 Urteile (= 11 %); 3,5-7 Seiten

Das betrifft folgende Urteile:

2006:

- BGE 132 I 140: 3,5 Seiten (Verwaltungsrechtlicher Vertrag, ob anfechtbarer Akt, Legitimation der Gemeinde)
- BGE 132 I 229: 6,5 Seiten (ob anfechtbare Verfügung, Ausschluss gemäss Art. 100 Abs. 1 lit. a OG betr. innere und äussere Sicherheit)
- BGE 132 II 65: 13 Seiten (Ausländerrecht, Kantonswechsel; Prüfung, ob Rechtsanspruch gemäss Niederlassungsvertrag mit alter Sowjetunion)
- BGE 132 II 209: 6,5 Seiten (Raumplanung; Abgrenzung staatsrechtliche Beschwerde / Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
- BGE 132 II 342: 4 Seiten (Asylverfahren; Ausschluss wegen innerer oder äusserer Sicherheit nach Art. 100 Abs. 1 lit. a OG)

Mehrere Eintretenserwägungen beanspruchen zwei und mehr Seiten zur Prüfung, ob Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder staatsrechtliche Beschwerde möglich ist.

2009:

- BGE 135 I 43: 3 Seiten (Legitimation der Gemeinde)
- BGE 135 II 22: 5,5 Seiten (Nutzungsplan, ob Entscheid anfechtbar vor der kantonalen Genehmigung)
- BGE 135 II 30: 6,5 Seiten (Baurechtlicher Vorentscheid; End-, Vor- oder Zwischenentscheid, nicht wiedergutzumachender Nachteil)
- BGE 135 II 94: 8 Seiten (ob Vorinstanz ein oberes kantonales Gericht ist; Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG)
- BGE 135 II 156: 3 Seiten (Legitimation der Gemeinde)

2010:

- BGE 136 I 42: 4 Seiten (Befreiung von der Steuerpflicht, Frage, ob Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter; Art. 86 Abs. 3 BGG)
- BGE 136 I 229: 4,5 Seiten (Prüfungsergebnis? Subsidiäre Verfassungsbeschwerde)
- BGE 136 I 376: 3,5 Seiten (Wahlrecht, Frage des anfechtbaren Entscheids)

- BGE 136 II 274: 5 Seiten (Steuerdomizil, Beschwerdebefugnis der Gemeinde)
- BGE 136 II 281: 6,5 Seiten (Nutzungsplan und Baubewilligung, Legitimation der Nachbarn)
- BGE 136 II 383: 5 Seiten (Nachlasssteuern, Legitimation des Kantons)
- BGE 136 II 489: 3,5 Seiten (Kontrollgebühr im Tram; Zivilrecht oder öffentliches Recht?)
- BGE 136 II 497: 7 Seiten (Ausländerrecht, Legitimation aufgrund eines Anspruchs auf Familiennachzug?)

3.3 Zusammenfassung

Die Fälle, in denen sich komplizierte Eintretensfragen stellten, haben eher zugenommen. Dafür scheint aber nicht das neue BGG verantwortlich zu sein (oder jedenfalls nur insoweit, als sich zu einzelnen Fragen zuerst eine Praxis bilden muss), sondern eher das Bemühen des Bundesgerichts, die Beschwerdebefugnis nicht zu weit zu fassen bzw. für die Einschränkung praxistaugliche Abgrenzungskriterien zu finden (siehe dazu jedoch die Kritik unter A05, Ziff. 4). Im Ausländerrecht muss zudem immer mehr internationales Recht (nebst der EMRK nun auch das Freizügigkeitsabkommen) samt zugehöriger Rechtsprechung beachtet werden, was die Sache noch komplexer macht.

4. Anregungen

Keine

5. Diverses

Evaluation der Bundesrechtspflege –

Ergebnis der qualitativen Analyse Bereich Sozialversicherungsrecht

Experten:	PD Dr. Ueli Kieser, Dr. Miriam Lendfers
Rechtsgebiet:	Sozialversicherungsrecht
Fragestellungen:	A01-A03

Fragestellung A01 – Sozialversicherungsrecht

1. Grundlagen

Fragestellung A01: Lässt sich ein Unterschied in der Begründungsdichte (insbesondere bezüglich Qualität und Nachvollziehbarkeit) von Grundsatzurteilen feststellen?⁵⁵

2. Vorgehen

Methodik: Es wurden nur in der Amtlichen Sammlung publizierte Entscheide untersucht.⁵⁶ Da diese in der Regel Kürzungen aufweisen, wurde stets der der BGE-Publikation zugrunde liegende, im Internet publizierte Entscheid in ganzer Länge berücksichtigt. Bei der Überprüfung der Länge wurde auf die Anzahl Wörter (sämtliche Wörter je BGE) abgestellt.

Relevante Urteile (Grundgesamtheit): Alle in BGE 132 V und BGE 136 V veröffentlichten Urteile.

Analysierte Urteile: Alle in BGE 132 V und BGE 136 V veröffentlichten Urteile.

Überprüft wurden:

zur Frage der Anzahl publizierter Grundsatzurteile: alle 105 publizierten Grundsatzentscheide der beiden überprüften Jahre 2006 und 2009

zur Frage des Umfangs der Begründungen: alle 105 Urteile (materiellrechtlich und verfahrensrechtlich)

zum qualitativen Vergleich: ausgewählte repräsentative Urteile zu Fragen, die aufgrund ihrer erheblichen praktischen Bedeutung als wichtig erscheinen

3. Erkenntnisse

3.1 Quantitativer Vergleich

3.1.1 Anzahl

⁵⁵ Es sollen auch die statistischen Entwicklungen der 5er-Entscheide erwähnt werden.

⁵⁶ Die Anzahl der im Sozialversicherungsrecht ergangenen Urteile ist erheblich. Im Jahr 2006 wurden 2'097 Urteile gefällt, im Jahr 2009 2'151 Urteile.

Anzahl publizierter Grundsatzentscheide 2006: 51, alles 5er-Entscheide

Anzahl publizierter Grundsatzentscheide 2009: 54, alles 5er-Entscheide⁵⁷

Die Anzahl der publizierten Grundsatzentscheide der beiden sozialrechtlichen Abteilungen hat sich nicht relevant verändert.⁵⁸

Anmerkung: Eine nicht unerhebliche Anzahl 5er-Entscheide wird nicht in den BGE publiziert. Im Jahr 2009 waren dies mindestens 49 Entscheide.

3.1.2 Umfang

2006: durchschnittlich 3'806 Wörter.

2009: durchschnittlich 3'497 Wörter.

Die Urteilslänge lag 2009 leicht unter jener 2006 (minus 309 Wörter). Der Rückgang beläuft sich damit auf gut 8%.

Streicht man jeweils die beiden wortreichsten und wortärmsten Urteile aus der Rechnung, beläuft sich die Anzahl Wörter 2006 auf 3'678 und 2009 auf 3'378 (minus 300 Wörter). Die Abweichung ist folglich gering.

Qualitativer Vergleich

3.1.3 Zu einzelnen Urteilen

Publikationsjahr 2006

BGE 132 V 1

Inhalt:

Bindung der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge im Bereich der gesetzlichen Mindestvorsorge an die Feststellungen der Invalidenversicherung. Rechtsmittellegitimation der Vorsorgeeinrichtungen im IV-Verfahren.

Kriterien:

- Präjudizien: eher wenige und knappe Hinweise bzw. Auseinandersetzung
- Literatur: einige Hinweise auf Lehrmeinungen, kaum Auseinandersetzung damit, insbesondere nicht zum eigentlichen Thema
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: notwendige Querbezüge fehlen (keine Hinweise auf Bindungswirkung in anderen Zweigen)

⁵⁷ 1. sozialrechtliche Abteilung: 21 Urteile, 2. sozialrechtliche Abteilung: 33 Urteile.

⁵⁸ 2007: 84 Urteile; 2008: 51 Urteile; 2010: 49 Urteile.

[UV]), Widersprüche werden daher nicht erkennbar. Aufgrund der Kürze des Entscheids ohne Lektüre der früheren Urteile zur Bindungswirkung nur schwer nachvollziehbar

- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz (soweit erkennbar): findet nicht statt
- Strukturierung: klar
- Umfang: Länge nicht angemessen, zu kurze Auseinandersetzung mit einem komplexen Thema

BGE 132 V 6

Inhalt:

Unzulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen ablehnenden Beschwerdeentscheid des Bundesrats betreffend eine Spitalliste. Nichtaufnahme eines Spitals in eine kantonale Spitalliste liegt ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

Kriterien:

- Präjudizien: zahlreiche Hinweise und Auseinandersetzung/Überprüfung der bisherigen Praxis
- Literatur: zahlreiche Hinweise auf Lehrmeinungen, teilweise Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Umfassende Erwägungen, trotz Komplexität der Materie gut nachvollziehbar, eingehend begründet
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz (soweit erkennbar): findet wiederholt statt
- Strukturierung: recht klar
- Umfang: Länge angemessen, eingehende, nicht unnötig weitschweifige Begründung

BGE 132 V 42

Inhalt:

Frist zur Einreichung eines Erlassgesuchs ist keine Verwirkungsfrist, sondern hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift.

Kriterien:

- Präjudizien: ausreichend Hinweise und Auseinandersetzung auch unter Bezug der Materialien
- Literatur: keine Hinweise, keine Auseinandersetzung, allerdings ist dazu auch nur sehr wenig vorhanden
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Umfassende Erwägungen, gut nachvollziehbar und in den Materialien abgestützt
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz (soweit erkennbar): findet ausreichend statt
- Strukturierung: klar
- Umfang: Länge angemessen, eingehende, nicht unnötig weitschweifige Begründung

BGE 132 V 65

Inhalt:

Diagnose "Fibromyalgie" muss von Verwaltung und Gericht nicht in Frage gestellt werden, auch wenn sie in der Ärzteschaft umstritten ist. Analoge Anwendung der im Bereich der somatoformen Schmerzstörung entwickelten Rechtsprechung.

Kriterien:

- Präjudizien: wiederholt Hinweise, jedoch kaum Auseinandersetzung
- Literatur: zahlreiche Hinweise insbes. auf medizinische Literatur, kaum auf juristische
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Vollständigkeit lässt sich aufgrund der medizinischen Komplexität (aktueller Stand der Wissenschaft?) kaum mit vernünftigem Aufwand beurteilen, was auch die Beurteilung der Widerspruchsfreiheit erschwert. In sich ist der Entscheid weitgehend nachvollziehbar, wobei Zweifel bestehen bleiben, ob die gewisse Schematisierung bei der Beurteilung solcher Krankheitsbilder, die das Bundesgericht anzustreben scheint, der Wirklichkeit gerecht werden kann.
- Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz (soweit ersichtlich): findet kaum statt
- Strukturierung: klar
- Umfang: Länge wohl angemessen

BGE 132 V 181

Inhalt:

"Tagesmütter" gelten nicht als Heimarbeitnehmerinnen im Sinn von AVIG und OR.

Kriterien:

- Präjudizien: einige Hinweise, Kommentierung und Überprüfung eines Präjudizes
- Literatur: einige Hinweise auf juristische Literatur; Beizug von Gesetzesmaterialien
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Ausführliche Erwägungen, eingehende, nachvollziehbare Begründung
- Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz (soweit ersichtlich): findet wiederholt statt
- Strukturierung: klar
- Umfang: Länge angemessen, eingehende, nicht unnötige weitschweifige Begründung

Publikationsjahr 2009

BGE 135 V 2

Inhalt:

Abtretung der Nachzahlung von Leistungen des Sozialversicherers an die bevorschussende Sozialhilfebehörde.

Kriterien:

- Präjudizien: zahlreiche Hinweise und mehrfach Auseinandersetzung
- Literatur: zahlreiche Hinweise, aber kaum weiterführende Auseinandersetzung
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Umfassende Abhandlung. Grundsätzlich nachvollziehbar.
- Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz (soweit ersichtlich): Argumente der Beschwerde führenden Partei werden nicht wiedergegeben, es findet keine erkennbare Auseinandersetzung damit statt. Auf Ausführungen der Vorinstanz wird verwiesen.
- Strukturierung: klar

- Umfang: Länge angemessen, ausführliche Begründung

BGE 135 V 57

Inhalt:

Unterdurchschnittliches Valideneinkommen. Ist zumutbarer- und realistischerweise ein durchschnittliches Valideneinkommen erzielbar, so ist ein aus wirtschaftlichen Gründen unterdurchschnittliches Valideneinkommen nicht auf ein durchschnittliches aufzurechnen.

Kriterien:

- Präjudizien: zahlreiche Hinweise und (zustimmende) Auseinandersetzung
- Literatur: Hinweis auf nur eine Lehrmeinung, kaum Wiedergabe, aber pauschale Kritik daran
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Keine vertiefte Auseinandersetzung mit Gegenargumenten, Argumentation in sich jedoch weitgehend nachvollziehbar, allerdings teilweise nicht detailliert und nicht umfassend (wann ist durchschnittliches Valideneinkommen realistischer- und zumutbarerweise erzielbar?)
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: keine Hinweise auf Parteivorbringen, wiederholte Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz
- Strukturierung: Grundsätzlich klar
- Umfang: Länge angemessen, ausführliche Begründung

BGE 135 V 29

Inhalt:

Berufliche Vorsorge; Überversicherungsberechnung im Alter; Ausrichtung einer lebenslänglichen Invalidenrente der beruflichen Vorsorge. Die AHV-Altersrente darf nicht in eine solche Überentschädigungsberechnung einbezogen werden.

Hinweis: Der Parallelentscheid in französischer Sprache findet sich in BGE 135 V 33.

Kriterien:

- Präjudizien: Zusammenstellung der bisherigen, uneinheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Übersichtlich und klar.
- Literatur: Die Auffassungen in der Lehre werden umfassend wiedergegeben.

- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Grundsätzlich klar. Das Bundesgericht weist ausdrücklich darauf hin, dass die Ausarbeitung einer allenfalls überzeugenderen Regelung Sache des Gesetzgebers wäre.
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: Erfolgt nicht eigentlich.
- Strukturierung: klar
- Umfang: angemessen

BGE 135 V 33

Inhalt:

Berufliche Vorsorge; Überversicherungsberechnung im Alter; Ausrichtung einer lebenslänglichen Invalidenrente der beruflichen Vorsorge. Die AHV-Altersrente darf nicht in eine solche Überentschädigungsberechnung einbezogen werden.

Hinweis: Der Parallelentscheid in deutscher Sprache findet sich in BGE 135 V 29.

Kriterien:

- Präjudizien: Die (teilweise widersprüchlichen) Präjudizien des Bundesgerichts werden umfassend genannt.
- Literatur: Die Auffassungen in der Lehre werden umfassend wiedergegeben.
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Grundsätzlich klare Ausführungen
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: erfolgt nicht
- Strukturierung: Klar und übersichtlich. Es bleibt aber schwer zu erkennen, weshalb BGE 135 V 29 sowie BGE 133 V 33 - offensichtliche Parallelentscheide - je publiziert wurden; die beiden Begründungen weichen inhaltlich nicht voneinander ab, entsprechen sich aber auch nicht in Aufbau und Formulierung.
- Umfang: Angemessen.

BGE 135 V 113

Inhalt:

Berufliche Vorsorge; Auflösung eines Anschlussvertrages; Vorgehen, wenn bei der Auflösung des Anschlussvertrages Fehlbeträge bestehen.

Kriterien:

- Präjudizien: Die bestehenden Präjudizien werden aufgeführt.
- Literatur: Recht ausführliche Nennung von Lehrmeinungen
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: In bestimmten Fragen gegeben; wohl etwas knapp die Behandlung des Einwandes, im konkreten Fall sei der geltend gemachte Fehlbetrag nicht ausgewiesen (gerügte Verletzung des Untersuchungsprinzips).
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: Gegeben.
- Strukturierung: Klar und übersichtlich. Die jeweils strittigen Punkte werden bezeichnet und in der Folge je behandelt.
- Umfang: Im Quervergleich eher ausführlich

BGE 135 V 148

Inhalt:

Zwischenentscheid der kantonalen Instanz; Anfechtbarkeit. Fall, in welchem die Vorinstanz bezogen auf eine erste Phase des allfälligen Rentenanspruchs die Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung zurückweist, bezogen auf die zweite Phase aber den Rentenanspruch abschliessend beurteilt hat. Es liegt insgesamt ein Zwischenentscheid vor.

Kriterien:

- Präjudizien: Bestehen keine; es geht um das zutreffende Verständnis von Art. 92 f. BGG.
- Literatur: Es wird keine Literatur genannt; in der Literatur wird die zu beurteilende Frage (soweit ersichtlich) auch nicht behandelt.
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Ein grundsätzlich nachvollziehbarer Entscheid, der aber in der Abgrenzung zu BGE 135 V 141 (wo eine analoge Frage behandelt wurde) nicht einfach zu verstehen ist. Die Schwierigkeit liegt aber in der Regelung des BGG begründet (welche auf die Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts nur schwierig anwendbar ist) und weniger in der Entscheidung des Bundesgerichts.
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: Erfolgt soweit ersichtlich nicht.

- Strukturierung: Klare Strukturierung; Abgrenzung zum Sachverhalt gemäss BGE 135 V 141 klar vorgenommen und erläutert, weshalb im letztgenannten Entscheid kein Zwischenentscheid angenommen wurde.
- Umfang: Angemessen.

BGE 135 V 172

Inhalt:

Bundesgesetz über die Familienzulagen; Zulässigkeit und Ausgestaltung eines Lastenausgleichs zwischen den einzelnen Familienausgleichskassen

Kriterien:

- Präjudizien: Keine Präjudizien erkennbar; es handelt sich um eine erstmals zu beantwortende Frage
- Literatur: Angemessen zitiert; breit gefächert herangezogen.
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Voraussetzungen erfüllt
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: erfolgt relativ wenig; das Bundesgericht setzt sich mit den Materialien und mit der Literatur auseinander.
- Strukturierung: Klar erkennbar; Überlegungen des Bundesgerichts sind strukturell gut nachvollziehbar.
- Umfang: Eher umfangreich; es musste eine erstmals sich stellende Frage von erheblicher Bedeutung für die kantonalen Gesetzgebungen beantwortet werden.

BGE 135 V 201

Inhalt:

Auswirkungen der (neu begründeten) Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung auf laufende Renten. Die mit BGE 130 V 352 begründete Rechtsprechung bildet keinen Grund, um laufende Renten anzupassen.

Hinweis: Ein Parallelentscheid findet sich in französischer Sprache unter BGE 135 V 215.

Kriterien:

- Präjudizien: Ausführliche Nennung von Präjudizien

- Literatur: Sehr ausführlich genannt; Hinweis auf divergierende Lehrmeinungen
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Klarer, nachvollziehbarer Aufbau der Begründung. Es muss berücksichtigt werden, dass eine publikumsöffentliche Verhandlung stattfand und dass also offenbar innerhalb des Bundesgerichts abweichende Meinungen vertreten wurden.
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: Eher knapp (v.a. E. 7.1.3). Das Bundesgericht behandelt die sich stellende Frage weitgehend losgelöst von den Überlegungen der Parteien und der Vorinstanz.
- Strukturierung: Klar, übersichtlich
- Umfang: Sehr ausführlich; es musste eine Grundsatzfrage von hoher praktischer Bedeutung beantwortet werden.

BGE 135 V 297

Inhalt:

Erheblichkeit der Unterdurchschnittlichkeit des Valideneinkommens als Voraussetzung der Parallelisierung der Vergleichseinkommen. Erst eine Abweichung von mindestens 5% ist erheblich.

Kriterien:

- Präjudizien: Genannt werden sehr viele Präjudizien; das Bundesgericht hat eine von ihm bereits geprägte Rechtsprechung präzisiert.
- Literatur: Keine Literatur genannt.
- Vollständigkeit/Widerspruchsfreiheit/Nachvollziehbarkeit: Das Bundesgericht nennt die Grundüberlegung (E. 5.1) und überprüft in der Folge, ob die bisherige Rechtsprechung zu präzisieren ist (was dann bejaht wird).
- Auseinandersetzung mit Vorbringen der Parteien und Erwägungen der Vorinstanz: Ausführlich; das Bundesgericht setzt sich erkennbar mit den Überlegungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) auseinander (vgl. E. 6.1)
- Strukturierung: Eher wenig übersichtlich (vgl. z.B. E. 6.1.3, wo die eigentliche Entscheidung vorbereitet wird)
- Umfang: durchschnittlich

3.1.4 *Vergleich der beiden Jahre*

Betreffend die allgemeine Qualität der Urteile kann in den beiden Vergleichsjahren unter Berücksichtigung der genannten Kriterien kein relevanter Unterschied festgestellt werden. Die untersuchten Urteile lassen keine aussagekräftigen Rückschlüsse auf Veränderungen betreffend Qualität und Nachvollziehbarkeit zu. Es lässt sich in beiden Vergleichsjahren feststellen, dass unter den berücksichtigten Urteilen erhebliche Unterschiede bestehen; während gewisse (grundlegende) Urteile recht knapp gehalten sind (vgl. etwa BGE 132 V 1), fallen die Begründungen anderer Urteile ausführlich aus und erinnern zuweilen an eigentliche wissenschaftliche Aufsätze (vgl. z.B. BGE 135 V 29, 135 V 201). Allenfalls - das berücksichtigte Material ist aber nicht zwingend aussagekräftig - wird in der eigentlichen Begründung in etwas zunehmendem Mass den Standpunkten der Parteien und der Begründung der Vorinstanz etwas weniger Gewicht zugeordnet.

3.2 **Zusammenfassung**

Bezüglich Begründungsdichte (insbesondere Qualität und Nachvollziehbarkeit) kann zwischen den Vergleichsjahren kein relevanter Unterschied festgestellt werden. Die Urteilslänge hat sich 2009 verglichen mit 2006 quantitativ geringfügig verkürzt (um gut 8%). Die untersuchten Urteile lassen keine Rückschlüsse darauf zu, dass diese Verkürzung auf Kosten der Begründungsdichte erfolgt wäre.

4. **Anregungen**

4.1 **für die Rechtsprechung**

Die Erwähnung und zumindest kurze Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien und gegebenenfalls den Erwägungen der Vorinstanz erhöht die Transparenz und trägt mitunter zur besseren Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung bei. Diejenigen der untersuchten Urteile, die diesen Anforderungen entsprechen, sind diesbezüglich besonders positiv aufgefallen. In einigen der untersuchten Grundsatzentscheiden wird jedoch gar nicht auf die Vorbringen eingegangen bzw. diese werden nicht wiedergegeben. Es wäre wünschenswert, dass zumindest in den publizierten Grundsatzentscheiden eine entsprechende Auseinandersetzung stattfindet.

4.2 für die Gesetzgebung

Keine.

5. Diverses

Offene Fragen/weiterer Klärungsbedarf: Keiner

Fragestellung A02 – Sozialversicherungsrecht

1. Grundlagen

Fragestellung A02: Lässt sich in den Urteilen des Bundesgerichts eine Veränderung in der Ausübung der Kognition feststellen (offener oder enger)?

2. Vorgehen

Methodik: Systematisch wurden nur in der Amtlichen Sammlung publizierte Entscheide untersucht.⁵⁹ Da diese in der Regel Kürzungen aufweisen, wurde stets der der BGE-Publikation zugrunde liegende, im Internet publizierte Entscheid in seiner ganzen Länge berücksichtigt.

Vorher-/Nachher-Vergleich: Unter der Geltung des OG ergangene Urteile wurden verglichen mit Urteilen unter der Geltung des BGG.

Die untersuchten Urteile der beiden Vergleichsjahre wurden primär eingeteilt in zwei Gruppen: einerseits in Urteile mit unbeschränkter, andererseits in solche mit beschränkter Kognition in Bezug auf den Sachverhalt. Aufgrund der einschlägigen Gesetzesänderungen beinhaltet die erste Gruppe zum einen betreffend BGE 132 V Streitigkeiten über Versicherungsleistungen generell und zum anderen betreffend BGE 135 V solche über Geldleistungen der Unfall- und Militärversicherung. In der zweiten Gruppe (beschränkte Kognition) wurden beiden Vergleichsjahre insbesondere darauf untersucht, ob die Kognition explizit beschränkt wurde oder ob eine Beschränkung nicht erkennbar war bzw. nur Rechtsfragen betroffen waren.

⁵⁹ Die Anzahl der im Sozialversicherungsrecht ergangenen Urteile ist erheblich. Im Jahr 2006 wurden 2'097 Urteile gefällt, im Jahr 2009 2'151 Urteile.

Zur Illustration der Änderungen betreffend die Kognitionsausübung in Bezug auf konkrete Fallkonstellationen werden im Anhang beispielhaft unter der Geltung des OG wie des BGG ergangene Urteile angeführt, die in gewissen Bereichen einerseits das Gleichbleiben der Kognition, andererseits die Veränderung der Kognition belegen; diesbezüglich erfolgte keine Beschränkung auf ein bestimmtes Jahr bzw. die Publikation in der Amtlichen Sammlung.

Relevante Urteile (Grundgesamtheit): Alle in BGE 132 V und BGE 136 V veröffentlichten Urteile.

Analysierte Urteile: Alle in BGE 132 V und BGE 136 V veröffentlichten Urteile (2006: 51; 2009: 54).

3. Erkenntnisse

3.1 Vorab: Änderungen in den Rechtsgrundlagen

Zum besseren Verständnis der spezifischen Veränderungen in Bezug auf die Kognition des Bundesgerichts im Sozialversicherungsrecht erscheint vorab ein Abriss der rechtlichen Rahmenbedingungen angezeigt.

3.1.1 Massgebende Bestimmungen vor Einführung des BGG

Die allgemeinen Vorschriften über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach dem bis Ende 2006 in Kraft gestandenen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; Art. 103-114) galten betreffend *Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen* lediglich mit folgenden Abweichungen gegenüber dem übrigen Verwaltungsrecht (Art. 132 Abs. 1 OG):

- a. Der Beschwerdeführer konnte auch die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung rügen.⁶⁰

⁶⁰ Vgl. Art. 104 lit. c OG:

Der Beschwerdeführer kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;

- b. Die Feststellung des Sachverhalts band das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in keinem Fall.⁶¹
- c. Das EVG konnte über die Begehren der Parteien zu deren Gunsten oder Ungunsten hinausgehen.⁶²

Ausserhalb der Leistungsstreitigkeiten war die Sachverhaltskognition bereits unter der Geltung des OG eingeschränkt. Die bei der Vorbereitung des BGG diskutierte Einschränkung der Sachverhaltskognition auch im Leistungsrechts war im Parlament sehr umstritten⁶³ und fand erst nach Verabschiedung des BGG im Rahmen einer Änderung des IVG⁶⁴ - noch vor Inkrafttreten des BGG - Eingang ins Gesetz, mit Ausnahme von Leistungsstreitigkeiten in Unfallversicherung (UV) und Militärversicherung (MV).⁶⁵ Die Einschränkungen betrafen auch die Abschaffung der Angemessenheitskontrolle.⁶⁶

b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, unter Vorbehalt von Art. 105 Abs. 2;

c. Unangemessenheit:

1. von erstinstanzlichen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben und öffentlichrechtlichen Entschädigungen;

2. ...

3. von anderen Verfügungen, soweit das Bundesrecht die Rüge der Unangemessenheit vorsieht.

Das EVG legte sich bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung auf. Es hielt jeweils fest, sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an dasjenige der Vorinstanz zu setzen; BGE 123 V 152 E. 2 m.w.H.

⁶¹ Anders Art. 105 Abs. 2 OG: "Die Feststellung des Sachverhaltes bindet das Bundesgericht, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat."

⁶² Anders Art. 114 Abs. 1 OG.

⁶³ Dazu eingehend URSPRUNG/FLEISCHANDERL, Die Kognition des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach dem neuen Bundesgesetz über das Bundesgericht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 420 ff.

⁶⁴ Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005, "Massnahmen zur Verfahrensstraffung", in Kraft seit 1. Juli 2006. Die eingeschränkte Kognition in Bezug auf den Sachverhalt fand für Leistungen der Invalidenversicherung in Art. 132 Abs. 2 OG Eingang; BBl 2005 7286. Kritisch dazu etwa KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Rz. 57 zu Art. 62.

⁶⁵ Vgl. die Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4237 ff.; zur parlamentarischen Debatte; siehe auch m.w.H. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Handkommentar, Bern 2007, N 4 zu Art. 95.

⁶⁶ aArt. 132 lit. a OG; BGE 132 V 393 E. 2.2.

3.1.2 *Massgebende Bestimmungen nach Einführung des BGG*

Wie in anderen Rechtsgebieten sind nun auch im Sozialversicherungsrecht zur Beantwortung der Frage nach der Kognition des Bundesgerichts Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden.⁶⁷ Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG können gemäss Art. 95 BGG insbesondere Bundesrechtsverletzungen gerügt werden.⁶⁸ In diesem Bereich ist die Kognition des Bundesgerichts umfassend. Für Tatfragen nennt Art. 97 Abs. 1 BGG den Grundsatz, dass die Feststellung des Sachverhalts⁶⁹ nur noch gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung gemäss Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Eine Ausnahme enthält Art. 97 Abs. 2 BGG: Richtet sich die Beschwerde gegen einen Entscheid über die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen⁷⁰ der UV und MV, so kann gemäss Art. 97 Abs. 2 BGG jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden.⁷¹ Art. 105 Abs. 1 BGG hält fest, dass das Bundesgericht

⁶⁷ Für Beispiele siehe Anhang (Kap. 5.1.1).

⁶⁸ Sowie die Verletzung von Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten, kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen und über Volkswahlen und -abstimmungen, kantonalen verfassungsmässigen Rechten und interkantonalem Recht; Art. 95 lit. b bis e. BGG. Vgl. auch Art. 96 BGG.

⁶⁹ Art. 105 BGG: Massgebender Sachverhalt

1 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat.

2 Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht.

3 Richtet sich die Beschwerde gegen einen Entscheid über die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Militär- oder Unfallversicherung, so ist das Bundesgericht nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden.

⁷⁰ Da sich die Ausnahmebestimmung des Art. 97 Abs. 2 BGG auf Geldleistungen beschränkt, gewann die Unterscheidung zwischen Geld- und Sachleistungen in der UV und MV eine eigenständige Bedeutung. Unter Geldleistungen versteht Art. 15 ATSG insbesondere Taggelder, Renten, Ergänzungsleistungen, Hilflosenentschädigungen und Zulagen zu solchen, nicht aber den Ersatz für eine von der Versicherung zu erbringende Sachleistung. Unter den Begriff der - von der erweiterten Kognition gemäss Art. 97 Abs. 2 BGG ausgenommenen - Sachleistung fallen demgegenüber etwa Heilbehandlung, Hilfsmittel, individuelle Vorsorge- und Eingliederungsmassnahmen, Aufwendungen für Transporte und ähnliche Leistungen. Siehe auch URSPRUNG/FLEISCHANDERL, a.a.O., S. 428.

⁷¹ Die auf dem erwähnten politischen Kompromiss beruhende Ausnahmeregelung für UV und MV soll gemäss der Botschaft des Bundesrats vom 30. Mai 2008 zur UVG-Änderung aufgehoben werden (BBl

seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat. Von Amtes wegen kann es nach Abs. 2 die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 beruht. Für die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der UV und MV sieht Art. 105 Abs. 3 BGG vor, dass das Bundesgericht nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden sei.

3.2 Zu einzelnen Urteilen

3.2.1 Publikationsjahr 2006 (51 Urteile)

Unbeschränkte Sachverhaltskognition: 28 Urteile

- Streitigkeiten über Versicherungsleistungen
 - 1. Heft: 4 Urteile: BGE 132 V 27; 32; 46; 53
 - 2. Heft: 3 Urteile: BGE 132 V 65; 82; 93⁷²
 - 3. Heft: 6 Urteile: BGE 132 V 121; 149; 159; 181; 184; 196
 - 4. Heft: 3 Urteile: BGE 132 V 215; 241; 244
 - 5. Heft: 4 Urteile: BGE 132 V 265; 273; 278 (nicht publ. E. 2 [B 61/05]); 286
 - 6. Heft: 5 Urteile: BGE 132 V 321, E. 2⁷³; 357⁷⁴; 368; 376⁷⁵; 387
 - 7. Heft: 3 Urteile: BGE 132 V 412; 423; 443⁷⁶

Beschränkte Sachverhaltskognition: 23 Urteile

2008 5443). Die UVG-Revision wurde vom Nationalrat jedoch am 22. September 2010 zur Überarbeitung an den Bundesrat zurückgewiesen (Amtl. Bull. 08.047).

⁷² Streitigkeit über die Anordnung einer Begutachtung; aus dem Urteil geht nicht hervor, ob dies als Leistungsstreitigkeit betrachtet wurde.

⁷³ Streitigkeit über eine Hilfloosenentschädigung der IV; der ab 1. Juli 2006 in Kraft stehende Art. 132 Abs. 2 OG (beschränkte Sachverhaltskognition bei IV-Leistungen) kommt aus übergangsrechtlichen Gründen noch nicht zur Anwendung.

⁷⁴ Der Streit um die Rechtmässigkeit einer Rückforderung von Versicherungsleistungen wurde vom EVG als Streit im Sinn von Art. 132 Abs. 1 OG qualifiziert (so sinngemäss Urteil P 18/01 vom 6. Februar 2003, E. 4), anders als Streitigkeiten um den Erlass von Rückforderungen (dazu m.w.H. das Urteil U 366/00 vom 20. Mai 2003, E. 1).

⁷⁵ Mitwirkungsrechte bei im Rahmen der IV-Leistungsabklärung notwendiger Begutachtung durch die Medas; aus dem Urteil geht nicht hervor, ob dies als Leistungsstreitigkeit betrachtet wurde.

⁷⁶ Streitigkeit über die Anordnung einer Begutachtung zur IV-Leistungsabklärung; aus dem Urteil geht nicht hervor, ob dies als Leistungsstreitigkeit betrachtet wurde.

- Streitigkeiten über Leistungen der Invalidenversicherung (nach Inkrafttreten von Art. 132 Abs. 2 OG per 1. Juli 2006): 1 Urteil
7. Heft: 1 Urteil: BGE 132 V 393
- Keine Streitigkeiten über Versicherungsleistungen:
 - explizit beschränkte Sachverhaltskognition: 7 Urteile
 - 1. Heft: 1 Urteil: BGE 132 V 42 (nicht publ. E. 1.1 [C 280/05])
 - 2. Heft: 1 Urteil: BGE 132 V 74 (nicht publ. E. 1.2 [P 48/05])⁷⁷
 - 3. Heft: 3 Urteile: BGE 132 V 113 (nicht publ. E. 2 [P 1/05]); 166 E. 2.1; 200 (nicht publ. E. 2 [P 501/05])
 - 5. Heft: 1 Urteil: BGE 132 V 303 (nicht publ. E. 2 [K 139/04])⁷⁸
 - 6. Heft: 1 Urteil: BGE 132 V 347 (nicht publ. E. 1 [B 19/04])⁷⁹
 - Beschränkung der Sachverhaltskognition nicht erkennbar oder nur Rechtsfragen relevant: 15 Urteile
 - 1. Heft: 3 Urteile: BGE 132 V 1; 6; 18
 - 3. Heft: 1 Urteil: BGE 132 V 127
 - 4. Heft: 2 Urteile: BGE 132 V 209; 236
 - 5. Heft: 3 Urteile: BGE 132 V 257; 299 (nicht publ. E. 1 [K 21/03])⁸⁰; 310
 - 6. Heft: 4 Urteile: BGE 132 V 332⁸¹; 337⁸²; 352⁸³; 361⁸⁴

⁷⁷ Streitigkeit über die örtliche Zuständigkeit zur Festsetzung und Ausrichtung von Ergänzungsleistungen. Die Rechtsprechung war diesbezüglich unter der Geltung des OG jedoch uneinheitlich; grundsätzlich galt die Kognition als uneingeschränkt, vgl. BGE 108 V 22 E. 1, bestätigt im nach BGE 132 V 74 ergangenen Urteil P 19/06 vom 19. Juni 2007, E. 1.2.

⁷⁸ Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG, wobei die freie Überprüfung die Frage betraf, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung des anwendbaren kantonalen Prozessrechts mit der verfassungsmässigen Garantie eines gesetzmässigen Gerichts vereinbar sei, es sich folglich um eine Rechtsfrage handelte, nicht publ. E. 2.2 (K 139/04).

⁷⁹ Berufliche Vorsorge: Frage des schutzwürdigen Interesses an der Feststellung der Gültigkeit des Vorbezugs für Wohneigentum.

⁸⁰ Eintretensfrage: Beschwerde einer Klinik gegen einen Entscheid des Bundesrates betreffend Tariffestsetzung. Eintretensfragen dürften wohl regelmässig mit uneingeschränkter Kognition zu überprüfen sein, auch Sachverhaltsfragen betreffend (z.B. die Rechtzeitigkeit einer Beschwerdeerhebung).

⁸¹ Berufliche Vorsorge: Behandlung eines Vorbezugs für Wohneigentum bei Scheidung.

⁸² Berufliche Vorsorge: Vergleich über Teilung der Austrittsleistung.

⁸³ Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG.

⁸⁴ Stillstand der Beschwerdefristen im kantonalen Gerichtsverfahren.

7. Heft: 2 Urteile: BGE 132 V 404⁸⁵; 418

3.2.2 Publikationsjahr 2009 (54 Urteile)

Unbeschränkte Sachverhaltskognition: 6 Urteile

- Streitigkeiten über Geldleistungen der UV oder MV, unbeschränkte Sachverhaltskognition:
 - 1. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 50
 - 4. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 194⁸⁶
 - 6. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 269⁸⁷; 279 (nicht publ. E. 2.2 [8C_531/2008]); 287 (nicht publ. E. 2.2 [8C_17/2009])
 - 8. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 465 (nicht publ. E. 1.2 [8C_216/2009])

Beschränkte Sachverhaltskognition: 48 Urteile

- Streitigkeiten über übrige Versicherungsleistungen:
 - explizit beschränkte Sachverhaltskognition: 17 Urteile
 - 1. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 2 (E. 1.2); 33; 39
 - 2. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 58; 88; 94
 - 3. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 141 (nicht publ. E. 3.1 [9C_728/2008])
 - 4. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 185 (nicht publ. E. 3.2 [8C_231/2008])
 - 5. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 201 (nicht publ. E. 1 [8C_502/2007]); 215 (nicht publ. E. 1 [9C_1009/2008])
 - 6. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 249 (nicht publ. E. 1 [9C_188/2008+9C_190/2008]); 254 (nicht publ. E. 4.1 [9C_204/2009])
 - 7. Heft: 4 Urteile: BGE 135 V 297 (nicht publ. E. 1 [8C_652/2008]); 306 (nicht publ. E. 1 [8C_763/2008]); 319 (nicht publ. E. 1.2 [9C_122/2009]); 339 (nicht publ. E. 2 [8C_66/2009])
 - 8. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 353 (nicht publ. E. 2 [8C_644/2008])
 - keine Ausführungen zur Kognition: 4 Urteile

⁸⁵ Klage einer Pensionskasse auf Rückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung (nicht geschuldete Versicherungsleistung).

⁸⁶ Grundsätzliche Geltung des Novenverbots (vgl. Art. 99 BGG) auch im Bereich der UV- und MV-Leistungen bejaht.

⁸⁷ Keine Ausführungen zur Kognition.

1. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 13⁸⁸; 29
 2. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 80
 3. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 148⁸⁹
- Keine Streitigkeiten über Versicherungsleistungen:
- explizit beschränkte Sachverhaltskognition: 9 Urteile
 1. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 23
 3. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 113; 134
 8. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 361 (nicht publ. E. 1 [9C_572/2008]); 382⁹⁰; 412⁹¹
 9. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 418 (nicht publ. E. 1.2 [9C_301/2009]); 436 (E. 1.2; 3.1); 473 (nicht publ. E. 1.1 [9C_475/2009])
 - Beschränkung der Sachverhaltskognition nicht erkennbar oder nur Rechtsfragen relevant: 18 Urteile
 2. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 65; 74; 98
 3. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 106⁹²; 124 E. 3.1⁹³
 4. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 153⁹⁴; 163; 172
 5. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 232⁹⁵; 237
 6. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 261; 293
 7. Heft: 3 Urteile: BGE 135 V 309; 324; 333⁹⁶
 8. Heft: 1 Urteil: BGE 135 V 373⁹⁷

⁸⁸ Streitigkeit über Invalidenrente der Pensionskasse bzw. Zulässigkeit der Ausrichtung eines Vorbezugs für Wohneigentum.

⁸⁹ Rechtsfrage des Eintretens auf einen Zwischenentscheid.

⁹⁰ Überprüfungsumfang von Sanierungsplänen.

⁹¹ Vorfrageweise Prüfung der Versicherungsdeckung der UV.

⁹² Rechtsfrage der Zulässigkeit der IV-Anmeldung durch die KV.

⁹³ Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG, wobei die freie Überprüfung die Frage betraf, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung des anwendbaren kantonalen Prozessrechts mit der verfassungsmässigen Garantie eines gesetzmässigen Gerichts vereinbar sei, es sich folglich um eine Rechtsfrage handelte (so bereits in BGE 132 V 303).

⁹⁴ Rechtsfrage um einen negativen Kompetenzkonflikt zweier kantonalen Versicherungsgerichte.

⁹⁵ Rechtsfrage der örtlichen Zuständigkeit des Vorsorgegerichts, keine Ausführungen zur Kognition.

⁹⁶ Zuständigkeit UV bei Rückfall und erneutem Unfall.

9. Heft: 2 Urteile: BGE 135 V 425; 443⁹⁸

3.3 Zusammenfassung

Vor Inkrafttreten des BGG prüfte das EVG Leistungsstreitigkeiten soweit erkennbar stets mit umfassender Kognition⁹⁹, wobei dies häufig stillschweigend und ohne Ausführungen dazu erfolgte. Die uneingeschränkte Kognition betraf über die Hälfte der in BGE 132 V publizierten Urteile. In einigen Urteilen hielt das EVG explizit fest, dass es sich nicht um eine Leistungsstreitigkeit handelte, weshalb es in der Sachverhaltskognition eingeschränkt sei. In mehreren Urteilen ausserhalb der Leistungsstreitigkeiten äusserte sich das EVG nicht zur Kognition und es ist nicht erkennbar, dass nur eine eingeschränkte Überprüfung erfolgt wäre - allerdings handelte es sich mitunter lediglich um Rechtsfragen. Nicht immer ist klar ersichtlich, ob eine Streitigkeit als Leistungsstreitigkeit betrachtet wurde, so etwa bei der (Vor-)Frage des Bestehens einer UV-Deckung oder bei der Frage, ob im Rahmen der IV-Leistungsabklärung eine medizinische Begutachtung nötig sei.

Durch Veränderung der Kognitionsregelung nach Einführung des BGG hat sich die Zahl der uneingeschränkt überprüften Sachverhalte deutlich reduziert (28 im Jahr 2006 gegenüber 6 im Jahr 2009). Entsprechend wurde 2009 häufiger als 2006 explizit auf die Beschränkung der Kognition verwiesen (in 7 Urteilen 2006, in 26 Urteilen 2009).

Trotz erhöhter Bedeutung und daher grundsätzlich auch Sensibilität auf die kognitionsrechtliche Problematik wurden im Jahr 2009 in einer vergleichbaren Anzahl Fälle keine - oder zumindest keine umfassenden - Ausführungen zur Kognition gemacht (18 Urteile) wie im Jahr 2006 (16 Urteile). Es wurde in diesen Fällen wie bereits 2006 also nicht explizit deklariert, ob die Beurteilung nur Rechtsfragen betraf oder ob auch Sachverhaltsfragen zu prüfen waren. In Einzelfällen fanden unter der Geltung des BGG kognitionsrelevante Präzisierungen statt, etwa darüber, ob die Prüfung der Ver-

⁹⁷ Sachliche Zuständigkeit des Vorsorgegerichts zur Beurteilung einer Rückgriffsklage des Sicherheitsfonds; im Urteil keine Ausführungen zur Kognition.

⁹⁸ Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG; Tragweite des Tarifschutzes.

⁹⁹ Ausnahme: IV-Leistungsstreitigkeiten ab Inkrafttreten von Art. 132 Abs. 2 OG am 1. Juli 2006.

sicherungsdeckung in der UV unter die Ausnahmebestimmung von Art. 97 Abs. 2 BGG fällt.¹⁰⁰

Zunehmend komplex präsentiert sich die Rechtsprechung seit Einführung des BGG betreffend Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen; diesbezüglich ist eine Vielzahl von Urteilen ergangen, die immer wieder neue Fragestellungen betreffen (vgl. Anhang 1 in Kap. 5.1) und für die Rechtsuchenden und die Gerichte eine Verkomplizierung der Praxis gebracht haben dürften. Im Einzelfall dürfte auch die Abgrenzung zwischen einer (unter der Geltung des BGG nicht mehr möglichen) reinen Angemessenheitskontrolle¹⁰¹ und dem Vorliegen eines Ermessensmissbrauchs¹⁰² schwerfallen.

In welchem Ausmass das Bundesgericht durch die Einschränkung der Kognition tatsächlich eine Entlastung in der Überprüfung erfahren hat, lässt sich auch nach der vorgenommenen Urteilsanalyse nicht zuverlässig feststellen. Für die Beurteilung der Frage, ob z.B. der Sachverhalt offensichtlich unrichtig erhoben wurde und somit eine Sachverhaltsbindung besteht oder nicht, muss das Bundesgericht die Akten im Detail studieren. Die Beurteilung dieser Frage dürfte im Übrigen nicht ermessensfrei und rechtsgleich möglich sein.

Eine Entlastung dürfte wohl im Bereich der Anforderungen an die Begründung erfolgt sein, wenn das Bundesgericht seine Kognition als eingeschränkt betrachtet - hier beschränkt sich das Bundesgericht mitunter ohne Auseinandersetzung mit den Akten auf den Hinweis, dass keine offensichtliche Unrichtigkeit gegeben sei.

4. Anregungen

4.1 für die Rechtsprechung

¹⁰⁰ Vgl. BGE 135 V 412.

¹⁰¹ Vgl. Art. 132 Abs. 1 lit. a OG.

¹⁰² Rechtsfehler bei der Ermessensausübung sind Rechtsfragen, nicht Ermessensprüfung; SEILER, a.a.O, Rz. 50 zu Art. 95.

Wünschenswert wäre, dass insbesondere Urteile, die nicht Streitigkeiten über Versicherungsleistungen betreffen, vermehrt Hinweise zur Kognition enthielten. Es ist zur Erhöhung der Transparenz offenzulegen, ob nur (frei überprüfbare) Rechtsfragen zu behandeln sind und - falls nein - ob die Sachverhaltskognition beschränkt ist oder ausnahmsweise nicht. Diesbezüglich mangelt es den untersuchten in BGE 135 V publizierten Urteilen oftmals an der nötigen Klarheit - dies im Gegensatz zu den Urteilen über Versicherungsleistungen, die eine Beschränkung der Kognition in der Regel explizit ausweisen.

4.2 für die Gesetzgebung

Wie in Kap. 3.1 erläutert, blieb die uneingeschränkte Sachverhaltskognition in der Unfall- und der Militärversicherung aufgrund eines politischen Kompromisses auch nach Einführung des BGG erhalten. Diese Ausnahmeregelung soll gemäss der Botschaft des Bundesrats vom 30. Mai 2008 zur UVG-Änderung aufgehoben werden.¹⁰³ Der Nationalrat beschloss jedoch am 22. September 2010 die Rückweisung der UVG-Revision an den Bundesrat zur Überarbeitung, der Ständerat stimmte am 1. März 2011 zu.¹⁰⁴ Auch wenn sich die UVG-Revision folglich verzögert, dürfte es sich bei der Einschränkung der Sachverhaltskognition in den verbleibenden beiden Versicherungszweigen lediglich um eine Frage der Zeit handeln. Die kognitionsrechtliche Ungleichbehandlung von UV und MV gegenüber den restlichen Sozialversicherungen lässt sich sachlich jedenfalls nicht begründen.

5. Diverses

5.1 Anhang

5.1.1 Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfragen

Die für die Bestimmung der Kognition des Bundesgerichts massgebende Abgrenzung von Rechts- und Tatfragen erweist sich im Sozialversicherungsrecht häufig als schwierig. Beispielsweise im Bereich der für mehrere Sozialversicherungszweige relevanten Invaliditätsbemessung hängen Rechts- und Tatfragen aufs Engste miteinander zu-

¹⁰³ Dieser "politische Kompromiss" habe keine Berechtigung mehr; BBl 2008 5443.

¹⁰⁴ Amtl. Bull. 08.047.

sammen, handelt es sich doch bei der Ermittlung des Invaliditätsgrads um einen mehrstufigen Prozess, in dessen Verlauf mannigfaltige Tatsachenfeststellungen (einschliesslich Schätzungen) getroffen werden.¹⁰⁵ Seit Inkrafttreten des BGG wurde die Rechtsprechung diesbezüglich immer differenzierter.

Beispiele für Rechtsfragen:¹⁰⁶

- Rechtsbegriffe (gesetzliche Definitionen z.B. von Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit, Invalidität, Ermittlung des Invaliditätsgrads)
- Anwendung von Rechtsgrundsätzen (z.B. freie Beweiswürdigung, die umfassend, sorgfältig, objektiv und inhaltsbezogen sein muss)
- Rechtsfehler bei der Ermessensausübung (Ermessensmissbrauch, -überschreitung, -unterschreitung)¹⁰⁷
- Annahmen über einen hypothetischen Geschehensablauf, die sich ausschliesslich auf die allgemeine Lebenserfahrung stützen¹⁰⁸
- Festsetzung des hypothetischen Umfangs der Erwerbstätigkeit,¹⁰⁹ wenn diese ausschliesslich¹¹⁰ auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestützt ist¹¹¹
- Zumutbarkeit von Arbeitsleistung, wenn beruhend auf
 - allgemeiner Lebenserfahrung
 - medizinischer Empirie (z.B. die Vermutung, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ein sonstiger vergleichbarer pathogenetisch [ätiologisch] unklarer syndromaler Zustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar sei¹¹²)

¹⁰⁵ BGE 132 V 393 E. 3.1.

¹⁰⁶ Siehe etwa BGE 132 V 393 E. 3.

¹⁰⁷ Jedoch (anders als noch in Art. 132 Abs. 1 lit. a OG) keine Angemessenheitsprüfung; vgl. auch Art. 104 lit. a OG; SEILER, a.a.O., Rz. 49 f. zu Art. 95.

¹⁰⁸ M.w.H. Urteil 9C_242/2010 vom 29. November 2010, E. 3.4.

¹⁰⁹ Notwendig zur Bestimmung der Methode der Invaliditätsbemessung, vgl. Art. 16 ATSG; Art. 28a IVG.

¹¹⁰ Also losgelöst vom konkreten Sachverhalt, vgl. m.w.H. auf ältere Urteile I 693/06 vom 20. Dezember 2006, E. 4.1; 9C_591/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 4.

¹¹¹ BGE 133 V 504 E. 3.2.

¹¹² Statt vieler BGE 132 V 70 E. 4.2.1; 131 V 50 E. 1.2; 130 V 354 und 396.

- Einkommensvergleich, soweit er auf gesetzlichen oder rechtsprechungsgemässen Regeln beruht (einschliesslich Anwendung von LSE/DAP, Gewährung Leidensabzug¹¹³) oder sich auf allgemeine Lebenserfahrung stützt
- Nachweis der adäquaten Unfallkausalität einer Verletzung¹¹⁴

Beispiele für Tatfragen:

- Feststellung des Gesundheitsschadens (Befunderhebung, Diagnose, Prognose, Pathogenese)
- Ärztliche Stellungnahme zum funktionellen Leistungsvermögen, zur Verfügbarkeit von Ressourcen im Einzelfall
- Auf medizinischer Abklärung beruhende, gerichtlich festgestellte Arbeitsunfähigkeit
- Zumutbarkeit von Arbeitsleistung, wenn auf medizinischer Einzelfallbeurteilung beruhend
- Einkommensvergleich, soweit auf konkreter Beweiswürdigung beruhend
- Festsetzung des hypothetischen Umfangs der Erwerbstätigkeit,¹¹⁵ wenn diese auf einer Würdigung der konkreten Umstände beruht¹¹⁶
- Beurteilung hypothetischer Geschehensabläufe, soweit sie auf Beweiswürdigung beruht, selbst wenn darin auch Schlussfolgerungen aus der allgemeinen Lebenserfahrung mitberücksichtigt werden¹¹⁷
- Feststellungen über innere oder psychische Tatsachen, wie beispielsweise was jemand wollte oder wusste¹¹⁸
- Nachweis der natürlichen Unfallkausalität einer Verletzung¹¹⁹

¹¹³ Die Höhe des (im konkreten Fall grundsätzlich angezeigten) Leidensabzugs ist eine typische Ermessensfrage, die korrigierbar ist, wenn Rechtsfehler bei der Ermessensausübung (Ermessensüberschreitung, -missbrauch, -unterschreitung) geschehen sind.

¹¹⁴ Urteile 8C_578/2007 vom 30. Mai 2008, E. 4.2; 8C_835/2010 vom 22. Dezember 2010, E. 5.

¹¹⁵ Notwendig zur Bestimmung der Methode der Invaliditätsbemessung, vgl. Art. 16 ATSG; Art. 28a IVG.

¹¹⁶ BGE 133 V 504 E. 3.2.

¹¹⁷ So das Bundesgericht bereits in BGE 115 II 448 E. 5b; Urteil 4C.213/1990 vom 21. Mai 1991, E. 3b; beide zitiert im Urteil I 693/06 vom 20. Dezember 2006, E. 4.1; vgl. auch Urteil 9C_242/2010 vom 29. November 2010, E. 3.4.

¹¹⁸ Vgl. ebenfalls Urteil I 693/06, E. 4.1.

¹¹⁹ Urteile 8C_578/2007 vom 30. Mai 2008, E. 4.2; 8C_835/2010 vom 22. Dezember 2010, E. 5.

5.1.2 Weitere Fallbeispiele zu den Auswirkungen der Kognitionsänderungen

- a. Fälle, in denen die Kognition ausserhalb der Leistungen gleich geblieben ist
- Beitragsstreitigkeiten
 - unter der Geltung des OG: z.B. Urteile *H 106/04* vom 30. Dezember 2004, E. 1 und 4¹²⁰, sowie *H 8/07* vom 23. April 2007, E. 3¹²¹
 - unter der Geltung des BGG: z.B. *BGE 136 V 268* E. 4¹²², *134 V 250* E. 2 ff.¹²³, Urteile *9C_455/2008* vom 5. November 2008, E. 1.1 i.V.m. 6¹²⁴, *9C_127/2009* vom 28. August 2009¹²⁵
- Fristeneinhaltung bei UV-Leistungstreitigkeiten
 - unter der Geltung des OG: z.B. Urteile *U 181/04* vom 7. Oktober 2005, E. 2¹²⁶, *U 437/05* vom 27. März 2006, E. 1¹²⁷
 - unter der Geltung des BGG: z.B. Urteil *8C_679/2007* vom 20. Juni 2008¹²⁸
- KVG-Versicherungsobligatorium
 - unter der Geltung des OG: z.B. Urteil *K 34/04* vom 2. August 2005, E. 1.2 und 4.3¹²⁹

¹²⁰ Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz als massgebend erachtet.

¹²¹ Haftung für Beiträge nach Art. 52 AHVG: Nur Rechtsverletzung geprüft.

¹²² Unvollständige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG bejaht in Bezug auf Verschulden gemäss Art. 52 AHVG.

¹²³ Nur Rechtsfrage der Abgrenzung von Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und aus privater Vermögensverwaltung uneingeschränkt überprüft.

¹²⁴ Unvollständige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG bejaht.

¹²⁵ Nur Rechtsfrage der beitragsrechtlichen Qualifikation einer Tätigkeit uneingeschränkt überprüft.

¹²⁶ Eingeschränkte Kognition betreffend Sachverhalt und Ermessen, weil es sich bei einem Entscheid über das Eintreten auf eine Beschwerde betreffend Versicherungsleistungen nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt (Art. 132 OG i.V.m. Art. 104 lit. a und b OG sowie Art. 105 Abs. 2 OG). Vgl. auch die eingeschränkte Kognition betreffend die Überprüfung der Befangenheit einer Gerichtsperson im Urteil *U 326/05* vom 26. Mai 2006, E. 1.

¹²⁷ Eingeschränkte Kognition betreffend Sachverhalt und Ermessen¹²⁶.

¹²⁸ Prüfung der Fristeneinhaltung (Verfahrensvorschriften): Eingeschränkte Kognition bei der Überprüfung eines vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids, auch wenn dem Streit eine UV-Leistungstreitigkeit (vorliegend: Leistungseinstellung) zu Grunde liegt.

¹²⁹ Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz betreffend Anwesenheitsdauer in der Schweiz nicht offensichtlich unrichtig im Sinn von Art. 105 Abs. 2 OG.

- unter der Geltung des BGG: z.B. Urteil 9C_313/2010 vom 5. November 2010¹³⁰
 - KVG-Prämienleistungspflicht
 - unter der Geltung des OG: z.B. Urteile K 140/99 vom 24. Februar 2000¹³¹, K 7/06 vom 12. Januar 2007¹³²
 - unter der Geltung des BGG: z.B. Urteil 9C_536/2010 vom 5. Oktober 2010¹³³
- b. Fälle, in denen sich die Kognition ausserhalb der Leistungen geändert hat
- Nach dem Gesetzestext hat sich die Kognition des Bundesgerichts im Sozialversicherungsrecht ausserhalb der Leistungen nicht geändert. Die Rechtsprechung hat dennoch in einigen wenigen Bereichen Änderungen begründet.
- Örtliche Zuständigkeit bei der Festsetzung und Ausrichtung von Ergänzungsleistungen
 - unter der Geltung des OG: umfassende Kognition: BGE 108 V 22 E. 1; Urteil P 19/06 vom 19. Juni 2007, E. 1 (anders BGE 132 V 74 [nicht publ. E. 1.2 in P 48/05], ohne dass dies jedoch als Praxisänderung deklariert worden wäre)
 - unter der Geltung des BGG: beschränkte Kognition: Urteil 8C_28/2007 vom 9. Oktober 2008, E. 1 und 4.2.1., siehe auch Urteile 8C_187/2007 vom 22. November 2007, E. 3; 8C_380/2008 vom 17. September 2008, E. 1
 - UV-Versicherungsdeckung
 - unter der Geltung des OG: Urteil U 6/99 vom 10. Mai 2001¹³⁴;

¹³⁰ Nur Rechtsfrage der Unterstellung unter das KVG-Obligatorium uneingeschränkt überprüft.

¹³¹ Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz betreffend Prämienschuld nicht offensichtlich unrichtig i.S.v. Art. 105 Abs. 2 OG.

¹³² Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz betreffend Prämienschuld nicht offensichtlich unrichtig i.S.v. Art. 105 Abs. 2 OG.

¹³³ Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz betreffend Prämienschuld nicht offensichtlich unrichtig, keine Rechtsverletzung.

¹³⁴ Keine Ausführungen zur Kognition, aber der Sachverhalt wurde soweit erkennbar uneingeschränkt überprüft.

- unter der Geltung des BGG: BGE 135 V 412¹³⁵, Urteile 8C_475/2009 vom 22. Februar 2010, E. 1.2¹³⁶, 8C_752/2009 vom 7. Januar 2010, E. 1.2¹³⁷
- c. Fälle, in denen die Kognition bei den Leistungen gleich geblieben ist
 - Geldleistungen der UV/MV¹³⁸
 - unter der Geltung des OG: umfassende Kognition: Urteile U 423/06 + U 424/06 vom 5. November 2007, E. 2, U 28/07 vom 3. Januar 2008¹³⁹
 - unter der Geltung des BGG: umfassende Kognition: Urteile 8C_204/2010 vom 3. Dezember 2010, E. 2¹⁴⁰, 8C_835/2010 vom 22. Dezember 2010, E. 5¹⁴¹, 8C_785/2009 vom 16. Juni 2010, E. 5¹⁴²
 - Anwendung kantonalen oder kommunalen Rechts in der beruflichen Vorsorge
 - unter der Geltung des OG: umfassende Kognition: BGE 116 V 333 E. 2b¹⁴³
 - unter der Geltung des BGG: umfassende Kognition: BGE 134 V 199 E. 1.2¹⁴⁴

¹³⁵ Eingeschränkte Kognition bei der Prüfung der Versicherungsdeckung (Vorfrage, nicht Beurteilung von Geldleistungen), soweit diese von Sachverhaltsfeststellungen abhängig ist, auch in der UV.

¹³⁶ Eingeschränkte Kognition bei der Prüfung der Versicherungsdeckung (Vorfrage) auch in der UV.

¹³⁷ Eingeschränkte Kognition bei der Prüfung der Versicherungsdeckung (Vorfrage) auch in der UV.

¹³⁸ Die Unterscheidung zwischen Geld- und Sachleistungen war unter der Geltung des OG irrelevant.

¹³⁹ UV-Leistungen (Taggeld, Rente, Heilbehandlung, Integritätsentschädigung): Uneingeschränkte Kognition auch betreffend Sachverhalt - auch in Bezug auf Sachleistungen (z.B. Heilbehandlung).

¹⁴⁰ Umfassende Kognition in Bezug auf den Sachverhalt bei UV-Taggeld und UV-Rente, die Vorinstanz prüfte gemäss dem Bundesgericht zu Unrecht nur eingeschränkt in Anlehnung ans Urteil 8C_260/2008 betreffend denselben Versicherten bezogen auf Heilbehandlung (eingeschränkte Kognition).

¹⁴¹ UV-Leistungen: Umfassende Kognition auch betreffend die Tatfrage der natürlichen Unfallkausalität.

¹⁴² UV-Leistungen: Umfassende Kognition auch betreffend die Tatfrage der natürlichen Unfallkausalität.

¹⁴³ Dies wurde mit der Gleichstellung von öffentlich- und privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen begründet sowie mit der speziellen Verfahrensordnung des im Rahmen der Justizreform aufgehobenen Art. 73 Abs. 4 BVG, vgl. AS 2006 S. 2197, 2278.

¹⁴⁴ Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass auch das kantonale und kommunale Berufsvorsorgerecht sich an die Vorgaben des BVG zu halten habe und gewissermassen als konkretisierende Gesetzgebung im Rahmen der weitgehend bundesrechtlich geregelten beruflichen Vorsorge betrachtet werden könne. Es rechtfertige sich daher, auch unter der Herrschaft des BGG das kantonale und kommunale öffentliche Berufsvorsorgerecht frei zu überprüfen, jedenfalls soweit es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen gehe.

- d. Fälle, in denen sich die Kognition bei den Leistungen geändert hat¹⁴⁵
 - Angemessenheitskontrolle
 - unter der Geltung des OG: uneingeschränkte Kognition: Urteile *U 86/06* vom 13. Juni 2006, E. 1¹⁴⁶, *I 28/02* vom 21. Juni 2002¹⁴⁷
 - unter der Geltung des OG: eingeschränkte Kognition: Urteile *8C_803/2010* vom 17. Dezember 2010, E. 1¹⁴⁸, *8C_536/2010* vom 22. Oktober 2010, E. 2.2¹⁴⁹
 - Sachleistungen der UV
 - unter der Geltung des OG: uneingeschränkte Kognition: Urteile *U 401/04* vom 13. Juni 2005, E. 1.1¹⁵⁰, *U 290/06* vom 11. Juni 2007¹⁵¹
 - unter der Geltung des BGG: eingeschränkte Kognition: Urteile *8C_500/2008* vom 11. Februar 2009, E. 1.2, 4.3¹⁵², *8C_818/2007* vom 6. August 2008, E. 4¹⁵³, *8C_260/2008* vom 29. September 2008, E. 3.2¹⁵⁴

¹⁴⁵ Leistungen ausserhalb der Geldleistungen der UV/MV.

¹⁴⁶ Uneingeschränkte Kognition auch im Sinn einer Angemessenheitskontrolle.

¹⁴⁷ Uneingeschränkte Kognition auch im Sinn einer Angemessenheitskontrolle.

¹⁴⁸ Einschränkung der Kognition in dem Sinn, dass das Bundesgericht keine Angemessenheitskontrolle vornimmt (vorliegend betreffend Höhe des Leidensabzugs, E. 4.3).

¹⁴⁹ Einschränkung der Kognition in dem Sinn, dass das Bundesgericht keine Angemessenheitskontrolle vornimmt.

¹⁵⁰ Heilbehandlung: Sachverhalt mit voller Kognition überprüft.

¹⁵¹ Heilbehandlung: Sachverhalt mit voller Kognition überprüft.

¹⁵² Eingeschränkte Sachverhaltskognition, Verletzung von Bundesrecht uneingeschränkt überprüft und bejaht.

¹⁵³ Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz betreffend Zahnprotheseneinsatz nicht offensichtlich unrichtig, keine Bundesrechtsverletzung.

¹⁵⁴ Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz betreffend Heilbehandlung nicht offensichtlich unrichtig.

Fragestellung A03 – Sozialversicherungsrecht

1. Grundlagen

Fragestellung A03: Sind Unterschiede zur früheren Auslegung der Begriffe "Zwischenentscheid" und "Endentscheid" festzustellen?

2. Vorlagen

Methodik: Systematisch wurden nur in der Amtlichen Sammlung publizierte Entscheide untersucht.¹⁵⁵ Da diese in der Regel Kürzungen aufweisen, wurde stets der der BGE-Publikation zugrunde liegende, im Internet publizierte Entscheid in seiner ganzen Länge berücksichtigt.

Vorher-/Nachher-Vergleich: Unter der Geltung des OG ergangene Urteile wurden verglichen mit Urteilen unter der Geltung des BGG.

Relevante Urteile (Grundgesamtheit): 15 Urteile (3 im Band BGE 132 V, 12 im Band BGE 135 V)

Analysierte Urteile: 15 Urteile (3 im Band BGE 132 V, 12 im Band BGE 135 V)

3. Erkenntnisse

3.1 Vorab: Änderungen in den Rechtsgrundlagen

3.1.1 Massgebende Bestimmungen vor Einführung des BGG

Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) war gemäss Art. 128 i.V.m. Art. 97 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) auf dem Gebiet der Sozialversicherungen zur letztinstanzlichen Beurteilung von Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes zuständig.

¹⁵⁵ Die Anzahl der im Sozialversicherungsrecht ergangenen Urteile ist erheblich. Im Jahr 2006 wurden 2'097 Urteile gefällt, im Jahr 2009 2'151 Urteile.

rensgesetzes (VwVG)¹⁵⁶ zuständig. Als Verfügungen gelten nach Art. 5 Abs. 2 VwVG auch Zwischenverfügungen¹⁵⁷, Einspracheentscheide¹⁵⁸ und Beschwerdeentscheide¹⁵⁹.

Art. 5 Abs. 2 VwVG verwies in der bis Ende 2006 gültig gewesenen Fassung bezüglich der Zwischenverfügungen auf Art. 45 VwVG. Gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG waren verfahrensleitende und andere Zwischenverfügungen in einem der Endverfügung vorangehenden Verfahren, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken konnten, selbständig durch Beschwerde anfechtbar. Für das letztinstanzliche Beschwerdeverfahren war ferner zu beachten, dass gemäss Art. 129 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 lit. a OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Zwischenverfügungen nur zulässig war, wenn sie auch gegen die Endverfügung offen stand.¹⁶⁰

3.1.2 *Massgebende Bestimmungen nach Einführung des BGG*

Das BGG regelt die Anfechtung von End-, Teil-, Vor- und Zwischenentscheiden in Art. 90 bis 93.

a. End- und Teilentscheid

Ein Endentscheid¹⁶¹ ist ein Entscheid, der das Verfahren prozessual abschliesst, sei dies mit einem materiellen Entscheid in der Sache oder aus prozessualen Gründen, z.B. mit einem Nichteintretensentscheid oder Abschreibungsbeschluss. Der Teilentscheid¹⁶² ist

¹⁵⁶ SR 172.021. Art. 5 Abs. 1 VwVG lautet:

"Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

- a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
- b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten;
- c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren."

¹⁵⁷ Art. 45 und 46 VwVG.

¹⁵⁸ Art. 30 Abs. 2 Bst. b und 74 VwVG.

¹⁵⁹ Art. 61 VwVG.

¹⁶⁰ Vgl. auch BGE 116 V 132 E. 1, BGE 110 V 354 E. 1a.

¹⁶¹ Art. 90 BGG.

¹⁶² Art. 91 BGG.

eine Variante des Endentscheids. Mit ihm wird über ein oder einige von mehreren Rechtsbegehren abschliessend befunden.¹⁶³

b. Vor- bzw. Zwischenentscheid

Unter den Begriff des Vor- bzw. Zwischenentscheids¹⁶⁴ fallen alle Entscheide, die das Verfahren nicht abschliessen und daher nicht Endentscheide im Sinn von Art. 90 BGG oder Teilentscheide im Sinn von Art. 91 BGG sind.¹⁶⁵ Eine Bedingung für die Anfechtbarkeit ist, dass der Zwischenentscheid selbständig eröffnet worden ist. Das BGG kennt zwei Gruppen von Zwischenentscheiden: jene über die Zuständigkeit der urteilenden Behörde und über Ausstandsbegehren einerseits¹⁶⁶ und die "anderen" Zwischenentscheide andererseits.¹⁶⁷ Gegen erstere ist die Beschwerde zulässig und insofern notwendig, als diese später, also im Rahmen des Endentscheids, nicht mehr angefochten werden können.¹⁶⁸ Gegen die übrigen Vor- und Zwischenentscheide ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.¹⁶⁹ Ist die Beschwerde in diesem Sinn nicht zulässig oder wurde von ihr kein Gebrauch gemacht, so sind die betreffenden Vor- und Zwischenentscheide durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken.¹⁷⁰

3.1.3 *Fazit*

¹⁶³ M.w.H. SEILER, Rückweisungsentscheide in der neueren Sozialversicherungspraxis des Bundesgerichts, in: Schaffhauser/Schlaubi, Sozialversicherungsrechtstagung 2008, S. 13.

¹⁶⁴ Zur nicht rechtserheblichen Unterscheidung von Vor- und Zwischenentscheid UHLMANN, in: Basler Kommentar zum BGG, hrsg. von Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Basel 2008, Rz. 3 zu Art. 92.

¹⁶⁵ VON WERDT, Handkommentar zum BGG, hrsg. von Seiler/von Werdt/Güngerich, Bern 2007, Rz. 3 zu Art. 92.

¹⁶⁶ Art. 92 BGG.

¹⁶⁷ Art. 93 BGG.

¹⁶⁸ Art. 92 Abs. 2 BGG.

¹⁶⁹ Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG.

¹⁷⁰ Art. 93 Abs. 3 BGG.

Am bereits vor Inkrafttreten des BGG bestehenden Grundsatz, dass Zwischenverfügungen nur dann selbständig angefochten werden konnten, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken konnten, hat sich nichts geändert. Eine Definition, wann ein Entscheid den Charakter eines Zwischenentscheids hat und damit nur unter einschränkenden Voraussetzungen selbständig anfechtbar ist, kannte weder das alte Recht noch das BGG mit den dazugehörigen Gesetzesnovellen (insbes. aArt. 45 VwVG).

3.2 Zu einzelnen Urteilen

3.2.1 Publikationsjahr 2006 (3 einschlägige Urteile)

BGE 132 V 93: Definition von prozess- und verfahrensleitenden Verfügungen als Zwischenverfügungen (E. 6.1). Diese sind selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Verfügungen über den Ausstand sind grundsätzlich selbständig anfechtbar, wenn die gesetzlichen Ausstandsgründe (Einwendungen formeller Natur) betroffen sind (Art. 10 VwVG, Art. 36 Abs. 1 ATSG).

BGE 132 V 387: Rückweisung an die IV-Stelle durch das kantonale Gericht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und anschliessender neuer Verfügung. Das EVG trat auf die Beschwerde der IV-Stelle ein, ohne sich zum Charakter des Rückweisungsentscheid (Zwischenentscheid oder Endentscheid) und zur Eintretensfrage zu äussern. Dies entsprach der ständigen Praxis, welche Rückweisungsentscheide i.d.R. stillschweigend als anfechtbare Endentscheide qualifizierte.

BGE 132 V 418: Erhebt die versicherte Person bei der Ernennung eines Sachverständigen gegen diesen substantiiert begründete gesetzliche Ausstandsgründe und werden diese abgelehnt, hat ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid zu ergehen. Dasselbe hat auch zu gelten, wenn ihr gar keine Gelegenheit gegeben worden ist, Ausstandsgründe vorzubringen, weil ihr die Namen der Gutachter nicht bekannt gegeben worden sind (E. 1.5). Die Frist zur Beschwerdeerhebung gegen Zwischenverfügung beträgt 30 Tage (E. 2.3).

3.2.2 Publikationsjahr 2009 (12 einschlägige Urteile)

BGE 135 V 58: Das kantonale Gericht hatte der Versicherten eine halbe Rente zugesprochen und die Sache zur Festsetzung von Anspruchsbeginn und Rentenhöhe an die IV-Stelle zurückgewiesen. Das Bundesgericht bezeichnete die Beschwerde der IV-Stelle gegen die Rentenzusprache als zulässig "ungeachtet ob der vorinstanzliche Entscheid trotz der teilweisen Rückweisung als Endentscheid¹⁷¹ oder als Zwischenentscheid mit einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Verwaltung¹⁷² betrachtet wird" (nicht publ. E. 1.1 [9C_560/2008]). *Praxisänderung nach Einführung des BGG.*

BGE 135 V 106: Der Streit drehte sich um die Frage, ob die IV-Stelle auf eine Anmeldung eintreten müsse oder nicht. Dies bejahte das kantonale Gericht, was vom Bundesgericht als Vorentscheid bezeichnet wurde. Auf die Bundesgerichtsbeschwerde gegen diesen Entscheid sei somit nur dann einzutreten, wenn der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Bleibe es beim angefochtenen Entscheid des kantonalen Gerichts, müsse die IV-Stelle darüber befinden, ob die Voraussetzungen für die Übernahme der Kosten einer Katarakt-Operation erfüllt seien. Treffe dies zu, habe sie - aufgrund ihrer Bindung an den kantonalen Gerichtsentscheid - die Leistungen verfügungsweise zuzusprechen. Die Verwaltung könnte ihre eigene Verfügung nicht anfechten und damit auch nicht verhindern, dass diese in Rechtskraft erwachse. Dadurch erlitte sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Auf die Beschwerde sei daher einzutreten (nicht publ. E. 1 [8C_241/2008]). *Praxisänderung nach Einführung des BGG.*

BGE 135 V 141: Ein Entscheid, mit dem eine Vorinstanz des Bundesgerichts eine bestimmte, vorangehende Teilperiode des Rentenanspruchs materiell abschliessend beurteilt und für eine darauf folgende Teilperiode die Sache zu neuer Beurteilung an die

¹⁷¹ Art. 90 BGG; vgl. Urteil 9C_213/2008 vom 14. August 2008, E. 1.

¹⁷² Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 133 V 477 E. 5.2.4.

Verwaltung zurückweist¹⁷³, ist in Bezug auf die materiell abschliessend beurteilte Phase ein Teilentscheid, der selbständig anfechtbar ist, bei Nichtanfechtung selbständig rechtskräftig wird und später nicht mehr angefochten werden kann. In Bezug auf die nicht abschliessend beurteilte Zeitperiode liegt ein nicht selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid vor (E. 1.4.). *Praxisänderung nach Einführung des BGG.*

BGE 135 V 148: Anders als in BGE 135 V 141 ist gemäss Bundesgericht ein Entscheid, mit dem eine Vorinstanz des Bundesgerichts für eine vorangehende Teilperiode des Rentenanspruchs die Sache zu neuer Beurteilung an die Verwaltung zurückweist und für eine darauf folgende Teilperiode den Rentenanspruch abschliessend beurteilt, gesamthaft ein Zwischenentscheid, der nur unter den Voraussetzungen der Art. 92 oder 93 BGG angefochten werden kann, wobei in den Fällen des Art. 93 BGG das im Zwischenentscheid Beurteilte - anders als in den Fällen des Art. 92 BGG (vgl. Art. 92 Abs. 2 BGG) - zusammen mit dem Endentscheid noch angefochten werden kann (Art. 93 Abs. 3 BGG). *Praxisänderung nach Einführung des BGG.*

BGE 135 V 185: Der kantonale Rückweisungsentscheid enthielt hinsichtlich Dauer und Berechnung eines Arbeitslosentaggeldanspruchs verbindliche Anordnungen an die Vorinstanz. Diese würden die Arbeitslosenkasse verpflichten, die Taggelder anhand von ihrer Auffassung nach unrichtigen Vorgaben zu ermitteln und entsprechend eine ihrer Ansicht nach rechtswidrige Verfügung zu erlassen, worin das Bundesgericht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinn des Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erblickte und die selbständige Anfechtung des kantonalen Zwischenentscheids zulies (nicht publ. E. 1.2.2 [8C_231/2008]). In der Beschwerdeantwort stellte der Versicherte einen Antrag, der über das vom kantonalen Gericht Zuerkannte hinaus ging. Darauf trat das Bundesgericht nicht ein, u.a. mit dem Hinweis, dass der Versicherte selbst

¹⁷³ Das Bundesgericht verwies in jenem Entscheid auf seine in BGE 133 V 477 begründete Praxis, wonach Rückweisungsentscheide, mit denen eine Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen werde, Zwischenentscheide seien, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 und 93 Abs. 1 BGG selbständig angefochten werden könnten. Anders verhalte es sich nur dann, wenn der unteren Instanz, an die zurückgewiesen werde, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibe und die Rückweisung nur noch der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten diene (Urteil 9C_684/2007 E. 1.1.).

nicht hätte Beschwerde erheben dürfen, sondern den Endentscheid abwarten müsse [nicht publ. E. 2].¹⁷⁴ *Praxisänderung nach Einführung des BGG.*

BGE 135 V 261: Das kantonale Gericht hatte eine Klage einer Arbeitgeberin gegen eine Vorsorgeeinrichtung im Grundsatz gutgeheissen, aber erwogen, es sei bei der derzeitigen Aktenlage ausserstande, den entsprechenden Betrag zu beziffern. Erwachse das Urteil in Rechtskraft, so sei der Betrag in einem zweiten Schritt, vorbehaltlich einer gütlichen Einigung der Parteien, mittels Gerichtsexpertise zu ermitteln. Die Vorinstanz hat damit nach Ansicht des Bundesgerichts einen Vor- oder Zwischenentscheid im Sinn von Art. 92/93 BGG gefällt. Die zur Quantifizierung erforderliche Expertise wäre nach der glaubhaften Darstellung des Beschwerdeführers teuer und zeitlich aufwändig. Die Beschwerde sei daher nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG zulässig (nicht publ. E. 2.2 [9C_1019/2008]).¹⁷⁵ *Praxisänderung nach Einführung des BGG insofern, dass das EVG den*

¹⁷⁴ Dieses Nichteintreten auf den Antrag der versicherten Person vermag nicht zu überzeugen. Ihr selbst wäre die Anfechtung des vorinstanzlichen Urteils mangels nicht wiedergutzumachenden Nachteils vollumfänglich verwehrt gewesen. Ihr wäre zugemutet worden, die weiteren Abklärungen über sich ergehen zu lassen und den materiellen Endentscheid abzuwarten. Wenn die Arbeitslosenversicherung nun durch die nur ihr zustehende Anfechtungsmöglichkeit den Streitgegenstand einseitig einschränken kann, ohne dass die versicherte Person dies mit ihrem Antrag verhindern kann, so führt dies unter Umständen zu einem sehr aufwändigen Prozess: Möchte das Bundesgericht der versicherten Person mehr zusprechen, als das kantonale Gericht zuerkannt hat, so kann es dies nicht, weil es an die Begehren der Beschwerde führenden Partei (vorliegend der Arbeitslosenkasse) gebunden ist (Art. 107 Abs. 1 BGG). Die versicherte Person müsste die nach dem Bundesgerichtsentscheid und nach den vom kantonalen Gericht angeordneten weiteren Abklärungen gegebenenfalls ergehende Neuverfügung der Verwaltung durch die Instanzen bis vor Bundesgericht ziehen, um ihren bereits ursprünglich gestellten Antrag behandelt und die angebehrten Leistungen zugesprochen zu erhalten. Dies verursacht sowohl für die Einspracheinstanz als auch für das erstinstanzliche Gericht und für das Bundesgericht selbst einen unnötigen Mehraufwand.

¹⁷⁵ In ständiger Praxis tritt das Bundesgericht auf Beschwerden gegen Rückweisungsentscheide nicht ein, die die Verwaltung z.B. zur Vornahme von aufwändigen medizinischen Abklärungen zur Arbeitsfähigkeit eines Versicherten verpflichten. Die Kosten von solchen Gutachten, die im Einzelfall ohne weiteres Fr. 10'000.- übersteigen können, werden offensichtlich nicht als solche im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG anerkannt. Im zitierten BGE 135 V 261, in dem aufgrund der zu erwartenden Expertisekosten die Beschwerde gegen einen Vor- oder Zwischenentscheid zugelassen wurde, versäumte es das Bundesgericht zu erläutern, in welcher Höhe die für das Beweisverfahren zu erwartenden Kosten in etwa sein müssen, um in den Anwendungsbereich von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG zu fallen.

Entscheid ohne weiteres als Endentscheid (für diesen Verfahrensschritt) qualifiziert und die Anfechtung zugelassen hätte.

BGE 135 V 279: Das kantonale Gericht wies einen Streit um eine Hinterlassenenrente zur weiteren Abklärung und anschliessenden Neuverfügung an die Unfallversicherung zurück, wobei es materiell verbindliche Anordnungen machte. Diesbezüglich bejahte das Bundesgericht einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil der Unfallversicherung und liess die Anfechtung des als Zwischenentscheid qualifizierten Rückweisungsentscheids zu (nicht publ. E. 1.2.2 [8C_531/2008]). Die Hinterlassene führte selbst nicht Beschwerde, stellte in ihrer Vernehmlassung zur Bundesgerichtsbeschwerde der Unfallversicherung jedoch einen Antrag betreffend Verzugszins, der über das Zuerkannte im kantonalen Urteil hinaus ging. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass das BGG die Anschlussbeschwerde nicht kenne und es zudem keine reformatio in peius zulasse. Die Beschwerdegegnerin könne im letztinstanzlichen Verfahren kein Begehren im Sinn eines Antrags stellen, der über den durch die Beschwerde bestimmten Streitgegenstand hinausgehe. Ein derartiges Rechtsbegehren wäre folglich mittels eigener Beschwerde ins Verfahren einzubringen gewesen, weshalb darauf nicht einzutreten sei (nicht publ. E. 1.3).¹⁷⁶ *Praxisänderung nach Einführung des BGG.*

BGE 135 V 382: Der Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts enthielt verbindliche Weisungen an die Vorinstanz (Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen). Die von dieser neu zu erlassende Verfügung würde lediglich eine blosse, mehr oder weniger wortgetreue Umsetzung des vom Bundesverwaltungsgericht Entschiedenen beinhalten. Der angefochtene Entscheid wurde daher als selbständig anfechtbarer Endentscheid¹⁷⁷ betrachtet (nicht publ. E. 2.2 [9C_708/2008]). *Das EVG hätte den*

¹⁷⁶ Anders als E. 1.3 vermuten lässt, wäre auf eine eigene Beschwerde der Hinterlassenen mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht eingetreten worden. Auch dieser Entscheid führt aufgrund der einseitigen Anfechtbarkeit wie BGE 135 V 185 zu einem unbefriedigenden Ergebnis (vgl. Fn. 20).

¹⁷⁷ Ob es sich bei diesem Entscheid tatsächlich um einen Endentscheid handelt oder eher um einen - nicht selbständig anfechtbaren - Zwischenentscheid (zumal das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist, sondern die Verwaltung erneut zu verfügen hat), erscheint fraglich, dürfte jedoch kaum von praktischer Bedeutung sein.

kantonale Entscheidung wohl stillschweigend als Endentscheid (für diesen Verfahrensschritt) qualifiziert und die Anfechtung zugelassen.

Überprüfbarkeit von kantonalen Nichteintretensentscheiden:

BGE 135 V 124: Angefochten war ein Nichteintretensentscheid eines kantonalen Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG. Dieser Entscheid kann gemäss Bundesgericht als Endentscheid im Sinn von Art. 91 BGG (Urteil 9C_740/2008 vom 10. Oktober 2008 E. 1) oder als - selbständig eröffneter - Vor- oder Zwischenentscheid über die Zuständigkeit nach Art. 92 Abs. 1 BGG betrachtet werden. Die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sei somit zulässig (E. 1). *Das EVG hätte den kantonalen Entscheid wohl stillschweigend als Endentscheid qualifiziert und die Anfechtung zugelassen.*

BGE 135 V 153: Beim Entscheid, mit dem das kantonale Gericht mangels örtlicher Zuständigkeit auf eine Beschwerde nicht eintritt, handelt es sich um einen selbständig anfechtbaren Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG. In BGE 135 V 232 ist ebenfalls ein Nichteintreten mangels örtlicher Zuständigkeit beurteilt worden, allerdings ohne Ausführungen zur Natur des kantonalen Entscheids und zum Eintreten auf die Bundesgerichtsbeschwerde. Ein Nichteintreten mangels sachlicher Zuständigkeit hat das Bundesgericht in BGE 135 V 373 als Endentscheid qualifiziert. *Das EVG hätte die kantonalen Entscheide wohl stillschweigend als Endentscheide qualifiziert und die Anfechtung zugelassen.*

3.3 Zusammenfassung

In der Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht hat der Rückweisungsentscheid eine grosse praktische Bedeutung. Oftmals sind zur Leistungsbeurteilung aufwändige Sachverhaltsabklärungen notwendig. So werden etwa zur Frage der Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person medizinische Stellungnahmen benötigt. Der Abklärungsapparat ist grundsätzlich auf Verwaltungsebene angesiedelt. Die Sozialversicherungen haben im Rahmen des ihnen obliegenden Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 43 Abs. 3 ATSG) den Sachverhalt von Amtes wegen und auf eigene Kosten abzuklären. Dies erledigen sie unter Beizug von externen und internen Ressourcen (versicherungsexterne Abklärungsstellen, versicherungsinterne ärztliche Dienste etc.). In vielen Fällen erweist sich im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren der Sachverhalt als zu wenig abge-

klärt. In der Regel nehmen die Gerichte diese Abklärungen nicht selbst vor, sondern heben den in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ergangene Entscheid der Verwaltung auf und weisen die Sache zur weiteren Abklärung und anschliessenden Neuverfügung an diese zurück. Solche erstinstanzlichen Rückweisungsentscheide sind im Sozialversicherungsrecht überaus häufig.

Vor Inkrafttreten des BGG stellten Rückweisungsentscheide kantonaler Instanzen Endentscheide dar. Das EVG ging soweit ersichtlich stets stillschweigend davon aus, dass der Rückweisungsentscheid den Verfahrensabschnitt abgeschlossen habe und daher als Endentscheid zu betrachten sei. Die Rückweisungsentscheide waren somit ohne weiteres von allen Parteien anfechtbar, etwa mit dem Argument, weitere Abklärungen seien unnötig. Das EVG äusserte sich in den untersuchten in BGE 132 V publizierten Entscheiden kaum zur Frage, ob die jeweiligen Entscheide Zwischen- oder Endentscheide darstellten. Diese Frage war nur bei den wenigen Fällen relevant, die eigentliche prozess- oder verfahrensleitende Verfügungen betrafen (z.B. Ausstand).

Nach Inkrafttreten des BGG änderten die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts diese Praxis und qualifizierten den typischen Rückweisungsentscheid, mit dem die Verwaltung zur Vornahme weiterer Abklärungen und zur anschliessenden Neuverfügung verpflichtet wird, als Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG. Die selbständige Anfechtung ist den Parteien also nur noch möglich unter den einschränkenden Voraussetzungen des nicht wieder gutzumachenden Nachteils bzw. des sofort herbeiführbaren Endentscheids und der Ersparnis von bedeutendem Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren.

Seit dieser Praxisänderung haben die Fragen, ob ein End- oder ein Zwischenentscheid vorliegt und ob ein Zwischenentscheid ausnahmsweise selbständig anfechtbar ist, erheblich an Bedeutung gewonnen. Entsprechend ist die Zahl der Urteile, die sich mit diesen Fragestellungen beschäftigen, markant gestiegen. Im untersuchten Jahr (Band BGE 135 V) hatten diese Fragestellungen in 12 publizierten Urteilen Bedeutung.¹⁷⁸ Wie die Ausführungen zu den einzelnen Urteilen in Kap. 3.2.2 zeigen, ist die Praxis durch-

¹⁷⁸ Freilich findet sich diese Fragestellung auch in zahlreichen unpublizierten Urteilen.

aus komplex. So kann etwa die Verwaltung einen Rückweisungsentscheid dann anfechten, wenn er Weisungen enthält, an die sie nach Vornahme der weiteren Abklärungen gebunden wäre - die Anfechtung ist jedoch nur in Bezug auf diese Weisungen und nicht umfassend möglich. Ein solches Anfechtungsrecht steht der versicherten Person, einer anderen berührten Versicherung¹⁷⁹ oder der an sich legitimierten Aufsichtsbehörde¹⁸⁰ hingegen nicht zu.

Unter dem Aspekt der Entlastung des Bundesgerichts ist festzuhalten, dass eine solche sich in der ersten Phase nach der Praxisänderung wohl nicht eingestellt haben dürfte. Die Rechtsunsicherheit war erheblich. Auf viele Beschwerden ist das Bundesgericht mangels selbständiger Anfechtbarkeit des Rückweisungsentscheids nicht oder nicht vollumfänglich eingetreten. Der Aufwand zur Begründung dieser Entscheide war teilweise erheblich. Die Situation dürfte sich unterdessen weitgehend geklärt haben mit dem Ergebnis, dass ein Grossteil der Rückweisungsentscheide (jene ohne verbindliche Weisungen an die Vorinstanz) nicht mehr angefochten werden. Die Rückweisungsentscheide mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz können nur in diesem Ausmass und nur noch von der Vorinstanz (und nicht mehr von der versicherten Person) angefochten werden.

Die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts verzeichnen einen Rückgang der Beschwerden (Eingang 2006: 2'650; 2009: 2'214).¹⁸¹ Die Zahl der erledigten Urteile ist hingegen im Vergleich der Jahre 2006 und 2009 gestiegen: Die in BGE publizierten Urteile haben sich von 51 auf 54 erhöht, die unpublizierten von 2'097 auf 2'151. Welcher Anteil davon auf Nichteintreten lautet, weil das angefochtene erstinstanzliche Urteil einen nicht anfechtbaren Zwischenentscheid darstellt, lässt sich im Rahmen dieser Untersuchung nicht mit vertretbarem Aufwand erheben.¹⁸² In Bezug auf die

¹⁷⁹ Siehe etwa das Urteil 8C_969/2008 vom 2. März 2009, E. 3.

¹⁸⁰ Siehe etwa das Urteil 8C_817/2008 vom 19. Juni 2009, E. 3 und 4.

¹⁸¹ Geschäftsberichte des Bundesgerichts, vgl. auch LEUZINGER, Auswirkungen der Justizreform im Sozialversicherungsrecht, in: plädoyer 3/11, 52.

¹⁸² Bundesrichterin Susanne Leuzinger berichtet von einer durch die neue Eintretenspraxis bei Rückweisungen ausgelösten Entlastung für das Bundesgericht, ohne jedoch Zahlen zu nennen; LEUZINGER, a.a.O. (Fn. 26), 46.

analysierten 12 einschlägigen Urteile des Bands 135 V ist lediglich festzuhalten, dass wegen der Rückweisungsproblematik nur auf 2 Beschwerden ganz oder teilweise nicht eingetreten wurde. Zudem wurde in 2 weiteren Urteilen nicht eingetreten auf Anträge in Beschwerdeantworten von Versicherten, die selbst nicht beschwerdelegitimiert waren.

4. Anregungen

4.1 Für die Rechtsprechung

Vor dem Hintergrund der Waffengleichheit im Verfahren erscheint es problematisch, dass heute Rückweisungsentscheide kantonaler Gerichte, die verbindliche Weisungen an die Vorinstanz enthalten, nur von dieser und nicht von der am Verfahren beteiligten ursprünglich Beschwerde führenden Person angefochten werden können. Im von der Verwaltung eingeleiteten bundesgerichtlichen Verfahren kann der Beschwerdegegner zudem nach Auffassung des Bundesgerichts keine eigenständigen Anträge vorbringen; das Bundesgericht erachtet sich aufgrund von Art. 107 Abs. 1 BGG an die Anträge der Verwaltung gebunden.¹⁸³ Um seine Anträgen beurteilen zu lassen, muss der Beschwerdegegner abwarten, bis der Bundesgerichtsentscheid ergeht, bis danach die Verwaltung die weiteren Abklärungen vornimmt und neu verfügt, um dann diese neue Verfügung anfechten zu können. Solche Ergebnisse sind auch in Anbetracht der Mehrbelastung sämtlicher Instanzen (einschliesslich des Bundesgerichts) unbefriedigend. Selbst wenn mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Kauf genommen wird, dass bei Rückweisungsentscheiden unter Umständen höchstens eine Partei, die Verwaltung, beschwerdelegitimiert ist, so wäre dafür zu halten, dass zumindest die Anträge der nicht zur Beschwerde legitimierten Partei vollumfänglich zu hören sind; Art. 107 Abs. 1 BGG steht dem nicht explizit entgegen.

Ein Beispiel zur Illustration, zu welchen heiklen Ergebnissen die höchstrichterliche Praxis zur Anfechtbarkeit von Rückweisungsentscheiden in Verbindung mit dem Antragsprinzip führen kann: Die IV-Stelle verweigert die Ausrichtung einer Rente. Das kanto-

¹⁸³ Vgl. die Ausführungen dazu im Entscheid 8C_231/2008 vom 3. April 2009, E. 2.

nale Gericht spricht der versicherten Person eine halbe Rente zu und weist die Sache zur Festsetzung des Rentenbeginns an die IV-Stelle zurück. Diese erhebt Beschwerde und beantragt, der versicherten Person sei keine Rente zuzusprechen. Der versicherten Person selbst ist der Weiterzug wegen des Rückweisungsteils insgesamt verwehrt. Sie kann auch im Rahmen der Vernehmlassung zur Beschwerde der IV-Stelle keine ganze Rente beantragen - diesen Antrag wird das Bundesgericht nicht zulassen. Kommt das Bundesgericht nun zum Schluss, der versicherten Person stehe eine Dreiviertelsrente zu, so kann es diese aufgrund von Art. 107 Abs. 1 BGG nicht zusprechen, sodass es die Beschwerde abweisen und die halbe Rente bestätigen wird. Nun klärt die IV-Stelle den Rentenbeginn ab und verfügt neu. Erst jetzt kommt die versicherte Person zum Zug: Sie beantragt in einem von vorne beginnenden ordentlichen Instanzenzug die ganze Rente, dies zuletzt vor Bundesgericht. Da nun ein Endentscheid vorliegt, wird das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten und die Dreiviertelsrente zusprechen, die nun vom Antrag der versicherten Person mitumfasst ist. Während des gesamten Verfahrens lagen den entscheidenden Instanzen dieselben, zur Beurteilung des Invaliditätsgrades von Anfang an beweiskräftigen Akten vor; gestützt auf dieselben Akten bestätigte das Bundesgericht im ersten Durchgang die halbe Rente und sprach im zweiten die Dreiviertelsrente zu. Dies stellt eine aus rechtsstaatlicher Sicht kaum tragbare Lösung dar. Das Ziel, dem Bundesgericht Entlastung zu bringen, wird zudem klarerweise verfehlt.

Unklarheit besteht im Weiteren in Bezug auf die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG, also dann, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Hier wäre seitens des Bundesgerichts eine Präzisierung wünschenswert, in welchem Ausmass das Beweisverfahren mutmasslich Zeit oder Kosten auslösen müsste. Zumindest würden entsprechende Richtwerte die Transparenz bei Eintretensentscheiden erhöhen.

4.2 Für die Gesetzgebung

Die erläuterte Problematik um das Antragsprinzip im Zusammenhang mit Rückweisungsentscheiden führt bei etwas umfassenderer Betrachtung zur Frage, ob die zu

Art. 107 Abs. 1 BGG entwickelte Praxis im Sozialversicherungsrecht überhaupt gangbar ist. Im Sozialversicherungsrecht ist die Durchsetzung des objektiven Rechts zentral. So beruhen Leistungen auf gesetzlich geregelten Ansprüchen, die im Interesse der Versichertengemeinschaft möglichst rechtsgleich zu gewähren sind. Vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips und der Rechtsgleichheit bleibt für vergleichsweise Erledigungen etwa von Leistungsgesuchen, aber auch von Beitrags- oder Rückforderungsstreitigkeiten wenig Raum. Eine Bindung des Bundesgerichts an die Anträge der Parteien erscheint im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich problematisch. Unter Umständen verhindern die Anträge eine gesetzmässige Leistungsausrichtung, Beitragsfestsetzung etc. Erschwerend kommt die Tatsache hinzu, dass die weit überwiegende Mehrheit der sozialversicherungsrechtlichen Fälle Dauersachverhalte betrifft, die bei Sachverhaltsveränderungen gesetzeskonform zu revidieren sind (vgl. Art. 17 ATSG). De lege ferenda wäre zu prüfen, ob das Antragsprinzip im Sozialversicherungsrecht fallenzulassen wäre.

5. Diverses

Keine Bemerkungen.

Evaluation der Bundesrechtspflege –

Ergebnis der qualitativen Analyse Bereich Strafrecht

Experte:	a.Oberrichter Fabio Righetti
Rechtsgebiet:	Strafrecht
Fragestellungen:	A01-A03

Fragestellung A01 – Strafrecht

1. Grundlagen

Fragestellung A01: Lässt sich ein Unterschied in der Begründungsdichte (insbesondere bezüglich Qualität und Nachvollziehbarkeit) von Grundsatzurteilen vor und nach der Reform (01.01.2007) feststellen?

2. Vorgehen

Methodik	Evaluiert werden nur als BGE veröffentlichte Urteile, diese jedoch in der integralen Fassung d.h. unter Einbezug auch der in der amtlichen Sammlung nicht publizierten Erwägungen.
Analysierte Urteile	Das Rechtsgebiet Strafrecht betreffende Urteile, die in den (Kalender) Jahren 2006 und 2009 ergangen und als BGE (Band 132 oder 133 bzw. 135 oder 136) in der I. und IV. Abteilung publiziert worden sind. Von den insgesamt 56 Urteilen ¹⁸⁴ (2006: 23; 2009: 33) sind Rechtshilfeentscheide (weil im neuen Recht im Grundsatz nicht mehr bzw. nur noch ausnahmsweise vorkommend) sowie Entscheide, die spezifisch Verfahrensfragen in Bundesstrafprozessen behandeln (für die ab 2011 neue Regeln [StPO und StBOG] gelten) weggelassen worden.
Grundgesamtheit	2006: Von 23 BGE wurden 19 untersucht ¹⁸⁵ 2009: Von 33 BGE wurden 28 untersucht ¹⁸⁶

3. Erkenntnisse

3.1 Quantitativer Vergleich

Verglichen werden die 47 analysierten Urteile¹⁸⁷ aufgrund der Anzahl Worte im Entscheid, jeweils berechnet ab Beginn der eigentlichen Erwägungen des Bundesgerichts¹⁸⁸ („das Bundesgericht zieht in Erwägung“, „Le Tribunal fédéral considère en droit“, „diritto“ bzw. „Erwägungen“, „Considérant en droit“) bis und mit Kosten- und

¹⁸⁴ Vgl. Anhang A (siehe S. 7f)

¹⁸⁵ Nicht evaluiert: BGE 133 IV 40 (Rechtshilfe), 132 IV 63 (Siegelung im Rahmen eines (Steuer)Verwaltungsstrafverfahrens), 132 IV 89 (Kompetenzkonflikt Bundesgerichtsbarkeit – kantonale Gerichtsbarkeit), 133 IV 93 (Mängel bundesanwaltschaftlicher Anklagen)

¹⁸⁶ Nicht evaluiert: BGE 135 IV 162 (betrifft keine Strafsache i.S. von Art. 78 ff BGG), BGE 135 IV 212, 136 IV 16, 136 IV 20 (Rechtshilfeentscheide), BGE 136 IV 44 (Klage zwischen Kantonen, Art. 120 BGG)

¹⁸⁷ vgl. Anhang B (S. 8 ff)

¹⁸⁸ nachfolgend BG

Entschädigungspunkt des Dispositivs (ohne Abschlussformalien wie Eröffnungsklausel und Unterschriften).

	2006	2009
Anzahl Worte	3167	2740
Anzahl Worte bei Beurteilung von STABE ¹⁸⁹ und NB ¹⁹⁰ im gleichen Urteil	3561	

Der durchschnittliche Umfang der Erwägungen hat im Jahr 2009 gegenüber dem Jahr 2006 um 427 Worte oder gut 13 % abgenommen. Vergleicht man den durchschnittlichen Umfang der Urteile im 2009 mit dem durchschnittlichen Umfang der Urteile im 2006, in denen im gleichen Verfahren sowohl eine STABE wie eine NB zu beurteilen waren¹⁹¹, beträgt die Differenz 821 Worte, was einer Abnahme um 30% entspricht. Diese grosse Differenz überrascht, auch wenn im Grundsatz eine Verringerung des Umfanges der Entscheide mit der Einführung der Einheitsbeschwerde bzw. mit dem Wegfallen der formale Aufteilung in STABE und NB ohne weiteres erklärbar ist, weil verschiedene Abgrenzungsprobleme nicht mehr thematisiert werden müssen. Allerdings ist ebenfalls die Abnahme übers ganze gesehen mit 13% beachtlich, und dafür liegt eine Erklärung nicht auf der Hand. Kommt dazu, dass der Umfang der Urteile nahe liegend von verschiedenen Faktoren abhängig ist. Schwankungen des durchschnittlichen „Wortaufwandes“ liegen in der Natur der Sache. Der Vergleich der Durchschnittswerte von bloss zwei Jahren ist von daher nicht unbedingt aussagekräftig. Darum wurden die 2009-Zahlen auch noch mit den entsprechenden Zahlen pro 2005 verglichen.

¹⁸⁹ staatsrechtliche Beschwerden

¹⁹⁰ (strafrechtliche) Nichtigkeitsbeschwerden

¹⁹¹ BGE 132 I 181, 132 IV 70, 132 IV 76, 132 IV 102, 132 IV 97, 132 IV 140 und 133 IV 1

	2005 ¹⁹²	2009
Anzahl Worte	2727	2740
Anzahl Worte bei Beurteilung von STABE und NB im gleichen Urteil	2852	

Tatsächlich zeigt der Vergleich der Zahlen von 2009 mit jenen von 2005 praktisch keine Veränderungen. Eine verlässliche Feststellung genereller Art lässt sich natürlich auch mit dem Vergleich der 2009er Zahlen mit jenen von 2005 noch nicht machen. Hingegen zeigt dieser Vergleich, dass die Annahme, die Einheitsbeschwerde führe generell zu kürzeren Entscheiden, zumindest vorschnell wäre.

3.2 Qualitativer Vergleich

- Zu Nachvollziehbarkeit der Entscheide und Verständlichkeit der Argumentation der einzelnen Urteile

vgl. Anhang B (siehe S. 9 ff)

- Zu Aufbau/Struktur der Entscheide

Eine einheitliche Struktur im Aufbau der Entscheidungsbegründungen lässt sich weder in den unter altem Recht, noch in den unter neuem Recht ergangenen Urteilen feststellen. Ebenfalls innerhalb den Abteilungen (1. öffentlich-rechtliche und strafrechtliche) gibt es kein eindeutiges d.h. als solches erkennbares Muster, nach dem die Entscheidungen aufgebaut wären. Soweit einheitlich vorgegangen wird, beruht dies auf Regeln, die sich entweder logisch ergeben, bspw. dass mehrere (selbständige) Rügen einzeln und in der Reihenfolge beurteilt werden, dass jene Rüge zuerst geprüft wird, deren Gutheissung die Prüfung einer andern erübrigen würde, oder dass Kosten- und Entschädigungsfragen am Schluss behandelt werden, oder weil es das Gesetz verlangt. So war unter altem Recht bei gleichzeitig erhobener STABE und NB zuerst die STABE zu beurteilen (aBStP Art. 275 Abs. 5); von dieser Regel gab es allerdings auch Ausnahmen (vgl. BGE 132 IV 76 in Anhang B).

¹⁹² Der Einfachheit halber sind nicht die im 2005 beurteilten sondern die im BGE 2005 Jahrgang veröffentlichten Urteilen (28 in der IV. Abteilung und 12 in der I. Abteilung) herangezogen worden

In Anbetracht der grossen Varietät der Rechtsfragen, die dem BG zudem in höchst unterschiedlich komplexen Sachverhalten zur Beurteilung vorgelegt werden, erstaunt allerdings das Fehlen einer einheitlichen Struktur nicht. Denn eine solche würde die Vorgabe eines mehr oder weniger starren Rahmens bedingen, was eine Darstellung der Erwägungen mit spezifischer Ausrichtung auf die sich unter den konkreten Umständen ergebenden Rechtsfragen erschweren oder unter Umständen sogar verunmöglichen könnte. Immerhin sind in einem Teil der Erwägungen – und zwar sowohl bei jenen des Jahres 2006 wie 2009 – verschiedene Strukturmuster erkennbar, die wenigstens im Grundaufbau wiederkehren, im Detail aber variieren. So legen nicht wenige Entscheide am Anfang, allenfalls nach Ausführungen zum Eintreten (dazu Ausführungen weiter unten), dar, was Ausgangspunkt des Verfahrens ist, in dessen Verlauf der Gegenstand der Beschwerde bildende Entscheid gefällt worden ist; zusammenfassend geschildert wird etwa ein Lebensvorgang, ein Sachverhalt, eine Anschuldigung oder ein Urteil (bspw. BGE 132 IV 102, 132 IV 76, 132 IV 132, 133 IV 36, 133 IV 31, 133 IV 1, 135 IV 146, 135 IV 188, 136 IV 87). Ein anderer, ebenfalls wiederkehrender Einstieg ist die Fokussierung auf die Gegenstand der Rüge bildenden Rechtsfragen, die dann allgemein oder unter Einbezug der vorinstanzlichen Erwägungen erörtert werden (bspw. BGE 132 I 127, 132 I 181, 133 I 33, 135 I 257, 135 IV 102, 135 IV 139). Oft folgen aber entsprechende allgemeine Ausführungen auch erst im Rahmen der konkreten Rügebeurteilung (bspw. BGE 132 IV 70, 133 IV 1, 135 I 261, 136 IV 87).

- Zur Verständlichkeit der Entscheide

Der Vergleich der Urteile 2006 und 2009 aufgrund der Kriterien, die bei der Evaluation heranzuziehen waren, hat keine signifikanten Unterschiede ergeben. Einen nicht unwesentlichen Einfluss auf die Nachvollziehbarkeit und Plausibilität der Urteile haben natürlich Aufbau und Sprache der Erwägungen. Insbesondere hilfreich ist eine folgerichtig strukturierte Begründungslinie, zumal diese auch die inhaltliche Konzentration und argumentative Präzision fördert und damit tendenziell zu kürzeren Urteilen beiträgt. Wie bereits erwähnt, folgen die BGE aber keinem einheitlichen Aufbaumuster und sind unterschiedlich strukturiert. Darum sind – je nach Eignung der gewählten Struktur – auch nicht alle einheitlich gut nachvollziehbar, die Gedankengänge sind nicht überall auf wirklich Relevantes beschränkt und erscheinen auch nicht immer gleich einleuchtend. Eine Feststellung, die ohne Unterschied für beide evaluierten BGE

Jahrgänge gilt. Für alle Urteile, ob unter aOG bzw. aStP oder ob unter BGG entschieden, gilt aber auch die Feststellung, dass sie die gesetzten Kriterien Vollständigkeit/Lückenlosigkeit und Widerspruchsfreiheit erfüllen. Was entschieden worden ist, ist aufgrund der erwogenen Argumente nachvollziehbar und im Ergebnis verständlich. An dieser Beurteilung ändert trotz unterschiedlicher Bemerkungen und gelegentlich aufgeworfener Verständnisfragen in der Evaluation der einzelnen Urteile (Anhang B) nichts.

- Zu Unterschieden in den Entscheiden 2006 / 2009:

In den Erwägungen der im 2006 ergangenen Urteile finden sich regelmässig Ausführungen zum Eintreten d.h. zur Beschwerdelegitimation und zur (Sachverhaltsermittlungs- und Rechtsanwendungs) Kognition; und zwar nicht nur dort, wo es nahe liegt, weil diesbezüglich Fragen bestehen und zu entscheiden sind (bspw. BGE 132 IV 140, 132 IV 132). Auch in Fällen, in denen die Voraussetzungen für Eintreten auf die erhobene Rüge offensichtlich gegeben sind, wird meistens trotzdem auf diesen formellen Punkt, zumindest summarisch, eingegangen (bspw. BGE 132 I 127, 132 I 117, 132 I 33, 133 I 12, 132 IV 97, 132 IV 102, 132 IV 108, 132 IV 112, 132 IV 132, 133 I 33); Urteile ohne entsprechende Ausführungen sind eine Minderheit (BGE 132 I 21, 132 IV 127, 132 IV 120, 132 IV 36, 132 IV 31, 133 IV 36). Ein anderes Bild zeigen die Erwägungen der Urteile des Jahres 2009. Hier finden sich Ausführungen zu Eintretens- und Kognitionsfragen, wenn sich solche im konkreten Fall stellen bzw. zu prüfen sind (so BGE 135 IV 41, 135 I 257, 135 I 261, 135 I 313, 136 IV 29 oder BGE 135 IV 177, 135 IV 217, 135 IV 206 und 135 IV 130, letzteres Fälle, in denen nicht eine verurteilte Personen Beschwerde führt). Hingegen fehlen entsprechende Ausführungen, wenn Eintreten unproblematisch ist (bspw. BGE 135 I 139, 135 IV 56, 135 IV 87, 135 IV 102, 135 IV 113, 135 IV 126, 135 IV 146, 135 IV 152, 135 IV 158, 135 IV 170, 135 IV 180, 135 IV 188, 135 IV 191, 135 IV 196, 135 IV 221), oder wenn sie vorkommen, beschränken sie sich auf einen summarischen Hinweis auf das Vorliegen der Eintretensvoraussetzungen (BGE 135 I 71, 135 IV 121). Diese Veränderungen dürften mit der Änderung des Rechtsmittelsystems d.h. mit der Ablösung der NB bzw. STABE durch die (Einheits)Beschwerde in Strafsachen in Zusammenhang stehen. Der Wegfall des Nebeneinanders von STABE und NB scheint tatsächlich die gewünschte Vereinfachung d.h. eine gewisse Entlastung der Beschwerdeverfahren im formellen Bereich des Eintretens bewirkt zu haben.

Bezüglich Eintreten sei noch beigefügt, dass das BG die Praxis (BGE 132 IV 102) weiterzuführen scheint, gelegentlich Rügen, die nicht zwingend zu behandeln wären, zu beurteilen um in einem gebotenen Fall zu einer Rechtsfrage Stellung nehmen (BGE 135 I 257). Gleiches gilt für die Praxis (BGE 132 IV 108, 132 IV 140), bei nicht vertretenen Beschwerdeführern¹⁹³ über Mängel in den Beschwerden im Rahmen des formell Möglichen hinweg zu sehen (BGE 135 IV 221). Die geringe Zahl der evaluierten Entscheide kann allerdings auch hier kein repräsentatives Bild vermitteln.

Als Veränderung zwischen den Urteilen 2006 und 2009 ist schliesslich noch erwähnenswert der Umgang des BG mit Weisungen an die Vorinstanz¹⁹⁴ bei Rückweisungen. Vor Anwendung des BGG war die übliche Formulierung bei Gutheissung einer Beschwerde *„Rückweisung zu neuer Entscheidung [oder zur Neubeurteilung] an die Vorinstanz“*, allenfalls noch mit der Beifügung *„im Sinne der Erwägungen“*. Von dieser Regel wurde vor 2007 höchst selten (und unter speziellen Konstellationen bspw. Urteil 6S.1/2006 Urteil vom 21. März 2006) abgewichen, in den evaluierten 2006-Urteilen ein einziges Mal (BGE 132 IV 108). Hier hat das BGG, jedenfalls auf der Basis der 2009-Entscheide betrachtet, insofern eine Änderung gebracht, als Rückweisungen auffallend häufig mit Anweisungen von teilweise erstaunlicher Detailliertheit an die Vi verbunden sind, wie diese im Rahmen der Neubeurteilung vorzugehen hat (bspw. BGE 135 IV 56, 135 IV 87, 135 IV 102, 135 IV 139, 135 IV 158, 135 IV 180, 135 IV 198). Von der mit dem BGG (im Strafbereich) neu geschaffenen Möglichkeit zu reformatorischem Entscheid (genügend liquide Verhältnissen selbstverständlich vorausgesetzt) scheint das BG, soweit das aufgrund des beschränkten Fundus dieser Analyse feststellbar ist, eher zurückhaltend, aber jedenfalls dort Gebrauch zu machen, wo sich ein Entscheid in der Sache aufdrängt (BGE 135 IV 170, 135 IV 126). In Anbetracht der konstanten Praxis, auf Beschwerden trotz Fehlens eines materiellen Antrages – also auch bei einem blossen Rückweisungsantrag – einzutreten, wenn ein Sachentscheid mangels liquiden Verhältnissen ausser Betracht fällt (BGE 134 III 379; Urteil 6B_78/2009 vom 22. September 2009), wäre es eigentlich konsequent, bei gestelltem materiellem Antrag und liquiden

¹⁹³ nachfolgend Bf

¹⁹⁴ nachfolgend Vi

Verhältnissen auch stets reformatorisch zu urteilen, wenn eine Beschwerde gutgeheissen wird.

4. Antwort zu Fragestellung A01

In den als BGE publizierten Grundsatzurteilen vor (2006) und nach (2009) Inkrafttreten des BGG (01.01.2007) sind im Strafbereich bezüglich Umfang, Aufbau und Nachvollziehbarkeit keine wesentlichen Veränderungen feststellbar.

Anhang A

ZUSAMMENSTELLUNG DER ZWISCHEN **01.01.2006** UND **31.12.2006** BZW. ZWISCHEN **01.01.2009** UND **31.12.2009** ERGANGEN UND ALS BGE IN BAND 132 UND 133 BZW. 135 UND 136 IN DER I. UND IV. ABTEILUNG PUBLIZIERT WORDEN SIND

2006

132 I 21 / 1P.120/2006 vom 23. März 2006
132 I 117 / 1P.139/2006 vom 15. Mai 2006
132 I 127 / 1P.61/2006 vom 25. April 2006
132 I 181 / 6P.45/2006 u. 6S.89/2006 vom 11. Mai 2006
133 I 12 / 1P.313/2006 vom 22. November 2006
133 I 33 / 6S.59/2006 vom 2. November 2006

132 IV 70 / 6S.46/2005 und 6P.134/2005 vom 2. Februar 2006
132 IV 63 / 1S.31/2005 del 6 febbraio 2006
132 IV 76 / 6S.23/2006 und 6P.6/2006 vom 31. März 2006
132 IV 108 / 6S.358/2005 del 17 marzo 2006
132 IV 89 / 6S.455/2005 vom 28. März 2006
132 IV 127 / 6S.496/2005 du 12 mai 2006
132 IV 112 / 6S.188/2006 du 29 juin 2006
132 IV 120 / 6S.253/2006 vom 30. August 2006
132 IV 132 / 6S.59/2005 vom 2. Oktober 2006
132 IV 102 / 6P.62/2006 und 6S.146/2005 vom 14. November 2006
132 IV 97 / 6P.24/2006 und 6S.48/2006 vom 23. November 2006
132 IV 140 / 6S.331/2006 du 23 novembre 2006
133 IV 36 / 6S.156/2006 vom 24. November 2006
133 IV 40 / 1A.149/2006 / 1A.175/2006 du 27 novembre 2006
133 IV 31 / 6S.355/2006 vom 7. Dezember 2006
133 IV 93 / 6S.150/2006 vom 21. Dezember 2006
133 IV 1 / 6P.141/2006 und 6S.307/2006 vom 28. Dezember 2006

2009

135 I 71 / 1B_344/2008 vom 20. Januar 2009
135 I 113 / 6B_413/2008 vom 6. Februar 2009
135 I 261 / 1B_7/2009 vom 16. März 2009
135 I 257 / 1B_252/2008 vom 16. April 2009
135 I 313 / 6B_962/2008 vom 18. Juni 2009

135 IV 87 / 6B_538/2008 vom 7. Januar 2009
135 IV 139 / 6B_838/2008 vom 8. Januar 2009
135 IV 56 / 6B_549/2008 vom 3. Februar 2009
135 IV 102 / 6B_690/2008 vom 9. Februar 2009
135 IV 130/ 6B_772/2008 vom 6. März 2009
135 IV 170 / 6B_1040/2008 vom 31. März 2009
135 IV 146 / 6B_765/2008 vom 7. April 2009
135 IV 126 / 6B_1023/2008 vom 7. Mai 2009
135 IV 152 / 6B_492/2008 du 19 mai 2009
135 IV 158 / 6B_693/2008 vom 28. Mai 2009
135 IV 177 / 6B_68/2009 vom 4. Juni 2009
135 IV 221 / 6B_975/2008 vom 4. Juni 2009
135 IV 162 / 1C_116/2009 vom 9. Juni 2009
135 IV 206 / 1B_325/2008 vom 9. Juni 2009
135 IV 113 / 6B_974/2008 du 10 juin 2009
135 IV 180 / 6B_769/2008 du 18 juin 2009
135 IV 217 / 6B_173/2009 du 18 juin 2009
135 IV 121 / 6B_978/2008 du 9 juillet 2009
135 IV 191 / 6B_112/2009 vom 16. Juli 2009
135 IV 196 / 6B_186/2009 vom 16. Juli 2009
135 IV 198 / 6B_916/2008 vom 21. August 2009
135 IV 188 / 6B_912/2008 vom 21. August 2009
135 IV 212 / 1B_217/2009 du 17 septembre 2009
136 IV 20 / 1C_381/2009 vom 13. Oktober 2009
136 IV 29 / 6B_540/2009 vom 22. Oktober 2009
136 IV 41 / 6B_466/2009 vom 29. Oktober 2009
136 IV 16 / 1C_454/2009 du 9 décembre 2009
136 IV 44 / 1E_1/2009 vom 21. Dezember 2009

Anhang B

INHALTLICHE EVALUATION DER AUSGEWÄHLTEN BGE IM EINZELNEN

2006

Urteile der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung

132 I 21 vom 23. März 2006 / 1P.120/2006 Staatsrechtliche Beschwerde: Gegenstand:¹⁹⁵
Sicherheitshaft (2426 Worte)

Ein Mann, der sich etwas mehr als ein Jahr in Untersuchungshaft befand und dessen Haftentlassungsgesuch trotz abgeschlossener Untersuchung und erhobener Anklage abgewiesen worden war, machte mit STABE das Fehlen eines Haftgrundes und die Unverhältnismässigkeit einer weiteren Inhaftierung geltend. Das BG lehnte beide Rügen aufgrund der konkreten Umstände der Anklage (schwerwiegender Delikte) und der Person des Angeschuldigten (ausgeprägte Neigung zu Kollusionshandlungen) ab. Die trotz abgeschlossener Strafuntersuchung anhaltende Kollusionsgefahr begründete das BG plausibel mit dem konkreten Risiko erheblicher Einflussnahmen auf Zeug(inn)en und andere Gewährspersonen im Falle einer Haftentlassung des Bf. Gegen die Unverhältnismässigkeit der bisherigen Haftdauer konnte das Gericht – in Anbetracht der Anklage mit gutem Grund – die bestehende Möglichkeit einer längeren Freiheitsstrafe anführen. Die verwendeten Textbausteine bzw. allgemeinen Ausführungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben insgesamt einen reichlich ausführlichen Entscheid, zumal das BG in diesem letztlich nur seine bisherige Praxis bestätigt, dass die Annahme einer Kollusionsgefahr im Stadium der Sicherheitshaft einer besonders sorgfältigen Prüfung bedarf. Ausführungen zur „Besonderheit“ d.h. worin die Unterschiede bei der Prüfung der Kollusionsgefahr vor und nach dem Untersuchungsstadium bestehen, bleibt auch dieser Haftprüfungsentscheid schuldig. Die UP Abweisung wird sehr formalistisch begründet

132 I 127 vom 25. April 2006 / 1P.61/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand:
Strafverfahren; SVG; Beweiswürdigung (2147 Worte)

Zu beurteilen war die Zulässigkeit der Anonymisierung eines Zeugen in einem Verfahren wegen SVG-Vergehen und Nötigung. In Anbetracht des ungewöhnlich gewaltbereiten Angeschuldigten bejahte das BG zwar ein ausreichend schutzwürdiges Interesse zur Beschneidung der Verteidigungsrechte, hingegen rügte das Gericht eine un-

¹⁹⁵ Angegeben wird jeweils, was auch im BGE unter „Gegenstand“ aufgeführt ist

genügende Kompensation der damit verbundenen Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte.

Nach Darlegung der Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK gemäss Lehre und Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes wird ausführlich der darin zum Ausdruck kommende, innere Widerspruch erörtert, dass anonymisierte Zeugenaussagen – obschon die damit verbundenen Einschränkungen des Konfrontations- und Fragerechts mit dem Fairnessgebot vereinbar sind – (für sich allein) nicht für einen Schuldspruch ausreichen. In der Folge wird dargelegt, dass bzw. warum dieser Widerspruch, der eben bei formaler Betrachtungsweise besteht, letztlich nur lösbar ist, wenn die Einhaltung des Fairnessgebot nicht nach formalen Kriterien sondern in einer Gesamtwürdigung geprüft wird. Dieser Kernaussage des Urteils – anonyme Zeugenaussagen sind nur aber immerhin soweit zulässig, als die damit verbundenen Einschränkungen der Verteidigungsrechte einen fairen Prozess nicht verunmöglichen – ist in der Lehre Kritik erwachsen, sie ist aber nachvollziehbar begründet und der Verzicht auf zwingendes Abstellen auf formale Kriterien wird plausibel dargestellt.

132 I 117 vom 15. Mai 2006 / 1P.139/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Kosten der Strafuntersuchung (2613 Worte)

Mit STABE wehrte sich die Erbin eines Angeschuldigten, der während hängigem Strafverfahren verstorben war, gegen den Beschluss des Gerichts, die Verfahrenskosten des eingestellten Verfahrens dem Nachlass des Angeschuldigten aufzuerlegen. Sie machte geltend, die Auffassung der Vi, wonach eine Kostenauflage an den Nachlass auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesetz zulässig sei, sei willkürlich. In der Begründung machte das BG zunächst, unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung, Ausführungen zum Legalitätsprinzips im allgemeinen, zur rechtlichen Einordnung der Verfahrenskosten als Kausalabgaben (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip), zur speziellen Regelung bei der Steuernachfolge sowie zum Grundsatz der Universalsukzession, auf den die Vi ihren Entscheid u.a. abstützte. Anschliessend legt die Begründung argumentativ folgerichtig und überzeugend dar, warum sich die Zahlungspflicht für Verfahrenskosten (weil sie im konkreten Fall erst durch den Gerichts-

beschluss und damit nach dem Tod des Angeschuldigten entstanden ist) weder auf Überlegungen analog zur Steuernachfolge noch analog zur erbrechtlichen Universal sukzession abstützen lässt. Weil eine ausdrückliche gesetzliche Norm (im kantonalen Recht), auf die sich die Kostenaufgabe abstützen könnte, fehlte, war die Gutheissung der STABE wegen Verstosses gegen das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1 BV) nur die logische Folge.

133 I 12 vom 22. November 2006 / 1P.313/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Strafverfahren, Appellation (2248 Worte)

Im Sinne einer Präzisierung des Grundrechts auf eine wirksame Verteidigung bezeichnete das BG die Abschreibung eines Rechtsmittelverfahrens zufolge Säumnis des Angeschuldigten bei Anwesenheit der Verteidigung, die zur Berufungsverhandlung angetreten und zu plädieren bereit war, als (insbesondere) mit Art. 32 Abs. 3 BV nicht vereinbar. Nur wenn sowohl der Angeklagte als auch seine Rechtsvertretung der Rechtsmittelverhandlung unentschuldig fernbleiben (sog. "Totalversäumnis"), dürfe von einem Verzicht (bzw. Rückzug) des Rechtsmittels ausgegangen werden. Die konzise Begründung knüpft an die Praxis zu den Verteidigungsrechten (BGE 127 I 213) an und erinnert an schon in Kraft getretene oder vorgesehene (Art. 414 Abs. 1 lit. a E-StPO) Prozessordnungen, die ausdrücklich festhalten, dass das unentschuldigte Nichterscheinen (nur) des Appellanten nicht zur Abschreibung des Berufungsverfahrens, sondern zur Durchführung des Abwesenheitsverfahrens führen.

Urteile der strafrechtlichen Abteilung (Kassationshof)

132 IV 70 vom 2. Februar 2006 / 6P.134/2005 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Strafverfahren; Willkür, rechtliches Gehör / 6S.46/2005 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Versuchte Erpressung (5945 Worte)

Zur Beurteilung standen zwei STABE und eine NB. Angefochten war einerseits ein Urteil einer kantonalen Kassationsinstanz und andererseits ein Urteils einer kantonalen Berufungsinstanz (Obergericht). Entsprechend nehmen Eintretens- und Kognitionsfragen in der Begründung des bundesgerichtlichen Entscheides ziemlich viel Platz

ein. Nur wegen des prozessual bedingten Nebeneinanders von zwei (zueinander subsidiären; Art. 86 Abs. 2 aOG) Rechtsmitteln (STABE und NB) wären diesbezüglich allerdings auch weniger Ausführungen ausreichend gewesen, zumal auf wesentliche Teile der Rügen (STABE) wegen nicht genügend substantzierter Begründung (Art. 90 Abs. 1 lit. b aOG) gar nicht eingetreten wurde. Soweit die STABE-Rügen (Verstoss gegen Art. 9 BV, willkürliches Abstellen auf ein nicht schlüssiges bzw. auf unverwertbare Elementen basierendes Gutachten/ Befangenheit der Gutachterin) materiell beurteilt (und abgelehnt) worden sind, überzeugt die Begründung durch Sorgfalt und eine einlässliche Auseinandersetzung mit den kontroversen Lehrmeinungen. Gleiches gilt für die Beurteilung der Fragen, die im Rahmen der NB zu beurteilen waren (Verletzung von Art. 9 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 3 BÜPF und Art. 156 Ziff. 1 i.V. mit 21 bzw. 22 StGB). Aus der Begründung erhellt, dass es den Zufallsfund mit vorbestehendem, dringendem Tatverdacht eigentlich gar nicht gibt, weshalb dessen Verwertung gar nie möglich wäre, wenn man ihn von der Voraussetzung des vorbestehenden, dringenden Tatverdachtes abhängig mache würde. Weniger einleuchtend ist die Argumentation, im konkreten Fall spreche der Umstand, dass die Abhörung nicht rückgängig zu machen ist, für die Zulassung des Zufallsfundes.

Wiederum nachvollziehbar begründet ist, warum i.c. eine implizierte Gewaltandrohung zu bejahen war und warum das angefochtene Urteil trotz teilweiser falscher Subsumption beim Versuch (vollendet anstatt unvollendet) weiterhin Bestand haben konnte und nicht aufgehoben werden musste.

132 IV 108 (ital) vom 17. März 2006/ 6S.358/2005 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Diebstahl (1300 Worte)

Zu beurteilen war ein Vorfall im Zusammenhang mit einem Geldbezug am Bancomaten. Jemand wollte am Bancomat Geld beziehen. Der Automat reagierte zunächst nicht, und die Person entfernte sich in der irrtümlichen Annahme, der Automat sei defekt. Kurz danach, als der folgende Benutzer den Bancomaten bediente, gab der Apparat aber das Geld doch noch aus. Der folgende Benutzer, der sich das Geld angeeignet hatte und deswegen wegen Diebstahls verurteilt wurde, bestritt, sich dieses Delikts schuldig gemacht zu haben. Das BG trat auf die nicht näher spezifizierte

(Laien)Beschwerde des nicht verbeiständeten Bf als NB (wegen Verletzung von Art. 139 StGB) ein und hiess sie gut. In der Begründung¹⁹⁶ verweist das BG auf Lehre und v.a. die Rechtsprechung zum strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff bzw. Gewahrsamsbruch. Dabei wird nicht nur aus den einschlägigen Leitentscheiden zitiert, sondern es werden die Parallelen bzw. Unterschiede zum aktuell zu beurteilenden Sachverhalt anschaulich aufgezeigt. Dadurch wird die Nachvollziehbarkeit des fehlenden Gewahrsamsbruchs als eigentlicher Grund, warum i.c. der TB des Diebstahls nicht erfüllt ist, wesentlich erleichtert. Das Urteil schliesst mit dem Hinweis an die Vi (oder ist es eine als geboten erachtete Ermahnung?) es sei zu prüfen, ob der Bf nicht wegen unrechtmässiger Aneignung gemäss Art. 137 StGB – der eben keinen Gewahrsamsbruch voraussetzt – zu bestrafen sei.

132 IV 76 vom 31. März 2006 6P.6/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Strafverfahren; Willkür / 6S.23/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Widerhandlung gegen das Lotteriegelgesetz (4355 Worte)

Zur Beurteilung stand das Phänomen der so genannte "Schenkkreise", mit dem sich die Gerichte ab Ende der 1990er Jahre zunehmend konfrontiert sahen. Das BG hatte im Wesentlichen zwei Fragen zu beantworten. Die erste, inwieweit „Schenkkreise“ als lotterieähnliche Veranstaltungen (Schneeballsystem) dem Lotteriegelgesetz unterstehen und damit verboten sind (Art. 4 und 38 LG), bejahte das Gericht mit ausführlichen Hinweisen auf die ratio legis bzw. die Entstehungsgeschichte des Lotteriegelgesetzes und aufgrund einer konzisen Analyse des Systems, auf dem die Schenkkreise basierten (ein Gewinn kann nur erzielt werden, wenn weitere Personen zur Teilnahme am "Schenkkreis" veranlasst werden). In diesem Zusammenhang überzeugt insbesondere die Begründung, warum die Abgrenzung zwischen lotterieähnlichen Unternehmungen und Glücksspielen nach Spielbankengesetz bei den Schenkkreise in allen Phasen des Geschehens nach gleichen rechtlichen Kriterien erfolgen muss und warum die Schenkkreise als lotterieähnliche Unternehmungen zu qualifizieren sind. Auch die zweite Frage, wann bei einem Einsatz im Rahmen eines Schenkkreises ein (noch straf-

¹⁹⁶ in italienischer Sprache, gestützt auf Art. 37 Abs. 3 AOG, weil der BF „...ha redatto il suo ricorso in italiano e comprende manifestamente meglio questa lingua rispetto al francese“

freies) Einlegen in eine Lotterie und unter welchen Voraussetzungen eine strafbare Durchführungshandlung im Sinne des LG vorliegen, beantwortete das Gericht einleuchtend und nachvollziehbar. Eine Besonderheit dieses Urteil ist, dass das Bundesgericht ausnahmsweise die NB vor der STABE beurteilt hat, was aus den angegebenen prozessökonomischen Gründen ebenfalls plausibel erscheint.

132 I 181 vom 11. Mai 2006 / 6P.45/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Quellenschutz;/ 6S.89/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Quellenschutz (Kassationshof) (4303 Worte)

Auslöser dieses Urteils war ein Zeitungsbericht über eine Herztransplantation mit tödlichem Ausgang zufolge Blutgruppeninkompatibilität. Gemäss Verfasser des Zeitungsartikels wäre, wie er aus gutunterrichteter Quelle erfahren haben will, der Fehler nicht irrtümlich erfolgt, sondern die Ärzte hätten ganz bewusst, im Sinne eines Experiments, ein „falsches Herz“ eingepflanzt. Gegenüber der Staatsanwaltschaft, die den Journalisten im Rahmen der strafrechtlichen Ermittlungen wegen eines Tötungsdelikts als Zeuge befragte, verweigerte dieser die Angabe seiner Informationsquelle unter Berufung auf den Quellenschutz. Die Bemühungen der Staatsanwaltschaft, Art. 27bis Abs. 2 lit. b StGB anwendbar zu erklären, waren auf kantonaler Ebene erfolgreich, nicht aber vor Bundesgericht.

Auf die NB des Journalisten (wegen Verletzung von Art. 27bis Abs. 2 StGB) ist das Bundesgericht nicht eingetreten, was nicht überrascht, weil entsprechend der eigenen, langjährige Praxis zum Begriff des anfechtbaren Urteils ein solches offensichtlich nicht vorgelegen hat. Dass in der Begründung diese Praxis dennoch recht eingehend zitiert wird, obschon, wie am Schluss sogar beiläufig erwähnt wird, der Journalist als Zeuge zur Beschwerdeführung eigentlich a priori nicht beschwerdelegitimiert und Nichteintreten auf die NB schon von daher klar gewesen war, erstaunt. Möglicherweise wollte aber das Bundesgericht die Gelegenheit dieses Entscheides wahrnehmen um zum Ausdruck zu bringen, dass am Grundsatz, die NB nur gegen Endentscheide zuzulassen, festgehalten wird. Die Beurteilung der STABE ist ausserordentlich eingehend. In sorgfältiger Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen von Quellenschutz und Strafverfolgung wird die Frage nach dem Stellenwert des Redaktionsgeheimnisses

im konkreten Fall erörtert. Einbezogen in diese Erörterungen wird insbesondere der kurz vorher geschaffene Art. 27bis StGB, dessen ratio legis anhand der Entstehungsgeschichte deutlich gemacht wird. Warum der Entscheid zugunsten des Redaktionsheimnisses ausfallen muss, also ungeachtet des Vorliegens einer im Gesetz aufgeführten Tat eine Interessenabwägung vorzunehmen ist und diese den journalistischen Quellenschutz als Eckpfeiler der Pressefreiheit über das Interesse an der Aufklärung des in Frage stehenden Tötungsdelikts setzt, wird nachvollziehbar und überzeugend begründet.

132 IV 127 vom 12. Mai 2006 (franz) / 6S.496/2005 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: strafbare Vorbereitungshandlungen (1736 Worte)

Ein u.a. wegen strafbarer Vorbereitungshandlungen verurteilter Mann machte mit NB geltend, das Urteil verletze Art. 260bis Abs. 2 StGB. Er sei von den ihm zur Last gelegten Vorbereitungshandlungen zurück getreten, weshalb diese Bestimmung hätte angewendet werden müssen. Das BG nahm diese NB zum Anlass, seine eigene, langjährige Praxis zur Anwendung von Abs. 2 zu ändern. Dabei berief es sich ausdrücklich auf die erhebliche und anhaltend geführte Kritik in der Lehre. In der Begründung wird diese Kritik denn auch ausführlich erörtert und vom Gericht schliesslich in bemerkenswerter Offenheit deren Berechtigung eingeräumt, weshalb die Praxis entsprechend geändert werden müsse. Dadurch, dass aus der Begründung die Überlegungen sowohl für die bisherige wie für die neue Praxis transparent werden, wird diese umso nachvollziehbarer und umso mehr leuchtet ein, dass für die Privilegierung (Straflosigkeit) das Absehen von Versuchshandlungen genügen muss.

132 IV 112 vom 29. Juni 2006 (franz) / 6S.188/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: üble Nachrede (2103 Worte)

Ein Baugesuchsteller hatte in einem Brief an die Gemeindebehörde den Präsidenten der örtlichen Planungskommission, der als Privater Einsprache gegen das Bauvorhaben erhoben hatte, des erpresserischen Verhaltens bezichtigt (gegen Bezahlung von 60'000 Franken werde die Einsprache zurückgezogen). Deswegen wurde der Briefschreiber wegen übler Nachrede schuldig erklärt. Der Wahrheitsbeweis, den der Ver-

urteilte in Form eines Briefes seitens des Rechtsvertreters des Einsprechers glaubte erbringen zu können, war ihm wegen fehlendem öffentlichen Interesse (als der Brief die Behörde erreichte, war Nichteintreten auf die Beschwerde bereits beschlossen) verwehrt worden. Der Verurteilte erhob eine NB mit der Begründung, die Verneinung eines öffentlichen Interesses und damit die Verweigerung des Wahrheitsbeweises verletze Bundesrecht (Art. 173 Ziff. 3 StGB). Das BG setzte sich in seinem Urteil zunächst eingehend und in übersichtlicher Ordnung mit der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 173 Ziff. 3 StGB und mit Begriff „öffentliches Interesse“ auseinander, letzteres nach ausdrücklichem Hinweis, es handle sich um eine Rechts- und nicht um eine Tatfrage. Die entsprechenden Erkenntnisse und Folgerungen auf den zu beurteilenden Fall angewandt, machten die Bejahung des öffentlichen Interesses aufgrund der konkreten Umstände (ein nicht ausgeräumter Verdacht erpresserischer Machenschaften im Zusammenhang mit einem Baubewilligungsverfahren gegen einen öffentlichen Funktionsträger im Baubereich der Gemeinde ist dem Vertrauen in die öffentlichen Institutionen abträglich) nachvollziehbar. Schwerer tat sich das BG mit der Frage nach den Voraussetzungen des Wahrheitsbeweises. Auch zu dieser Frage äussert sich die Begründung grundsätzlich. Erneut (vgl. oben zu BGE 132 IV 127) zeigt sich das BG selbstkritisch, indem es auf die Kritik der Lehre an der bisherigen Rechtsprechung, die den Wahrheitsbeweis an das Erfordernis einer strafrechtlichen Verurteilung knüpft, eingeht und die Frage aufwirft, ob nicht eine Praxisänderung geboten sei. Das BG konnte es aber bei der Frage bewenden lassen und darauf hinweisen, dass bereits die aktuelle Praxis bei objektiver Unmöglichkeit, ein Strafurteil zu erwirken, ausnahmsweise andere Formen des Wahrheitsbeweises nicht ausschliesse. Mit überzeugender Begründung bejahte das Gericht im konkreten Fall eine solche Ausnahme, indem es auf die Sistierung des (parallel zum Ehrverletzungsprozess) laufenden Strafverfahrens hinwies, die ein Urteil verhinderte.

132 IV 120 vom 30. August 2006 / 6S.253/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Strafzumessung (3041 Worte)

Zu beurteilen war die Angemessenheit einer Strafe von drei Monaten Gefängnis u.a. für sexuelle Nötigung (erzwungene beischlafsähnliche Handlungen). Die Staatsanwaltschaft hatte NB erhoben mit der Begründung, eine Strafe für eine Nötigung zu

beischlafsähnlichen Handlungen dürfe (bei sonst vergleichbarem Tatgeschehen und bei Fehlen von Strafmilderungsgründen) nicht wesentlich geringer ausfallen als für eine Vergewaltigung, da ein vergleichbarer Unrechtsgehalt zu sanktionieren sei. Umfangmässig beinahe die Hälfte des BGE gibt die vorinstanzliche Begründung und die Vorbringen der Bf und des Bg wieder. Anschliessend legt das BG – systematisch einleuchtend geordnet, mit für das Verständnis hilfreichen Hinweisen auf die sexualstrafrechtlichen Tatbestände, die von den geltenden Bestimmungen in Art. 189 und 190 StGB abgelöst worden sind, und unter Heranziehung der Materialien und der verschiedenen Meinungen in der Lehre – die Entstehungsgeschichte der aktuell geltenden Tatbeständen dar. Daraus wird dann folgerichtig auf gewichtige Anhaltspunkte geschlossen, dass der Gesetzgeber die Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung und die Vergewaltigung in der Tat, wie vom Bf behauptet, grundsätzlich für gleich strafwürdig angesehen habe. Dies wiederum macht die Annahme des BG nachvollziehbar, im Rahmen der Strafzumessung sei ohne Belang, dass der Art. 190 StGB eine Mindeststrafe vorsehe, Art. 189 StGB jedoch nicht.

132 IV 132 vom 2. Oktober 2006 / 6S.59/2005 Nichtigkeitsbeschwerde

Gegenstand: Kriminelle Organisation, Widerhandlung gegen das BetmG, Geldwäscherei (5247 Worte)

Im Zusammenhang mit Drogenhandel waren Beschuldigte u.a. wegen Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen Organisation (KO) angeklagt, doch von dieser Anschuldigung frei gesprochen worden. Die Staatsanwaltschaft erhob NB wegen Verletzung von Art. 260ter StGB; ausserdem sah sie in Annahme der Vi, der Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305bis StGB) werde durch Art. 19 Ziff. 2 BetmG konsumiert, sowie in der (zu milden) Sanktion eines Verurteilten eine Verletzung von Bundesrecht. Das BG wies die Beschwerde bezüglich der ersten Rüge ab. Die diesbezüglich sehr ausführliche Begründung beginnt, nicht unüblich, mit Hinweisen auf die bei der NB geltenden gesetzlichen Rügeregeln (Anträge und Begründung in der Beschwerdeschrift Art. 273 Abs. 1 lit. b, keine neue Vorbringen Art. 273 Abs. 1 lit. b aBStP) und den Kognitions- bzw. Prüfungsrahmen (Bindung an den von der kantonalen Behörde festgestellten Sachverhalt, Art. 277bis Abs. 1 aBStP, freie Prüfung eidgenössischen Rechts). Es folgen zusammenfassende Darlegungen der Argumentationen der Vi und

der Bf gegen bzw. für das Bestehen einer KO. Viel Platz und Sorgfalt verwendete das BG anschliessend auf die Darlegung der gesetzgeberischen Überlegungen und Absichten, die hinter dem Tatbestand von Art. 260ter StGB stehen, auf die Darlegung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (der I. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Auslieferungssachen) und der in der Lehre zum Begriff der kriminellen Organisation vertretenen Auffassungen. Die darauf aufbauenden, auch dogmatische bzw. grundsätzliche Aspekte (bspw. die dem strafrechtlichen Vorfeldschutz immanente Problematik) erörternden und sich im Einzelnen mit den Argumenten der Bf auseinandersetzenden Erwägungen begründen nachvollziehbar, dass bzw. warum das BG in der konkreten Gruppenstruktur (eine Gruppe von familiär eng miteinander verbundenen Personen) die Voraussetzungen einer Verbrechensorganisation i.S. des Tatbestandes der KO nicht als gegeben erachtet und eine Verletzung von Art. 260ter StGB verneint.

Die Rüge betreffend der von der Vi verneinten Konkurrenz von Geldwäscherei und qualifizierter BetmG-Delikten hiess das BG hingegen gut; im wesentlichen unter Hinweis auf die eigene, vor einiger Zeit geänderte Praxis – die damit ungeachtet verschiedener in der Lehre und, wie das angefochtene Urteil belegt, in der Praxis erhobener Kritik – bestätigt wurde. Die Begründung in der Sache folgt insgesamt einer öfters verwendeten Struktur. Zuerst werden die Auffassungen, die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegen und jene der Beschwerde dargelegt, danach folgt – hier unterteilt in generelle Ausführungen und solche spezifisch zum Fall – die eigene Beurteilung des BG. Weil die Bf ihre zweite Rüge mit der Nichteinhaltung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Annahme einer echten Konkurrenz) begründete, fielen nahe liegend Rügen und Beurteilung durch das BG praktisch zusammen. Wiederum erfolglos blieb die Rüge des Ermessensmissbrauchs durch die Vi bei der einen Sanktion. Wie bei gerügter Strafzumessung üblich, prüfte das BG die diesbezüglichen Erwägungen der Vi im Lichte der vorgebrachten Kritik auf Vollständigkeit und Ausgewogenheit, um danach, unter Hinweis auf die praxisgemässe Zurückhaltung, in das Ermessen der kantonalen Gerichte einzugreifen, die Sanktion zu bestätigen. Die Auseinandersetzung mit der Argumentation der Bf ist vollständig und nachvollziehbar, dementsprechend auch die Abweisung der Beschwerde als Ergebnis.

133 I 33 vom 2. November 2006 / 6S.59/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Vorsätzliche Tötung (anonymisierter Zeuge) (4799 Worte)

In diesem Entscheid hat sich das BG – nach der öffentlich-rechtlichen Abteilung in BGE 132 I 127 (s. oben) nun der Kassationshof – ein weiteres Mal im gleichen Jahr (2006) zur Problematik der anonymisierten Zeugenaussage geäußert. Anlass dazu gab ein Urteil des Kassationsgerichts ZH, das eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung aufhob im wesentlichen mit der Begründung, die Beweiswürdigung basiere auf anonymisierten Zeugenaussagen, die unverwertbar seien, weil der Beschuldigten dabei sein Fragerecht nur unter audio-visueller Abschirmung habe ausüben können. Die Staatsanwaltschaft, die in dieser Bindung an formelle Voraussetzungen letztlich einen generellen Ausschluss der anonymen Zeugenbefragung als Beweismittel sah, gelangte mit einer NB wegen Verletzung von Art. 269 aBStP an das BG. Eigentlich wäre für diese Verfahrensrüge die STABE näher gelegen, eine STABE stand der Staatsanwaltschaft mangels Legitimation (Art. 88 aOG) aber nicht zur Verfügung. Das BG folgte dem von der Staatsanwaltschaft aufgezeigten Weg, trat auf die NB ein und äusserte sich in der Folge, ausgehend vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 269 aBStP), eingehend und unter Heranziehen der einschlägigen Lehre und Praxis des EGMR zur Umsetzung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK. Die auf die Begründung angewendete Sorgfalt deutet darauf hin, dass dem BG die Vermittlung seiner Auffassung betreffend Verwertbarkeit anonymer Zeugenaussagen (nach 132 I 127) ein Anliegen war. Das ist dem BG gelungen, und die Idee, den fairen Prozess trotz eingeschränkter Verteidigungsrechte nicht nach formellen Kriterien, sondern gestützt auf eine Gesamtwürdigung zu bejahen oder zu verneinen, wird ein weiteres Mal einleuchtend begründet.

132 IV 102 vom 14. November 2006 / 6P.62/2006 Staatsrechtliches Beschwerde Gegenstand: Strafverfahren; willkürliche Beweiswürdigung, rechtliches Gehör, Grundsatz "in dubio pro reo") / 6S.146/2005 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Strafzumessung, Zusatzstrafe (4925 Worte)

Gegenstand der STABE war die Beweisfrage, ob die Projektile, die Gegenstand des Verfahrens (wegen Mordes) bildeten und auf denen die kriminaltechnischen Untersu-

chungen basierten, tatsächlich die im Körper des Opfers asservierten waren und nicht, wie vom Bf geltend gemacht, im Zuge der langwierigen, grenzüberschreitenden Untersuchungen mit anderen Projektilen verwechselt oder gar ausgetauscht worden sind. Die kantonale Vi hatte diesen schon bei ihr erhobenen Einwand abgelehnt, und zwar mittels zwei verschiedenen Begründungen. Das BG sah in der der STABE nur Rügen bezüglich einer dieser Begründungen und trat deshalb, entsprechend seiner langjährigen und konstanten Praxis, auf die STABE nicht ein. Allerdings wurde dem Nichteintretensbeschluss der Hinweis beigefügt, der Beschwerde wäre auch kein Erfolg beschieden, wenn auf sie eingetreten werden könnte. Damit kam das Gericht nahe liegend unter Zugzwang, sich dennoch materiell zu den Vorbringen der STABE äussern zu müssen. Offensichtlich war dies beabsichtigt bzw. wollte das BG nicht, dass die entsprechende Frage offen bleiben würde, wie es bei Einhaltung der Regel, wonach für die Beurteilung nicht relevante Fragen offen zu lassen sind, der Fall gewesen wäre. Denn die entsprechende Begründung ist sehr eingehend und konzis ausgefallen, so dass – obschon auf die Beschwerde nicht eingetreten wurde – im Ergebnis die Argumentation des Bf nachvollziehbar als tatsächlich nicht stichhaltig erscheint.

Die Eintretensfragen bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde, die sich gegen die Bemessung der Zusatzstrafe von 17 Jahren Zuchthaus wendet, werden zu Beginn des Entscheides in stereotypisierter Form und damit letztlich auch ohne Bezug zum konkreten Fall abgehandelt. In materieller Hinsicht war die komplexe Frage zu beantworten, ob bzw. welche gesetzlichen Strafmassgrenzen im Zusammenhang mit der lebenslänglichen Zuchthausstrafe gelten und damit bei der Ausfällung von Zusatzstrafen zu beachten sind. Das geschieht in der Begründung verständlich strukturiert und umfassend. Entsprechend ist auch das Ergebnis nachvollziehbar, zu dem das BG kommt. Wenn eine lebenslängliche Zusatzstrafe eine lebenslängliche Grundstrafe voraussetzt, letztere dann aber gleichzeitig auch gerade abgegolten wird, darf bei einer zeitlich befristeten Grundstrafe eine zeitlich befristete Zusatzstrafe nicht höher ausfallen d.h. sie muss sich an den Rahmen der Höchstgrenze von 20 Jahren halten; diese Argumentation führte zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde.

132 IV 97 vom 23. November 2006 /6P.24/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Einstellung; Willkür / 6S.48/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Einstellung der Strafuntersuchung; Verleumdung (1318 Worte)

Angefochten war ein Abschreibungsentscheid in einem Ehrverletzungsverfahren zufolge Rückzuges des Strafantrages. Der Bf machte geltend, aufgrund der konkreten Umstände komme seinem bezüglich (nur) einer Person erklärten Rückzug nicht die Wirkung eines Rückzuges auch gegenüber den übrigen, mitbeschuldigten Personen zu. Gerügt wurde eine falsche Anwendung von Art. 31 Abs. 3 StGB, womit nur eine NB möglich war und das BG auf die STABE mit dem üblich kurzen, aber auch hinreichenden Hinweis auf deren Subsidiarität (aOG Art. 84) vorweg nicht eintrat. Die NB wurde abgewiesen. In der Begründung setzte sich das Gericht eingehend mit der Lehre und der eigenen, bisherigen (noch ungefestigten) Praxis zu den Ausnahmen vom Unteilbarkeitsprinzip gemäss Art. 31 StGB auseinander. Es entschied sich nun in diesem BGE grundsätzlich gegen Ausnahmen von der Regel der Unteilbarkeit – und es tat dies mit beinahe lehrbuchmässiger Ausführlichkeit und im Ergebnis plausibel. Aufgrund des Umstandes, dass der Bf seine Rückzugserklärung nach bzw. trotz ausdrücklicher Belehrung über die Unteilbarkeit des Strafantrages durch den Untersuchungsrichter abgegeben hat, hätte das BG die Beschwerde wohl auch mit anderer, weniger Aufwand bedingenden Begründung abweisen können. Offensichtlich machte sich das Gericht die Mühe dieser Ausführlichkeit, weil es eine seit langem offene und auch unter neuem AT (der am Grundsatz der Unteilbarkeit des Rückzugs nichts geändert hat) relevante Rechtsfrage entscheiden wollte.

132 IV 140 vom 23. November 2006 (franz.) / 6S.331/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand : Strafzumessung, Bemessung der Busse, Widerhandlung gegen das Zollgesetz (2464 Worte)

Dieser Entscheid behandelt Rügen eines (u.a.) wegen Zollvergehen verurteilten Chauffeurs. Mit einer Beschwerde machte dieser die Verletzung von Verteidigungsrechten und eine willkürliche Anwendung von Zollvorschriften geltend. Ausserdem rügte er deren Verfassungswidrigkeit. Das BG zeigte sich auch gegenüber diesem nicht verbeiständeten Bf nachsichtig (vgl. vorne BGE 132 IV 108) und behandelte die Beschwer-

de¹⁹⁷ formell als STABE und als NB. Weil Ausführungen zur beanstandeten Argumentation der Vi aber weitgehend fehlten und die Rüge der Verfassungswidrigkeit a priori nicht zur Diskussion stand, konnte die STABE zur Hauptsache mit Nichteintreten und in einem Nebenpunkt mit Abweisung, beides mit einfacher und kurzer Begründung, erledigt werden. Analog verfuhr das BG mit der im Rahmen der NB beurteilten Rüge, die Vi habe zu unrecht keine Verfolgungsverjährung angenommen. Hingegen befand das BG die Rüge berechtigt, wonach die ausgesprochene Busse von 250'000 Franken Art. 48 Abs. 2 StGB verletze. In der Begründung wird zunächst an die mit Einführung des Verwaltungsstrafverfahrens geschaffene, neue Praxis erinnert, die auch bei Bussen in Verwaltungsstrafsachen die (Mit)Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der gebüssten Person verlangt. Hierauf wird einleuchtend aufgezeigt, dass bzw. warum dies im konkreten Fall offensichtlich nicht geschehen ist und sich die Vi statt dessen, systemwidrig, am Ziel der Abschöpfung des deliktisch erzielten Erfolges orientiert hat.

133 IV 36 vom 24. November 2006 / 6S.156/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Urkundenfälschung; Falschbeurkundung (1832 Worte)

Um in einer von ihm verwalteten Gesellschaft den Bilanzwert bestimmter Aktien zu erhöhen, kaufte ein Aktienhändler kurz vor Jahresende in erheblichem Umfang solche Aktien, deren Kurswert dadurch vorübergehend um rund 10% stieg. Die in der Folge eingeleitete Strafuntersuchung wegen Kursmanipulation (Art. 161bis StGB) wurde, da keine Scheingeschäfte vorlagen, eingestellt. Wegen Falschbeurkundung erfolgte jedoch eine Anklage. Diese endete vor den kantonalen Gerichten jeweils mit Freisprüchen. Auch das BG, an das die Staatsanwaltschaft mit NB gelangte, folgte der Argumentation der Anklage nicht, wonach eine Falschbeurkundung vorliege, weil die in den Depotauszügen angegebenen Kurse wohl formell richtig waren (d.h. den tatsächlich verzeichneten Börsenkursen entsprachen), jedoch den tatsächlichen, wirtschaftlichen Wert der Wertschriften falsch wiedergaben. Wie bei Beurteilungen von Sachverhalten im

¹⁹⁷ « Dans son mémoire, le recourant soulève, de façon séparée, divers griefs dont certains relèvent du recours de droit public et d'autres du pourvoi en nullité. Dès lors qu'il agit sans le ministère d'un avocat, l'acte sera traité comme deux recours séparés. »

Zusammenhang mit der Abgrenzung von schriftlicher Lüge und Falschbeurkundung üblich, rekapituliert das BG in der Begründung die umfangreiche eigene Rechtsprechung zur Falschbeurkundung. Daneben wird aus den Urteilen der Vi zitiert, was nahe liegt, weil sich das BG ja deren Auffassung anschliesst. Der BGE ist verständlich strukturiert, befasst sich mit allen wesentlichen Rechtsfragen und zeigt mit nachvollziehbarer Argumentation auf, warum für die Frage nach wahr oder falsch im konkreten Bereich allein der Börsenkurs massgebend sein kann.

133 IV 31 vom 7. Dezember 2006 / 6S.355/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern, Pornografie (3298 Worte)

Ein Mann wehrte sich mit NB gegen seine Verurteilung wegen sexuellen Handlungen und Pornographie. Bestritten war der sexuelle Bezug dieser Handlungen (Berührenlassen des Penis, Photographieren des mit gespreizten Beinen auf einem Liegestuhl sitzenden Kindes, Einführen eines Fingers in die Scheide beim Waschen des Kindes) in objektiver und subjektiver Hinsicht. Das BG wies die NB mit Ausnahme der Schnappschüsse von dem im Liegestuhl sitzenden nackten Mädchen ab. Die Begründung des BGE folgt auch hier (vgl. vorne BGE 132 IV 132) dem Muster, das gängig ist, wenn einzig eine mit NB gerügte Subsumption unter einen StGB-Tatbestand geprüft werden muss. Zuerst werden die Überlegungen der Vi dargelegt, die zum angefochtenen Urteil geführt haben, anschliessend die Einwenden des Bf gegen den Schuldspruch, gefolgt von Zitaten aus der eigenen, bisherigen (idR veröffentlichten) Praxis zur Auslegung bzw. Anwendung der betreffenden Gesetzesbestimmungen, wobei auch die Lehrmeinungen, auf die diese Praxis abstellt, erwähnt werden. Diese Ausführungen machen umfangmässig deutlich mehr als ein Drittel der Begründung aus. Im weiteren Verlauf befasst sich das BG dann generell mit der Frage der Abgrenzung zwischen im Eltern-Kinderverhältnis üblichen Berührungen und Zärtlichkeiten und solchen mit sexuellem Bezug. Aufgrund der dabei gewonnenen Erkenntnisse werden anschliessend die Verhaltensweisen des Bf auf das Bestehen oder Fehlen eines objektiven Bezugs zum Bereich des Geschlechtlichen analysiert. Daraus erhellt ein Urteil (Abweisung der NB bis auf den Tatbestand der Pornographie mit Kindern, der durch das spontane, ohne Einwirkung auf das Kind und an einem belebten Badestrand erfolgte

Photographieren nicht erfüllt sei), das im Ergebnis und von der Begründung her überzeugt.

133 IV 1 vom 28. Dezember 2006 / 6P.141/2006 Staatsrechtliche Beschwerde Gegenstand: Strafverfahren; Beweiswürdigung, Willkür / 6S.307/2006 Nichtigkeitsbeschwerde Gegenstand: Versuchte vorsätzliche Tötung; Eventualvorsatz (4087 Worte)

Gegenstand des Urteils war eine von einem PW-Lenker auf der Autobahn bei einer Geschwindigkeit von 120 bis 130 km/h absichtlich herbeigeführte seitliche Kollision mit einem andern Fahrzeuglenker. Abgesehen von einem geringfügigen Sachschaden blieb diese zwar folgenlos, hatte aber für den Fahrzeuglenker eine Verurteilung (u.a.) wegen eventualvorsätzlich versuchter Tötung zu einer Zuchthausstrafe zur Folge. Der Verurteilte erhob STABE und NB. Mit der STABE rügte er Willkür in der Beweiswürdigung, weil die Vi zum einen aufgrund seiner Aussagen unmittelbar nach dem Tatgeschehen annahm, er habe selbst eingestanden, den Tod eines anderen Menschen in Kauf genommen zu haben, und weil zum andern verschiedene Umstände nicht in die Beurteilung mit einbezogen worden seien, die gegen eine solche Annahme sprechen. Mit der NB wurde geltend gemacht, die Annahme des Vorsatzes verletze Art. 18 StGB. Auffallend am Entscheid des BG ist die für eine letztinstanzliches Urteil ungewöhnliche und eher an ein Gericht unterer Instanzen erinnernde Struktur. Vermutlich ist sie bloss im Hinblick auf die Eintretensfrage gewählt worden ist, was sie aber nicht überzeugender macht. Beinahe die (erste) Hälfte der Begründung besteht aus der Darstellung des objektiven Sachverhalts, den Aussagen des Bf und der Beweiswürdigung und rechtlicher Subsumption gemäss angefochtenem Urteil. Auf diese Ausführungen wird anschliessend hingewiesen und die Frage aufgeworfen, ob darin nicht zwei selbstständigen Begründungen enthalten sind, die je einzeln mit dem zulässigen Rechtsmittel angefochten werden müssten. Mitten in der Begründung der STABE die Eintretensfrage zu erörtern bzw. in Frage zu stellen, ist ungewöhnlich, zumal die aufgeworfenen Fragen letztlich als belanglos offen gelassen werden. In der dann folgenden, materiellen Begründung der STABE werden hingegen die Umstände plausibel dargelegt, warum Zweifel begründet sind, dass den inkriminierten Aussagen des Bf unmittelbar nach der Tat tatsächlich die Bedeutung des Eventualdolus zukommt. In der Begründung der NB werden, wie bei strittigem Eventualdolus üblich, vorweg generell Lehre

und (einschlägige BGE zitierend) Rechtsprechung zitiert. Dann setzt sich das BG aber im Detail und sehr ausführlich mit dem konkreten Fall auseinander. Es kommt dabei zum Schluss, allein aus dem Verlauf der Ereignisse und insbesondere aufgrund der Fahrweise des Bf könne man nicht annehmen, für den Bf habe sich die Möglichkeit eines Tötungserfolgs praktisch aufgedrängt. Das BG begründet dies nicht unplausibel mit der im konkreten Fall realen Möglichkeit, das ins Schleudern geratenes Fahrzeug auf dem geraden und ebenen Streckenabschnitt der Autobahn noch stabilisieren zu können. Konnte aber der Lenker auf diese Möglichkeit vertrauen, ist ihm auch das Vertrauen, dass sich die Gefahr von Todesfolgen nicht verwirklicht, zuzubilligen.

2009

Beurteilt durch 1. öffentlich-rechtliche Abteilung

135 I 71 vom 20. Januar 2009 / 1B_344/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug (3004 Worte)

Angefochten war ein strafprozessualer Haftprüfungsentscheid betreffend Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug, wozu seit Inkrafttreten des BGG die Beschwerde in Strafsachen zur Verfügung steht. Der Grund für die Publikation dieses Haftprüfungsentscheid war die darin beurteilte Rechtsfrage, ob Art. 369 StGB auch vom Haftrichter zu beachten ist, ob also aus dem Strafregister entfernte Vorstrafen auch im Rahmen der Prüfung des strafprozessualen Haftgrundes der Wiederholungsgefahr als nicht (mehr) existent zu gelten haben. Das BG bejahte diese Frage, verwendete zu deren Begründung allerdings nur einen relativ kleinen Teil des recht umfangreich ausgefallenen Entscheides. Dieser besteht zur Hauptsache aus den obligaten Hinweisen auf die grundsätzliche Vereinbarkeit der Präventivhaft mit den Grundrechten (Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK), er zitiert aus der langjährigen, gefestigten und schon kurz vorher in BGE 135 IV 87 dargelegten ("ultima ratio") Praxis betreffend Anforderungen an die Fortsetzungsgefahr (darf nur mit Zurückhaltung angenommen werden), an die Rückfallprognose (muss sehr ungünstig sein) und die zu befürchtenden Delikte (müssen schwer sein). Aufgrund dieser Vorgaben beurteilt der BGE anschliessend die von der Vi abgelehnte Haftentlassung als verfassungskonform. Im Ergebnis überzeugt, dass im

konkreten Fall die Voraussetzungen der Präventivhaft auch ohne Berücksichtigung von durch Art. 369 StGB ausgeschlossenen Vorstrafen vorliegen.

135 I 261 vom 16. März 2009/ 1B_7/2009 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Zulassung als Verteidiger (3439 Worte)

In einem vor BuStrGer hängigen Verfahren wies der Präsident der SK das Gesuch eines Anwaltes um Zulassung als privater Wahlverteidiger (neben dem amtlichen Verteidiger) wegen Interessenkollision ab. Dagegen wehrten sich der Anwalt und dessen Klient. Die grundsätzliche Möglichkeit zur Beschwerde zufolge Nichtanwendbarkeit von Art. 79 BGG bejahte das BG unter Hinweis und in Bestätigung der schon mit BGE 134 IV 237 begründeten Praxis. Beim drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG als (weitere) Voraussetzung rekapitulierte das Gericht zunächst seine einschlägige und konkret eigentlich gegen die Annahme eines solchen Nachteils sprechende Praxis, trat dann aber doch auf die Beschwerde ein. Um dies zu begründen, konnte sich das Gericht kurz halten bzw. sich auf den Hinweis beschränken, die Nichtzulassung einer (privat finanzierten) Verteidigung seiner Wahl verletze Art. 6 Ziff 3 lit. c EMRK. In materieller Hinsicht, also in den Ausführungen zur Problematik der gleichzeitigen Rechtsvertretung für verschiedene Mitangeklagten im allgemeinen und konkret im zur Beurteilung stehenden Fall, überzeugt das Urteil durch eine verständlich und sorgfältig aufgebaute Analyse der Probleme, die sich aus Interessenkollisionen ergeben können; auch Lehre und Rechtsprechung zu den verschiedenen vertretenen Auffassungen werden in die Überlegungen einbezogen. Diese Ausführlichkeit der Begründung erhellt die Abweisung der Beschwerde als heiklen, aber im Ergebnis nachvollziehbaren Entscheid.

135 I 257 vom 16. April 2009 / 1B_252/2008 Beschwerde in Strafsachen / Gegenstand: Beschlagnahme (2739 Worte)

Angefochten war ein (kantonaler) Beschlagnahmeentscheid in einem hängigen Verfahren, wobei zunächst entschieden werden musste, ob es sich dabei nicht um eine "andere vorsorgliche Massnahmen" im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BGG handelt, womit die Beschwerde verspätet erhoben worden wäre. Das BG bejahte diese Fragen nicht über-

raschend, nämlich im Einklang mit BGE 133 I 270. Dort war – im Zusammenhang mit einem Haftentscheid – die Anwendung von Art. 46 Abs. 2 BGG bereits unter Beizug des alten Rechts (Art. 34 aOG), der Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmung und den Intentionen des Gesetzgebers eingehend erörtert und entschieden worden, die frühere Praxis, welche im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde bei Strafsachen den Fristenstillstand gemäss Art. 34 aOG zulies, nicht weiterzuführen. Der damalige Entscheid bezog sich (entsprechend dem Gegenstand des Verfahrens) zwar auf strafprozessuale Haftfälle, auch musste nicht explizit entschieden werden, dass Haftfällen „vorsorgliche Massnahmen“ im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BGG sind. Dennoch musste aus der Begründung von BGE 133 I 270 – für „spürbare“ strafprozessuale Eingriffe seien schnelle Verfahren und zügige Entscheidungen notwendig – auf eine generelle d.h. auf alle „spürbaren“ Eingriffe, also auch auf die strafprozessuale Beschlagnahme anwendbare Praxisänderung geschlossen werden. Die Praxisänderung in BGE 132 I 270 war für den damaligen Bf (noch) nicht vorhersehbar, weshalb Treu und Glauben verständlicherweise ein Eintreten auf die Beschwerde trotz Verspätung geboten. Weniger verständlich ist, dass im vorliegenden BGE 135 I 257 erneut auf eine gemäss Art. 46 Abs. 2 BGG verspätete Beschwerde eingetreten wurde, und zwar unter Hinweis, BGE 133 I 270 habe „die neue Rechtslage noch nicht ausreichend klar gemacht“. Offenbar war Eintreten auf die Beschwerde ein Anliegen des BG. Denn auch die (zweite) Möglichkeit des Nichteintretens auf die Beschwerde (ein fehlendes Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG) wurde vom Gericht zwar erwogen, aber mit dem Hinweis, die Beschwerde müsse ohnehin abgewiesen werden, nicht näher geprüft. Damit musste bzw. konnte das BG auf die Vorbringen der Beschwerde materiell eingehen. Ein umfangreicher Entscheid war die Folge. Es mussten, wenn auch nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 98 BGG), nicht wenige Tat-, Rechts- bzw. Prozessfragen erörtert werden. Dabei setzte sich das Gericht eingehend und unter Einbezug von Lehre und Praxis mit der institutionellen Stellung, dem Zweck und den Voraussetzungen der strafprozessualen Einziehungsbeschlagnahme auseinander. Am Schluss wurden die diesbezüglich wesentlichen Grundlagen zusammengefasst.

135 IV 206 vom 9. Juni 2009 / 1B_325/2008 Beschwerde in Strafsachen__Gegenstand: Zuständigkeitskonflikt (1607 Worte)

Hier ging es um einen Entscheid i.S. von Art. 92 BGG, der das Jugendstrafverfahren für anwendbar erklärte und nicht, wie die Anklage verlangte, das Verfahren für Erwachsene. Anlass für Kontroverse war der im deutschen und französischen einerseits und im italienischen Text andererseits unterschiedliche Wortlaut einer Bestimmung des Jugendstrafverfahren betreffend den persönlichen Geltungsbereich des Jugendstraf- und Strafprozessrechtes in Fällen, bei denen gleichzeitig vor und nach Vollendung des 18. Altersjahrs verübte Straftaten zu verfolgen sind. Ausgehend von den Materialien erörtere das BG eingehend, was nach Sinn und Zweck des Gesetzes die sachfragenorientierte, differenzierte und verfahrenseffiziente Lösung sei. Die Schlussfolgerung, die aus dem deutsch- und französischsprachigen Gesetzestext sich ergebende Regel sei sachgerecht und diene auch der Verfahrenseffizienz, überzeugt.

Beurteilt durch Strafrechtliche Abteilung

135 IV 139 vom 8. Januar 2009 / 6B_838/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Verlängerung einer stationären Massnahme (1866 Worte)

Ein Mann, dessen stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 4 StGB auf unbestimmte Zeit, jedoch um höchstens 5 Jahre verlängert worden war, gelangte ans BG mit dem Begehren um bedingte Entlassung aus dem stationären Vollzug der therapeutischen Massnahme, eventuell um deren Verlängerung um höchstens ein Jahr.

Zunächst stellte das BG die (allseits unbestrittene) Anwendbarkeit des neuen Rechts (AT) fest und fasste dann, unter Bezugnahme auf einschlägige Kommentare und mit Blick auf das frühere Recht, Zweck, Möglichkeiten und Bedingungen von Art. 59 Abs. 4 StGB zusammen. In der Folge prüfte das Gericht die Gründe, die die Vi für die Verlängerung der Massnahme anführt (noch keine günstige Prognose möglich und eine weiter bestehende Indikation der Massnahme) und die dagegen erhobenen Einwendungen des Bf. Das Gericht befand, dass sowohl die Rückfallgefahr als auch die Gebotenheit der Fortsetzung eines stationären Vollzuges von der Vi korrekt eingeschätzt worden sind. Als nächstes befasste sich das Gericht mit der Frage der Verlän-

gerung der Massnahme. Erwogen wurde (mit Hinweisen auf die Lehre) die Bedeutung des Gesetzeswortlauts, was mit der Feststellung endete, es sei nicht nur möglich sondern je nach den konkreten Umständen sogar geboten, um weniger als fünf Jahre zu verlängern. Im Lichte dieser Erwägungen prüfte das Gericht dann den angefochtenen Entscheid. Und weil die Vi davon ausgegangen war, nach einmal gerichtlich bewilligter Verlängerung sei es Sache der Vollzugsbehörde, eine allfällige die Entlassung aus der Massnahme vor Ablauf der fünf Jahre zu bewilligen, lag die Aufhebung des Urteils in diesem Punkt auf der Hand. Das BG liess es allerdings nicht mit dem Hinweis an die Vi, sie habe ihr Ermessen nicht ausgeschöpft (Ermessensunterschreitung) bewenden. Die Begründung endet mit der Anweisung, bei der Neu Beurteilung „sämtliche in dieser Hinsicht rechtsrelevanten Umstände [zu] berücksichtigen“ und „insbesondere auch die vom Gutachter in dieser Hinsicht abgegebene Empfehlung, die stationäre Massnahme (lediglich) um ein Jahr zu verlängern“. Auch wenn ein solches Vorgehen im konkreten Fall durchaus verständlich ist, erscheint es im Grundsatz doch problematisch.

135 IV 87 vom 7. Januar 2009 / 6B_538/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Strafzumessung (2871 Worte)

Dieser BGE brachte (nach BGE 135 I 91 vgl. weiter vorne) weitere, für die Praxis wichtige Präzisierungen zur Art. 369 Abs. 7 StGB, welche Bestimmung per 01.01.2007 die belastende Berücksichtigung eines deliktischen Vorlebens gegenüber früher erheblich einschränkt. Zum einen legte das BG plausibel dar, warum psychiatrische Begutachtungen einem solchen, generellen Verbot nicht unterstellt sein können und es deshalb möglich bleiben muss, im Rahmen einer (neuen) Begutachtung das Vorleben ohne formale Bindung an Art. 369 Abs. 7 StGB mit einzubeziehen, also Gutachten, die dies tun, verwertbar sind und in die Urteilsbildung einbezogen werden müssen (was die Vi nicht getan hatte). Zum andern war die Frage zu beantworten, wie mit (aufgrund des neuen Rechts) entfernten oder gar nicht eintragungspflichtigen Delikten bzw. Verurteilungen (konkret solche aus Jugendstrafverfahren) zu verfahren sei. Abstellend auf die Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmung fand das BG eine ebenso einleuchtende wie praxistaugliche Lösung. Aus prozessualen Gründen (Art. 107 Abs. 1 BGG) führte dann allerdings nicht die falsche Anwendung von Art. 369 StGB sondern die

Nichtberücksichtigung von Wiedergutmachungszahlung in der Strafzumessung zur Gutheissung der Beschwerde. Wiederum sah sich das BG zu detaillierten Anweisungen an die Vi zum Vorgehen bei der Neubeurteilung veranlasst.

135 IV 56 vom 3. Februar 2009 / 6B_549/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Fahrlässige schwere Körperverletzung (5261 Worte)

Eine Frau verletzte vorsätzlich einen Menschen durch Abgabe eines Schusses aus einer Pistole schwer. Die Pistole war ihr - nach vorgängiger Beschlagnahmung aufgrund eines früheren Vorfalls - von der zuständigen Polizeibehörde zurückgegeben worden, nachdem eine Ärztin nach einer Untersuchung der Frau bescheinigt hatte, diese sei weder suizidgefährdet noch für Dritte gefährlich. Die Frau führte im Zeitpunkt der Schussabgabe allerdings noch eine zweite schussbereite Pistole mit sich, welche sie unabhängig vom Verhalten des Beschuldigten ohnehin besass. Die Ausstellung der "Unbedenklichkeitserklärung" brachte der Ärztin eine Anklage wegen fahrlässiger schwere Körperverletzung ein, von der sie allerdings, trotz Bejahung der Sorgfaltspflichtverletzung, mangels Relevanz frei gesprochen wurde. Die nicht alltägliche Konstellation einer fahrlässigen bzw. nicht vorsätzlichen Beteiligung an einem vorsätzlichen Erfolgsdelikt löste zahlreiche, heikle Rechtsfragen rund um die Fahrlässigkeit aus (konkret gebotene Sorgfalt, adäquate Zurechnung des Erfolgs, Relevanz bzw. Vermeidbarkeit), mit denen sich das BG auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft auseinandersetzen musste. Dies tat das Gericht eingehend und gut strukturiert. Zuerst legte es, soweit von Relevanz, die Sachverhaltsumstände dar, anschliessend die von der Vi und den Parteien im konkreten Fall vertretenen Rechtsauffassungen, gefolgt von einer Übersicht über die einschlägige Lehre und Rechtsprechung. Auch in der eigentlichen Auseinandersetzung mit den konkret relevanten Rechtsfragen (ist das Ausstellen der Unbedenklichkeitserklärung eine Sorgfaltspflichtverletzung? Was bedeutet die der Täterin im Tatzeitpunkt zur Verfügung gestandene, analog geeignete zweite Waffe für die Zurechnung/Vermeidbarkeit des Erfolgs?) argumentierte das Gericht sorgfältig und kam zum nachvollziehbaren Schluss, dass entgegen der Auffassung der Vi eine Sorgfaltspflichtverletzung der Ärztin, so man sie bejahte, durchaus auch relevant und damit für den Ausgang des Verfahrens entscheidend wäre. Erwähnenswert an der Begründung ist in prozessualer Hinsicht, dass das BG ausdrücklich festhält (was frei-

lich im Grundsatz schon langjähriger Praxis entsprach), die im vorinstanzlichen Verfahren obsiegende und damit nicht beschwerdelegitimierte Partei dürfe sich gegen sie belastende und damit im Falle der Gutheissung der Beschwerde nachteilig auf den Rechtsspruch im neuen Verfahren auswirkende Annahmen im Entscheid der Vi zur Wehr setzen. Diese Konstellation war im konkreten Fall gegeben, weil die Vi in der Ausstellung der "Unbedenklichkeitserklärung" eine Sorgfaltspflichtverletzung der Ärztin bejaht, diese aber als nicht relevant angesehen hatte.

Auch dieser BGE endet mit Anweisungen an die Vi („Kochbuch“), was nach der Rückweisung vorzukehren bzw. welche Beweisfragen zu klären und nach welchen Kriterien die entsprechenden Rechtsfragen neu zu beurteilen sind.

135 I 113 vom 6. Februar 2009 / 6B_413/2008 subsidiäre Verfassungsbeschwerde Gegenstand: Ermächtigungsgesuch (1170 Worte)

Gegenstand dieses Verfahrens war die von einer politischen Behörde (Kantonsrat) verweigerte Ermächtigung zur Strafverfolgung gegen einen Oberrichter wegen fahrlässiger Tötung. Hintergrund des Verfahrens bildete ein Tötungsdelikt eines Mannes, über den der betreffende Richter Wochen vor der Tat eine Sicherheitshaft angeordnet hatte, ohne jedoch für deren rechtzeitigen Vollzug zu sorgen. Ans BG gelangten Angehörige des Opfers mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde; zu Recht befand die strafrechtliche Abteilung (die sich für die Beurteilung der Beschwerde zuständig erklärte) mit Hinweis auf die vom BGG (Art. 83 lit. e BGG) im konkreten Fall ausdrücklich nicht zugelassene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und auf die Praxis zum Begriff der „Strafsache“ in Art. 78 BGG. Das BG folgte zwar nicht der Auffassung der Bf, soweit diese die Entscheidung durch das Parlament als Verstoß gegen die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) rügten, zumal diese nicht dem Schutz der Opfer diene. Es hiess aber die Beschwerde dennoch gut, aber wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Begründung ist logisch strukturiert. Sie erörtert kurz und prägnant das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Leben, das den Staat grundsätzlich zur Aufklärung und Verfolgung von Tötungsdelikten verpflichtet, und den auf entgegenstehenden staats- oder kriminalpolitischen Interessen des Staates beruhenden Strafverfolgungsprivilegien (die tendenziell in Konflikt mit der Rechts-

weggarantie stehen). Dass eine Interessenabwägung zur Einräumung von Parteirechten an die Opfer bzw. auch an deren Angehörigen führen muss, erscheint gemäss dieser Begründung die nahe liegende Konsequenz.

135 IV 102 vom 9. Februar 2009 / 6B_690/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Widerhandlung gegen das LG; Begriff der Tombola (Art. 2 LG) (3440 Worte)

In diesem Entscheid waren Fragen der Abgrenzung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht im Lotteriewesen zu beantworten. Ein Veranstalter hatte ein Lotto ohne besonderen Anlass, allein zum Zwecke des Gelderwerbs, veranstaltet und war deswegen wegen Durchführung einer verbotenen Lotterie verurteilt, schliesslich aber freigesprochen worden. Das kantonale Gericht verneinte die Anwendung des LG und nahm, ihn Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, eine unter den Art. 2 Abs. 2 LG fallende, ausschliesslich kantonalem Recht unterworfenen Lottoveranstaltung an. Die Staatsanwaltschaft erhob Beschwerde gegen den Freispruch, die das BG, nach eingehender Auseinandersetzung mit der abweichenden Rechtsauffassung der Vi, guthiess. Die Begründung beginnt mit der Darlegung der Kriterien gemäss der damals schon Jahrzehnte alten Praxis für Lottoveranstaltungen i.S. von Art. 2 LG, gefolgt von einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Kritik der Vi an dieser Praxis. In diesem Zusammenhang wird in grosser Ausführlichkeit die in den Materialien dokumentierte Entstehungsgeschichte des LG dargelegt und daraus in nachvollziehbaren Schritten plausibel geschlossen, dass gemäss den Intentionen der Bundesgesetzgebers zwei Kriterien für die Abgrenzung der bundesrechtlich erlaubten (der Regelungskompetenz der Kantone unterstellten) Tombola von der bundesrechtlich verbotenen Lotterie massgebend sind: Der Zweck der Veranstaltung und die Person des Veranstalters. Das BG nahm die Gelegenheit dieses BGE wahr und präzierte – der Praxis zweifellos sehr dienlich – das Kriterium „veranstaltende Person“ näher. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, wobei die Rückweisung der Sache an die Vi einmal mehr mit detaillierten Anweisungen verbunden wird, über welche Punkte bei der Neuurteilung wie neu zu entscheiden ist.

135 IV 130 vom 6. März 2009 / 6B_772/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Urkundenfälschung; Strafzumessung; Genugtuung (6119 Worte)

In diesem BGE hatte das BG – auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft – einerseits Freisprüche von Anklagen gegen einen Notar und einen Betriebsberater wegen Urkundendelikte im Zusammenhang mit einer qualifizierten Gesellschaftsgründung und Revisionsbestätigungen und andererseits die Rüge, das Absehen von einer Strafe bei den erfolgten Schuldsprüchen verletze Art. 52 StGB zu prüfen. Das BG tat dies in allen strittigen Punkten – es waren zum Teil komplexe buchhalterische und revisionsrechtliche Fragen zu beurteilen – mit Sorgfalt, Gründlichkeit und gut d.h. in verständlicher Abfolge strukturiert. Der jeweiligen Argumentation der Vi wurden die entsprechenden Rügen der Bf gegenüber gestellt und das Gericht beurteilte dann deren Stichhaltigkeit, wo geboten unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung und in Auseinandersetzung mit der einschlägigen Lehre. Ebenfalls im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 52 StGB befasste sich das BG eingehend mit Materialien und diesbezüglichen Lehrmeinungen. Daraus resultiert ein Entscheid mit nachvollziehbarer aber auch unüblicher langer Begründung. In Anbetracht der, bis auf den Nebenpunkt der Genugtuung, klar gegebenen Eintretensvoraussetzungen wären allenfalls die allgemeinen Hinweise zur Beschwerdelegitimation, zur Rüge(Begründungs)pflcht und zur Kognition des BGs am Anfang der Erwägungen verzichtbar gewesen.

135 IV 170 vom 31. März 2009 / 6B_1040/2008 Beschwerde in Strafsachen Gegenstand: Verzicht auf Mitteilung an das Strafregister-Informationssystem VOSTRA (1709 Worte)

Das BG hatte in diesem BGE Stellung zu nehmen zu Frage, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) erlaube oder sogar verlange, die Eintragungspflicht bei Bussen nicht nur von einem Bussenbetrag von mehr als 5'000 Franken abhängig zu machen, sondern zusätzlich von einer für die Busse bestimmten Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 106 Abs. 2 StGB) über 45 Tagen (in Anlehnung an die für die Eintragungspflicht bei GA bestehende Grenze von 180 Stunden GA, Art. 3 Abs. 1 lit. c VOSTRA). Die Vi hatte so argumentiert und ein Urteil, das bei einer Busse von Fr. 7'500.-- ersatzweise drei Tagen Freiheitsstrafe vorsah, ausdrücklich als nicht eintragungspflichtig erklärt. Das BG verwarf diese Auffassung in einer konzisen Begründung mit einer ganzen Palette überzeugender Argumente – bis zur Feststellung, die Problematik, dass der

Bussenbetrag die Komponenten des Verschuldens und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht aufschlüsselt, liege nun einmal im System und werde sich nicht ändern lassen. Eine Besonderheit dieses BGE ist, dass er mit einem Entscheid in der Sache endet (Art. 107 Abs. 2 BGG).

135 IV 146 vom 7. April 2009 / 6B_765/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Widerruf; Strafzumessung, bedingter Strafvollzug (2951 Worte)

Ein rückfälliger Täter, der zu 24 Monate Freiheitsstrafe, davon 12 Monate bedingt, verurteilt worden war, rügte die Strafzumessung, die Verweigerung des bedingten Vollzugs der Strafe für die neue Straftat, den Widerruf der bedingten Entlassung bzw. die Rückversetzung in den Strafvollzug und die Bildung und Anordnung der Gesamtstrafe gestützt auf Art. 89 StGB. Zunächst lehnte es das BG mit gutem Grund (und in Bestätigung seiner Praxis zur übergangsrechtlichen Regelung von Art. 388 StGB; BGE 133 IV 201) ab, die Anwendung von Art. 87 StGB auf unter der Herrschaft des alten Rechts verfügte bedingte Entlassungen anzuwenden. Die Strafzumessung und die Verneinung der "besonders günstigen Umstände" (Art. 42 Abs. 2 StGB) durch die Vi wurden mit der Standardargumentation „innerhalb des gerichtlichen Ermessens“ liegend bzw. „gemäss geltender Praxis“ bestätigt, jeweils unter Hinweis auf die entsprechende Praxis und die mit dieser in Einklang stehenden Erwägungen der Vi. Auf gleiche Weise bestätigte das BG im Grundsatz auch die Voraussetzungen zum Widerruf der bedingten Entlassung bzw. die Rückversetzung in den Strafvollzug, rügte dann aber – aufgrund der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgerichtig – die von der Vi unterlassene Prüfung, ob der Vollzug der neuen Strafe allenfalls eine günstige Wirkung auf den Bf haben könnte, sodass bei einer Gesamtwürdigung eine Schlechtprognose nicht (mehr) erlaubt wäre und damit auch kein Widerruf der bedingten Entlassung. Mit plausibler Begründung (das fehlerhafte Urteil war im Ergebnis günstiger für den Verurteilten) blieb diese Verletzung von Art. 89 StGB jedoch, weil nicht relevant, unberücksichtigt. Sehr eingehend, unter Einbezug der Materialien und Lehrmeinungen, befasste sich das BG schliesslich mit dem Verhältnis zwischen Art. 89 Abs. 6 und Art. 49 StGB und der Frage der Anwendung des Asperationsprinzips. Einleuchtend wird begründet, dass in Anbetracht der unterschiedlichen Voraussetzungen – hier ein Täter, der nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug

während der Probezeit erneut delinquent, dort ein Täter, der sämtliche Taten begangen hat, bevor er wegen dieser Taten oder zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB) beurteilt wird – das Asperationsprinzip im Zusammenhang mit der Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren nicht Anwendung finden kann und eine Anwendung offenkundig auch nicht die mutmassliche Meinung des Gesetzgebers war. Weniger überzeugend ausgefallen ist die Begründung allerdings insoweit, als sie aus Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB ableitet, das Asperationsprinzip sei „sinngemäss“ anzuwenden, konkret, dem Täter sei - im Vergleich zum Kumulationsprinzip – eine „gewissen Privilegierung“ zu gewähren. Hingegen ist die Feststellung nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung plausibel, dass bei nach Art. 89 Abs. 6 StGB gebildeten Gesamtstrafen ein bedingter oder teilbedingter Strafvollzug ausser Betracht fällt. Das angefochtene Urteil war (auch) diesbezüglich fehlerhaft, es blieb im Ergebnis aber für den Bf weiterhin günstiger, weshalb die Abweisung der Beschwerde die nachvollziehbare Folge war.

135 IV 126 vom 7. Mai 2009 / 6B_1023/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Anrechnung der Untersuchungshaft an Busse (1646 Worte)

Im Rahmen einer Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe zu 45 Tagessätzen à Fr. 160.-- plus Busse von Fr. 1'500.-- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe von acht Tagen wurde die Untersuchungshaft von einem Tag mit Fr. 160.-- an die Busse angerechnet. Letzteres focht die Staatsanwaltschaft an. In der Begründung des BGE werden zunächst die Argumente der Beschwerde führende Staatsanwaltschaft genannt, gefolgt vom Hinweis, die Vi habe die Anrechnung mit der (unbedingten) Vollziehbarkeit der Busse begründet und sei im übrigen von dieser Praxis abgekommen. Unter Hinweis auf die Grundsätze, die bei der Gesetzesauslegung zur Anwendung kommen und nach eingehender Auseinandersetzung einerseits mit Lehre und Praxis zum alten Recht (Art. 69 aStGB) und andererseits mit den Materialien zum neuen Recht (Art. 51 StGB) wird dann plausibel dargelegt, dass Untersuchungshaft weiterhin zuerst an eine Freiheitsstrafe anzurechnen ist (unabhängig davon, ob die Strafe bedingt oder unbedingt ausfällt) und dass bei gleichzeitiger Aussprechung einer Geldstrafe für ein Vergehen und einer Übertretungsbusse die Untersuchungshaft an die Geldstrafe als Hauptstrafe anzurechnen ist. Die Frage der Priorität der Anrechnung von Untersuchungshaft an eine

bedingten Geldstrafe in Kombination mit einer Busse nach Art. 42 Abs. 4 StGB beantwortete das BG mit einleuchtenden Überlegungen zur Gesetzessystematik dahingehend, dass eine Anrechnung an die Busse grundsätzlich zugelassen werden muss, wenn die Untersuchungshaft die Dauer der Freiheitsstrafe bzw. die Anzahl der Tagessätze übersteigt, und dass in diesen Fällen der Anrechnungsfaktor der Busse jenem entsprechen sollte, den das Gericht bei der Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse gemäss Art. 106 Abs. 3 StGB zugrunde legt.

Endlich sieht das BG hier einen Anwendungsfall von Art. 107 Abs. 2 BGG und urteilt reformatorisch indem es die Untersuchungshaft an die Geldstrafe anrechnet und die für die Busse auszufällende Ersatzfreiheitsstrafe von acht auf neun Tage erhöht.

135 IV 152 vom 19. Mai 2009 (franz) / 6B_492/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Angriff, Körperverletzung, bedingter Vollzug (3842 Worte)

In diesem Fall war eine Attacke mit Faustschlägen, Fusstritten und einer Bierflasche strafrechtlich zu würdigen, die ein Mann in Begleitung eines Kumpanen gegen eine Person verübt hatte und bei der diese Person erheblich (wenn auch nicht schwer) verletzt worden war. Das Urteil der Vi lautete auf Schuldspruch wegen Angriffs (Art. 134 StGB) und 22 Monate Freiheitsstrafe, davon 6 unbedingt. Der Mann erhob Beschwerde in Strafsachen und machte geltend, er hätte bloss wegen einfacher Körperverletzung (Art. 123 StGB) schuldig erklärt und milder sowie vollständig bedingt bestraft werden dürfen.

Das BG legte zunächst Lehre und Rechtsprechung zu Art. 134 StGB und den sich bei diesem Tatbestand stellenden Konkurrenzfragen dar. Dann befasste sich das Gericht mit dem angefochten Urteil bzw. mit dem darin begründete Schuldspruch. Die mit Zitaten aus Lehre und Praxis unterlegten Ausführungen machen plausibel, warum der Bf bei richtiger Beweiswürdigung, genauerer Prüfung der subjektiven Tatbestandsmerkmale und korrekter Anwendung der für die (vorsätzliche) Mittäterschaft und Gesetzkonkurrenz geltenden Regeln wegen einfacher Körperverletzung nicht an Stelle, sondern zusätzlich zum Schuldspruch gemäss Art. 134 StG hätte schuldig erklärt werden müssen. Damit war der Schuldspruch wegen Angriff nahe liegend zu bestäti-

gen; sogar ein Schuldspruch wegen (eventualvorsätzlich) versuchter schwerer Körperverletzung wäre in Frage gekommen, was jedoch wegen des Verbots der reformatio in pejus nicht näher erörtert wurde. In der weiteren Begründung befasste sich das BG eingehend mit Fragen um den bedingten Strafvollzug. Nach allgemeinen Ausführungen zur Lehre und Rekapitulierung praktisch der vollständigen Praxis zu den neu gefassten Bestimmungen in Art. 42 (insbesondere auch zu Abs. 2) und 43 StGB, wurde das konkret zu beurteilende Geschehen bzw. Verhalten des Bf im Lichte dieser Lehre und Praxis detailliert beleuchtet und rechtlich gewürdigt. Dass das BG die in der in letzter Zeit eingetretene positive Entwicklung der Lebensumstände des Bf als „besonders günstige Umstände“ i.S. von Art. 42 Abs. 2 StGB, erstaunt in Anbetracht der Praxis zum neuen Recht nicht. Die Sache ging im Hinblick auf Art. 44 StGB zurück an die Vi. Nicht nachvollziehbar ist, warum sich dieser Entscheid nie zur Strafzumessung d.h. zur Dauer der Strafe geäußert hat.

135 IV 158 vom 28. Mai 2009 / 6B_693/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Bandenmässiger Diebstahl, Strafzumessung (1230 Worte)

Ein kantonales Gericht war bei der Beurteilung der Bandenmässigkeit von der seit langem feststehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen und hatte bei zwei zusammenwirkenden Tätern eine bandenmässige Begehung, bei sonst gegebenen Voraussetzungen, abgelehnt. Die Staatsanwaltschaft wandte sich ans BG, das seine bisherige Praxis (Bande ist ab zwei Tätern möglich) einmal mehr bestätigte. Die Begründung befasst sich kurz und konzis mit den einzelnen von der Vi für die Heraussetzung auf 3 Personen vorgebrachten Argumenten (Kritik der Lehre, Überlegungen des deutschen Bundesgerichtshofs für die vor einigen Jahren erfolgte Praxisänderung). Die Ausführungen machen die Auffassung des BG nachvollziehbar, dass eine über eine Einzeltat hinausgehende Kooperation von Mittätern nicht erst ab einem Zusammenschluss von drei, sondern je nach Umständen schon von zwei Personen zu jener besonderen Gefährlichkeit führen kann, mit der die erhöhte Mindeststrafdrohung gerechtfertigt wird. Auch dieser Entscheid begnügt sich nicht mit der Rückweisung zur Neuurteilung an Vi, sondern schliesst mit Anweisungen über das dabei zu beachtende Vorgehen.

135 IV 177 vom 4. Juni 2009 / 6B_68/2009 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Üble Nachrede, Verleumdung (1897 Worte)

Anlass dieses BGE war der mit Hinweis auf einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 14 StGB begründete Freispruch von der Anschuldigung ehrverletzender Äusserungen, die eine im Rahmen eines Strafverfahrens befragte Auskunftsperson gemacht hatte. Der Privatkläger beschwerte sich beim BG gegen die Zubilligung eines Rechtfertigungsgrunde an eine Auskunftsperson. Das Gericht befasste sich aufgrund dieser Beschwerde erstmals, und entsprechend eingehend, mit der Frage, ob bzw. inwieweit sich Auskunftspersonen wie Zeugen inbezug auf ihre Aussagen auf einen Rechtfertigungsgrund berufen können. Die bundesgerichtlichen Erwägungen geben zunächst einen Überblick über die Auffassungen der Vi und des Bf, deren beide Argumentationen kurz und verständlich zusammengefasst sind. Es folgt eine Darstellung der (straf)prozessualen Konstellationen bzw. der notwendigen Voraussetzungen, unter denen Lehre und Rechtsprechung den Verfahrensbeteiligte – insbesondere den Zeugen – für (schriftliche und mündliche) Angaben einen Rechtfertigungsgrund zubilligen. Anschliessend werden Rechte und Pflichten der Auskunftsperson und des Zeugen vergleichend erörtert und festgestellt, dass die von der Vi bejahte Gleichbehandlung inbezug auf Rechtfertigungsgründe letztlich dem Wortlaut des Gesetzes entspricht und im Interesse der Justiz liegt, was beides einleuchtend begründet wird. Die Begründung unterlässt auch nicht, abschliessend noch der Behauptung des Bf, die inkriminierten Aussagen seien im Wissen um deren Unwahrheit gemacht worden, mit überzeugender Argumentation zu widersprechen.

135 IV 221 vom 4. Juni 2009 / 6B_975/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Übertretung von Verkehrsvorschriften (1318 Worte)

Ein wegen einer Verkehrsübertretung mit einer Ordnungsbusse von 250 Franken belegter Autolenker ersuchte um Gewährung von (fünf) Ratenzahlung. Trotz Ablehnung des Gesuchs, unterliess er die Bezahlung innert gesetzlicher Frist. Das daraufhin eingeleitete ordentliche Verfahren endete mit der Verurteilung des Automobilisten zu 250 Franken Busse und erheblichen Verfahrenskosten. Der Mann beschwerte sich (ohne Rechtsvertreter) beim BG, das (kostenpflichtige) ordentliche Verfahren sei, nachdem er

die Busse ja nicht angefochten und ratenweise habe begleichen wollen, zu Unrecht eingeleitet worden. Das BG trat zwar auf die ohne nähere Präzisierung als "Beschwerde" bezeichnete Eingabe als Beschwerde in Strafsachen ein, wies sie aber ab, was eigentlich schon allein aufgrund des klaren Gesetzestextes (insbesondere eben Art. 6 OBG) nahe liegend und zu erwarten war. Das BG ging in der Begründung aber über das Notwendige hinaus und erwog – unter Bezugnahme auf die Materialien und seiner bisherigen Rechtsprechung zum OBG – Grundsätzliches zum Ordnungsbussenverfahren. Das Ergebnis bestätigt im Wesentlichen Bekanntes: Das Ordnungsbussenverfahren ist bewusst als ein formalisiertes, schematisiertes Verfahren mit einfachem und raschen Vollzug geschaffen worden, weshalb Ratenzahlungen darin keinen Platz haben. Die Darlegung, dass bzw. warum Ratenzahlungen von Ordnungsbussen auch nach Inkrafttreten des neuen AT des StGB (Art. 35 Abs. 1) ausgeschlossen bleiben, bildet eine sinnvolle und plausible Ergänzung der Begründung. Hingegen bleibt dem Leser Sinn und Zweck der am Schluss des angefügten Bemerkung (ob eine ratenweise Zahlung der Busse im Einklang mit Art. 6 OBG stünde, wenn sämtliche Raten innerhalb der dreissigtägigen Frist bezahlt würden, kann an dieser Stelle offengelassen werden) verschlossen.

135 IV 113 vom 10. Juni 2009 (franz) / 6B_974/2008 Beschwerde in Strafsachen_ Gegenstand: Wucher, Widerhandlung gegen das Ausländergesetz, fahrlässige Verletzung der Baukunde, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (3899 Worte)

Der Sachverhalt, mit dem sich das BG in diesem BGE nach Aufhebung eines ersten Urteils ein zweites Mal befassen musste, betraf einen Mann, der zwischen 2000 und 2004 praktisch unbewohnbare Unterkünfte in seiner Liegenschaft zu horrenden Preisen an sans-papiers vermietet hatte. In dieser zweiten „Runde“ ging es letztlich nur noch um die Frage der anzuwendenden ausländerrechtlichen Bestimmung (ANAG oder AuG) und dementsprechend um die Bemessung der strafrechtlichen Sanktion. Der Mann, der zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, 2'000 Franken Busse und einer Ersatzforderung von 5'000 Franken verurteilt worden war, machte vor BG geltend, die Vi hätte gestützt auf Art. 2 StGB (lex mitior) das neue Recht (AuG) anwenden müssen, das auch Geldstrafen vorsehe und damit für ihn milder gewesen wäre. Das BG rekapitulierte in seinem Urteil zunächst ausführlich und unter Zitierung der eigenen (im

Zuge der Anwendung des neuen AT StGB bestätigten) Rechtsprechung (BGE 134 IV 82, 126 IV 5), die bei der Anwendung von Art. 2 StGB geltenden Grundsätzen (konkrete Methode usw.). In einem zweiten Schritt wurden die während der Tatzeit und im Zeitpunkt der ersten und zweiten Beurteilung geltenden ausländerrechtlichen Strafbestimmungen ermittelt (ANAG per 01.01.2007 mit Anpassungen an den neuen AT StGB, AuG per 01.01.2008, das das ANAG abgelöst hat) und miteinander verglichen. Der in diesem Zusammenhang bestehendem Hauptfrage des offensichtlichen Widerspruchs in Art. 116 Abs. 3 AuG zwischen französischem (*peine privative de liberté de cinq ans au plus additionnée d'une amende ou une amende*) und italienischem (*pena detentiva sino cinque anni o una pena pecuniaria, e con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria*) einerseits und dem deutschen Text (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe und mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden) andererseits, widmete das BG viel Raum¹⁹⁸. Sorgfältig, beginnend mit allgemeinen Erläuterungen der Regeln, die bei der Auslegung unklarer bzw. bei Widersprüchen zwischen (gleichberechtigten) mehrsprachigen Gesetzestexten zu beachten sind, wird unter Darlegung der Entstehungsgeschichte von Art. 116 Abs. 3 AuG und nach deren systematischer Analyse im Gesamtkontext der Strafbestimmung aufgezeigt, dass die deutschen Fassung massgeblich ist. Plausibel ist auch die vom BG daraus gezogene Konsequenz, wonach die *lex mitior* Frage im Ergebnis von Auswirkungen auf die Vermögensverhältnisse auf der Basis Busse oder Geldstrafe abhängig ist. Weil die Vi (im Widerspruch zu Art. 34 Abs. 1 StGB) von einer Priorität der Geldstrafe vor der Freiheitsstrafe nur bei einer Strafdauer bis 6 Monaten ausgegangen war und deshalb eine Geldstrafe gar nicht erst prüfte, blieb dem BG keine andere Wahl als die erneute Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an die Vi. Kurz und bündig wies das BG die Beschwerde im Nebenpunkt der Ersatzforderung nach Art. 71 StGB ab. Die Rüge des Bf, diese sei nicht um einen dem Teilfreispruch in der Neuurteilung entsprechenden Betrag herabgesetzt worden, konterte das BG mit der Feststellung, aus Rücksicht auf die finanziellen Verpflichtungen des Bf sei die Ersatzforderung von Anfang an erheblich unter dem gesetzlich möglichen Betrag angesetzt worden, und dies

¹⁹⁸ Das BG musste sich schon früher mit Differenzen zwischen deutsch- und französischsprachigen Gesetzestexten auseinandersetzen. Allerdings dürfte es bisher weniger häufig und wohl erstmals zweimal im gleichen Jahr vorgekommen sein (vgl. BGE 135 IV 206).

sei auch bei einem Verzicht auf eine Herabsetzung aufgrund des Teilfreispruchs immer noch der Fall.

135 IV 180 vom 18. Juni 2009 (franz.) / 6B_769/2008 Beschwerde in Strafsachen
Gegenstand: Bemessung der Geldstrafe, bedingter Strafvollzug (2972 Worte)

Anlass für diesen BGE gab die Verurteilung eine psychisch angeschlagenen, arbeitsunfähigen und mittellosen (IV und EL beziehenden) Frau wegen kleineren Vergehen zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen à fünf Franken. Die Staatsanwaltschaft rügte mit Beschwerde in Strafsachen, die Bemessung des Tagessatzes sei nicht ausreichend begründet, dieser sei auch zu niedrig angesetzt und müsse auf 10 Franken erhöht werden. Die Begründung beginnt mit einer Zusammenfassung der seit Einführung der Geldstrafe als neue Sanktion (Revision AT StGB; 01.01.2007) ergangenen Rechtsprechung des BG zum Vorgehen bei der Bemessung der Geldstrafen-Tagessätze. Erinnert wird insbesondere an die bisherigen Äusserungen des BG zur Bemessung bei mittelloser Täterschaft (Eingriff ins Existenzminimum). Anschliessend geht die Begründung auf die Bemessung im konkreten Fall bzw. auf einen Punkt derselben ein, nämlich die von der Vi in die Berechnung einbezogenen Kosten einer therapeutischen Massnahme, in der sich die Frau aufgrund einer frühern Anordnung befindet. Dabei wird akribisch dargelegt, dass fraglich ist, ob ein Einbezug dieser Kostenbeteiligungspflicht in die Berechnung gemäss Vorgaben von Art. 34 StGB gerechtfertigt ist, und dass diese Frage aufgrund der verfügbaren Informationen auch nicht beantwortet werden kann. Die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung an die Vi war die nahe liegende Folge. Das BG begnügte sich aber nicht mit der Feststellung der Verletzung von Art. 34 StGB, was zur Rückweisung ausgereicht hätte. Es sah offensichtlich die Zeit gekommen, die unter Strafrecht Juristen heftig diskutierte Frage nach einem Minimalbetrag beim Tagessatz nicht weiter offen zu lassen. Eine klare Stellungnahme war in der Tat geboten, für viele war sie überfällig, zumal nach den beiden Urteilen vom März 2008 (BGE 134 IV 60 und 97). Denn BGE 134 IV 97 hob ein Urteil auf, das wegen Mittellosigkeit des Verurteilten nicht auf eine Geldstrafe gelautet hatte. Der Anspruch auf eine Geldstrafe, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind, sei für alle gleich, beschied das BG dem kantonalen Gericht; bei Verurteilen, die von Sozialleistungen des Staates abhängig sein, müssten eben entsprechend tiefe Ansätze festgelegt und allen-

falls Zahlungserleichterungen gewährt werden. Und in BGE 134 IV 60 postulierte das BG für Verurteilten, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, sogar die Gewährung einer gewissen prozentualen Reduktion auf den Tagessätzen, um eine übermässige Belastung durch Geldstrafen zu vermeiden. Die damalige Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Auffassung – der Tagessatz darf in dem Masse herabgesetzt werden, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint – war für die tägliche Rechtswendung in der Praxis wenig hilfreich. Im vorliegenden BGE hatte sich das BG nun zur Festlegung eines Minimalbetrages durchgerungen und diesen auf zehn Franken bestimmt. In der Begründung heisst es von diesem Betrag, er sei nicht mehr nur "symbolique", aber noch nicht „excessivement sévère“ und er stelle „une juste proportion entre les différents types de sanctions“ dar. Darin liegt natürlich keine plausible Begründung für die Festsetzung des Betrages auf zehn Franken; allerdings ist fairerweise beizufügen, dass es eine plausible Begründung für die de lege lata Festlegung eines Minimalbetrages gar nicht gibt. Zur Frage des bedingten Vollzugs äusserte sich das BG zunächst in allgemeiner Form zu den Voraussetzungen von Art. 42f StGB, wobei vorwiegend aus der einschlägigen Rechtsprechung zitiert wurde. Bezüglich dem konkreten Fall befand das BG mit summarischen Hinweisen auf die Begründung der Vi, diese sei zurecht davon ausgegangen, dass es keine ausreichende Hinweise gebe, um von einer schlechten Prognose auszugehen. Dass sich das BG schliesslich ebenfalls zur von der Vi unter Suspendierung der Geldstrafe angeordneten Massnahme gemäss Art. 59 StGB äusserte, überrascht. Wie das BG selbst feststellte, war dieser Punkt gar nicht angefochten und musste deshalb auch die Frage der Zulässigkeit offen bleiben. Trotzdem legte das BG in der Folge die logische Widersprüchlichkeit dieses Vorgehens dar, zog daraus den Schluss „le prononcé d'une mesure excluait l'octroi du sursis à l'intimée“ und sah darin – zusätzlich zur Verletzung von Art. 34 StGB (Bemessung des Tagessatzes) – eine Verletzung der Bestimmung von Art. 42 (bedingter Strafvollzug), und das Urteil der Vi wurde auch in diesem Punkt aufgehoben. In Anbetracht dessen, dass das BG zuvor die Auffassung der Vi, eine ungünstige Prognose lasse sich nicht begründen – was gleichbedeutend mit der Gewährung des bedingten Vollzuges ist (Art. 42 Abs. 1 StGB) – bestätigt hatte, ist dieses Vorgehen nicht unbedingt verständlich. Immerhin war damit der Weg, in Umgehung des Hindernisses der nicht ange-

fochtenen Massnahme gemäss Art. 59 StGB, frei für eine bundesrechtskonforme Sanktionierung im Rahmen der Neuurteilung.

Auch hier enthält die Begründung an Schluss Anweisungen an die Vi für das Vorgehen im Rahmen der Neuurteilung.

135 IV 217 vom 18. Juni 2009 (franz.) / 6B_173/2009 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Widerhandlung gegen das Tierschutzgesetz und das Mehrwertsteuergesetz (2806 Worte)

Hier hatte das BG eine Beschwerde der eidg. Zolldirektion gegen den Freispruch eines Mannes von der Anschuldigung der Widerhandlung gegen das Zollgesetz (ZG), das Tierschutzgesetz (TSG) und das Mehrwertsteuergesetz (MWSTG) zu beurteilen. Dieser hatte bei der Rückkehr aus seinem Heimatland Mazedonien im PW in die Schweiz einen Hund mit coupiertem Schwanz eingeführt, ohne dies am Zollübergang zu melden. Den Hund hatte seine Tochter von einem entfernten Verwandten erhalten. Die Tochter war im Moment der Einfuhr volljährig. Sie war beim Grenzübergang Mitfahrerin im Auto, das ihr Vater lenkte. Bekannt wurde das ganze erst ca. einen Monat nach der Einfuhr per Zufall, und auch die Ermittlungen gegen Vater und Tochter wegen Widerhandlungen gegen das ZG, TSG und MwStG setzten erst dann ein. Das Verfahren gegen die Tochter stellte die Zolldirektion ein, gegen den Vater erhob sie Anklage, die schliesslich in beiden kantonalen Instanzen abgewiesen wurden.

Das BG befasste sich als erstes mit der Rüge der Verletzung des ZG und in diesem Zusammenhang insbesondere mit Grundsatz und Ausgestaltung der Selbstdeklarationspflicht gemäss ZG. Auf die so gewonnene Erkenntnisse abstellend konnte das Gericht nachvollziehbar aufzeigen, dass der Gesetzgeber bewusst auf eine Aufteilung der Pflichten und Verantwortlichkeiten für den Fall des gemeinsamen Grenzübertritts von mehreren Personen gleichzeitig verzichtet hat um den Kreis der der Selbstdeklarationspflicht unterliegenden Personen möglichst gross zu halten. So lag auch nahe, dass das BG der Argumentation der Vi, die Hundehalterin sei die volljährige Tochter, weshalb das Verfahren einzig gegen sie und nicht den Vater hätte geführt werden sollen, nicht folgte und bei diesem einen klaren Verstoß gegen die Selbstdeklarationspflicht feststellte. Die folgenden allgemeinen Ausführungen zum TSG und MWSTG sind

nicht minder umfangreich, erscheinen jedoch weniger zielführend, weil sie vorwiegend die entsprechenden Strafbestimmungen zitieren und Erörterungen zum Sachverhaltsirrtum enthalten, ohne diese dann zu den konkreten Rechtsfragen in Beziehung zu setzen. Stattdessen wird auf die bereits dargelegte, umfassende Verantwortlichkeit aufgrund des ZG (Grundsatz der Selbstdeklarationspflicht) hingewiesen und damit die Erfüllung der Straftatbestände des TSG und des MwStG begründet. Welche Handlungen oder Unterlassungen diesen Straftatbeständen im Einzelnen zugrunde liegen, wird nicht näher ausgeführt, was die Nachvollziehbarkeit des Entscheides in diesem Punkt beeinträchtigt. Wiederum überzeugend ist dann die Begründung, wo sie sich mit dem weiteren Einwand des Bf – es fehle ein Verschulden – auseinandersetzt und aufzeigt, dass dieser nicht stichhaltig ist.

135 I 313 vom 18. Juni 2009 / 6B_962/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Ordnungsbusse (2182 Worte)

Im Umfeld eines „Sterbehilfsvorganges“, der die Staatsanwaltschaft zu Ermittlungen veranlasst hatte, weigerte sich eine als Auskunftsperson vorgeladene Person, Aussagen zu machen. Die Person leistete der Vorladung Folge, erklärte dann aber bei der Staatsanwaltschaft, sie werde am Verfahren nicht mitwirken und entfernte sich, obschon sie zum Bleiben und Anhören der Fragen aufgefordert worden war. Die Staatsanwaltschaft verfügte deswegen eine (kantonale) Ordnungsbusse von 100 Franken. Der Gebüsste erhob Beschwerde beim BG. Dieses trat auf die Beschwerde gestützt auf Art. 93 BGG – die Oberstaatsanwaltschaft (übergangsrechtlich) als Vorinstanz im Sinne von Art. 80 in Verbindung mit Art. 130 Abs. 1 BGG betrachtend – ein. In der Sache entschied das BG entsprechend gefestigter Praxis bei Ordnungsbussen in bundesrechtlichen Verfahren (Art. 31 aOG; Art. 33 BGG) und in Übereinstimmung mit der Strassburger Rechtsprechung, die in Bussen wegen Verletzung der Verfahrensdisziplin keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sieht. Damit war der vom Bf geltend gemachte Anspruch auf gerichtliche Beurteilung dieser (kantonalen) Disziplinarrechtsmassnahme nahe liegend abzulehnen. Bevor das BG zu diesem Ergebnis kam, prüfte es allerdings im Detail und unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK, ob Disziplinarstrafen (auch) nach dem angewendeten kantonalen Recht nicht unter strafrechtliche Anklagen zu subsumieren sind.

Schliesslich musste das BG die Berechtigung der Busse auch noch in materieller Hinsicht beurteilen. Dabei wurden die vom Bf gegen die Ordnungs- und Weisungswidrigkeit seines Betragens vorgebrachten Einwände allesamt mit guter Begründung widerlegt.

135 IV 121 vom 09. Juli 2009 / 6B_978/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Gemeinnützige Arbeit, Umwandlung (3101 Worte)

In diesem BGE befasste sich das BG mit Fragen der Anwendung von Art. 39 StGB. Der Bf war zu 720 Stunden gemeinnützige Arbeit (GA) verurteilt worden, davon 240 als Sanktion für Übertretungen. Nachdem er die GA trotz wiederholter Aufforderungen und förmlicher Mahnung nie angetreten hatte, verfügte das Gericht die Umwandlung der GA in 180 Tage Freiheitsstrafe. Vor BG verlangte der Bf die Beibehaltung der GA, eventualiter die Umwandlung der GA in eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen à 10 Franken oder einem Betrag nach gerichtlichem Ermessen. Weil der Bf geltend machte, die GA hätte, da er zur Arbeit nicht in der Lage gewesen sei, nicht umgewandelt werden dürfen, stellte das BG zunächst durch Zitierung von Lehre und Rechtsprechung zu Art. 39 StGB klar, dass die Gründe der Nichtleistung der GA keine Rolle spielen. Deshalb – so beschied das Gericht dem Bf – erübrige sich a priori eine Überprüfung der von ihm bestrittene Annahme eines Verschuldens durch die Vi. Anschliessend erörterte das BG die Frage, nach welchen Kriterien bei der Umwandlung auf Geldstrafe oder eben Freiheitsstrafe zu entscheiden ist. In diesem zweiten, wesentlich längeren Teil der Begründung verwies das BG zunächst auf den auch bei Art. 39 StGB geltenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit, weshalb GA in der Regel in eine Geldstrafe umzuwandeln ist, bei voraussichtlicher Uneinbringlichkeit aber auch direkt in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann. Die anschliessende Erörterung der Problematik der Einschätzung der Einbringlichkeit einer Geldstrafe unter dem Aspekt von Art. 35 Abs. 3 und 41 StGB ergab als nachvollziehbares Ergebnis, dass die dort für die Antwort der Prognosefrage heranzuziehenden Kriterien nicht auf Art. 39 StGB angewendet werden können, sondern dass bei der Prognose der Einbringlichkeit einer Geldstrafe im Rahmen des Umwandlungsverfahrens vor allem auf die Umstände, die die Umwandlung notwendig machen (Gründe der Nichtleistung der GA, Verhalten des Pflichtigen usw.) abgestellt werden muss. In Anwendung dieser Regeln beurteilte das

BG in der Folge den konkreten Fall. Es konnte sich dabei relativ kurz halten, denn gemäss Sachverhalt der Vi waren die prekären finanziellen Verhältnissen des Bf und dessen offensichtlich fehlender Wille als Grund für das Nichterbringen der GA eindeutig erstellt. Was der Bf dagegen vorbrachte, konnte das BG als appellatorische Kritik an der Vi bezeichnen und musste damit nicht darauf eintreten. Das Gericht befasste sich dennoch mit den Einwendungen des Bf und stellte dann fest „Supposé recevable, le grief serait ainsi de toute manière infondé“. Ein plausibler Grund für dieses Vorgehen könnte sein, dass das BG zuvor die gleich lautende Kritik des Bf an den Annahmen der Vi („absence totale de volonté et de motivation à collaborer à l'exécution de la sanction“) – wenn auch in anderem Zusammenhang – als für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens a priori nicht relevant bezeichnet hatte.

Als letztes war zu beurteilen, ob es bei der Umwandlung von GA eine Rolle spielt, dass diese im konkreten Fall zu 2/3 als Sanktion im Sinne Art. 37 StGB und zu 1/3 als Bussenersatz für Übertretungen (Art. 107 Abs. 1 StGB) ausgesprochen worden war. Die Vi hatte bei der Umwandlung der GA deren unterschiedliche Grundlagen als nicht relevant angesehen. Das BG zeigte in einer systematischen Analyse aber klare Unterschiede auf und legte plausibel dar, dass bei Übertretungen Freiheitsstrafen erst und einzig in Form von Ersatzfreiheitsstrafen im Rahmen der Vollstreckung der Bussen in Frage kommen. Damit war das Urteil der Vi soweit es für die für Uebertretungen ausgesprochene GA in Freiheitsstrafe umwandelt hatte, aufzuheben.

135 IV 191 vom 16. Juli 2009 / 6B_112/2009 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Strafzumessung (1472 Worte)

A und B wurden wegen (in Mittäterschaft begangener) qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Geldwäscherei zu 6 bzw. 4 ½ Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Das Urteil von B blieb unangefochten, A focht die Strafzumessung an. Das Obergericht befand, eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren erscheine an und für sich als dem Verschulden angemessen, sie halte aber dem Vergleich zu der gegen den Mittäter ausgesprochenen Strafe von 4 ½ Jahren nicht stand. Das Gericht reduzierte die Strafe von A auf 4 ½ Jahre. Die von der Staatsanwaltschaft wegen Verletzung von Art. 63 aStGB (Art. 47 StGB) erhobene Beschwerde wurde vom BG gutgeheissen. Am Anfang

des BGE werden die Argumente, die die Vi zur Angleichung der Strafe von A an jene von B bewog, und die gegen diese Auffassung vorgebrachten Argumente der Bf zusammengefasst. Die eigentlichen Erwägungen beginnen mit der Feststellung, die Grundsätze der Strafzumessung und die an sie gestellten Anforderungen seien schon wiederholt dargelegt worden, auf diese – angeführt werden drei in den Jahren 2007, 2002 und 2001 ergangene BGE – könne verwiesen werden. Trotzdem werden dann, aus diesen Urteilen zitierend, wesentlichen Grundsätze wiederholt. Dass dies verbreiteter Praxis des BG entspricht, belegt – um ein Beispiel zu nennen – die in diesem Zusammenhang verwendete Formulierung „Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, für eine peinlich genaue Übereinstimmung einzelner Strafmasse zu sorgen. Es hat lediglich für eine korrekte Anwendung von Bundesrecht besorgt zu sein“; auf diese gleiche Formulierung (gemäss Regest von BGE 123 IV 150) trifft man nämlich, wenn man die seit dem Jahr 2000 im Internet publizierten Urteile konsultiert, in nicht weniger als sieben anderen Urteilsbegründungen. Bei der zentralen Frage nach dem Stellenwert des Elements „Verhältnis der Strafe bei Mittäterschaft“ innerhalb der übrigen bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehenden Elemente zog das BG zum Vergleich die Situation bei der Ausfällung einer Zusatzstrafe zu einem früheren Urteil herbei. So konnte nachvollziehbar, unter Hinweis auf grundsätzlich vergleichbare Ausgangslagen, darlegt werden, dass auch eine vergleichbare Gesamtbetrachtung der Strafzumessungen unter Beachtung vergleichbarer Kriterien gemacht werden muss. Nachdem die Vi selbst 6 und nicht 41/2 Jahre als schuldangemessene Strafe bezeichnet hatte und sich das BG nach summarischer Prüfung dieser Auffassung anschloss, war die Aufhebung des Urteils das nahe liegende Ergebnis.

135 IV 196 vom 16. Juli 2009 / 6B_186/2009 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Mehrfache Widerhandlung gegen die Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (ARV), (1196 Worte)

Im Zusammenhang mit Widerhandlungen gegen die Chauffeurverordnung, von denen ein Chauffeur zufolge Eintritts der Verfolgungsverjährung freigesprochen worden war, hatte das BG die Frage zu klären, ob Art. 97 Abs. 3 StGB auf Übertretungen keine Anwendung findet, wie von der Vi angenommen, oder Anwendung findet, wie die

Beschwerde führende Staatsanwaltschaft geltend machte. Das BG entschied im Sinne der Bf und hob das Urteil auf. Die Begründung dieses Entscheides ist entsprechend der einfachen und klaren Fragestellung dreiteilig aufgebaut. Zuerst wird kurz dargelegt, welche Überlegungen dem angefochtenen Urteil zugrunde liegen, warum die Vi angenommen hat, die Verjährungsfrist für Übertretungen werde in Art. 109 StGB abschliessend geregelt und betrage drei Jahre. Dann folgen die wesentlichen Argumente der Bf für ihre andere Auffassung. Anschliessend kommen die eigentlichen Erwägungen des BGs. Dieses zieht die Entstehungsgeschichte heran, erörtert, warum per 2002 die Verjährungsbestimmungen einer grundsätzlichen Neuordnung unterzogen wurden, stellt fest, dass im StGB nach Art. 104 StGB spezielle Bestimmungen fehlen und – last but not least – wirft das BG auch noch einen Blick auf die in der Lehre vertretenen Auffassungen. Das Ergebnis, wonach Art. 97 Abs. 3 StGB auch auf Übertretungen anwendbar sein muss, überzeugt.

135 IV 188 vom 21. August 2009 /6B_912/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Mehrfache Anstiftung zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung; Strafzumessung (2752 Worte)

Der Bereichsleiter Immobilien bei der SUVA war vom BuStrGer der mehrfachen Anstiftung zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig erklärt und

mit einer (bedingten) Freiheitsstrafe von 18 Monaten und einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen à Fr. 3'000.- bestraft worden. Der Verurteilte erhob Beschwerde und machte geltend, der Schuldspruch beruhe auf einer willkürlichen Beweiswürdigung. Richtigerweise hätte er nicht wegen Anstiftung, sondern wegen Gehilfenschaft schuldig erklärt und entsprechend milder (Art. 25 StGB) bestraft werden sollen. Das BG setzte in der Begründung dieses Entscheids den komplexen Sachverhalt an den Anfang. Obschon als Zusammenfassung bezeichnet, wird darin die von der Vi als erstellt angenommene, massgebliche Involvierung des Bf in acht Liegenschaftsverkäufe der SUVA auf Verkäuferseite (als Bereichsleiter Immobilien bei der SUVA) und gleichzeitig auf Käuferseite (teils persönlich, teils durch von ihm ganz oder teilweise beherrschten Aktiengesellschaften) detailliert geschildert. Anschliessend werden die (drei) Argumente aufgeführt, mit denen der Bf die Annahmen der Vi über seine Rolle in den ver-

schiedenen Immobiliengeschäften als willkürlich rügt. Es folgt erneut eine Darlegung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung, allerdings jetzt in den spezifischen, vom Bf beanstandeten Punkten. Diese Beweisannahmen werden als auch im Lichte der Vorbringen des Bf nicht willkürlich bezeichnet; eine in Anbetracht der langjährigen Willkür-Rechtsprechung des BG – auf die das BG auch hinweist – nachvollziehbare Beurteilung. Neben der Beweisfrage hatte das BG sich (nach BGE 134 IV 1 und 60) erneut mit der korrekten Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB zu befassen, konkret mit der Frage, was letztlich unter der „untergeordneten“ bzw. „akzessorische“ Bedeutung der unbedingten Verbindungsstrafe im Verhältnis zur Hauptstrafe zu verstehen ist. Analog zur Problematik im Zusammenhang mit der Bestimmung des Tagessatzes bei der Geldstrafe, wo sich das BG erst nach mehreren Anläufen zur Festlegung einer klaren Zahl durchringen konnte (BGE 134 IV 60), fehlte auch beim Art. 42 Abs. 4 StGB lange Zeit ein klärender Leitentscheid, der nun mit diesem BGE vorliegt. Im Grundsatz schloss sich das BG der in der Tat überzeugenden Argumentation der Vi an, wonach aus spezial- und generalpräventiven Gründen ein Teil der als schuldangemessen angenommenen Freiheitsstrafe zeitäquivalent als (unbedingten) Verbindungs-Geldstrafe zugemessen werden kann. Anders als die Vi, die diese auf 180 Tage entsprechend einem Viertel der 24 Monate bestimmte, sah das BG die dem akzessorischen Charakter der Verbindungsstrafe entsprechende Obergrenze (im Grundsatz) bei einem Fünftel. Für diese Verhältniszahl (1 zu 4) finden sich, wie das BG selbst einräumt, weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen oder in der Lehre Anhaltspunkte. Damit gilt hier das Gleiche wie beim Tagessatzminimum von 10 Franken bei der Geldstrafe: Von der Zahl (20%) her ist dieser Entscheid nicht nachvollziehbar, aber de lege lata ist eine plausible Begründung auch gar nicht möglich. Durchaus der Begründung zugänglich gewesen, aber nicht begründet, ist hingegen, warum im konkreten Fall offenbar die 180 Tagessätze (6 Monate) als Basis für die Berechnung der maximal zulässigen Verbindungsstrafe angenommen wurde (was 135 Tagessätze ergab) und nicht die 24 Monate, die ausdrücklich als insgesamt schuldangemessene Sanktion bezeichnet worden sind (was 144 Tagessätze ergeben hätte).

135 IV 198 vom 21. August / 6B_916/2008 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Sich-bestechen-Lassen, Vorteilsannahme, ungetreue Amtsführung, Urkundenfälschung; Strafzumessung (5216 Worte)

Im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen zum Nachteil der SUVA war neben dem Bereichsleiter Immobilien (vgl. vorstehend BGE 135 IV 188) auch ein diesem unterstellter Immobilien-Portfoliomanager angeklagt und schliesslich wegen Sichbestechen-Lassens (Art. 322quater StGB), Vorteilsannahme (Art. 322sexies StGB), ungetreuer Amtsführung (Art. 314 StGB) und Urkundenfälschung im Amt (Art. 317 Ziff. 1 StGB) mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten und einer (bedingten) Geldstrafe von 30 Tagessätzen à Fr. 150.— verurteilt worden. Der Mann erhob Beschwerde und verlangte Freispruch von allen Anschuldigungen. Neben einer willkürlichen Beweiswürdigung machte er u.a. eine Rechtsverletzung der Vi geltend, weil diese seine Tätigkeit bei der SUVA als beamtet angesehen hatte. Bei den Sachverhaltsrügen beschied das BG dem Bf, es fehle eine substantielle Begründung der Rügen, und trat auf diese gar nicht erst ein (Art. 106 Abs. 2 BGG). Mit den vom Bf aufgeworfenen Rechtsfragen, insbesondere jenen betreffend eines funktionellen Beamtenstatus, setzte sich das BG hingegen sehr eingehend auseinander. Dabei wird durch Zusammenfassen und Gegenüberstellen der Auffassungen der Vi und der dagegen erhobenen Rügen des Bf eine Fokussierung auf die Problematik der jeweiligen Rechtsfrage erreicht und damit eine gute Ausgangslage geschaffen, um die daran anschliessende gerichtlichen Argumentationslinie verstehen bzw. nachvollziehen zu können. So wird insbesondere plausibel, warum der strafrechtliche Beamtenbegriff (Art. 110 Abs. 3 StGB) auf die spezifische Tätigkeit des Bf in SUVA Anwendung finden und das angefochtene Urteil in diesem Punkt bestätigt werden muss. Ebenfalls die Aufhebung des Urteils im Punkt der Vorteilsannahme (Art. 322sexies StGB) überzeugt in Anbetracht des Hinweises, dass aus den Akten nicht hervorgehe, was die Vorteilszuwendung eigentlich genau bewirkt hat oder noch hätte bewirken sollen. Die dadurch notwendige gewordene Neuurteilung hatte zur Folge, dass sich das BG (anders als im Parallelverfahren; BGE 135 IV 188) mit dem Sanktionspunkt nicht mehr befassen musste. Auch dieser BGE verbindet die Rückweisung mit Anweisungen an Vi, was sie bei der Neuurteilung zu prüfen und wie sie, falls sie „.... in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Beschwerdeführers davon [ausgehe], dieser habe die Vermögenswerte erst im Anschluss an den Verkauf der Liegenschaft Piazzale alla Valle erhalten....“ vorgehen müsse.

Gegenstand: Betrug; Beschwerdelegitimation (3934 Worte)

Ein Geschädigter, dessen Anzeige wegen Betruges mit einem Freispruch des Beschuldigten geendet hatte (und mit Nichteintreten auf die Zivilforderung), focht diesen Freispruch beim BG an. Er rügte die Verneinung der Arglist durch die Vi. Er tat dies in Kenntnis der geltenden Rechtsprechung (BGE 133 IV 228), nach der als bloss Geschädigter und nicht Opfer (i.S. des OHG) nicht beschwerdelegitimiert sein würde. Dementsprechend rügte er diese Rechtsprechung, insbesondere die Ungleichbehandlung von Geschädigten und Opfern, als verfassungs- und konventionswidrig (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und im übrigen auch dem Willen des Gesetzgebers widersprechend. Diese kontroversen Auffassung bestimmen nahe liegend den Aufbau des vorliegenden Entscheides. Die Begründung vermittelt zunächst die Argumentation des Bf. Anschliessend folgen die Gründe, die zur kritisierten Praxis geführt haben. Letztere umfassen Erörterung zur den Materialien, sie nehmen ausführlich Bezug auf das frühere Recht (Art. 270 aBStP) und dessen mehrfache Änderungen und es wird auf (unterschiedliche) Lehrmeinungen verwiesen. Insgesamt lassen die sorgfältigen und umfassenden Darlegungen – die auch auf die teilweise abweichenden Annahmen des Bf bezüglich der Intentionen des Gesetzgebers eingehen – plausibel erscheinen, warum das BG, in Bestätigung der Praxis, dem (bloss) Geschädigten keine Legitimation zur Beschwerde in Strafsachen im strafrechtlichen Schuldpunkt zubilligen will. Ohne diese Voraussetzung war natürlich auf die Rüge des Bf, die Vi habe Arglist zu Unrecht verneint, nicht einzutreten. Soweit der Bf die Verletzung von Grundrechten geltend machte, konnte ihm das BG eine ungenügende Substantiierung seiner Beschwerde vorhalten, womit auch insofern Nichteintreten die Folge war (Art. 106 Abs. 2 BGG).

136 IV 41 vom 29. Oktober 2009 / 6B_466/2009 Beschwerde in Strafsachen

Gegenstand: Einstellung der Untersuchung (Vernachlässigung von Unterhaltspflichten); Verletzung des rechtlichen Gehörs (1094 Worte)

Eine Frau, deren Anzeige wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten in Anwendung von Art. 53 StGB eingestellt worden war, erhob Beschwerde in Strafsachen. Das BG prüfte die Beschwerdelegitimation zunächst im Hinblick auf Art. 53 StGB d.h. ob sich aus dieser Bestimmung ein rechtlich geschütztes Interesse der Frau ableiten

lässt. Dies wurde abgelehnt und nachvollziehbar mit dem Hinweis begründet, dass weder das Gesetz noch Lehre und Rechtsprechung (BGE 135 IV 12) die Zustimmung der geschädigten Person als Voraussetzung für eine Wiedergutmachung erachten. Das BG prüfte in der Folge, ob sich die Legitimation der Bf allenfalls aus dem Verfahren d.h. wegen Verletzung von Verfahrensrechten ergeben könne. Auch diese Möglichkeit schloss das BG aus. Diesen Entscheid begründete das Gericht nicht minder einleuchtend, indem es aufzeigte, dass Gegenstand der Beschwerde der Frau gar keine Verfahrensverletzung ist, die Beschwerde also im Ergebnis keine Verletzung formeller Parteirechte rügt sondern auf eine materielle Überprüfung des angefochtenen Entscheids abzielt, was – woran das BG erinnert – im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV schon vor dem 01.01.2007 (BGE 126 I 81) kein Thema sein konnte.

30.06.2011 rev. 18.07.2011 / Ri *

Fragestellung A02 – Strafrecht

1. Grundlagen

Fragestellung A02: Lässt sich in den Urteilen des Bundesgerichts¹⁹⁹ eine Veränderung in der Ausübung der Kognition feststellen (offener oder enger)?

2. Vorgehen

Um allfällige Veränderungen in der Ausübung der Kognition zu ermitteln, werden die im Hinblick auf die Kognition wesentlichen Rechtsmittelbestimmungen (Beschwerdegegenstand²⁰⁰, Beschwerdelegitimation, Sachverhaltsermittlungskognition, Rechtsanwendungskognition bzw. Rügeprinzip) des alten (aOG²⁰¹, aBStP²⁰²) und neuen Rechts (BGG) einander in ihrer Anwendung d.h. in der bundesgerichtlichen Praxis gegenübergestellt. Dies geschieht aufgrund von ausgewählten BGE, die für die jeweilige Kognitionspraxis repräsentativ sind. Entsprechend der Fragestellung A02 liegt der Fokus nicht auf den einzelnen BGE d.h. deren Struktur und deren inhaltlicher Nachvollziehbarkeit (wie bei Fragestellung A01), sondern auf der von diesen (mit)vertretenen Kognitionspraxis. Die Gegenüberstellungen erfolgt aufgeteilt auf die spezifischen Rechtsmittelbestimmungen unter „Erkenntnisse“. Im Rahmen der Ausführungen zum Beschwerdegegenstand werden ausserdem einige generelle Ausführungen zur Umsetzung der Einheitsbeschwerde im Strafbereich vorangestellt. Eine summarische Zusammenfassung am Schluss der verschiedenen Gegenüberstellungen dient jeweils als Kurzantwort auf die Frage nach Kognitionsveränderungen.

3. Gegenüberstellung und Erkenntnisse im einzelnen

- Ad Beschwerdegegenstand

Die Beschwerde in Strafsachen hat im Strafbereich die Nichtigkeitsbeschwerde²⁰³ (268 ff aBStP) und die staatsrechtlichen Beschwerde²⁰⁴ (Art. 88 ff aOG) abgelöst. Der Ge-

¹⁹⁹ nachfolgend BG

²⁰⁰ Zur Abgrenzung Zwischenentscheid - Endentscheid vgl. Fragestellung A03

²⁰¹ BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943; Fassung vor Inkrafttreten des BGG

²⁰² BG über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) vom 15. Juni 1934; Fassung vor Inkrafttreten des BGG

²⁰³ nachfolgend NB

setzgeber wollte, dass mit dieser Einheitsbeschwerde grundsätzlich alle Entscheide, die die Verfolgung oder die Beurteilung einer Straftat betreffen und sich auf Bundesrecht (ausgenommen MStGB) oder auf kantonales Recht stützen und alle Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen angefochten werden können (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4313). Für die Umsetzung dieser Ziele war entscheidend, wie die Praxis einerseits die Beschwerdegründe (Art. 95 ff BG) – und hier insbesondere die Bezeichnung „Bundesrecht“ (Art. 95 lit. a BGG) – und andererseits den Begriff der Strafsache (Art. 78 BGG) interpretierte. In beiden Punkten ist die Rechtssprechung klar und eindeutig auf der Linie des Gesetzgebers. Dazu nachfolgend beispielhaft BGE

133 I 201, BGE 134 IV 36 und BGE 134 III 379

Der Begriff des Bundesrechts umfasst die von den Bundesorganen erlassenen Rechtsnormen aller Erlassstufen, insbesondere die Bundesverfassung, die Bundesgesetze sowie die verschiedenen Arten von Verordnungen (.....). Soweit sich der angefochtene Entscheid auf Quellen des kantonalen Rechts stützt, welche nicht in Art. 95 lit. c-e BGG genannt werden, beschränkt sich die Überprüfung durch das Bundesgericht demgegenüber thematisch auf die erhobenen und begründeten Rügen (Art. 106 Abs. 2 BGG) und inhaltlich auf die Frage, ob die Anwendung des kantonalen Rechts zu einer Bundesrechtswidrigkeit führt. Im Vordergrund steht dabei eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, insbesondere des Willkürverbots nach Art. 9 BV (.....). Was die Feststellung des Sachverhalts anbelangt, kann mit der Beschwerde nur gerügt werden, diese sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung nach Art. 95 (Art. 97 Abs. 1 BGG). [BGE 133 I 201]

Der Begriff "Entscheide in Strafsachen" umfasst sämtliche Entscheidungen, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zu Grunde liegt. Mit anderen Worten kann grundsätzlich jeder Entscheid, der die Verfolgung oder die Beurteilung einer Straftat betrifft und sich auf Bundesrecht oder auf kantonales Recht stützt, mit der Beschwerde in Strafsachen angefochten werden (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege; BBl 2001 S. 4313). Diese tritt an die Stelle der früheren Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesge-

richts (Art. 268 ff. aBStP) sowie, teilweise, der früheren staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 ff. OG). [BGE 134 IV 36]

Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels durch den Beschwerdeführer (als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) schadet nicht [BGE 134 III 379]

Neben der Beschwerde in Strafsachen hat die subsidiäre Verfassungsbeschwerde praktisch keinen Platz. Auch dazu beispielhaft Urteil 6B_806/2007 vom 13. Juni 2008:

Der Beschwerdeführer teilt seine Beschwerdeschrift unter den Titeln Verfassungsbeschwerde bzw. Beschwerde in Strafsachen in getrennte Abschnitte auf. Dies ist wegen der für Tat- und Rechtsfragen unterschiedlichen Kognition und Begründungsanforderungen grundsätzlich zutreffend (vgl. Art. 106 BGG). Im Übrigen ist aber zu beachten, dass die Beschwerde in Strafsachen gegen "Entscheide in Strafsachen" offen steht. Dieser Begriff umfasst sämtliche Entscheide, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zugrunde liegt (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4313). Nach der Konzeption der Einheitsbeschwerde soll der Rechtsmittelweg an das Bundesgericht vom Rechtsgebiet abhängen, auf welches die Streitsache letztlich zurückgeht (Botschaft a.a.O., S. 4235).Mit der Beschwerde in Strafsachen können die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich des Verfassungsrechts sowie Völkerrecht (Art. 95 lit. a und b BGG) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 BGG) gerügt werden. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 95 lit. c bis e BGG bilden ferner Verletzungen des kantonalen Rechts einen zulässigen Beschwerdegrund, wenn sie einen Verstoss gegen Bundesrecht einschliesslich des Verfassungsrechts oder gegen Völkerrecht darstellen (Art. 95 lit. a und b BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.2.1). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist damit ausgeschlossen.

Inbezug auf die grundsätzliche Voraussetzung der Letztinstanzlichkeit des Beschwerdegegenstandes hat Art. 80 BGG nichts Neues gebracht (Art. 268 aBStP und Art. 86 aOG). Ebenfalls was die Möglichkeit, ausnahmsweise vom Erfordernis der Erschöpfung des Instanzenzugs abzusehen, wenn an der Zulässigkeit eines kantonalen Rechtsmittels ernsthafte Zweifel bestehen, ist die bisherige Praxis (BGE 132 I 92) übernommen worden (BGE 134 I 199)

Verschiedene, anfänglich offene Fragen der Abgrenzung zwischen der Beschwerde in Strafsachen und jener in Zivilsachen sind inzwischen entschieden. So jene im Zusammenhang mit Art. 78 Abs. 2 lit. a BGG wenn in einem Strafverfahren einzig noch der Zivilpunkt strittig ist.

*Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels muss im Zeitpunkt der Einreichung feststehen, nicht erst mit Ablauf der Rechtsmittelfrist. Dies ist nur gewährleistet, wenn entsprechend dem italienischen Text für die Zulässigkeit der **Beschwerde in Strafsachen** darauf abgestellt wird, dass die letzte kantonale Instanz sowohl über den Straf- wie den Zivilpunkt entschieden hat oder hätte entscheiden müssen. Die strafrechtliche Abteilung hat aus diesen Gründen erkannt, dass die **Beschwerde in Strafsachen** der Zivilpartei nur zur Verfügung steht, wenn die obere kantonale Instanz (Art. 80 Abs. 1 BGG) sowohl den Strafpunkt wie den Zivilpunkt zu beurteilen hatte. Dagegen ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, wenn die obere kantonale Instanz (Art. 75 Abs. 2 BGG) im Strafverfahren nur noch über den Zivilpunkt urteilen muss. Die erste zivilrechtliche Abteilung hat sich dieser Auslegung angeschlossen und die Beurteilung des vorliegenden Falles übernommen. Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in Zivilsachen entgegen zu nehmen. [BGE 133 III 701]*

Die Folge, dass in einem Fall die Streitwertgrenze von Art. 74 BGG (CHF 30'000.00) gilt, im andern nicht, wird als in Kauf zu nehmende gesetzgeberische Ungereimtheit bezeichnet. Im übrigen gilt diese Praxis unabhängig davon, welche Partei ans BG gelangt, denn

....., sonst käme es im Falle einer beidseitigen Anfechtung zum widersinnigen Ergebnis, dass die Beschwerde des Verurteilten als solche in Zivilsachen und diejenige des Geschädigten als solche in Strafsachen behandelt werden müssten.

Urteil 6B_229/2008 v. 29. August 2008

Eine weitere Abgrenzungsfrage – jene zwischen Beschwerde in Strafsachen und in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Zusammenhang mit durch Strafverfahren ausgelösten Staatshaftungsansprüche – entschied Urteil 6B_300/2007 Urteil vom 13. November 2007 zugunsten der Beschwerde für öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, die aber von der strafrechtlichen Abteilung zu beurteilen ist:

Anders als Zivilansprüche, die Kraft ausdrücklicher Bestimmung in Art. 78 Abs. 2 lit. a BGG mit strafrechtlicher Beschwerde vorgebracht werden müssen, wenn sie zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind, ist die Behandlung derartiger durch Strafverfahren ausgelöster Staatshaftungsansprüche in Art. 78 ff. BGG nicht ausdrücklich geregelt. Die Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (BBl 2001 S. 4202 ff., insbesondere S. 4313 f.) schweigt sich dazu aus, ebenso, soweit ersichtlich, die Literatur. Ihr Zusammenhang mit dem Strafverfahren ist nicht so eng, dass sie sinnvollerweise nur in diesem mitbeurteilt werden können, wie dies für die Verfahrens- und Parteikosten der Fall ist. Sie unterliegen daher, insbesondere auch mangels einer Art. 78 Abs. 2 lit. a BGG entsprechenden Ausnahmeregelung für öffentlich-rechtliche Forderungen, grundsätzlich der dafür vorgesehenen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Sinne der Art. 82 ff. BGG. Für deren Behandlung ist die strafrechtliche Abteilung zuständig (Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und Art. 33 Bundesgerichtsreglement).

Zusammenfassung

Die Praxis folgt konsequent dem Konzept der Einheitsbeschwerde, das den Rechtsmittelweg an das Bundesgericht vom Rechtsgebiet abhängig macht, auf welches die Rechtssache letztlich zurückgeht (so Urteil 6B_962/2008 vom 18. Juni 2009). Selbst im Gesetz vorgesehene Ausnahmen von der Anwendung der Strafrechtsbeschwerde (Art. 79 BGG) werden einschränkend ausgelegt (BGE 134 IV 237, 133 IV 182).

- Ad Beschwerdelegitimation

Der Vergleich der Umschreibung des Beschwerderechts in Art. 81 BGG mit den entsprechenden Formulierungen in der aBStP für die NB (insbesondere Art. 270 aBStP) und im aOG für die STABE (insbesondere Art. 88 aOG) zeigt in vielen Teilen Übereinstimmung. Wie in Art. 270 aBStP wird als formelle Voraussetzung die Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz (Abs. 1 lit. a) und als materielle Voraussetzung das Bestehen eines rechtlich geschützten Interesses an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides (Abs. 1 lit. b) verlangt. Hingegen sind (anders als in Art. 270 aBStP) die rechtlich geschützten Interessen nicht mehr abschliessend aufgezählt. Art. 81 Abs. 2 BGG entspricht Artikel 270 Abs. 1 Lit. d aBStP, Art. 81 Abs. 3 BGG übernimmt die

Regelung von Art. 103 lit. b aOG, die für Verwaltungsgerichtsbeschwerden²⁰⁵ auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs galt. Gemäss Art. 88 aOG setzte das Beschwerderecht voraus, dass der Beschwerdeführer vom angefochtenen Entscheid persönlich betroffen war. BGG Art. 81 erwähnt dies nicht mehr, was aber letztlich – wegen der eben unveränderten Anforderung eines „rechtlich geschützten Interesses“ an der Änderung/ Aufhebung des angefochtenen Entscheides (vgl. nachstehend) – einzig im Hinblick auf die (neue) Legitimation der Staatsanwaltschaft von Bedeutung ist.

Entsprechend dem weitgehend gleich gebliebenen Gesetzestext hat sich auch die diesbezügliche Rechtsprechung nicht geändert. Das „rechtlich geschützte Interesse“ gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b wird wie unter altem Recht ausgelegt. So bleibt – um ein Beispiel zu nennen – der amtliche Verteidiger unter den bisherigen Voraussetzungen (i.S. von AOG Art. 88, BGE 131 I 217; 108 Ia 11) beschwerdelegitimiert.

..... Comme le recours en matière pénale a été conçu pour reprendre la fonction du recours de droit public, lorsque la contestation porte sur l'application du droit cantonal de procédure pénale (...), il faut admettre que le défenseur d'office a qualité pour recourir parce qu'il a un intérêt juridique à l'annulation de la décision attaquée, conformément à l'art. 81 al. 1 let. b LTF. [BGE 133 IV 335]

Als Regel braucht es weiterhin ein aktuelles Interesse. Ausnahmen bleiben wie bisher möglich, so bei Haftbeschwerden (BGE 136 I 274; früher bspw. BGE 125 I 394) oder wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse ist (BGE 136 III 497), oder wenn der Beschwerdeführer am Rechtsmittel festhält und einen Verstoß gegen die EMRK geltend macht (Urteil 1B_313/2010 vom 17. November 2010 bzw. BGE 136 I 274).

Unverändert geblieben ist die Beschwerdelegitimation des Opfers gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG d.h. es gilt weiterhin die altrechtlichen Praxis zu Art. 270 lit. e aStP und Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG (Urteil 6B_127/2007 vom 23. Juli 2007) 2

²⁰⁵ nachfolgend VGB

Das Beschwerderecht ist namentlich gegeben, wenn sich der Sachlage und insbesondere der Art des in Frage kommenden Delikts unmittelbar und ohne Zweifel entnehmen lässt, welche Zivilforderungen das Opfer geltend machen könnte, und auch klar ersichtlich ist, inwiefern der angefochtene Entscheid sich negativ auf diese Forderungen auswirken kann (BGE 131 IV 195.....

Urteil 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008

Demgegenüber haben, ebenfalls entsprechend der früheren Rechtsprechung und ungeachtet der in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG nicht abschliessenden Aufzählung, Geschädigte, die nicht Opfer im Sinne von OHG sind, keine Beschwerdelegitimation in der Sache.

Il résulte de l'examen des travaux préparatoires et de ces diverses opinions doctrinales que le nouveau droit s'inscrit dans la continuité de l'ancien et que l'élargissement de la qualité pour recourir ne saurait procéder du seul caractère exemplatif de l'énumération non exhaustive de l'art. 81 al. 1 let. b LTF. Il n'y a en conséquence pas lieu de modifier le système introduit le 23 juin 2000, avant que la question ne soit éventuellement revue par le législateur dans le cadre des travaux préparatoires de la nouvelle procédure pénale fédérale. Le principe de la sécurité du droit impose d'interpréter l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF dans le sens de l'art. 270 PPF, tel qu'il avait été modifié en 2000, jusqu'à ce que le législateur confirme ou infirme cette définition de la qualité pour recourir, lors de l'adoption des normes de procédure pénale fédérale. [BGE 133 IV 228]

Diese Praxis, dass der Geschädigte zur Beschwerde in Strafsachen im strafrechtlichen Schuldpunkt nicht legitimiert ist, gilt konsequenterweise auch im Zusammenhang mit Verfahrenseinstellungen (bspw. Urteil 6B_555/2009 vom 9. Juli 2009). Eine Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen im strafrechtlichen Schuldpunkt wäre im Vergleich zum bisherigen Recht eine radikale Neuerung, welche – wie das BG wohl zurecht befürchtet (Urteil 6B_540/2009 vom 22. Oktober 2009) – eine erhebliche Zunahme von Beschwerden an das Bundesgericht zur Folge hätte.

Schliesslich gilt unter dem BGG unverändert (BGE 131 I 455), wonach nicht ein in seinen Zivilansprüchen tangiertes Opfer ist, wer durch Amtshandlungen von Beamten

geschädigt wird, die öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstehen, unverändert übernommen worden (Urteil 6B_1093/2010 vom 24. Mai 2011).

Hingegen bleibt auch der bloss Geschädigte - wie vormals gestützt auf Art. 88 aOG (vgl. BGE 131 I 455) - beschwerdelegitimiert aus der Berechtigung, am Verfahren teilzunehmen. Diese Rügemöglichkeit ist bzw. bleibt strikt beschränkt auf die Verletzung von Rechten, die einer am Verfahren beteiligten Partei nach dem massgebenden Prozessrecht oder unmittelbar aufgrund der BV oder der EMRK zustehen

Zulässig sind Rügen, die formeller Natur sind und die von der Prüfung der Sache selber getrennt werden können. Nicht zu hören sind Rügen, die im Ergebnis auf eine materielle Überprüfung des angefochtenen Entscheids abzielen [BGE 133 I 185, 136 IV 29] wie etwa die Behauptung, die Begründung des angefochtenen Entscheids sei unvollständig oder zu wenig differenziert ausgefallen oder die Vorinstanz hätte sich nicht mit sämtlichen von der Partei vorgetragenen Argumenten auseinandergesetzt oder die Parteivorbringen willkürlich gewürdigt. Ebenso wenig ist der Vorwurf zu hören, der Sachverhalt sei unvollständig oder sonstwie willkürlich ermittelt worden. Unzulässig ist auch die Rüge, Beweisanträge seien wegen Unerheblichkeit oder in antizipierter Beweiswürdigung willkürlich abgelehnt worden [Urteil 6B_724/2009 vom 23. November 2009]

Analog zu den anderen Fällen, in denen bisherige Bestimmungen (aBStP/aOG) in das BGG übergeführt worden sind, ist auch bei der Privatklägerschaft gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 BGG (vgl. Art. 270 lit. g aBStP) die bisherige Praxis (BGE 128 IV 39) weitergeführt worden

Massgebend ist, ob der öffentliche Ankläger nach dem kantonalen Prozessrecht befugt und zuständig ist, darüber zu entscheiden, ob Anklage erhoben wird oder nicht. Nur wenn diese Entscheidung allein dem Privatstrafkläger zusteht, hat dieser selber und ohne Beteiligung des öffentlichen Anklägers die Anklage geführt [Urteil 6B_794/2009 vom 8. Januar 2010]

Hier ist zu erwähnen ist, dass mit Inkrafttreten der eidg. StPO per 01.01.2011 die Beschwerdelegitimation der Privatklägerschaft im BGG an das neue Prozessrecht, konkret an Art. 382 Abs. 2 StPO, angepasst worden ist. Wer sich rechtsgültig als Privatklä-

ger konstituiert hat, ist ab 2011 (bis auf den Strafpunkt) generell beschwerdelegitimiert. Damit hat sich der Kreis der Beschwerdelegitimierten gegenüber vorher jedenfalls theoretisch klar vergrössert; ob dies auch in der Praxis zu mehr Beschwerden und damit zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichts führt, wird sich weisen. Klar ist, dass auch die Beschwerdelegitimation des Privatklägers davon abhängt, ob sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung der Zivilansprüche auswirkt.

Au 1er janvier 2011, le champ d'application de cette disposition, visant auparavant uniquement la victime, a été étendu à la partie plaignante. La condition que la décision attaquée puisse avoir des effets sur le jugement des prétentions civiles a toutefois été maintenue. La jurisprudence rendue sous l'ancien droit concernant cette exigence garde donc toute sa portée

Urteil 1B_119/2011 du 20 avril 2011]

Ebenfalls keine Änderungen sind bei der Behördenbeschwerde gemäss Art. 81 Abs. 3 BGG zu verzeichnen d.h. legitimiert sind weiterhin einzig die im Gesetz genannten Behörden.

Zur Erhebung einer Behördenbeschwerde zur Wahrung öffentlicher Interessen ist nur legitimiert, wem diese Befugnis von Art. 81 Abs. 3 BGG ausdrücklich zuerkannt wird..... Art. 81 Abs. 3 BGG.....übernimmt die Regelung von Art. 103 lit. b OG, wonach das Beschwerderecht auch der Bundeskanzlei, den Departementen des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, den ihnen unterstellten Dienststellen zusteht, wenn der angefochtene Entscheid die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. [

BGE 133 IV 121

Mit dem BGG ist neu eine Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft eingeführt worden. Nach früherem Verfahrensrecht konnte sie das (subsidiäre) Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 84 Abs. 1 lit. a aOG) nicht ergreifen (BGE 124 IV 106). Jetzt ist die Legitimation der Anklagebehörde umfassend und gegenüber anderen Legitimierten nicht eingeschränkt.

Wer zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert ist, kann grundsätzlich jede Rechtsverletzung geltend machen, die bei der Anwendung von materiellem Strafrecht oder Strafprozessrecht begangen wird, mithin auch eine Verletzung von Bundesverfas-

sungsrecht als Teil des Bundesrechts (E. 1.1.3). Für die Staatsanwaltschaft gilt das gleichermassen wie für die anderen beschwerdeführenden Parteien. Es entspricht somit der klaren Absicht des Gesetzgebers, dass Verfassungsprügen des Staatsanwaltes nicht mehr von der Hand gewiesen werden können mit der Begründung, diese stünden nur Privaten als Träger verfassungsmässiger Rechte zu. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Gleichstellung der Staatsanwaltschaft mit den übrigen Prozessparteien des Strafprozesses auch in der Sache gerechtfertigt erscheint. Im kontradiktorischen Hauptverfahren kommen die Standpunkte des Anklägers und der Verteidigung voll zur Geltung, was Gewähr für eine umfassende Darstellung des Prozessstoffes bietet Das frühere Rechtsmittelsystem war auch insofern unbefriedigend, als nur das Opfer rügen konnte, die Vorinstanz habe die Tragweite des in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten strafprozessualen Grundsatzes "in dubio pro reo" zu Gunsten des Angeklagten verkannt, während die Staatsanwaltschaft von der Rügemöglichkeit ausgeschlossen war. Dies war nur mit den Besonderheiten der staatsrechtlichen Beschwerde zu erklären und stand im Widerspruch dazu, dass der Strafanspruch ausschliesslich dem Staat zukommt. Unter der neuen Verfahrensordnung lässt sich das prozessuale Ungleichgewicht nicht mehr aufrechterhalten..... Als oberste Anklagebehörde muss sie jederzeit über ihre Aufsichts- und Weisungsbefugnisse jedes Rechtsmittelverfahren beeinflussen können

BGE 134 IV 36]

Zusammenfassung

Die Legitimation zur Beschwerde in Strafsachen entspricht grundsätzlich jener unter altem Recht. Die geschädigte Person ist weiterhin nicht beschwerdeberechtigt, ausser sie sei Privatkläger oder Opfer (im Sinne des OHG). Neu ist hingegen eine umfassende Beschwerdelegitimation der Anklagebehörde; diese kann als vollwertige Partei auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen.

- Ad Kognitionen

inbezug auf Sachverhaltsfeststellungen

Mit der NB konnte nur gerügt werden, die angefochtene Entscheidung verletze eidgenössisches Recht²⁰⁶ (Art. 269 Abs. 1 aBStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheids richteten, sowie das Vorbringen neuer Tatsachen waren unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b aBStP). Wollte man Sachverhaltsfeststellungen rügen, war dies nur mit der in Art. 269 Abs. 2 aBStP ausdrücklich vorbehaltenen STABE wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich wegen willkürlicher Beweiswürdigung, möglich. Eine direkte Verletzung der EMRK war mit STABE geltend zu machen (BGE 112 IV 138), eine indirekte Verletzung war im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen (BGE 114 Ia 377).

Der Grundsatz der Bindung an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gilt auch im BGG (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Nach Art. 105 Abs. 2 besteht die Möglichkeit der Berichtigung offensichtlich unrichtiger Feststellungen des Sachverhaltes oder wenn dieser auf einer Rechtsverletzung i.S. von Art. 95 BGG beruht. BGG Art. 105 Abs. 2 entspricht weitgehend dem früheren Art. 105 aOG. Betreffend offenkundig auf Versehen beruhenden Sachverhaltsfeststellungen gilt weiterhin die Praxis von Art. 277bis Abs. 1 Satz 3 aBStP (BGE 121 IV 104), im übrigen gilt (wie unter altem Recht bei der STABE; Art. 90 Abs. 1 lit. b aOG) aber das Rügeprinzip. Die blosser Behauptung eines von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalts ist also nicht ausreichend.

Vielmehr ist in der Beschwerdeschriftdarzulegen, inwiefern diese Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sind. Andernfalls können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (vgl. BGE 130 III 136 E. 1.4 S. 140).

BGE 133 II 249

²⁰⁶ für die Rüge auf betreffend Anwendung des materiellen oder formellen Strafrechts eines Kantons oder des ausländischen Rechts stand die NB nicht zur Verfügung und musste allenfalls mit STABE angefochten werden (BGE 112 IV 138)

Nicht mehr explizit geregelt ist, was bei unvollständiger Sachverhaltsfeststellungen durch die Vorinstanz (die eine Nachprüfung der Gesetzesanwendung nicht mehr zulässt) zu geschehen hat. Auch hier hat die Praxis entschieden, wie unter altem Recht fortzufahren.

Ist ein Sachverhalt lückenhaft, leidet die Entscheidung mit anderen Worten an derartigen Mängeln, dass die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden kann (vgl. Art. 277 BStP), so ist das angefochtene Urteil auch unter neuem Recht aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Tatsachenfeststellung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG). Gemäss der Botschaft verletzt die Vorinstanz materielles Bundesrecht, wenn sie nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt, die zu seiner Anwendung nötig sind (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 S. 4338). Eine Verurteilung ohne die tatbestandsnotwendigen tatsächlichen Grundlagen ist somit bundesrechtswidrig. Eine Aufhebung wegen mangelhafter Tatsachenfeststellungen kann weiterhin ohne Einvernahme der Gegenpartei erfolgen (vgl. Art. 277 aBStP "ohne Mitteilung der Beschwerdeschrift"), da bei der Rückweisung zur Sachverhaltsergänzung der Entscheid in der Sache nicht präjudiziert wird.

BGE 133 IV 293

Schliesslich gilt auch unter dem BGG, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden dürfen, als erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gab (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Aus der Beschränkung der bundesgerichtlichen Sachverhaltsprüfung auf offensichtlich falsche bzw. willkürliche Feststellungen, wie sie regelmässig bereits in gleicher Weise für die altrechtliche Verwaltungsgerichtsbeschwerde galt (soweit eine richterliche Behörde als Vorinstanz tätig war, Art. 105 Abs. 2 OG), hat das Bundesgericht in konstanter Praxis auch für dieses Rechtsmittel abgeleitet, dass echte tatsächliche Noven, das heisst solche Tatsachen, die erst nach dem Ergehen des angefochtenen Entscheids aufgetreten sind, unzulässig sind (BGE 130 II 493 E. 2; BGE 128 II 145 E. 1.2.1, je mit Hinweisen). Daran wollte der Gesetzgeber für das neurechtliche Beschwerdeverfahren ausdrücklich festhalten.

BGE 133 IV 342

inbezug auf die Rechtsanwendung (in Berücksichtigung des Rügeprinzips)

Die Kognition ergab sich nach altem Recht aus der Rüge d.h. aufgrund der Anträge und deren Begründung in der Beschwerdeschrift; das verlangte für die NB Art. 273 Abs. 1 lit. a aBStP; und gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b aOG musste in der STABE darge-
tan werden.....

*welche verfassungsmässigen Rechte und inwiefern sie durch den angefochtenen Ent-
scheid verletzt worden sind. Da das Bundesgericht nur klar und einlässlich erhobene
Rügen prüft und das Recht nicht von Amtes wegen anwendet genügt rein
appellatorisch[e Kritik] den gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer
staatsrechtlichen Beschwerde nicht Art. 90 Abs. 1 lit. b OG;*

BGE 127 I 38

Gemäss BGG wendet das BG das Recht von Amtes wegen an (iura novit curia; Art. 106 Abs. 1 BGG), sofern es nicht um die Verletzung von Grundrechten, kantonalem und interkantonalem Recht geht (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auch im Normalfall (gemäss Art. 106 Abs. 1 BGG) gilt aber gestützt auf Art. 42 Abs. 2 BGG eine Antrags- und Begrün-
dungspflicht. Das BG prüft also grundsätzlich weiterhin nur die geltend gemachten
Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind.

*Art. 42 Abs. 2 BGGsetzt voraus, dass sich der Beschwerdeführer wenigstens
kurz mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt. Genügt die
Beschwerdeschrift diesen Begründungsanforderungen nicht, so ist darauf nicht einzu-
treten, bei offensichtlichen Begründungsmängeln im vereinfachten Verfahren gemäss
Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG. Zwar wendet das Bundesgericht das Recht grundsätzlich
von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); dies setzt aber voraus, dass auf die Be-
schwerde überhaupt eingetreten werden kann, diese also wenigstens die minimalen
Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG erfüllt.*

BGE 134 II 244

Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht, also Art. 106 Abs. 2 BGG zur Anwen-
dung kommt. Auch diesbezüglich ändert also im Ergebnis nichts gegenüber der Regel
bei der STABE

Strengere Anforderungen gelten, wenn die Verletzung von Grundrechten (einschliesslich der willkürlichen Anwendung von kantonalem Recht und Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255) geltend gemacht wird. Dies prüft das Bundesgericht nicht von Amtes wegen, sondern nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Für derartige Rügen gelten die gleichen Begründungsanforderungen, wie sie gestützt auf Art. 90 Abs. 1 lit. b OG für die staatsrechtliche Beschwerde gegolten haben Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein. Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 mit Hinweisen)

BGE 134 II 244

Schliesslich gilt unter dem BGG auch unverändert die bisherige Praxis, dass dort, wo ein angefochtener Entscheid auf mehreren selbständigen Begründungen beruht, jede einzeln gerügt werden muss.

Sous l'empire de l'ancienne loi d'organisation judiciaire (OJ [RO 3 p. 521]), la jurisprudence exigeait généralement que lorsque la décision attaquée comportait plusieurs motivations indépendantes et suffisantes pour sceller le sort de la cause, il appartenait au recourant, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer que chacune d'entre elles était contraire au droit (.....). Il faut interpréter l'art. 42 al. 2 LTF en ce sens que dorénavant, cette disposition impose également l'obligation de développer, dans l'acte de recours, des griefs à l'encontre de chacune des motivations de la décision attaquée. Cette interprétation, reprenant à propos de cette exigence formelle le régime de l'ancienne loi de procédure, correspond du reste à la volonté du législateur

BGE 133 IV 119

Endlich müssen unter neuem Recht d.h. nach Art. 42 Abs. 1 BGG, wie zuvor bei der STABE (bspw. BGE 109 Ia 306), die Begehren in der Beschwerdeschrift selbst begründet werden; dazu einfach auf die Akten bzw. auf frühere Ausführungen zu verweisen genügt nicht.

Nach Art. 42 Abs. 1 BGG hat die Beschwerde u.a. die Begehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel zu enthalte. Diesen Anforderungen genügt der Beschwerdeführer insoweit nicht, als er zur Begründung auf die Ausführungen vor der Vorinstanz verweist und diese zum integrierten Bestandteil seiner Beschwerde erklärt. Insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden

BGE 133 IV 341

Zusammenfassung

Die Einheitsbeschwerde erlaubt zwar alle Rügen in der gleichen Beschwerde vorzubringen, doch müssen sich die Beschwerdeschriften wie vorher unter aBStP/aOG zur Frage der Zulässigkeit äussern und die geltend gemachten Rechtsverletzungen nennen. Obschon das BG nicht an die Beschwerdebegründung gebunden ist, prüft es den Entscheid nur im Rahmen der geltend gemachten Rügen, d.h. dass letztlich Anträge und Begründung bestimmen, was das BG überprüft. Damit sind, soweit es um Verletzung von Bundesrecht und internationalem Recht geht, die Rügeanforderungen (und entsprechend die Rechtsanwendungskognition) praktisch gleich wie jene der früheren NB, und soweit es um Verletzung verfassungsmässiger Rechte oder kantonalen und interkantonalen Rechts geht, praktisch gleich wie jene der früheren STABE.

der Spezialfall von Art. 84 BGG

Ursprünglich sollte mit der Umstellung auf die Einheitsbeschwerde – zur Entlastung des BG – das Sachgebiet der internationalen Rechtshilfe in Straf- und Administrativsachen letztinstanzlich bei der ersten Bundesgerichtsebene belassen werden und vom Beschwerdeweg ans BG gänzlich ausgeschlossen bleiben. Auf Intervention des BG²⁰⁷ wurde schliesslich die Möglichkeit offen gelassen bzw. geschaffen, besonders wichtige Rechtshilfefälle doch noch dem BG zur Beurteilung unterbreiten zu können. Entsprechend ist Art. 84 BGG konzipiert. Um den Zugang zum Bundesgericht im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (weiterhin) wirksam zu beschränken (BGE 133 IV 131), überlässt Art. 84 BGG dem BG, ob es in bestimmten (in Art. 84 Abs. 1 BGG

²⁰⁷ Stellungnahme des Bundesgerichts vom 23. Februar 2001 zur Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (im Anhang zur Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege; BBl 2001 4202).

genannte) Fällen auf Beschwerden eintreten will oder nicht. Auch bei der Auslieferung sieht das BG nur ausnahmsweise einen „besonders bedeutender Fall“ (BGE 134 IV 161).

Le but de l'art. 84 LTF n'est pas d'assurer systématiquement un double degré de juridiction, mais de limiter fortement l'accès au Tribunal fédéral dans les domaines de l'entraide judiciaire et de l'extradition, en ne permettant de recourir que dans un nombre limité de cas jugés particulièrement importants (.....). Selon l'art. 42 al. 2 LTF, c'est au recourant qu'il appartient de démontrer que les conditions de l'art. 84 LTF sont satisfaites, faute de quoi le recours est considéré comme insuffisamment motivé

BGE 133 IV 125

Es liegt auf der Hand, dass dieser grundlegende Wechsel des Rechtsmittelsystem im Bereich der Strafrechthilfe – das frühere Recht erlaubte grundsätzlich noch gegen alle erstinstanzlichen Rechtshilfeanordnungen des Bundes und letztinstanzliche der Kantone die VGB – einen direkten Vergleich der Zahlen der früheren mit jenen der neuen Beschwerden (in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) nicht mehr erlaubt; insbesondere sind nahe liegend die Nichteintretensquoten des früheren²⁰⁸ mit jenen nach neuem Recht, das faktisch für Beschwerden ein Annahmeverfahren eingeführt hat, nicht mehr vergleichbar. Nur wenn das BG elementare Verfahrensgrundsätze verletzt sieht oder schwere Mängel im ausländischen Verfahren, eine rechtliche Grundsatzfrage (BGE 133 IV 215) oder eine Abweichung der Vorinstanz von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 136 IV 16) erkennt, bejaht es den „besonders bedeutender Fall“ im Sinne von Art. 84 BGG. Im Jahr 2009 ist das BG auf 23 von 28 Beschwerden (82%) nicht eingetreten, 3 wurden abgewiesen und nur 2 wurden gutgeheissen; im 2010 sind von 40 Beschwerden 34 mit Nichteintreten erledigt worden (85%)²⁰⁹. Das BG muss übrigens – selbst wenn offensichtlich kein „besonders bedeutender Fall“ vorliegt – in Dreierbesetzung über Nichteintreten entscheiden, wenn nicht schon vorweg auf-

²⁰⁸ Der Geschäftsbericht für 2006 S. 25 weist total 125 erledigt Geschäfte (Auslieferung und Rechthilfe) aus. Der Geschäftsbericht für 2009 S. 28 erwähnt 47 Geschäfte. Die Art der Erledigung ist aus den Geschäftsberichten nicht ersichtlch.

²⁰⁹ www.bj.admin.ch EJP, Internationale Rechtshilfe

grund eines allgemeinen Unzulässigkeitsgrundes gemäss Art. 108 Abs. 1 lit. a-c BGG im einzelrichterlichen Verfahren (Art. 109 Abs. 1 BGG) Nichteintreten verfügt wird (BGE 133 IV 125).

4. Zusammenfassung der Erkenntnisse

Der aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis vorgenommene Vergleich der Auslegung der Rechtsmittelbestimmungen vor und nach Inkrafttreten des BGG hat für den Strafbereich, bezogen auf die Kognition und das Eintreten auf Beschwerden, ausser bei der internationalen Rechtshilfe, keine erkennbaren Veränderungen ergeben.

Die gleiche Erkenntnis vermittelt ein Vergleich der Nichteintretensquoten, soweit diese aus den Geschäftsberichten des BG unter altem Recht und nach BGG hervorgehen. Nichteintreten kann unterschiedliche Gründe haben, auch solche, die in keinem Zusammenhang mit Rügeanforderungen bzw. Kognitionsfragen stehen, bspw. eine verspätete Einreichung der Beschwerde. Solche Nichteintretensfälle dürften sich aber innerhalb der Jahre kaum signifikant verändern. Darum erscheinen Nichteintretensstatistiken zumindest taugliche Indikatoren im Hinblick auf die Fragestellung A02. Anders gesagt: Wesentliche Veränderungen der Nichteintretensquoten weisen auf Veränderungen der Eintretensanforderungen hin. Eine restriktivere Ausübung der Kognition müsste also auch zu einer Erhöhung der Anzahl der Nichteintretensentscheide führen um umgekehrt.

Die nachfolgende Tabelle enthält Nichteintretenszahlen auf Rechtsmittel, soweit solche verfügbar sind, vor und nach Anwendung des BGG. Die zum Vergleich gewählten Jahre 2006 und 2009 entsprechen jenen, die bei der Fragestellung A01 vorgegeben worden sind.

	2006 ²¹⁰	2009 ²¹¹
Total erledigte Fälle	5113 ²¹²	7242
davon mit Nichteintreten	1487	2336
Nichteintreten in %	29 %	32,2 %

	2006	2009
Erledigte NB	582	
davon mit Nichteintreten	166	
Nichteintreten in %	28,5 %	
Erledigte STABE ²¹³	2238	
davon mit Nichteintreten	802	
Nichteintreten in %	35,8 %	

Erledigte NB und STABE	2820	
Davon mit Nichteintreten	986	
Nichteintreten in %	34,3 %	

Erledigte Beschwerden in Strafsachen		1471
Davon mit Nichteintreten		505
Nichteintreten in %		34,3

5. Antwort zu Fragestellung A02

Aus den Urteilen des Bundesgerichts lässt sich Im Strafbereich keine Veränderung in der Ausübung der Kognition vor und nach Inkrafttreten des BGG feststellen.

30.06.2011 rev. 18.07.2011 / Ri *

²¹⁰ Geschäftsbericht des BG für das Jahr 2006 S. 17

²¹¹ Geschäftsbericht des BG für das Jahr 2009 S. 18

²¹² ohne die Geschäfte des im 2006 noch nicht im BG integrierten eidgenössischen Versicherungsgerichts

²¹³ der Geschäftsbericht enthält die Erledigungszahlen nur für alle STABE zusammen und nicht aufgeteilt nach Rechtsgebiet

Fragestellung A03 – Strafrecht

1. Grundlagen

Fragestellung A03: Sind Unterschiede zur früheren Auslegung der Begriffe „Endentscheid“ und „Zwischenentscheid“ festzustellen?

2. Vorgehen

Um allfällige Unterschiede in der Auslegung der Begriffe „Endentscheid“ und „Vor- bzw. Zwischenentscheid“ zu ermitteln, werden die entsprechenden Rechtsmittelbestimmungen des alten (aOG²¹⁴, aBStP²¹⁵) und neuen Rechts (BGG) einander in ihrer Anwendung d.h. in der bundesgerichtlichen Praxis gegenüber gestellt. Dies geschieht aufgrund von ausgewählten BGE. Entsprechend der Fragestellung von A03 liegt dabei der Fokus nicht (wie bei Fragestellung A01) auf der Struktur und der inhaltlichen Nachvollziehbarkeit der einzelnen BGE, sondern auf der im jeweiligen BEG zum Ausdruck kommenden Auslegung bzw. Anwendung der Begriffe „Endentscheid“ oder „Vor- bzw. Zwischenentscheid“. Die Gegenüberstellungen erfolgt zunächst aufgeteilt auf die Unterscheidung End- und Zwischenentscheid²¹⁶ und anschliessend aufgeteilt auf die Unterscheidung Vor- bzw. Zwischenentscheiden über die Zuständigkeit und den Ausstand und andere Vor- bzw. Zwischenentscheiden. Bei letzteren wird dann noch unterschieden nach den Voraussetzungen „nicht wieder gutzumachender Nachteil“ und „sofort möglicher, verfahrensökonomischer Endentscheid“. Schliesslich wird noch kurz auf die Formalien der Beschwerdebegründung sowie auf Besonderheiten bei der Anfechtung von Entscheiden der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts²¹⁷ und im Bereich der internationalen Rechtshilfe eingegangen.

3. Gegenüberstellung und Erkenntnisse im einzelnen Rechtslage vor Inkrafttreten des BGG

²¹⁴ BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (aOG) vom 16. Dezember 1943; Fassung vor Inkrafttreten des BGG

²¹⁵ BG über die Bundesstrafrechtspflege (aBStP) vom 15. Juni 1934; Fassung vor Inkrafttreten des BGG

²¹⁶ Der Teilentscheid (Art. 91 BGG) hat im Strafbereich keine Bedeutung

²¹⁷ nachfolgend BuStrGer

Vor 2007 waren die Rechtsmittel Im Strafbereich die strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde²¹⁸ gemäss Art. 268 ff aBStP (wegen Verletzung von Bundesrecht), die staatsrechtliche Beschwerde²¹⁹ gemäss Art. 84 ff aOG (wegen Verletzung von Verfassungsrecht) und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde²²⁰ gemäss Art. 97 ff aOG (spezifisch zur Anfechtung von Entscheiden des Straf- und Massnahmenvollzugs und im Bereich der Rechtshilfe). Diese Rechtsmittel sind durch die Beschwerde in Strafsachen, in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgelöst worden. Anfechtungsobjekt nach neuem Recht d.h. Entscheide in Strafsachen im Sinne von Art. 78 bis 80, 84 bzw. Art. 90 bis 94 BGG sind Entscheide, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zu Grund liegt (Botschaft zum BGG, BBL 2001, S. 4313). Die Ablösung erfolgte im Sinne einer Vereinheitlichung (Einheitsbeschwerde) und nicht einer konzeptionellen Neuordnung der bundesrechtlichen Rechtsmittel im Strafbereich²²¹. Das heisst, dass im Grundsatz auch die unter bisherigem Recht von Lehre und Praxis entwickelten Regeln nicht obsolet geworden sind (N. Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Dike ZH 2009, N. 1629). Einzig die Rechtsmittelordnung im Bereich der internationalen Strafrechtshilfe hat eine umfassende Veränderung erfahren.

- **Ad Unterscheidung End- und Zwischenentscheid**

Die NB war zulässig gegen Urteile, die nicht mehr durch ein kantonales Rechtsmittel wegen Verletzung eidgenössischen Rechts angefochten werden konnten (Art. 268 Ziff. 1 aBStP). Ebenfalls die STABE setzte die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges voraus (Art. 86 Abs. 1 aOG), und (kantonale) Letztinstanzlichkeit war auch die Voraussetzung für die VGB (Art. 98a OG). Weder die aBStP noch das aOG definierten den Begriff letztinstanzlich bzw. „Endentscheid“ näher. Er wurde aber entsprechend dem in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege allgemein verwendeten Begriff eines das Verfahren abschliessenden Entscheides verstanden.

²¹⁸ nachfolgend NB

²¹⁹ nachfolgend STABE

²²⁰ nachfolgend VGB

²²¹ neu ist, dass der anzufechtende Entscheid von einer (oberen) *gerichtlichen* Vorinstanz ausgehen muss (Art. 78 Abs. 2 lit. b i.V. mit Art. 80 BGG)

Nicht zu erörtern ist hier die Unterscheidung zwischen Endentscheid und Teilentscheid, der das Verfahren nur inbezug auf eines oder einige von mehreren Rechtsbehörden abschliesst. Denn Teilentscheide in diesem Sinne sind dem Strafbereich fremd. Weder der Schuldspruch im Rahmen eines Schuldinterlokuts, wie ihn einzelne kantonale Prozessordnungen bis Ende 2010 gekannt hatten und wie er gemäss Art. 342 StPO im Berufungsverfahren möglich ist, stellt einen Teilentscheid dar noch das Urteil gemäss Art. 126 Abs. 4 StPO; in beiden Fällen liegt erst nach Durchführung des Folgeverfahrens (Beurteilung des Sanktionspunktes bzw. der Schadenersatzansprüchen des Opfers) ein anfechtbarer (End)Entscheid²²² vor.

- **Ad Ausnahmen von der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges**

Ausnahmen vom Grundsatz der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges gab es bereits vor 2007. Die entsprechenden Möglichkeiten der Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheide waren bei der STABE im Gesetz vorgesehen (Art. 87 aOG) und bei der NB ergaben sie sich gestützt eine Jahrzehnte alte, bundesgerichtliche Praxis. Gemäss dieser Praxis trat das Bundesgericht²²³ immer dann auf NB gegen nicht verfahrensabschliessende Entscheide ein, wenn diese den Endentscheid in bundesrechtlicher Hinsicht präjudizierten.

Nach der Rechtsprechung ist unter einem Urteil im Sinne von Art. 268 Ziff. 1 BStP nicht nur ein Endurteil zu verstehen, sondern auch Vor- und Zwischenentscheide, wenn damit eine für den Ausgang der Sache präjudizielle Frage des Bundesrechts endgültig entschieden wird und darauf später nicht mehr zurückgekommen werden kann (BGE 128 IV 34 E. 1a; 111 IV 189 E. 2, mit Hinweisen). Entsprechend wurde die Zulässigkeit des Weiterzugs von kantonalen letztinstanzlichen Vor- und Zwischenentscheiden an das Bundesgericht davon abhängig gemacht, dass die kantonalen Behörden eine Frage des Bundesrechts von grundlegender Bedeutung verbindlich und endgültig entschieden haben.... Das Kantonsgericht hat vorliegend in Form eines Zwischenentscheides (vorfraglich) darüber befunden, ob die Strafbeklagten zum Entlastungsbeweis nach Art. 173 Ziff. 3 StGB zuzulassen sind. Damit hat es über eine für den Ausgang

²²² Der Entscheid gemäss Art. 126 Abs. 4 StPO könnte aber ein Anwendungsfall für eine Beschwerde gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG

²²³ nachfolgend BG

der Sache präjudizierende Frage des Bundesrechts endgültig entschieden, nämlich das Recht der Angeklagten, sich vom Vorwurf der Ehrverletzung zu exkulpieren. Dass der vorliegende Zwischenentscheid über eine eidgenössische Präjudizialfrage das Verfahren nicht abschliesst, ändert nach dem Gesagten an der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde nichts. (Urteil 6S.493/2006 Urteil vom 28. Dezember 2006)

Diese Praxis wurde folgerichtig auch auf Rückweisungsentscheide kantonaler Rechtsmittelinstanzen angewandt, wenn darin eine für den Ausgang der Sache präjudizielle Frage des Bundesrechts für die Vorinstanz verbindlich und damit endgültig entschieden worden war (BGE 133 I 33).

Bei der STABE sah das Gesetz zwei Konstellationen vor, in denen Vor- und Zwischenentscheide angefochten werden konnten. Voraussetzung war, wie bei NB gegen präjudizielle, das Verfahren nicht abschliessende Entscheide, die selbständig Eröffnung dieser Entscheide. Denn mit einer formlosen Eröffnung ohne Beachtung minimaler Formalien, die einen Entscheid überhaupt erst in erkennbarer Weise als für das weitere Verfahren verbindlich machen, kann eine vorentscheidende Wirkung gar nicht eintreten, weshalb sich nahe liegend auch ein Rechtsmittel erübrigt, um sie zu verhindern. Nur schriftliche und (als fundamentale Rechtsmittelvoraussetzung) wenigstens summarisch begründete Zwischenentscheide konnten vor Verfahrensabschluss Gegenstand einer Beschwerde sein²²⁴. Die eine dieser beiden Konstellation betraf Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren. Art. 87 Abs. 1 aOG erlaubte die STABE gegen solche Entscheide und knüpfte gleichzeitig die Verwirkungsfolge an deren Verzicht an. Die zweite Möglichkeit, Vor- und Zwischenentscheide anzufechten, war in Art. 87 Abs. 2 aOG vorgesehen. Diese Bestimmung erlaubte die STABE gegen andere (als solche nach Abs. 1) selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide, sofern diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken konnten. Diesbezügliche Entscheide konnten allerdings auch noch später zusammen mit Hauptsache angefochten werden (Art. 87 Abs. 3 aOG). Der Nachteil musste rechtlicher Natur sein, was gemäss Rechtsprechung voraussetzte, dass er durch

²²⁴ Diese Feststellung gilt auch für das neue Recht, das die Anfechtung von Nicht-Endentscheiden ebenfalls von der „selbständigen Eröffnung“ abhängig macht (Art. 92 f BGG)

ein späteres Urteil bzw. das Endurteil nicht rückgängig gemacht werden konnte (BGE 115 Ia 319, 126 I 207, 127 I 92, 131 I 57).

Neben diesen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen von STABE gegen Nicht-Endentscheide gab es noch eine dritte Möglichkeit zur STABE gegen Vor- und Zwischenentscheide. Diese war von der Rechtsprechung geschaffen worden, indem das BG (analog zu Art. 50 aOG) auch auf STABE gegen Vor- und Zwischenentscheide eintrat, die zwar keinen nicht wieder gutzumachenden Schaden i.S. von Art. 87 Abs. 2 aOG zur Folge hatten, bei denen aber mit dem Eintreten auf die STABE ein sofortiger Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden konnte.

Indessen gilt diese Beschränkung (auf die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils) nach der Rechtsprechung nicht für alle Entscheide, die im Verlaufe eines Verfahrens ergehen und die äusserlich als Zwischenentscheide zu betrachten sind. Als Ausnahmen werden nach der Praxis Entscheide über gerichtsorganisatorische Fragen betrachtet, die ihrer Natur nach endgültig zu erledigen sind, bevor das Verfahren weitergeführt werden kann (BGE 106 Ia 233 E. 3a; BGE 94 I 201, je mit Hinweisen). Die direkte Anfechtbarkeit wird zum einen aus Gründen der Prozessökonomie und Zweckmässigkeit und zum andern wegen des wohlverstandenen Interesses der Gegenpartei, dass der Beschwerdeführer sofort handle und nicht den Endentscheid abwarte, begründet (BGE 94 I 201).

BGE 115 Ia 311)

Rechtslage unter BGG und Änderungen gegenüber aBStP/aOG

- Ad Unterscheidung End- und Zwischenentscheid

Neu steht der Grundsatz im Gesetz (Art. 90 BGG), dass die Strafrechtsbeschwerde nur gegen Endentscheide zulässig ist. Wie bereits ausgeführt, galt dieser Grundsatz schon unter altem Recht. Demnach lässt sich für den Strafbereich vorweg feststellen, dass der „Endentscheid“ als das grundsätzliche Beschwerdeobjekt unverändert geblieben ist; und weil sich Vor- und Zwischenentscheide logisch als Nicht-Endentscheide definieren, hat sich auch bezüglich des Verständnisses dieser Begriffe nichts geändert.

- Ad Ausnahmen von der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges

Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren

Das BGG bestimmt zunächst in Art. 92 f. Ausnahmen vom Grundsatz, dass nur verfahrensabschliessende Entscheide angefochten werden können. Neben der Voraussetzung der selbständigen Eröffnung sind weitere Parallelen zum früheren Recht augenfällig. Die Möglichkeit der Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren mit Verwirkungsfolge bei Unterlassung der Anfechtung (Art. 92 Abs. 1 und 2 BGG) entspricht offensichtlich genau der Regelung von Art. 87 Abs. 1 aOG; und auch die Praxis ist entsprechend.

Le libellé de l'art. 92 LTF est pratiquement identique à celui des art. 87 al. 1 OJ (recours de droit public) et 49 OJ (recours en réforme). S'agissant du pourvoi en nullité (art. 268 PPF), il n'était en principe lui aussi ouvert que contre des jugements sur le fond ou contre des décisions incidentes traitant de manière définitive une question préjudicielle (ATF 128 IV 34 consid. 1a p. 35). Le législateur n'a ainsi pas voulu s'écarter sur ce point de la pratique antérieure, tout en l'unifiant pour l'ensemble des recours (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 p. 4131; arrêt 1B_22/ 2007 du 29 mai 2007).

BGE 133 IV 288

Vor- und Zwischenentscheid mit nicht wieder gutzumachendem Nachteil als Folge

Weiter bestimmt Art. 93 Abs. 1 lit. a i. V. mit Abs. 3 BGG, dass (immer unter der Voraussetzung der selbständigen Eröffnung) auch gegen andere Vor- und Zwischenentscheide Beschwerde geführt werden kann, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Bei Verzicht auf die Beschwerde droht hier keine Verwirkung des Anfechtungsrechts.

Die Parallele dieser Anfechtungsmöglichkeit zum alten Recht, konkret zu Art. 87 Abs. 2 und 3 aOG, ist wiederum evident. Und auch hier ist die Rechtsprechung dem praktisch unverändert gebliebenen Gesetz gefolgt. Die Anforderungen an den „nicht wieder gutzumachenden Nachteil“ sind unter dem BGG nicht anders als vorher. So verweist bspw. BGE 134 II 192 ausdrücklich auf die „schon“ altrechtliche Regelung von Art. 87 Abs. 2 OG). BGE 133 IV 139 stellt unter Hinweis auf die alten Praxis (BGE 131 I 57, 127 I 92) fest

Selon la jurisprudence relative à l'art. 87 al. 2 OJ, il doit s'agir d'un dommage de nature juridique, qui ne puisse pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant.

und – um ein weiteres Beispiel zu nennen – BGE 133 IV 288 verweist auf das altrechtliche Verfahren bzw. dessen Voraussetzung an den nicht wieder gutzumachenden Nachteil

S'agissant du pourvoi en nullité (art. 268 PPF), il n'était en principe lui aussi ouvert que contre des jugements sur le fond ou contre des décisions incidentes traitant de manière définitive une question préjudicielle (ATF 128 IV 34 consid. 1a p. 35). Le législateur n'a ainsi pas voulu s'écarter sur ce point de la pratique antérieure, tout en l'unifiant pour l'ensemble des recours ... Il en va ainsi lorsqu'une décision finale, même favorable au recourant, ne ferait pas disparaître entièrement ce préjudice, en particulier quand la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant ainsi impossible le contrôle constitutionnel par le Tribunal fédéral (ATF 127 I 92 consid. 1c p. 94).

Zusammengefasst gilt also weiterhin der Grundsatz, dass tatsächliche Beeinträchtigungen im Sinne von Verlängerungen oder Verteuerungen des Verfahrens keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen, weil dieser nicht rechtlicher Natur ist; insbesondere liegt darin, dass überhaupt ein Strafverfahren durchgeführt wird, kein solcher Nachteil.

Die Durchführung eines Strafverfahrens begründet keinen Nachteil rechtlicher Natur, der mit einem für den Angeschuldigten günstigen Entscheid nicht behoben werden könnte. Das Bundesgericht hat in BGE 133 IV 139 E. 4 seine jahrzehntealte, konstante Rechtsprechung (BGE 115 Ia 311 E. 2c; 98 Ia 239; 63 I 313 E. 2) ausdrücklich ins neue Recht überführt. Seither haben sich weder die Sach- noch die Rechtslage in einer Weise verändert, die zu einer erneuten Überprüfung dieser Praxis Anlass geben könnte.

Urteil 6B_782/2008 vom 12. Mai 2009

Erst wenn ein Nachteil auch mit einem günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden kann, ist der Nachteil rechtlicher Natur und erfüllt damit die für den „Nach-

teil“ erforderlichen Voraussetzung. Allerdings reicht es aus, wenn der Nachteil auch erst in einem anschliessenden bundesgerichtlichen Verfahren beseitigt werden kann. Auch dann würde immer noch ein Endentscheid vorliegen, der die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ausschliesst.

Ebenfalls prozessleitende Verfügungen, also insbesondere Entscheide über Beweisanträge bzw. die Ablehnung, bestimmte Beweise zu erheben, bleiben grundsätzlich von einer Beschwerde ausgeschlossen. Ausnahmen werden weiterhin möglich sein, wenn es im Zusammenhang mit entscheidungsrelevanten Sachverhaltsfragen um Beweismassnahmen geht, die später nicht mehr nachgeholt werden können (vgl. Urteil 1B_34/2010 vom 9. Februar 2010 entsprechend alter Praxis, Urteil 4P.117/1998 vom 26. Oktober 1998).

Schliesslich definiert sich auch inbezug auf die Verteidigungsrechten der nicht wieder gutzumachende Nachteil unter dem BGG nicht anders als vorher. Entscheidendes Kriterium war bzw. bleibt, dass eine wirksame und ausreichende Verteidigung gewährleistet ist. Solange dies der Fall ist, liegt kein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor. So ist bspw. die Bestimmung oder Belassung eines nicht dem Wunsch des Beschuldigten entsprechenden Officialverteidigers kein anfechtbarer Zwischenentscheid, während die verunmöglichte Interessenvertretung durch einen gewünschten Privatverteidiger zusätzlich zur Officialverteidigung eine solchen darstellt (BGE 135 I 261).

Vor- und Zwischenentscheide, deren Wegfall ein Verfahren sofort beenden und erhebliche Kosten einsparen können

Eine weitere Möglichkeit der Beschwerde gegen (selbständig eröffnete) Vor- und Zwischenentscheide ist in Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG unter der Voraussetzung vorgesehen, dass eine erfolgreiche Anfechtung zu einem sofortigen Endentscheid führen und damit auch ein bedeutender Verfahrensaufwand – d.h. Zeit und Kosten eines weitläufigen Beweisverfahrens – erspart werden könnte. Auch diese Bedingungen einer ausnahmsweise Anfechtung eines Nicht-Endentscheides sind nicht neu, sondern sie entsprechen, wie weiter oben ausgeführt, der bisherigen Praxis gestützt auf Art. 87 i.V. mit Art. 50 aOG, die mit der Rechtsvereinheitlichung in die Einheitsbeschwerde über-

nommen (Botschaft zum BGG, BBl 2001 S. 4333) und jetzt im BGG festgeschrieben worden ist. Wohl stammt diese Praxis aus dem Zivilbereich, doch das ihr zugrunde liegende Ziel der Prozessökonomie ist nahe liegend nicht nur im Zivilverfahren anzustreben. Auch im Strafprozess ist prozessökonomisches Vorgehen geboten. Allerdings verfügen die Parteien im Strafprozess meistens nicht über den Verfahrensgegenstand. Es gilt das Legalitätsprinzip, was der Anwendung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG enge Grenzen setzt.

Besteht ein hinreichender Tatverdacht und sind die Prozessvoraussetzungen gegeben, muss das Strafverfahren ungeachtet zu erwartender hoher Kosten durchgeführt werden. Zwar würde die Gutheissung einer Beschwerde gegen die Eröffnung eines Strafverfahrens dessen Durchführung unterbinden und damit Kosten sparen. Allerdings trägt die Kosten eines ungerechtfertigten Strafverfahrens ohnehin der Staat, nicht der unzulässigerweise in ein solches Verfahren einbezogene Angeschuldigte. Da für ihn selber durch die fehlerhafte Eröffnung eines Strafverfahrens gegen ihn somit keine Kosten anfallen, ist er nicht legitimiert, diese zwecks Kostenvermeidung im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG anzufechten. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Anfechtung weiterer Zwischenentscheide, die das Strafverfahren weiterführen, wie Überweisungs- und Anklagezulassungsbeschlüsse

Urteil 6B_782/2008 vom 12. Mai 2009

Es liegt auf der Hand, dass das Kostenargument in vom Legalitätsprinzip beherrschten Strafverfahren nur ausnahmsweise stichhaltig sein kann und die Praxis dementsprechend das Kostenarguments mit Zurückhaltung gewichtet.

Könnte der Angeschuldigte mit dem Argument der Kostenvermeidung alle diese Eröffnungs-, Überweisungs- und Anklagezulassungsbeschlüsse anfechten, hätte er es in der Hand, durch Anhäufung von Rechtsmitteln die Strafjustiz faktisch lahm zu legen oder sie zumindest in unhaltbarer Weise zu behindern. Das Bundesgericht hat daher wiederholt erkannt, Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG müsse bei Strafverfahren besonders restriktiv angewandt werden, um zu verhindern, dass solche Zwischenentscheide anfechtbar würden (.....). Dies gilt umso mehr, als die Kantone nach dem Ablauf der Übergangsfrist von Art. 130 Abs. 1 BGG verpflichtet wären, gegen diese Entscheide ein kantonales Rechtsmittel zu gewährleisten (Art. 80 Abs. 2 BGG), womit alle diese Zwischenentscheide einer zweistufigen Überprüfung zugänglich wären. Folgerichtig sind

nach der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 .. derartige Zwischenentscheide nicht anfechtbar

Urteil 6B_782/2008 vom 12. Mai 2009

Im BGE 133 IV 215 wurde die Anfechtung eines Zwischenentscheides gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG zugelassen. Das BG ist in einem Rechtshilfeverfahren auf eine Beschwerde gegen die Festsetzung einer Frist von einem Jahr zur Klärung der Rechtmässigkeit einer Beschlagnahme eingetreten; nachstehend auszugsweise die Begründung:

.... il apparaît que l'admission du recours pourrait conduire à une décision finale (par hypothèse de refus de l'entraide) et permettrait d'éviter une procédure longue et coûteuse: l'arrêt attaqué fixe un délai d'une année aux autorités allemandes pour présenter une demande d'entraide, après quoi l'autorité suisse devrait ouvrir une procédure interne tendant au prononcé d'une créance compensatrice. Il n'est pas souhaitable d'attendre la fin de ce processus pour se prononcer sur l'admissibilité des mesures provisoires ordonnées dans cette perspective. Il convient donc d'entrer en matière.

Die Bejahung der Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG im vorstehenden BGE ist übrigens in einem späteren Urteil ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet worden (Urteil 6B_200/2010 vom 29. April 2010). Dies bestätigt die ausgesprochene Zurückhaltung des BG wenn es um die Bejahung der Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG geht. Das BG sieht in dieser Bestimmung auch das Beschleunigungsgebot latent gefährdet (Urteil 6B_782/2008 vom 12. Mai 2009).

- **Ad Beschwerdebegründung und Rügeprinzip**

Inbezug auf Antrag, Beschwerdebegründung und das Rügeprinzip (vgl. Art. 42 BGG) wird ebenfalls die Praxis zum bisherigen Recht (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG) weitergeführt (BGE 133 II 249, 134 III 237).

Zum bisherigen Recht:

.... das Bundesgericht [prüft] nur Rügen, welche in der Beschwerdeschrift gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügend klar und deutlich vorgebracht werden (BGE 119 Ia 197 E. 1d). Erhebt ein Beschwerdeführer zu einem Punkt keine mit einer hinreichenden Begründung versehene Rüge, so werden allfällige Verfassungswidrigkeiten in diesem Bereich vom Bundesgericht im Regelfall nicht behoben...

BGE 122 I 168 S. 173

Zum neuen Recht :

De l'art. 42 al. 1 LTF, il ressort que l'acte de recours adressé au Tribunal fédéral doit indiquer, notamment, les conclusions de la partie recourante. Or, la réforme de l'organisation judiciaire n'avait pas pour but d'atténuer les exigences antérieures concernant les procédures de recours; en ce qui concerne la motivation des conclusions prises devant le Tribunal fédéral, ces exigences devaient au contraire être confirmées (Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4093). Il s'ensuit que les exigences antérieures concernant les conclusions elles-mêmes ont aussi été, implicitement, maintenues, et qu'en principe, elles peuvent donc être transposées dans l'application de l'art. 42 al. 1 LTF.

BGE 134 III 237

Es gilt also unverändert, dass die besonderen Eintretensvoraussetzung von Art. 93 Abs. 1 BGG in der Beschwerde speziell zu begründen sind²²⁵ und dass das Bundesgericht diese nach freiem Ermessen prüft (BGE 133 IV 288, vorher bspw. BGE 129 I 337). Fehlt eine diesbezüglich ausreichende Begründung, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Es ist Sache des Beschwerdeführers, die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 BGG darzulegen; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, von Amtes wegen hiezu Nachforschungen anzustellen

BGE 133 IV 288, 133 III 629,

Dass die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind, hat der Beschwerdeführer aufzuzeigen, soweit dies nicht ohne weiteres auf der Hand liegt

BGE 134 III 426

Übernommen bzw. festgehalten wird auch an der Praxis, keine bedingte Beschwerden zuzulassen und Ausnahmen nur bei Vorliegen eines ausgewiesenen praktischen Bedürfnisses zu bejahen (BGE 134 III 332)

²²⁵ Dass der Art. 93 BGG im übrigen auch im Rahmen der Verfassungsbeschwerde Anwendung findet, hat das BG in BGE 135 II 30 ausdrücklich festgehalten.

- **Ad Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts**

Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts betreffend Zwangsmassnahmen waren unter altem Recht nach Art. 33 Abs. 3 lit. a aSGG anfechtbar. Sie sind es nach neuem Recht gemäss Art. 79 BGG mit Beschwerde in Strafsachen²²⁶. Bezogen auf den Verfahrensverlauf waren bzw. sind diese Entscheide zwar Vor- bzw. Zwischenentscheide. Deren Anfechtbarkeit war jedoch nach altem Recht nicht an besondere Bedingungen gekoppelt wie bspw. einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Auch unter neuem Recht wurde dies bis anfangs 2010 bzw. bis BGE 136 IV 92 so gehandhabt. Seither findet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 93 Abs. 1 BGG ebenfalls auf die Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Anwendung. Das heisst, dass Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 79 BGG nur anfechtbar sind, wenn eine der Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. a oder b vorliegt.

L'art. 79 LTF a pour seul but de décharger le Tribunal fédéral, en laissant en principe à la seule Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral le soin de statuer sur la légalité des mesures visées à l'art. 28 LTPF (FF 2001 4030). Le recours contre les mesures de contrainte fait ainsi figure d'exception, et l'effet de décharge voulu par le législateur se trouverait fortement réduit si l'art. 93 LTF ne devait pas s'appliquer dans ce cadre. Les art. 90 ss LTF constituent des dispositions générales de procédure, destinées à s'appliquer à l'ensemble des recours prévus par la LTF (UHLMANN, in Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2006, n° 3 ad art. 90 LTF). L'adjonction d'une disposition spécifique au recours en matière d'entraide judiciaire (art. 93 al. 2 LTF) s'explique par la nécessité d'une réglementation plus restrictive encore dans ce domaine particulier (cf. art. 80e al. 2 EIMP [RS 351.1]). Dès lors, à défaut d'indication contraire dans la loi - et dans les travaux préparatoires -, il n'y a pas de raison de soustraire le recours prévu à l'art. 79 LTF du régime ordinaire.

On ne voit pas, enfin, pourquoi le recours devrait être exclu lorsqu'il est dirigé contre des décisions incidentes confirmées par les instances cantonales, et admis lorsque ces mêmes mesures ont été confirmées par la Cour des plaintes, alors que cette dernière est

²²⁶ Betreffend Zwangsmassnahmen im Rahmen der internationalen Rechtshilfe, die mit unter bestimmten Voraussetzungen mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbar sind, siehe nachfolgende Hinweise.

déjà censée assurer une application uniforme du droit fédéral (FF 2001 4031, selon lequel les mesures visées à l'art. 79 LTF doivent pouvoir être contrôlées par le Tribunal fédéral "au même titre" que les décisions cantonales similaires). L'art. 93 LTF doit par conséquent trouver application dans le cas d'espèce. Il y a donc lieu de rechercher si la décision attaquée est susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. La clause prévue à l'art. 93 al. 1 let. b LTF (lorsque l'admission du recours est susceptible de conduire immédiatement à une décision finale) n'entre pas en considération en l'occurrence, s'agissant d'une simple mesure d'administration de preuves.

BGE 136 IV 92

Auf der anderen Seite hat das BG erkannt, dass unter den gleichen Voraussetzungen (von Art. 93 Abs. 1 BGG) auch prozessleitende Verfügungen des Strafkammerpräsidiums des Bundesstraengerichtes ohne Einschränkung anfechtbar sein müssen; ein früheres, gegenteiliges Urteil (1B_23/2008 vom 31.01.2008) wurde damit korrigiert.

Selon l'art. 78 LTF, toutes les décisions rendues en matière pénale peuvent en principe faire l'objet du recours unifié en matière pénale. Seules font exception en vertu de l'art. 79 LTF les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral pour autant qu'elles ne portent pas sur des mesures de contrainte. La décision attaquée émane du Président de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral. Il ne s'agit pas d'une décision de la Cour des plaintes et elle ne tombe dès lors pas sous le régime d'exception de l'art. 79 LTF. Ainsi la règle de principe de l'art. 78 LTF trouve à s'appliquer et le recours en matière pénale est en principe recevable. Le Président de la Cour des affaires pénales, lorsqu'il statue sur une demande de mise en liberté provisoire en application de l'art. 45 ch. 3 PPF, agit en tant qu'organe du Tribunal pénal fédéral et compte parmi les autorités précédentes en matière pénale mentionnées à l'art. 80 al. 1 LTF. Cela étant, les décisions préjudicielles ou incidentes prises par le Président de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral doivent pouvoir faire l'objet d'un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral aux conditions générales fixées aux art. 92 ss LTF. Ce résultat est conforme aussi bien au texte légal qu'à la volonté du législateur.

BGE 134 IV 237

- **Ad Sonderregelung bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen**

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen untersteht seit dem BGG nur noch in Ausnahmefällen der Jurisdiktion des BG (Art. 84 BGG). Trotz dieser neuen Rechtsmittelordnung bleibt ein Vergleich im Sinne der Fragestellung A03 grundsätzlich möglich, kennt doch auch das neue Recht grundsätzlich eine Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden im Bereich der internationalen Rechtshilfe. Allerdings ist die praktische Bedeutung eines solchen eingeschränkten Vorher–Nachher–Vergleichs wegen Art. 84 BGG, der auch auf die Anfechtung von Zwischenverfügungen Anwendung findet (BGE 133 IV 215), gering. Denn Art. 84 führt a priori zu einer massiven Reduktion entsprechender Verfahren im Vergleich zu früher. Wenn unter neuem Recht Eintreten auf Beschwerden gegen Zwischenverfügungen nur noch seltene Ausnahmen darstellen, ist dies somit im Ergebnis nur Folge der neuem Rechtsmittelordnung, konkret in der Notwendigkeit des „besonders bedeutenden Falles“ i.S. von Art. 84 BGG²²⁷ und nicht in anderweitig geänderten d.h. strengeren Anforderungen an ein Eintreten auf Beschwerden (i.S. einer engeren Kognition) gegen Zwischenentscheide begründet. Ein cursorischer Überblick über Gesetz und Praxis vor und ab 2007 zeigt (wenn man Art. 84 BGG ausklammert) im BGG wohl gewisse Einschränkungen des Beschwerderechts gegen Zwischenentscheide, aber keine grundlegenden Veränderungen.

Schon vor 2007 waren im Bereich der Strafrechtshilfe nur ausgewählte (der Schlussverfügung vorangehende) Zwischenverfügungen anfechtbar, nämlich die Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen sowie die Bewilligung der Anwesenheit von am ausländischen Verfahren beteiligten Personen (Art. 80e IRSG) mit VGB und Zwangsmassnahmen mit der Beschwerde gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. a SGG (BGE 130 II 306). Bei der VGB musste zudem ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegen. Die Voraussetzungen dafür waren bei der VGB (und damit für die Anfechtung von Zwischenverfügung im internationalen Rechtshilfeverfahren) zwar weniger streng als bei der STABE, dafür musste der Nachteil aber glaubhaft gemacht werden.

²²⁷ Allerdings können nach neuem Recht Zwischenverfügungen bereits beim BuStrGer nur selbständig angefochten werden, sofern sie einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken.

Anders als im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde genügt jedoch bereits ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung. Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein, vielmehr reicht auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (E. 1c S. 347 f.).

BGE 116 Ib 344

..... peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture, en cas de préjudice immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs. Il incombe au recourant d'indiquer, dans l'acte de recours, en quoi consiste le dommage et de démontrer que celui-ci ne serait pas réparé par un prononcé annulant, le cas échéant, la décision de clôture à rendre ultérieurement. Quant au préjudice à prendre en considération, il peut s'agir de l'impossibilité de satisfaire à des obligations contractuelles échues (paiement de salaires, intérêts, impôts, prétentions exigibles, etc.), du fait d'être exposé à des actes de poursuite ou de faillite, ou la révocation d'une autorisation administrative, ou de l'impossibilité de conclure des affaires sur le point d'aboutir. La seule nécessité de faire face à des dépenses courantes ne suffit pas, en règle générale, à rendre vraisemblable un préjudice immédiat et irréparable au sens de l'art. 80e let. b ch. 1 EIMP

BGE 130 II 329

Inbezug auf die Anfechtung von Zwangsmassnahmen in Anwendung von Art. 33 Abs. 3 lit. a aSGG war die Praxis restriktiv, d.h. klar beschränkt auf die persönliche Handlungsfreiheit einschränkende Massnahmen, wozu typischerweise die Auslieferungshaft bzw. entsprechende Haftbefehle gehörten (BGE 130 II 306)

È pacifico che la detenzione preventiva o misure sostitutive di quest'ultima, quali la consegna del passaporto, di documenti di identità o l'obbligo di segnalare la propria presenza, come pure il sequestro di beni o la perquisizione di carte costituiscono misure coercitive, impugnabili dinanzi al Tribunale federale Anche il carcere in vista d'estradizione rappresenta una grave ingerenza nella libertà personale e costituisce quindi una misura coercitiva impugnabile, perlomeno fino all'entrata in vigore della

revisione totale dell'OG, mediante ricorso al Tribunale federale (DTF 130 II 306 consid. 1.2.2).

BGE 131 I 52

Das BGG hat die Beschwerdemöglichkeit gegen Zwischenentscheide weiter eingeschränkt, indem nur noch solche, die im Zusammenhang mit der Auslieferungshaft und der Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen stehen (Art. 93 Abs. 2 BGG) angefochten werden können. Ausserdem gelten für alle Beschwerden gegen Zwischenverfügungen zusätzliche Voraussetzungen, wie sie in Art. 93 Abs. 1 BGG generell für Beschwerden umschrieben sind.

4. Zusammenfassende Erkenntnisse

Der Grundsatz, dass sich das BG als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes in der Regel nur einmal mit der gleichen Streitsache befassen sollte, galt schon vor Inkrafttreten des BGG. Bereits unter altem Recht war grundsätzlich der „Endentscheid“ das Beschwerdeobjekt. Die Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheide (im Sinne von Nicht-Endentscheide) bildete die Ausnahme und vorausgesetzt war deren selbständige Eröffnung.

Anfechtbare Vor- und Zwischenentscheide waren nach altem – und sind es nach neuem Recht – einerseits solche betreffend die „Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren“ (mit Verwirkung des Anfechtungsrechts bei Unterlassung einer Beschwerde) und andererseits „andere“ selbständig eröffnete, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn bei Guttheissung einer Beschwerde sofort ein Endentscheid herbeigeführt und als Folge erheblich Zeit oder Kosten gespart werden kann. Ebenfalls die Praxis betreffend die Anforderungen an die beiden Bedingungen, also die Auslegung des Begriffs des nicht wieder gutzumachenden „Nachteils“ wie des sofortigen, Kosten sparenden Endentscheides, hat keine Veränderung erfahren.

Ebenfalls sind bei der Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden keine Aenderungen festzustellen was die Ausgestaltung des Rügeprinzips bzw. was die Anforderungen an die Beschwerdebegründung betrifft.

Die Anfechtung von Zwangsmassnahmeentscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts war unter altem Recht und zunächst auch unter dem BGG an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft. Gemäss jüngerer Praxis wird jedoch auf entsprechende Beschwerde nur noch eingetreten, wenn eine Bedingung gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt ist. Weil der nicht wieder gutzumachende Nachteil vielfach offenkundig vorliegt (bspw. in Haftsachen), bedeutet die neue Praxis im Ergebnis jedoch keine erhebliche Änderung gegenüber früher.

Wesentlich eingeschränkt ist nach neuem Recht die Möglichkeit der Anfechtung von Zwischenverfügungen im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Der Grund dafür liegt jedoch nicht in einer restriktiveren Auslegung des Begriffs des Zwischenentscheides oder der für eine Anfechtung zusätzlich verlangten Voraussetzungen (im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG), sondern in der mit dem BGG geschaffenen, neuen Rechtsmittelordnung, die mit Art. 84 BGG für den Bereich der internationalen Rechtshilfe faktisch ein Annahmeverfahren eingeführt hat.

5. Antwort zu Fragestellung A03

Ein Vergleich der bundesgerichtlichen Praxis vor und nach Inkrafttreten des BGG hat für den Strafbereich eine weitgehend übereinstimmende Auslegung der Begriffe „Endentscheid“ und „Zwischenentscheid“ ergeben. Die bei der internationalen Rechtshilfe feststellbaren Einschränkungen sind (vom Gesetzgeber gewollte) Folge der neuen Gesetzgebung.

18.07.2011 / Ri *

Evaluation der Bundesrechtspflege

Ergebnis der qualitativen Analyse Bereich Privatrecht

Experten:	Prof. Dr. iur. Alexander R. Markus; Prof. Dr. iur. Jolanta Kren Kostkiewicz
Rechtsgebiet:	Privatrecht
Fragestellungen:	A01-A03 und A08

Privatrecht – Fragestellung A01

1. Grundlagen

Fragestellung A01: Lässt sich ein Unterschied in der Begründungsdichte (insbesondere bezüglich Qualität und Nachvollziehbarkeit) von Grundsatzzurteilen vor und nach der Reform feststellen?

2. Vorgehen

Vorarbeiten: Erstellung einer Entscheidsammlung sämtlicher BGEs der I. und II. zivilrechtlichen Abteilung für die Jahre 2006 (132) und 2009 (135). Teilweise wurden auch BGEs aus dem Jahr 2010 (136) in die Untersuchung miteinbezogen.

Vorgehensweise: Bei der Bearbeitung der Frage A01 stellen sich besondere Probleme, welche sich v.a. aus dem Umstand ergeben, dass die Menge an BGEs kaum mehr überblickbar ist. Die im Papier „Detailkonzept für die qualitative Analyse der Bundesgerichtsurteile“ vom 24. Juni 2010 auf S. 2 empfohlene Vorgehensweise, die Evaluation anhand der zehn aussagekräftigsten Urteile der beiden Untersuchungsperioden (mit den meisten Schriftzeichen) vorzunehmen, ist suboptimal. Es besteht die Gefahr, dass zufällig herausgegriffene Entscheide, welche sich zu ganz unterschiedlichen Rechtsfragen äussern, miteinander verglichen werden müssen. Vielmehr kann versucht werden, jeweils zwei Entscheide einander gegenüberzustellen, die sich zur selben oder zu einer ähnlichen Problematik äussern. So können die aussagekräftigsten Entscheide zu einer beliebigen Thematik des Jahres 2006 (132) und des Jahres 2009/2010 (135 bzw. 136) jeweils miteinander verglichen werden. Da es in der Regel keine kongruenten Entscheide gibt, muss man sich damit begnügen, dass bloss ähnliche Rechtsfragen einander gegenüber gestellt werden können.

Methodik: Es wird versucht, die Qualität der Rechtsprechung anhand der im Papier „Präzisierung zum Detailkonzept für die qualitative Analyse der Bundesgerichtsurteile“ vom 24. Juni 2010 vorgege-

benen Messkriterien, d.h. der Vollständigkeit/Lückenlosigkeit, Präzision, Nachvollziehbarkeit, Widerspruchsfreiheit, Verständlichkeit, Tonalität, Strukturierung, Referenzierung und Umfang/angemessene Länge zu messen.

Analysierte Urteile: Es wurden die folgenden Themenbereiche untersucht:

Paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG: BGE 132 III 489 (Schenkungsanfechtung) / BGE 135 III 513 (Absichtsanfechtung);

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: BGE 132 III 564 / BGE 136 III 148;

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers i.S.v. Art. 328 OR: BGE 132 III 257 / BGE 135 III 405;

Namensänderung nach Art. 30 ZGB: BGE 132 III 497 (wichtige Gründe zur Namensänderung) / BGE 136 III 161 (Namensänderung eines Ehegatten);

Persönlichkeitsschutz i.S.v. Art. 28 ZGB: BGE 132 III 641 / BGE 136 III 410

Grundgesamtheit: Urteile aus dem Jahr 2007: 97; Urteile aus dem Jahr 2009: 98; Urteile aus dem Jahr 2010: 94. Das Gesamttotal liegt bei 392.

3. Erkenntnisse

3.1 Vorbemerkung

Nachfolgend werden die massgeblichen Erwägungen untersucht, welche sich zu den oben erwähnten Rechtsfragen äussern. Dabei wird soweit möglich versucht, die entsprechenden Erwägungen einander gegenüberzustellen.

3.2 Zu den einzelnen Urteilen

BGE 132 III 489: Schenkungsanfechtung (Rückgabe einer anfechtbar erworbenen Sache [*in casu* Stammanteile einer GmbH]; Wertersatz) und BGE 135 III 513: Absichtsanfechtung (Verkauf von Genossenschaftsanteilen).

BGE 132 III 489 ist **strukturiert** aufgebaut. Er befasst sich zunächst mit der Voraussetzung der Schenkungspauliana und gelangt zum Schluss, dass es sich beim Verkauf der Stammanteile zum Preis von CHF 25'000.00 – bei einem Nettounternehmenswert von

CHF 850'047.00 (abgestellt wurde auf ein Gutachten, welches das Hauptaktivum, nämlich eine Liegenschaft, bewertete) – um eine gemischte Schenkung handle, womit die Voraussetzung von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG erfüllt sei. Im Nachgang befasst sich der Entscheid mit den Rechtsfolgen der Anfechtbarkeit und hier v.a. der Frage, ob noch eine Rückerstattung in natura möglich ist oder ob ein Wertersatz zu erfolgen habe (vgl. auch Art. 291 SchKG). Diese Frage wurde im Ergebnis offen gelassen, da den Akten nicht zu entnehmen war, ob die Liquidation abgeschlossen war oder nicht (Rückweisung zur Ergänzung des Sachverhalts nach Art. 64 Abs. 1 OG). Der Entscheid ist **vollständig** und **lückenlos**; mithin wurde auf die massgeblichen Kriterien eingegangen. Ferner ist BGE 132 III 489 auch **präzise** und **gut referenziert**, was sich anhand der relativ hohen Zitaddichte und der Tatsache ergibt, dass das BGer auf seine ständige Rechtsprechung Bezug nimmt. Überdies ist der Entscheid **nachvollziehbar**, **widerspruchsfrei** und **verständlich**. Auch die **Tonalität** und **Länge** sind entsprechend. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Entscheid gut redigiert ist.

BGE 135 III 513 hat die Absichtsanfechtung zum Gegenstand. Gemäss Sachverhalt wurden Anteilsscheine an einer Baugenossenschaft unter dem tatsächlichen Wert verkauft. Diese Handlung wurde i.S.v. Art. 288 SchKG angefochten. In struktureller Hinsicht befasst sich vorgenannter BGE zunächst mit der Gläubigerschädigung, alsdann mit der Schädigungsabsicht und schliesslich mit der Erkennbarkeit. Die drei genannten Voraussetzungen müssen gegeben sein, damit Art. 288 SchKG erfüllt ist. Der Entscheid ist demnach **strukturiert**, **vollständig** und **lückenlos**. Auch die **Referenzierung** ist hoch. So verweist das BGer in seinen Erwägungen auf einschlägige BGEs zur Thematik und die massgebliche Lehre. Der **Umfang** des Entscheides ist überdurchschnittlich hoch. Der Grund liegt darin, dass der Sachverhalt sich hoch komplex darstellt. Daten und Frankenbeträge werden in eher unübersichtlicher Weise in den Erwägungen aufgeführt. Dies macht es ungemein schwierig, die massgeblichen Vorgänge zu erfassen. Wegen seiner etwas schwerfälligen Begründung wird der Entscheid **schwer nachvollziehbar** und **kaum** mehr **verständlich**. Hinsichtlich **Tonalität** sind keine Auffälligkeiten feststellbar.

BGE 132 III 564: Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte und BGE 136 III 148: Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte. Es wurden lediglich die einander entsprechenden

Erwägungen verglichen. Dies bietet sich auch deshalb in besonderem Masse an, weil BGE 136 III 148 auf BGE 132 III 564 verweist (vgl. E. 2.3). Im ersten Fall war zu beurteilen, ob der VR die Anzeigepflicht von Art. 725 OR (im Falle der Überschuldung ist der Richter zu benachrichtigen) verletzt hat oder nicht. Im zweiten Fall ging es darum, zu beurteilen, ob der verantwortliche VR eine ihm gegenüber der konkursiten Gesellschaft zustehende Forderung mit dem Schadenersatzanspruch aus Verantwortlichkeit verrechnen könne oder dies aufgrund der Regelung in Art. 214 SchKG (Anfechtbarkeit der Verrechnung) nicht zulässig sei.

BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57):

[...]. „4.2 Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben. Die auf dieser Bestimmung gestützte Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte der Gesellschaft gegenüber setzt das Vorhandensein der vier folgenden allgemeinen Bedingungen voraus, nämlich eine Pflichtverletzung, ein (vorsätzliches oder fahrlässiges) Verschulden, einen Schaden und das Vorliegen eines (natürlichen oder adäquaten) Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt des Schadens (BGE 132 III 342 E. 4.1). Es obliegt dem Verantwortlichkeitskläger zu beweisen (Art. 8 ZGB), dass diese Bedingungen, die kumulativ erfüllt sein müssen (BGer, 4C.281/2004 vom 9. November 2004 E. 2.3 = SJ 2005 I, S. 221), eingetreten sind.“ [...]

BGE 136 III 148 (= Pra 99 (2010) Nr. 114):

[...] „2.3 Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

[...]

Die Verantwortlichkeit des Mitglieds des Verwaltungsrates oder des Revisors gegenüber der Gesellschaft hängt von folgenden vier Voraussetzungen ab: Pflichtverletzung, (absichtliches oder fahrlässiges) fehlerhaftes Handeln, Schaden und (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt. Bei der Schadenersatzklage obliegt es dem Kläger, die Verwirklichung dieser vier kumulativen Voraussetzungen zu beweisen (BGE 132 III 564 E. 4.2 S. 572 mit Hinweisen = Pra 2007 Nr. 57).“ [...]

Die beiden Erwägungen entsprechen einander. Was auffällt, ist der Unterschied in der **Länge**. So werden die massgeblichen Voraussetzungen von Art. 754 OR in BGE 136 III 148 (133 Wörter) wesentlich kürzer dargestellt als in BGE 132 III 564 (162 Wörter). Dies ist teilweise mit der etwas dichterem **Referenzierung** in BGE 132 III 564 im Unterschied zu BGE 136 III 148 zu erklären. Unterschiede ergeben sich aber auch bei Betrachtung der **Strukturierung** der beiden Entscheide: Während die Rechtslage zur Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR in BGE 132 III 564 „am Stück“ in einer Erwägung 4.2 dargestellt wird, erstreckt sich die Darstellung der nämlichen Rechtslage im späteren Entscheid – zwar ebenfalls auf eine Erwägung 2.3 – auf mehrere Absätze. Die beiden untersuchten Erwägungen weisen ansonsten aber keine Unterschiede auf. Mithin sind sie **vollständig, präzise, nachvollziehbar, widerspruchsfrei** und **verständlich**. Schliesslich sind auch bezüglich **Tonalität** keine Unterschiede erkennbar.

BGE 132 III 257: Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber nach Art. 328 OR, weil dieser zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers (*in casu* Rauchallergie) nicht das Notwendige vorgekehrt hat, obwohl dies nach dem Stand der Technik möglich und dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise zumutbar wäre. *BGE 135 III 405*: Ungerechtfertigte fristlose Kündigung und weitergehende Schadenersatzansprüche infolge schwerwiegender Persönlichkeitsverletzung.

Beim Vergleich zwischen BGE 132 III 257 und BGE 135 III 405 fällt zunächst auf, dass sich letztgenannter BGE lediglich am Rande mit Art. 328 OR befasst. Demgegenüber äussert sich der erstgenannte BGE eingehend zu Art. 328 OR, womit die thematische Übereinstimmung relativ gering ausfällt. Die rechtlichen Ausführungen in BGE 132 III

257 sind umfangreich und erstrecken sich auf über drei Seiten, wogegen in BGE 135 III 405 die rechtlichen Erwägungen kurz gehalten sind. Beide Erwägungen sind – mit Ausnahme dieser ganz grundsätzlichen Auffälligkeiten – gut strukturiert sowie referenziert, vollständig – soweit die Thematik angesprochen wird – **präzise, widerspruchsfrei** und **verständlich**. Schliesslich ist die **Tonalität** unauffällig.

BGE 132 III 497: Namensänderung aus wichtigem Grund; sofern ein Kind unverheirateter Eltern beim Vater aufwächst und diesem die elterliche Sorge übertragen ist, kann von einem wichtigen Grund nach Art. 271 Abs. 3 ZGB ausgegangen werden, um durch Namensänderung den Familiennamen des Vaters zu erwerben. *BGE 136 III 161*: Namensänderung eines Ehegatten; einem Ehegatten kann eine Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB bewilligt werden, sofern der oder die Namen den eherechtlichen Namensregeln entsprechen.

BGE 132 III 497 und BGE 136 III 161 behandeln an sich beide die Thematik der Namensänderung aus wichtigem Grund i.S.v. Art. 30 ZGB. Allerdings weisen die Entscheide doch erhebliche Unterschiede auf, was v.a. damit zu erklären ist, als es im einen Fall (BGE 132 III 497) um eine Namensänderung aus wichtigen Gründen bei einem Kind unverheirateter Eltern und im anderen Fall (BGE 136 III 161) um die Namensänderung hin zum Namen des von der Mutter geschiedenen Vaters (aus seelischen Gründen) geht. Von ihrer **Struktur** her betrachtet, sind beide Entscheide etwa gleich aufgebaut, wobei die **Referenzierung** bei BGE 132 III 497 verstärkt auf Art. 271 Abs. 3 ZGB und jene bei BGE 136 III 161 überwiegend auf Art. 30 ZGB Bezug nimmt. In diesem Zusammenhang fällt des Weiteren auf, dass in BGE 132 III 497 mehr Verweise auf die Literatur und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemacht wurden. Dies obgleich wohl mehr zu den rechtlichen Fragen bei BGE 136 III 161 (Namensrecht und Eherecht) publiziert wurde als zu den Rechtsfragen in BGE 132 III 497 (Namensrecht und Kindesrecht). Ansonsten sind die Entscheide **vollständig, präzise, nachvollziehbar, widerspruchsfrei, verständlich** und etwa gleich **lang**. Die **Tonalität** ist unauffällig.

BGE 132 III 641: Persönlichkeitsverletzung durch die Übergabe von Unterlagen an Medienschaffende, in denen der Umfang des persönlichen Beitrags eines Chefarztes

bei chirurgischen Eingriffen in Frage gestellt wird. *BGE 136 III 410*: Schutz der Persönlichkeit des Versicherten gegen privatdetektivische Observation im Bereich des Haftpflichtrechts.

BGE 132 III 641

[...] „3.1 Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Geht es um die Berichterstattung in den Medien, hat der Richter das Interesse des Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Person sorgfältig gegen dasjenige der Presse an der Erfüllung des Informationsauftrags, insbesondere des Wächteramts, abzuwägen. Bei diesem Vorgang steht dem Richter ein gewisses Ermessen zu. Die Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung kann stets nur soweit reichen, als ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit besteht. Für die Beurteilung des Eingriffs in die Persönlichkeit, dessen Schwere und der Frage, welche Aussagen dem Gesamtzusammenhang einer konkreten Publikation zu entnehmen sind, muss auf den Wahrnehmungshorizont des Durchschnittslesers abgestellt werden (*BGE 129 III 529 E. 3.1 S. 531*; *BGE 127 III 481 E. 2c S. 488*; *BGE 126 III 209 E. 3a S. 213 und 305 E. 4a S. 306*).“ [...]

BGE 136 III 410

[...] „2.2 Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen ist in Art. 28 ZGB geregelt. Wer danach in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Abs. 1), und widerrechtlich ist eine Verletzung, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Abs. 2).

2.2.1 Vom Gesetzeswortlaut her ist jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Praxisgemäss ist in zwei Schritten zu prüfen, ob (1.) eine Persönlichkeitsverletzung und (2.) ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (vgl. *BGE 126 III 305 E. 4a S. 306*; *BGE 127 III 481 E. 2c S. 488*; *BGE 134 III 193 E. 4.6 S. 201*).“ [...].

Ähnlich wie bei BGE 132 III 564 und BGE 136 III 148 (die aktienrechtliche Verantwortlichkeit betreffend) sagen die Erwägungen in BGE 132 III 641 und BGE 136 III 410 bezüglich Art. 28 ZGB in Ungefähr dasselbe aus. Die **Referenzierung** im ersten BGE vom Jahr 2006 ist etwas höher als im BGE aus dem Jahr 2010. Dies ist damit zu erklären, dass sich BGE 132 III 564 zu einer konkreten Persönlichkeitsverletzung durch die Medien äussert. Im Übrigen sind die Entscheide **vollständig, präzise, nachvollziehbar, widerspruchsfrei** und **verständlich**. BGE 136 III 148 ist etwas länger als BGE 132 III 564. Die **Tonalität** ist unauffällig.

3.3 Zusammenfassung und Folgerungen

In qualitativer Hinsicht lassen sich keine signifikanten Unterschiede in Bezug auf die Rechtsprechung des BGE unter der Geltung des OG und des BGG erkennen. Wenn Abweichungen auszumachen sind, so können diese überwiegend auf die Unterschiede bei den jeweiligen rechtlichen Fragestellungen zurückgeführt werden.

Aufgrund der Fragestellung und der getroffenen Auswahl lassen sich auf alle Fälle keine Gegensätze oder Auffälligkeiten festmachen. Für präzisere Aussagen müssten sämtliche – unpublizierten – Entscheide mit einbezogen werden. Der Aufwand wäre immens. Weil sich die vorliegenden Kriterien nur schwer objektivieren lassen, wäre aber der Zuwachs an Aussagekraft dennoch nur ein relativer. Sicher hängt die redaktionelle Qualität von Entscheiden nicht nur vom Verfahrensrecht sondern auch ganz massgeblich von den jeweiligen Verfassern – Richtern und Gerichtsschreibern – ab.

Privatrecht – Fragestellung A02

1. Grundlagen

Fragestellung A02: Lässt sich in den Urteilen des Bundesgerichts eine Veränderung in der Ausübung der Kognition feststellen (offener oder enger)?

2. Vorgehen

Vorarbeiten: Erstellung einer Entscheidungssammlung sämtlicher BGEs der I. und II. zivilrechtlichen Abteilung für die Jahre 2006 (132) und 2009 (135)

Vorgehensweise: Sichtung des Materials und Vergleich der massgeblichen Bestimmungen des OG und des BGG

Methodik: Vorher-/Nachher-Vergleich und Ist-/Soll-Vergleich. Diese Vergleiche wurden unter Zugrundelegung der jeweils einander entsprechenden Normen des OG und BGG vorgenommen

Analysierte Urteile: Es wurden BGEs analysiert, welche sich zu den einschlägigen Bestimmungen im OG bzw. BGG äussern. Dabei ist grundsätzlich festzuhalten, dass die massgeblichen Erwägungen zum grössten Teil relativ kurz gehalten sind; die einzelnen BGEs zum OG sind: BGE 132 III 49; 132 III 264; 132 III 291; 132 III 379; 132 III 414; 132 III 437; 132 III 460; 132 III 489; 132 III 598; 132 III 668; 132 III 715; 132 III 758 (Total 12 Urteile). In zweiter Linie wurden folgende BGEs in die Analyse miteinbezogen: BGE 131 III 182; 131 III 268 (Total 2 Urteile).

Die einzelnen BGEs zum BGG sind: BGE 135 III 112; 135 III 127; 135 III 220; 135 III 259; 135 III 397; 135 III 410; 135 III 416; 135 III 513; 135 III 663; 135 III 666; 135 III 670 (Total 11 Urteile). In zweiter Linie wurden folgende BGEs in die Analyse miteinbezogen: BGE 133 III 350; 133 III 393; 133 III 399; 133 III 446; 133 III 462; 133 III 545; BGE 134 III 88; 134 III 141 (Total 8 Urteile).

Grundgesamtheit: Urteile aus dem Jahr 2006 betreffend OG: 98 (95 5er-Urteile und 3 3er-Urteile) und Urteile aus dem Jahr 2009 betreffend BGG: 98 (86 5er-Urteile und 12 3er-Urteile). Hinzu kommen zwei Urteile

aus dem Jahr 2005 (131) sowie insgesamt acht Urteile aus dem Jahr 2007 sowie 2008 (133 bzw. 134)

3. Erkenntnisse

3.1 Vorbemerkungen

Berufungsgründe (Art. 43 f. OG) und Beschwerdegründe (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG) bzw. Beschwerdegründe (Art. 95 ff. BGG). Arten von Kognitionen gemäss OG und gemäss BGG, summarische Betrachtung der massgeblichen Regelungen:

- *Sachverhaltsermittlungskognition: nach OG:* Grundsatz Bindung an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nach Art. 63 Abs. 1 OG. Aber nach Art. 63 Abs. 2 Möglichkeit der Berichtigung bei Versehen (→ BGE 132 III 414, E. 4.1.4.1), Kassationsmöglichkeit nach Art. 64 Abs. 1 OG und selbständige Vervollständigung von nebensächlichen Punkten nach Art. 64 Abs. 2 OG. Beachte im Übrigen, dass das BGer die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen überprüfen konnte, wenn keine gerichtliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 OG; vgl. BGE 132 III 668, E. 2.3 in casu das EHRA als Vorinstanz. *Nach BGG:* Grundsatz der Bindung an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nach Art. 105 Abs. 1 BGG. Aber nach Art. 105 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 BGG Möglichkeit der Berichtigung bei offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes oder bei Rechtsverletzung nach Art. 95 BGG)
- *Rechtsanwendungskognition und Rügeprinzip:* Gegenüber dem OG hat sich im Bereich des Zivilrechts der Rahmen für die *Rechtsanwendungskognition* unter dem BGG im Grunde nur unwesentlich verändert. Art. 98 BGG, wonach bei vorsorglichen Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann, ist im Ergebnis keine erhebliche Einschränkung gegenüber dem OG. Denn gegen vorsorgliche Massnahmen stand die zivilrechtliche Berufung unter der alten Normierung nur unter den restriktiv gehandhabten Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 OG zur Verfügung, während vorsorgliche Massnahmen unter dem BGG z.T. als Endentscheide i.S.v. Art. 90 BGG ansonsten voraussetzungslos anfechtbar sind (vgl. hinten zu Frage A03). Die *Rügeb-
liegenheit* bildet Anstoss und Voraussetzung für die Wahrnehmung der Rechtsanwendungskognition. Die beschwerdeführende Partei definiert den Gegen-

stand, mit dem sich das BGer in rechtlicher Hinsicht zu befassen hat. Unter dem OG musste die Berufungsschrift eine Begründung der Anträge enthalten, die kurz darlegen sollte, welche Bundesrechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG und Art. 90 Abs. 1 lit. b OG die staatsrechtliche Beschwerde betreffend). Das BGer konnte gemäss Art. 65 OG die Anwendung des kantonalen oder ausländischen Rechts selbst vornehmen oder die Sache an die Vorinstanz zurückweisen, falls es im angefochtenen Entscheid nicht angewendet wurde. Im Übrigen fand sich der Grundsatz *iura novit curia* in Art. 63 Abs. 1 OG. Auch unter dem BGG wendet das BGer das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); nach Art. 42 Abs. 2 BGG haben die Parteien in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (abgeschwächtes Rügeprinzip). Bei einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung trifft den Beschwerdeführer eine erweiterte Begründungsobliegenheit. Im Bereich der Verletzung von Grundrechten sowie des kantonalen und interkantonalen Rechts gilt das qualifizierte Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG, welches aus der Praxis des BGer zum strikten Rügeprinzip bei der staatsrechtlichen Beschwerde übernommen wurde, so explizit BGE 134 III 186, E. 5)

- *Entscheidungskognition*: kassatorischer und reformatorischer Entscheid (Art. 114 Abs. 2 OG und Art. 107 Abs. 2 BGG)

3.2 Zu den einzelnen Urteilen und Kognitionsarten

Zur Sachverhaltsermittlungskognition:

Art. 63 Abs. 2 (Möglichkeit der Berichtigung bei Versehen), Art. 64 Abs. 2 (Vervollständigung von nebensächlichen Punkten) sowie Art. 105 Abs. 1 und 2 OG (fehlende Bindung des BGer an die Feststellungen der Vorinstanz, falls diese nicht eine richterliche Behörde war) zeigen, dass das BGer unter dem OG mit einer weitreichenderen Sachverhaltsermittlungs- und Sachverhaltsberichtigungskognition ausgestattet war als unter dem BGG (hierzu Art. 105 Abs. 2 BGG). Die Tatsache, dass Art. 105 Abs. 2 BGG gegenüber Art. 105 Abs. 2 OG die unvollständige Sachverhaltsfeststellung nicht mehr erwähnt, bedeutet indessen keine weitere Beschränkung der Sachverhaltsermittlungskognition, zumal sich die unvollständige Sachverhaltsfeststellung als Rechtsverletzung darstellt (MEYER/DORMANN, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger

Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 105 BGG N 59 m.H.).

Den entsprechenden Urteilen des Jahres 2006 (132) ist in dieser Hinsicht Folgendes zu entnehmen:

- BGE 132 III 49 → i.c. Immissionen durch Grossveranstaltung auf der „Landwiese“ und auf dem umliegenden Gelände (betreffend nachbarschaftsrechtliche Ansprüche i.S.v. Art. 684 ZGB); im vorinstanzlichen Entscheid fehlten Feststellungen zum jeweiligen Lärmpegel. Dem BGer war es insofern unmöglich zu beurteilen, ob von übermässigen bzw. unverhältnismässigen Immissionen gesprochen werden konnte. Da der Kläger nicht vorbrachte, er habe im kantonalen Verfahren Behauptungen und Beweisanträge gestellt, fiel eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes ausser Betracht (E. 5.3.1). Hier konnte nicht von einem nebensächlichen Punkt ausgegangen werden, welchen das BGer selbst i.S.v. Art. 64 Abs. 2 OG vervollständigen konnte;
- BGE 132 III 257 → i.c. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers; Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers (betreffend Entschädigungsanspruch nach Art. 336a OR); da die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keinen Aufschluss darüber gaben, ob das zum Schutz des Arbeitnehmers – dieser litt unter einer Rauchallergie – Notwendige der Beklagten zumutbar gewesen wäre, liess sich nicht beurteilen, ob Bundesrecht verletzt wurde. Im Ergebnis wurde der Beschluss der Vorinstanz aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhaltes i.S.v. Art. 64 Abs. 1 OG an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 6.3);
- BGE 132 III 414 → i.c. Prüfung der Rechtmässigkeit einer Werbekampagne mit Blick auf Art. 3 lit. b, e und h UWG; da der kritisierte Satz ("informations à conserver"), mit welchem die Beklagte Werbung betrieb, nicht Teil der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz bildeten – an welche sich das BGer zu halten hatte –, war auf die vorgebrachte Rüge der Klägerinnen nicht einzutreten (E. 4.1.4.1);
- BGE 132 III 437 → i.c. Anfechtung des Kollokationsplanes im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mit dem Begehren um Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pfandhaft; da aus den tatsächlichen Feststellung des vorinstanz-

- lichen Entscheides weder hervor ging, dass die Liquidatoren die Mietzinse von der Bestätigung des Nachlassvertrages an eingezogen hatten, noch welcher Betrag unter diesem Titel im Inventar aufgeführt war, noch welcher Betrag verteilt worden war und aufgrund welcher Verteilungsliste sie zur Verteilung geschritten waren, wies das BGer die Sache zur Ergänzung nach Art. 64 Abs. 1 OG an die Vorinstanz zurück (E. 6.3);
- BGE 132 III 460 → i.c. Vermögensverwaltungsvertrag und Anspruch auf Herausgabe von Retrozessionen; da dem angefochtenen Urteil der Vorinstanz keine Feststellungen zur Frage, welche Beträge aus welchen Rechtsgeschäften der Beklagte (Beauftragter) eingenommen hat, wurde die Sache zur Ergänzung der massgebenden Feststellungen gemäss Art. 64 Abs. 1 OG an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 4.6);
 - BGE 132 III 489 → i.c. Schenkungspauliana nach Art. 285 ff. SchKG; die im vorliegenden Fall aufgeworfene Frage der Verkehrswertberechnung einer Liegenschaft – welche ihrerseits mit einem Kaufrecht belastet war – stellte eine vom BGer nicht überprüfbare Tatfrage gemäss Art. 63 Abs. 2 OG dar (E. 2.6);
 - BGE 132 III 598 → i.c. Unterhaltsbeitrag zu Gunsten des Ehegatten nach Art. 125 ZGB; da es die Vorinstanz unterlassen hatte, das Einkommen und das Vermögen des Ehemannes festzustellen, wurde die Sache nach Art. 64 Abs. 1 OG zur Feststellung des effektiven Einkommens des Beklagten an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 9.3);
 - BGE 132 III 668 → i.c. Verweigerung der Eintragung einer Statutenänderung betreffend Sacheinlage; da das EHRA Vorinstanz des BGer war, kann das BGer den Sachverhalt von Amtes wegen nach Art. 105 OG überprüfen (E. 2.3);
- BGE 132 III 715 → i.c. Prospekthaftung nach Art. 752 OR und Kausalzusammenhang; die vom Kläger infrage gestellte Feststellung hinsichtlich des natürlichen Kausalverlaufs ist eine tatsächliche Feststellung, an welche das BGer gemäss Art. 63 Abs. 2 OG gebunden ist (E. 2.4);
- BGE 132 III 758 → i.c. Abberufung eines Liquidatoren gemäss Art. 741 Abs. 2 OR; zwecks Vervollständigung des festgestellten Sachverhaltes sowie Ernennung eines Liquidatoren wurde die Sache nach Art. 64 Abs. 1 an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 3.7).

Den entsprechenden Urteilen des Jahres 2009 (132) ist in dieser Hinsicht Folgendes zu entnehmen:

- BGE 135 III 112 → i.c. Kündigung im Hinblick auf Umbau- bzw. Renovationsarbeiten nach Art. 260 und Art. 271 OR; das BGer wies darauf hin, dass nach den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz eine umfassende Sanierung der Liegenschaft geplant war (E. 4.2);
- BGE 135 III 127 → i.c. Kollokationsklage im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; das BGer verwies auf Art. 105 Abs. 1 BGG, wonach auf Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz betrafen, nicht eingetreten werden konnte (E. 1.5);
- BGE 135 III 220 → i.c. Formularpflicht bei Mietzinserhöhungen nach Art. 269d OR und Art. 19 VMWG; das BGer zeigt auf, dass eine Überprüfung des Sachverhaltes davon abhängig ist, ob eine Feststellung in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich unrichtig und deswegen willkürlich ist. Es gibt ferner an, dass die Ausführungen des Beschwerdeführers hierfür nicht genügen (E. 1.4);
- BGE 135 III 397 → i.c. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung und Bestatungskosten; das BGer legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann nur davon abweichen, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht (E. 1.5);
- BGE 135 III 410 → i.c. Berufshaftpflichtversicherungsvertrag; das BGer wies darauf hin, dass es sich dann um eine tatsächliche Feststellung – welche es nach Art. 105 BGG binde – handle, wenn der wirkliche Wille der Parteien hinsichtlich eines Versicherungsvertrages von der Vorinstanz ermittelt werden konnte (E. 3.2);
- BGE 135 III 416 → i.c. Schutzfähigkeit eines geografischen Namens, der als Herkunftsangabe verstanden werden könnte (Art. 2 lit. c und Art. 47 MSchG); die Feststellungen der Vorinstanz waren, soweit es um die Frage ging, dass „Calvi“ die Haupttourismusdestination im Département „Haute-Corse“ ist, für das BGer verbindlich nach Art. 105 Abs. 1 BGG (E. 2.6.1);
- BGE 135 III 513 → i.c. Absichtsanfechtung nach Art. 288 ff. SchKG und Genossenschaftsanteilscheine; das BGer verwies – im Zusammenhang mit einem Vorbringen der Beklagten betreffend des Kaufpreises für die Genossenschafts-

anteilsscheine – darauf, dass die Darstellung der Beklagten der verbindlich festgestellten und aktenmässig belegten Tatsachengrundlage widerspreche (E. 3.6.2);

- BGE 135 III 663 → i.c. Pflichten des Schuldners bei der Pfändung nach Art. 91 SchKG; das BGer gibt zum Ausdruck, dass die Auskunftsverweigerung des Schuldners über 100 nachzupfändende Inhaberaktien eine Tatsachenfeststellung sei, welche für das BGer gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG verbindlich war (E. 3.2.3).

Trotz tendenziell weiter gefasster Sachverhaltsermittlungskognition unter dem OG lassen sich grundsätzlich keine grossen Unterschiede in der Rechtsprechung feststellen. Immerhin fällt auf, dass sich das BGer unter dem Geltungsbereich des BGG in den entsprechenden Erwägungen in der Regel relativ kurz fasst. Die Argumentationsdichte unter dem Regime des OG scheint in dieser Hinsicht höher zu sein (exemplarisch BGE 132 III 598, E. 9.3 im Vergleich etwa zu BGE 135 III 127, E. 1.5). Auffällig ist überdies, dass unter der Geltung des OG mehrmals eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Sachverhaltsabklärung bzw. -ergänzung vorgenommen wurde (vgl. auch die Feststellungen zur Entscheidfällungskognition unten), wogegen in den untersuchten Entscheidungen des Jahres 2009 (135) nie eine Sachverhaltsberichtigung von Amtes wegen stattfand (Art. 105 Abs. 2 BGG).

Zu Rechtsanwendungskognition und Rügeprinzip:

Bei der Analyse der BGEs aus dem Jahr 2006 (132) fällt auf, dass sich das BGer lediglich in einem Urteil mit der Frage befasst hat, ob die Begründung der Anträge Art. 55 Abs. 1 lit. c OG entspricht (BGE 132 III 414, E. 4.1.3). Prozentual ausgedrückt, befassten sich demnach nur gerade **1.02%** ($\approx 1\%$) der untersuchten Urteile des Jahres 2006 mit der Frage der Rügeobliegenheit. Unter den publizierten Urteilen der Jahre 2005 (131) und 2004 (130) fanden sich darüber hinaus auch bloss zwei Urteile (BGE 131 III 164, E. 2.2.2 [staatsrechtliche Beschwerde und damit Art. 90 Abs. 1 lit. b OG betreffend]; BGE 130 III 550, E. 2.1.3 [lediglich die Bezeichnung der Parteien betreffend]), welche die vorgenannte Frage betrafen.

Unter dem Regime des BGG hat sich das BGer im Jahr 2009 (135) weitaus mehr mit den formellen Anforderungen der Beschwerdeschrift bzw. der Rügeobliegenheit – d.h. mit Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG – befasst. Es sind deren sieben Entscheide, welche Bezug auf vorgenannte Bestimmungen nehmen (BGE 135 III 127, E. 1.6 [allerdings wurde nicht näher auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG eingegangen und die Beschwerde im Übrigen gutgeheissen]; 135 III 220, E. 1.5.2 [wonach die Vorbringen des Beschwerdeführers den Anforderungen an Art. 42 Abs. 2 BGG nicht genügten]; 135 III 259, E. 1.2 [=Pra 98 (2009) Nr. 87, in welchem das BGer zum Ausdruck bringt, dass es grundsätzlich bloss die geltend gemachten Rügen prüft, welche entsprechend Art. 42 Abs. 2 BGG vorgebracht werden müssen]; 135 III 513, E. 4.3 [nach welchem, entsprechend dem strikten Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG eine klare und detaillierte Darlegung verlangt, welche sich dazu äussert, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt sein sollen]; 135 III 663, E. 3.2.3 [3er BGE; Nichteintretensentscheid, da Art. 42 Abs. 2 BGG nicht entsprochen wurde]; 135 III 666, E. 3.2.3 [Nichteintretensentscheid, da die Beschwerde nicht hinreichend begründet wurde]; 135 III 670, E. 1.5 [allerdings wurde nicht näher auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG eingegangen und die Beschwerde im Übrigen gutgeheissen]. In Prozenten ausgedrückt, äussern sich deren 7.14% ($\approx 7\%$) zur Frage der Anforderungen an die Beschwerde und an die Rügeobliegenheit sowie der Rechtsanwendungskognition des BGer. Daneben wurde die Frage der Rügeobliegenheit auch in den Jahren 2008 (134; BGE 134 III 88, E. 4 [zum HEntfÜ]; 134 III 186, E. 5 [mit Hinweisen zu Art. 106 Abs. 2 BGG]) und 2007 (133; BGE 133 III 350, E. 1.3 [mit kurzen Ausführungen zu Art. 42 Abs. 1 und 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG]; 133 III 393, E. 6 [mit Verweis auf die Praxis, welche unter dem Regime des OG – sprich Art. 90 Abs. 1 lit. b OG – galt]; 133 III 350, E. 1.3 [mit kurzen Ausführungen zu Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG]; 133 III 439, E. 3.2 [mit kurzen Ausführungen zu Art. 106 Abs. 2 BGG, welcher qua Verweis in Art. 117 BGG ebenfalls bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde Anwendung findet]; 133 III 638, E. 2 [zum Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG]) thematisiert.

Aufgrund der Analyse der Urteile der 1. Priorität (S. 2 des Papiers Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege – Präzisierung zum Detailkonzept für die qualitative Analyse der Bundesgerichtsurteile vom 24. Juni 2010) kann damit festgehalten werden, dass sich das BGer im Jahr 2009 unter der Geltung des BGG rund **sieben-**

mal häufiger mit der Rechtsanwendungskognition unter Bezugnahme auf die Anforderungen an die Rügeobliegenheit auseinandersetzte – wenngleich zum Teil nur in ganz allgemeiner Weise – als im Jahr 2006 bei Anwendbarkeit des OG. Diese Erkenntnis lässt darauf schliessen, dass das BGer – entsprechend der gesetzgeberischen Überlegungen bezüglich der Entlastung des BGer (vgl. BBl 2001 4202, 4211) – darauf bedacht ist, Beschwerden unter den strengen formellen Erfordernissen zu filtern, bevor es seine Rechtsanwendungskognition – im Umfang der vorgebrachten Rügen – ausübt.

Auffallend ist überdies, dass in fünf der vorgenannten sieben Urteile des Jahres 2009 – welche sich zur Frage der Rügeobliegenheit äussern (BGE 135 III 220 [4A_497/2008]; 135 III 259 [4A_561/2008]; 135 III 513 [5A_34/2009]; 135 III 663 [5A_515/2009]; 135 III 666 [5A_134/2009]) – wegen formellen Ungenügens der Beschwerdeschrift (teilweise) nicht auf die Beschwerde eingetreten wurde. Dies entspricht **5.10% (≈ 5%)**. Demgegenüber wurde im Jahr 2006 lediglich in einem Entscheid aufgrund des formellen Ungenügens der Berufungsschrift auf die Berufung teilweise nicht eingetreten (BGE 132 III 414 [4C.363/2005]), was **1.02% (≈ 1%)** ausmacht.

Zur Entscheidungskognition:

Gegenstand der Analyse bildeten einzig die [teilweise] gutheissenden Urteile, wobei lediglich der Hauptpunkt berücksichtigt wurde. Es ergibt sich Folgendes:

- BGE 132 III 1 (5C.31/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 18 (5C.39/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 65 (4C.198/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 71 (4C.81/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 83 (4P.145/2005) → reformatorisches Urteil (Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz [i.c. Handelsgericht St. Gallen, Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 115 (4C.215/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 145 (5C.155/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 166 (4C.150/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);

- BGE 132 III 209 (5P.361/2005) → reformatorisches Urteil (Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 257 (4C.354/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 242 (4C.325/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 249 (4C.212/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 257 (4C.354/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 264 (5C.168/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 268 (4C.292/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 285 (4C.1/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 315 (5C.120/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 342 (4C.312/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 64 Abs. 1 OG);
- BGE 132 III 379 (4C.337/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 406 (4C.402/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 437 (5C.193/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 460 (4C.432/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 480 (5P.260/2005) → reformatorisches Urteil (Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz [i.c. Kantonsgericht Basel-Landschaft, Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 489 (5C.240/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 497 (5C.7/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 515 (5A.1/2006) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 532 (4A.6/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 579 (4C.329/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 586 (5P.122/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);

- BGE 132 III 593 (5C.43/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 598 (5C.62/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 603 (5A.27/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 620 (4C.149/2005) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 641 (5C.1/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 658 (5A.3/2006) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts [Art. 64 Abs. 1 OG]);
- BGE 132 III 689 (5C.10/2005) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 702 (4C.198/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 737 (4C.194/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 747 (4C.88/2006) → kassatorisches Urteil (Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung [Art. 114 Abs. 2 OG]);
- BGE 132 III 758 (4C.235/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 770 (4A.13/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG);
- BGE 132 III 778 (4C.210/2006) → reformatorisches Urteil (Art. 114 Abs. 2 OG).

Nach Analyse sämtlicher Urteilsformeln der publizierten BGEs des Jahres 2006 kann festgehalten werden, dass 16 kassatorische und 26 reformatorische Urteile gefällt wurden. In 42.85% (in absoluter Zahl: 42) der Entscheide hiess das BGer das Rechtsmittel (teilweise) gut. Es fällte – in Prozenten gemessen – **38.1% kassatorische** und **61.9% reformatorische** Urteile.

- BGE 135 III 1 (4A_299/2008) → reformatorisches Urteil (Art. 107 Abs. 2 BGG);
- BGE 135 III 14 (5A_284/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 28 (5A_672/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants);
- BGE 135 III 31 (5A_277/2008) → kassatorisches Urteil (Sache wird an die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen);
- BGE 135 III 80 (5A_215/2008) → kassatorisches Urteil (die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen);
- BGE 135 III 97 (5A_289/2008) → reformatorisches Urteil;

- BGE 135 III 121 (4A_318/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 127 (5A_20/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 145 (5A_188/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 153 (5A_25/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 158 (5A_210/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 171 (5A_131/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 193 (5A_372/2008) → kassatorisches Urteil (Sache wird zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an den Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises II Biel-Nidau zurückgewiesen);
- BGE 135 III 225 (4A_419/2008) → kassatorisches Urteil (zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen);
- BGE 135 III 232 (5A_545/2007) → kassatorisches Urteil (zur Behandlung der Weiterziehung der Einsprachen an die Vorinstanz zurückgewiesen);
- BGE 135 III 241 (5A_605/2008) → kassatorisches Urteil (zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen);
- BGE 135 III 253 (4A_519/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants);
- BGE 135 III 265 (5A_37/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 276 (5A_469/2007) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 289 (9C_557/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à l'autorité judiciaire de première instance pour qu'elle statue à nouveau en procédant conformément aux considérants);
- BGE 135 III 324 (5A_634/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à la cour cantonale pour instruction et nouvelle décision);
- BGE 135 III 345 (4A_43/2009) → reformatorisches Urteil
- BGE 135 III 349 (4A_552/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à l'autorité cantonale pour nouveau jugement dans le sens des considérants);
- BGE 135 III 359 (4A_566/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 370 (5A_852/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 389 (5A_840/2008) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 397 (4A_14/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 416 (4A_587/2008) → reformatorisches Urteil;

- BGE 135 III 424 (5A_556/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision);
- BGE 135 III 433 (4A_398/2007) → kassatorisches Urteil (zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen);
- BGE 135 III 483 (4A_401/2008) → kassatorisches Urteil (Il ricorso è accolto. Di conseguenza la sentenza emanata il 21 luglio 2008 dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino viene annullata e la causa rinviata per un giudizio nel merito della causa);
- BGE 135 III 496 (5A_32/2008) → kassatorisches Urteil (renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants);
- BGE 135 III 503 (5A_244/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 509 (5A_224/2009) → kassatorisches Urteil (die Sache wird zu neuer Entscheidung an der Vorinstanz zurückgewiesen);
- BGE 135 III 537 (4A_99/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 551 (5A_197/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 574 (5A_306/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 578 (5A_23/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 623 (5A_703/2007) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 640 (4A_354/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 648 (4A_250/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 656 (4A_447/2009) → reformatorisches Urteil;
- BGE 135 III 670 (5A_530/2008) → kassatorisches Urteil (die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen).

Die Analyse sämtlicher Urteilsformeln der publizierten BGEs des Jahres 2009 zeigt, dass 17 kassatorische und 26 reformatorische Urteile gefällt wurden. In 43.87% (in absoluten Zahlen: 43) der Entscheide wurde das Rechtsmittel vom BGer (teilweise) gutgeheissen. Es fällte – in Prozenten ausgedrückt – **39.5% kassatorische** und **60.5% reformatorische** Urteile. Somit kann gesagt werden, dass sich lediglich marginale Abweichungen zwischen 2006 und 2009 hinsichtlich der Entscheidfällungskognition ergeben haben. Im Übrigen lässt sich mit Blick auf die ratio legis des BGG (Entlastung des BGer) schwerlich sagen, dass kassatorische Urteile das BGer im Gegensatz zu re-

formatorischen Urteilen zu entlasten vermögen. So unterliegen beide „Urteilsarten“ den gleichen Begründungsanforderungen, und mit der Kassation geht zudem die Möglichkeit einher, dass sich das BGer neuerlich mit der gleichen Streitsache zu befassen hat.

3.3 Zusammenfassung

Für die Beantwortung der Frage A02 wurde die Kognition unter drei Aspekten betrachtet: Sachverhaltsermittlungskognition, Rechtsanwendungskognition und Rügeprinzip sowie Entscheidfällungskognition. Im Zusammenhang mit der *Sachverhaltsermittlungskognition* wird erkannt, dass sich die massgeblichsten Unterschiede zwischen der Rechtsprechung des BGer unter dem OG im Vergleich zum BGG vor dem Hintergrund der Regelungsunterschiede ergeben. Insbesondere Art. 64 Abs. 1, Art. 64 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 1 OG statteten das BGer mit einer tendenziell weitreichenderen Kognition in dieser Hinsicht aus. Dies widerspiegelt sich zumindest teilweise auch in der Rechtsprechung des Jahres 2006 (132), wonach das BGer die Sache zur Ergänzung an die Vorinstanz zurückwies (vgl. exemplarisch BGE 132 III 257, E. 6.3; 132 III 437, E. 6.3). Ferner fällt bei der Analyse auf, dass sich das BGer unter dem Regime des BGG in der Regel nur relativ kurz mit Fragen befasst, welche Tatsachenfeststellungen betreffen (exemplarisch BGE 132 III 598, E. 9.3 im Vergleich zu BGE 135 III 127, E. 1.5). Unter der schweizerischen ZPO, die bundesrechtliche Vorschriften zur Sachverhaltsermittlung enthält, könnte sich dies freilich ändern: Die Abgrenzung zwischen Rechts- und Sachverhaltsrüge dürfte für das BGer komplexer werden, zumal sich vorinstanzliche Fehler bei der Sachverhaltsermittlung in der Tendenz häufiger als Verletzung von Bundesrecht nach Art. 95 BGG darstellen können (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG).

Weit grössere Unterschiede lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit Blick auf *Rechtsanwendungskognition und Rügeprinzip* erkennen. Es wird festgestellt, dass sich das BGer unter der Geltung des BGG rund siebenmal mehr mit dem Rügeprinzip befasste, als unter der Geltung des OG. Ebenfalls erwähnenswert ist die Tatsache, dass das BGer wegen formellen Ungenügens der Beschwerdeschrift in sieben der untersuchten Urteilen (teilweise) nicht auf die Beschwerde eintrat (z.B. BGE 135 III 220 [4A_497/2008]). Insofern lässt sich erkennen, dass das BGer der ratio legis der Bundesrechtspflegerevi-

sion (vgl. BBl 2001 4202, 4211) entsprechend seine Rechtsanwendungskognition deutlich enger hält.

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass hinsichtlich der *Entscheidungsfällungskognition* keine Unterschiede zwischen der Rechtsprechung unter dem OG und dem BGG festgestellt werden.

Privatrecht – Fragestellung A03

1. Grundlagen

Fragestellung A03: Sind Unterschiede zur früheren Auslegung der Begriffe „Endentscheid“ und „Zwischenentscheid“ festzustellen?

2. Vorgehen

- Vorarbeiten: Erstellung einer Entscheidungssammlung sämtlicher BGEs der I. und II. zivilrechtlichen Abteilung für die Jahre 2006 (132) und 2009 (135). Durchsicht der BGEs der I. und II. zivilrechtlichen Abteilung des Jahres 2010 (136)
- Vorgehensweise: Sichtung des Materials und Vergleich der massgeblichen Bestimmungen des OG und des BGG
- Methodik: Vorher-/Nachher-Vergleich. Dieser Vergleich wurde unter Zugrundelegung der jeweils einander entsprechenden Normen des OG und BGG vorgenommen
- Analysierte Urteile: Es wurden BGEs analysiert, welche sich zu den einschlägigen Bestimmungen im OG bzw. BGG äussern. Die einzelnen BGEs zum OG sind: BGE 132 III 178; 132 III 747; 132 III 785 (Total 3 Urteile).
Die einzelnen BGEs zum BGG sind: BGE 135 III 127; 135 III 212; 135 III 283; 135 III 329; 135 III 430 (Total 5 Urteile).
- Grundgesamtheit: Urteile aus dem Jahr 2006 betreffend OG: 98 (95 5er-Urteile und 3 3er-Urteile) und Urteile aus dem Jahr 2009 betreffend BGG: 98 (86 5er-Urteile und 12 3er-Urteile).

3. Erkenntnisse

3.1 Vorbemerkungen

Summarische Analyse der massgeblichen Normen:

- *Art. 48 und Art. 84 f. OG / Art. 90 BGG* (Endentscheid): Art. 90 BGG ist im Gegensatz zu Art. 48 Abs. 1 kurz und prägnant formuliert;
- *Art. 91 BGG* (Teilentscheid): Im BGG wurde neu der Begriff des – dem OG noch unbekannten – „Teilentscheides“ aufgenommen. Allerdings liess bereits die Rechtsprechung des BGer aus Gründen der Prozessökonomie die Berufung

- und die staatsrechtliche Beschwerde auch gegen Teilurteile zu (im Zusammenhang mit der Berufung MÜNCH, in Geiser Thomas/Münch Peter (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., § 4 Rz. 4.28; im Zusammenhang mit der staatsrechtlichen Beschwerde WIPRÄCHTIGER, in Geiser Thomas/Münch Peter (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., § 6 Rz. 6.25,);
- *Art. 49 f. bzw. Art. 87 OG / Art. 92 f. BGG* (Vor- und Zwischenentscheid): Unter dem Regime des OG konnten selbständige Vor- und Zwischenentscheide, welche sich zur (sachlichen, örtlichen oder internationalen) Zuständigkeit äussern, ganz grundsätzlich mit Berufung angefochten werden. Demgegenüber konnten andere selbständige Vor- oder Zwischenentscheide nur ausnahmsweise mit Berufung angefochten werden, wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden konnte (Art. 50 Abs. 1 OG). Der staatsrechtlichen Beschwerde unterlagen schliesslich selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide, sofern sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken konnten (Art. 87 Abs. 2 OG). Die Regelung im BGG gestaltet sich in der Vergleichung zur Regelung im OG einheitlicher: Es kann gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren Beschwerde geführt werden (Art. 92 BGG). Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG; vgl. auch BGE 135 III 329, E. 1.2.1).

3.2 Zu den einzelnen Urteilen und zu den Entscheidarten

Zum Endentscheid: Zwei BGEs des Jahres 2006 (132) äussern sich zum Endentscheid i.S.v. Art. 48 OG. Ein solcher lag vor, wenn das kantonale Sachgericht über den im Streit stehenden Anspruch materiell zu entscheiden hatte oder dessen Beurteilung aus einem Grund abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass der gleiche Anspruch nochmals geltend gemacht werden konnte (BGE 132 III 178, E. 1.1; 132 III 747, E. 4.1.2). In BGE 132 III 178 befasste sich das BGer mit der Frage, ob ein Überweisungsbeschluss

einem Endentscheid gleichkomme oder nicht, was es im Ergebnis klar verneinte (E. 1.1). In BGE 132 III 747 wurde ein Urteil, welches sich mit einem Ausweisungsbegehren befasste, nicht als Endentscheid qualifiziert, weil sich das kantonale Gericht nicht mit den Voraussetzungen der Ausweisung auseinandersetzte, so dass es sich nicht um einen Sachentscheid handelte (E. 4.1.2). Besonderes sah das BGer hinsichtlich des Entscheides, welcher in einem Eheschutzverfahren ergangen war. So wurde dieser mit der Begründung, dass es sich dabei um einen in einem summarischen Verfahren mit Beweismittel- und Beweisstrengebeschränkungen ergangenen Entscheid mit lediglich provisorischem Charakter handle, nicht als Endentscheid qualifiziert. Diese seien erleichtert abänderbar und erwüchsen nicht in materielle Rechtskraft (BGE 127 III 474, E. 2).

Im Jahr 2009 (135) befasste sich das BGer in vier Entscheiden mit der Frage, ob ein Endentscheid vorliegt oder nicht. Auffallend ist, dass die Erwägungen hierzu relativ kurz ausfielen. So äusserte sich das BGer in BGE 135 III 127 nur im ersten Teilsatz dazu, was unter einem Endentscheid zu verstehen ist; dies zudem unter blosser Bezugnahme auf Art. 90 BGG, wonach es sich beim Endentscheid um einen das Verfahren abschliessenden Entscheid handelt (E. 1.3). Ebenfalls in BGE 135 III 212 äusserte sich das BGer in aller Kürze dazu, dass Endentscheide Entscheide sind, welche den Prozess beenden (E. 1.2). Dasselbe kann hinsichtlich BGE 135 III 238 gesagt werden (E. 2). In BGE 135 III 430 ging das BGer ohne Ausführungen davon aus, dass der der Entscheid über die Nachlassstundung ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG darstellt; gleichzeitig wird dieses Instrument als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 98 BGG qualifiziert (E. 1.1).

Nach Analyse der – nicht zahlreichen – BGEs aus den Jahren 2006 und 2009 fällt auf, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf die Frage, ob ein Endentscheid vorliegt oder nicht, wesentlich einfacher geworden ist. Dies hängt mit zwei Umständen zusammen. Vorab enthält der Gesetzeswortlaut von Art. 90 BGG im Gegensatz zu jenem nach Art. 48 Abs. 1 OG eine Legaldefinition. Die bundesgerichtliche Formel zum OG, wonach *das kantonale Sachgericht über den im Streit stehenden Anspruch materiell entschieden oder dessen Beurteilung aus einem Grund abgelehnt (haben musste), der es endgültig (verbot), dass der gleiche Anspruch nochmals geltend gemacht wird* (BGE 132 III

178, E. 1.1) erscheint vergleichsweise sperrig. Zudem wird der Begriff des Endentscheids nach BGG wesentlich grosszügiger ausgelegt als unter dem OG. Während der Endentscheid unter dem OG noch der materiellen Rechtskraft fähig sein musste, entfällt diese Voraussetzung unter dem BGG. Somit sind auch kantonale Prozessurteile nach Art. 90 BGG anfechtbar. Vor diesem Hintergrund handelt es sich denn etwa auch beim Eheschutzentscheid (BGE 133 III 393, E. 4) oder nach schwankender Rechtsprechung auch beim Arrest- bzw. Arresteinspracheentscheid (BGE 133 III 589, E. 1; BGer 11.2.2008 5D_112/2007 E. 1.1; BGer 28.11.2011 5A_614/2011 E. 1;) z.T. um Endentscheidungen nach BGG. Der Arrestentscheid schliesst allerdings das Verfahren nicht ab, da er zu seiner Aufrechterhaltung prosequiert werden muss (Art. 279 SchKG). Insofern ist eine Qualifikation als Endentscheid überschüssend. Mit der Einstufung einer bedeutenden Kategorie vorsorglicher Massnahmen wie dem Arrest als Endentscheid würde der Entlastungseffekt des BGG für das BGer in einem gewissen Mass in Frage gestellt.

Zum Teilentscheid: Wie oben festgehalten, wurde der Begriff „Teilentscheid“ neu ins Gesetz aufgenommen (Art. 91 BGG). Jedoch wurde auch darauf hingewiesen, dass der Teilentscheid bereits unter dem OG bekannt war und auch hiergegen Berufung geführt werden konnte. Allerdings wurde die Berufung gegen Teilentscheide lediglich unter gewissen Voraussetzungen zugelassen. So galt im Berufungsverfahren der Teilentscheid nämlich weder als Endentscheid noch als Vor- oder Zwischenentscheid (BGE 132 III 785, E. 2). Teilurteile waren mit Berufung nur selbständig anfechtbar, wenn die davon erfassten Begehren zum Gegenstand eines gesonderten Prozesses hätten gemacht werden können, und deren Beurteilung für den Entscheid über die verbleibenden Begehren präjudiziell war (vgl. statt vieler BGE 124 III 406, E. 1.a). Anders verhält es sich unter dem Geltungsbereich des BGG. Danach können Teilentscheide mit Beschwerde angefochten werden, falls im fraglichen Entscheid nur ein Teil der gestellten Begehren behandelt wurde und wenn dieses Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden kann oder durch den fraglichen Entscheid das Verfahren nur für einen Teil der Streitgenossen und Streitgenossinnen abgeschlossen wird (Art. 91 BGG). Im Unterschied zur früheren Rechtsprechung zu den Teilentscheiden ist die Voraussetzung der Präjudizwirkung weggefallen, weshalb die Beschwerdevoraussetzungen weniger hoch sind, als noch unter dem Regime des OG. In

BGE 135 III 212 zeigt das BGer darüber hinaus auf, dass ein Teilentscheid – im Unterschied zur Definition unter der Herrschaft des OG (hier oben) – lediglich eine Variante des Endentscheids ist (E. 1.2.1).

Zum Vor- und Zwischenentscheid: Zwei der total drei einschlägigen BGEs des Jahres 2006 befassen sich u.a. mit den Vor- und Zwischenentscheiden. Vier der fünf näher untersuchten BGEs aus dem Jahr 2009 äussern sich zum Vor- und Zwischenentscheid.

BGE 132 III 178 nimmt Bezug auf einen kantonalen Überweisungsentscheid, welcher im Ergebnis deshalb als Zwischenentscheid qualifiziert wurde, weil er sich zur örtlichen Zuständigkeit äusserte (vgl. auch Art. 49 Abs. 1 OG). In BGE 132 III 747 stellte das BGer fest, dass ein – unter Zuständigkeitsbestimmungen des Bundes begründeter – Nichteintretensentscheid gemäss Art. 49 OG angefochten werden kann, auch wenn er nicht zum definitiven Verlust des materiellen Rechts führt.

In BGE 135 III 127 wird entschieden, dass ein Sistierungsbeschluss einen Zwischenentscheid nach Art. 93 BGG darstellt, sofern er eine der in lit. a oder lit. b aufgeführten Voraussetzungen erfüllt. Das BGer zeigt in BGE 135 III 212 auf, dass Rückweisungsentscheide keine End-, sondern vielmehr Zwischenentscheide sind. BGE 135 III 238 äussert sich kurz zum Begriff des Zwischenentscheides, indem festgehalten wird, dass der Entscheid über die Rückerstattung der vorläufig entrichteten Unterhaltsbeiträge im Fall der Abweisung der Klage einen Zwischenentscheid darstellt. BGE 135 III 329 zeigt auf, dass das BGG die zurückhaltende Regelung des OG bezüglich Beschwerden gegen Vor- und Zwischenentscheide ins BGG übernommen hat. Im Ergebnis wird festgehalten, dass ein in einem Zwischenentscheid enthaltener Punkt über die Frage der Kosten- und Entschädigungsfolgen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken und demnach auch nicht als anfechtbarer Zwischenentscheid qualifiziert werden kann.

In Bezug auf die Voraussetzungen für den Vor- und Zwischenentscheid sind damit keine tiefgreifenden Neuerungen ersichtlich. BGE 135 III 329 verweist sogar ausdrücklich auf den Umstand, dass die restriktive Regelung des OG im Wesentlichen auch unter dem BGG gelte (E. 1.2.2).

3.3 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung zur Frage, ob ein *Endentscheid* vorliegt oder nicht, ein Mehr an Klarheit und Verständlichkeit bringt. Dies hängt nicht nur mit der Legaldefinition zusammen, sondern auch mit der grosszügigeren materiellen Umschreibung des „Endentscheids“. Das führt zu einem verbesserten Rechtsschutz und zu einfacherer Rechtsanwendung. Würde der Arrest aber zukünftig als Endentscheid qualifiziert, so wäre eine diesbezügliche Praxis des BGer allerdings überschüssend.

Auch im Zusammenhang mit dem *Teilentscheid* ergibt sich Neues. Der Begriff des „Teilentscheides“ wurde unmittelbar in den Gesetzestext aufgenommen und es wird keine Präjudizwirkung hinsichtlich der übrigen nicht behandelten Rechtsbegehren (als Voraussetzung zur Anfechtung von Teilentscheiden [statt vieler BGE 124 III 406, E. 1.a]) mehr verlangt. Die Anforderungen an eine Beschwerde gegen einen Teilentscheid sind unter dem BGG demzufolge niedriger.

Was die *Vor- und Zwischenentscheide* betrifft, so bleibt die Tatsache bedeutsam, dass gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ausserhalb des Zuständigkeits- und Ausstandsbereichs unter den alternativen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG Beschwerde geführt werden kann. Demgegenüber konnte unter dem OG die Berufung gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide lediglich unter der Bedingung ergriffen werden, dass dadurch sofort ein Endentscheid und so ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden konnte. Dies entsprach also im Grossen und Ganzen der Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG. Gleichzeitig konnten selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide mittels staatsrechtlicher Beschwerde bloss unter der Voraussetzung angefochten werden, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohte, was mit der heutigen Regelung in Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG übereinstimmt. Vor dem Hintergrund der Einheitsbeschwerde erscheint die heutige Regelung weniger komplex und gleichzeitig etwas weniger restriktiv als diejenige des OG. Tiefgreifende Änderungen sind jedoch nicht auszumachen, das BGer bezieht sich denn auch heute noch ausdrücklich auf die Normierung unter dem OG.

Privatrecht – Fragestellung A08

1. Grundlagen

Fragestellung A08: Lässt sich ein Unterschied in der Begründungsdichte (insbesondere bezüglich Qualität und Nachvollziehbarkeit) von Grundsatzzurteilen vor und nach der Reform feststellen?

2. Vorgehen

Vorarbeiten: Erstellung einer Entscheidsammlung sämtlicher publizierter BGEs der I. und II. zivilrechtlichen Abteilung, welche sich zur Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG äussern. Daneben wurden ausgewählte BGEs, welche den Begriff des „besonders bedeutenden Falles“ nach Art. 84 BGG betreffen, miteinbezogen

Vorgehensweise: Sichtung des Materials und Behandlung der Frage, ob die Schaffung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung als Ausnahme von den Streitwertgrenzen die Belastung des BGer und die Einfachheit der Verfahren beeinflusst

Methodik: Ist-Analyse

Analysierte Urteile: Es wurden BGEs analysiert, welche sich zur Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung äussern
Die einzelnen BGEs sind (chronologisch aufgelistet): BGE 133 III 439; 133 III 490; 133 III 493; 133 III 645; 134 III 115; 134 III 237; 134 III 267; 134 III 354; 135 III 1; 135 III 397; 136 II 489 (Total 11 Urteile).

Grundgesamtheit: Urteile aus dem Jahr 2007: 97; Urteile aus dem Jahr 2008: 103; Urteile aus dem Jahr 2009: 98; Urteile aus dem Jahr 2010: 94. Das Gesamttotal liegt bei 392.

3. Erkenntnisse

3.1 Vorbemerkungen

Bundesgerichtliche Formeln zur Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG und zum besonders bedeutenden Fall nach Art. 84 BGG:

- „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG): Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dann von einer Rechtsfrage von

grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG zu sprechen, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen. Dabei kann selbst eine vom BGer bereits entschiedene Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sein, wenn sich die erneute Überprüfung aufdrängt. Dies kann zutreffen, wenn die Rechtsprechung nicht einheitlich oder in der massgebenden Lehre auf erhebliche Kritik gestossen ist (u.a. BGE 134 III 354, E. 1.3; 135 III 1, E. 1.3). Das BGer gibt des Weiteren zu beachten, dass es sich beim Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handle (BGE 133 III 493, E. 1.1), der restriktiv auszulegen sei (BGE 134 III 115, E. 1.2) und darüber hinaus entsprechend Art. 42 Abs. 2 BGG zu begründen ist (BGE 133 III 439, E. 2.2.2.1; 135 III 1, E. 1.3);

- „*Besonders bedeutender Fall*“ (Art. 84 BGG): Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dann von einem besonders bedeutenden Fall i.S.v. Art. 84 BGG auszugehen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Ausland elementare Verfahrensgrundsätze verletzt oder andere schwere Mängel aufweist. Das BGer kann u.a. auch dann zum Einschreiten veranlasst werden, wenn es darum geht, eine Rechtsfrage von besonderer Bedeutung zu entscheiden oder wenn die Vorinstanz von einer bis anhin verfolgten Rechtsprechung abgewichen ist (BGE 133 IV 215, E. 1.2). Ferner kann ein bedeutender Fall auch vorliegen, wenn sich eine rechtliche Grundsatzfrage stellt (BGE 136 IV 20, E. 1.2; 133 IV 215, E. 1.2, welcher den Begriff der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ [„une question juridique de principe justifiant“] bemüht).

3.2 Zu den einzelnen Urteilen, zur Erkennbarkeit der Linie, zum Definitions- sowie Begründungsaufwand und zur Frage, ob das BGer entlastet wird

Erkennbarkeit einer Linie: Nach Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt sich die BGer-Formel aus folgenden Komponenten zusammen:

- restriktive Auslegung des Begriffs „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“;
- allgemeines Interesse, dass eine Frage höchstrichterlich geklärt wird;

- Verwirklichung einer einheitlichen Anwendung und Auslegung des Bundesrechts;
- Herstellung der Rechtssicherheit.

Das BGer hat diese Grundsätze mit Kriterien konkretisiert, welche für die Bejahung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sprechen, und dabei Fallgruppen gebildet. So wird zunächst dann von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gesprochen, wenn die *kantonalen Rechtsprechungen gegensätzliche Wege* einschlagen haben (BGE 134 III 115, E. 1.2), die Praxis also uneinheitlich ist. In BGE 134 III 354 weist das BGer darauf hin, dass auch dann von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu sprechen ist, wenn seine (eigene) *Rechtsprechung nicht einheitlich* ist (BGE 134 III 354, E. 1.3). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt gemäss BGer zudem dann vor, falls die Wahrscheinlichkeit, dass die in Frage stehende Rechtsfrage dem BGer je einmal unterbreitet werden kann, infolge der *Streitwertgrenze als äusserst gering einzuschätzen* ist (BGE 134 III 267, E. 1.2.3; 134 III 115, E. 1.2; 135 III 397, E. 1.2). Daneben gibt das BGer in BGE 133 III 645 sowie in BGE 135 III 397 zu erkennen, dass ebenso von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auszugehen ist, wenn die ergangene Rechtsprechung in der *massgebenden Lehre auf erhebliche Kritik stiess*. Ferner können zwischenzeitliche *Änderungen eines Gesetzes* (in casu das BVG) dazu führen, dass eine bereits entschiedene Rechtsfrage einer erneuten Prüfung unter Berücksichtigung der neuen Gesetzgebung unterzogen wird (BGE 134 III 115, E. 1.2). Für den Fall, dass sich die *Rechtslage seit längerer Zeit im Umbruch befindet* – v.a. auch mit Blick auf eine Gesetzesrevision (in casu Revision des VVG) –, kann schliesslich gleichsam eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegen (BGE 135 III 1, E. 1.3.1). Nach der summarischen Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt sich, dass folgende Fallgruppen für das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gebildet werden können:

- gegensätzliche kantonale Praxen bei vom BGer noch nicht entschiedener Rechtsfrage;
- uneinheitliche bundesgerichtliche Rechtsprechung;
- geringe Wahrscheinlichkeit, dass die Rechtsfrage dem BGer – angesichts der Streitwertgrenze – je einmal unterbreitet werden kann;

- erhebliche Kritik hinsichtlich der bereits bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Lehre;
- bereits vom BGer beantwortete Frage und zwischenzeitliche Gesetzesänderung;
- sich im Umbruch befindliche Rechtslage bei bereits bestehender Rechtsprechung des BGer.

Definitions- sowie Begründungsaufwand: Zur Ermittlung des Definitions- und Begründungsaufwands des BGer wurden einerseits die massgeblichen Erwägungen, welche sich lediglich in rechtlicher Hinsicht zur Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung äussern (Definitionsaufwand), und andererseits die massgeblichen Erwägungen, welche sich zur Subsumtion unter den Tatbestand äussern (Begründungsaufwand), betrachtet. Dabei wurden nur die einschlägigen Textpassagen („Nettotext“) in den Urteilen (ohne die jeweiligen Ausführungen in den Klammern, wie z.B. Hinweise auf die Literatur, andere BGEs oder Gesetzesbestimmungen) in die Untersuchung einbezogen. Im Übrigen wurden bei französischen Urteilen immer die deutschen Übersetzungen in der „Praxis“ der Untersuchung zugrunde gelegt. Im Rahmen der Analyse des Begründungsaufwands wurde zum einen der *quantitative Begründungsaufwand* und zum anderen der *qualitative Begründungsaufwand* in Betracht gezogen. Zur Bemessung des qualitativen Begründungsaufwands wird auf die Kriterien für die Frage A01 und hier insbesondere auf die Präzision, die Nachvollziehbarkeit, die Widerspruchsfreiheit und die Verständlichkeit abgestellt (vgl. Papier „Präzisierung zum Detailkonzept für die qualitative Analyse der Bundesgerichtsurteile vom 24. Juni 2010“, S. 3 oben). Demgegenüber bildeten bei der Analyse des Definitionsaufwandes allein quantitative Gesichtspunkte Gegenstand der Untersuchung.

Zum Definitionsaufwand: Das BGer bedient sich zur Umschreibung, wann eine Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, einer eingängigen Formel (vgl. oben). Was den Definitionsaufwand bezüglich des unbestimmten Gesetzesbegriffs „*Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung*“ betrifft, so ist zunächst zu vermerken, dass die massgebliche BGer-Formel – gemessen an dem neueren BGE 135 III 1 (dieses Urteil beinhaltet sämtliche Elemente der oben aufgeführten BGer-Formel) – aus 210 Wörtern besteht. Im Vergleich dazu ist der Definitionsaufwand hinsichtlich der bundesgerichtlichen

Formel für den unbestimmten Gesetzesbegriff des „*besonders bedeutenden Falles*“ – gemessen am einschlägigsten und am häufigsten zitierten Urteil BGE 133 IV 215 – mit lediglich 76 Wörtern wesentlich geringer. Dass der Definitionsaufwand im Falle von Art. 84 BGG geringer ausfällt als bei Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG lässt sich nicht zuletzt damit erklären, dass das Gesetz in Abs. 2 von Art. 84 BGG selber bereits gewisse Anhaltspunkte zur Konkretisierung liefert. Dennoch kann der Definitionsaufwand insgesamt als hoch gewertet werden, zumal andere unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa das „*schutzwürdige Interesse*“ (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG, welches der Berufung unter dem OG noch nicht bekannt war, so BGE 133 III 421, E. 1.1) weit kürzer und prägnanter definiert werden (der massgebliche Erwägungsabschnitt in BGE 133 III 421, E. 1.1 weist nur rund 35 Wörter auf) als die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

Zum quantitativen Begründungsaufwand: In mehreren Urteilen (BGE 133 III 439, E. 2.2.2.1; 133 III 645, E. 2.4; 134 III 354, E. 1.3; 135 III 1, E. 1.3 in fine; 135 III 397, E. 1.2; 136 II 489, E. 2.6) bringt das BGer zum Ausdruck, dass es sich lediglich dann mit der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auseinandersetzt, falls dies in der Beschwerdeschrift i.S.v. Art. 42 Abs. 2 BGG entsprechend ausgeführt worden ist (beachte aber auch die Bemerkungen unten). Fehlt eine Begründung, so fasst sich das BGer kurz und tritt in der Folge nicht auf die Beschwerde ein (u.a. 57 Wörter in BGE 133 III 439, E. 2.2.2.1; 38 Wörter in BGE 134 III 237, E. 1.2 in fine; 18 Wörter in BGE 136 II 489, E. 2.6). Begründet der Beschwerdeführer in der Beschwerde, dass seiner Ansicht nach eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt und gelangt das BGer zum Schluss, dass dies nicht der Fall ist, so ergibt sich hinsichtlich des quantitativen Begründungsaufwands Folgendes: 178 Wörter in BGE 133 III 493, E. 1.2. Schliesslich wird in sechs BGEs das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bejaht. Der Begründungsaufwand präsentiert sich in quantitativer Hinsicht wie folgt: 152 Wörter in BGE 133 III 645, E. 2.4; 229 Wörter in BGE 134 III 115, E. 1.2; 143 Wörter in BGE 134 III 267, E. 1.2.3; 84 Wörter in BGE 134 III 354, E. 1.5; 278 Wörter in BGE 135 III 1, E. 1.3.1; 149 Wörter in BGE 135 III 397, E. 1.2.

Was den quantitativen Begründungsaufwand angeht, so bleibt derselbe solange klein, als die Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht erfüllt sind. Kommt ein Beschwerdeführer dagegen der Begründungsobliegenheit nach, so löst dies einen

höheren Begründungsaufwand des BGer aus. Ob dieser nun als hoch gewertet werden muss, ergibt sich aufgrund des Verhältnisses zwischen dem Begründungsaufwand hinsichtlich der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in Bezug auf den Gesamtaufwand – gemessen an sämtlichen Wörtern im fraglichen Urteil einschliesslich der unpublizierten Erwägungen (ohne Sachverhalt und Dispositiv). Es wurden lediglich die deutschsprachigen BGEs in diese Analyse miteinbezogen, welche im Ergebnis die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bejahten.

BGE 133 III 645 (4A_237/2007) weist gesamthaft 2'658 Wörter auf. BGE 134 III 267 (5A_234/2007) beinhaltet gesamthaft 1'474 Wörter. In BGE 134 III 354 (4A_47/2008) liegt der Gesamtbegründungsaufwand bei gesamthaft 1'614 Wörtern. Schliesslich lag der Gesamtbegründungsaufwand in BGE 135 III 1 (4A_299/2008) bei gesamthaft 2'808 Wörtern. Insofern zeigt sich, dass die Eintretensvoraussetzung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung einen relativ geringen Anteil am quantitativen Gesamtbegründungsaufwand ausmacht. Wie signifikant diese Erkenntnisse sind, sei dahingestellt. Ungeachtet dieser Frage zeigt sich doch, dass in Entscheiden, bei welchen die Streitwertgrenze eindeutig erreicht worden ist, der Begründungsaufwand sehr gering ist (z.B. BGE 135 III 670, E. 1.2 [5A_530/2008 mit gesamthaft 2'187 Wörtern], in welchem sich das BGer in einem Satz [„In der vorliegenden vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Streitwertgrenze offensichtlich erreicht und die Beschwerdeführerin ohne weiteres beschwerdeberechtigt“] mit nur 16 Wörtern zur Eintretensfrage äussert).

Schliesslich seien diese Zahlen mit jenen des quantitativen Begründungsaufwands beim besonders bedeutenden Fall nach Art. 84 BGG verglichen. Es soll im Rahmen dieses Vergleichs genügen, zwei BGEs näher zu betrachten, nämlich BGE 134 IV 156 (1C_205/2007 mit gesamthaft 6'733 Wörtern) und BGE 136 IV 20 (1C_381/2009 mit gesamthaft 1'950 Wörtern). Der quantitative Begründungsaufwand des besonders bedeutenden Falles bei BGE 134 IV 156 liegt bei 278 Wörtern. Bei BGE 136 IV 20 (1C_381/2009 mit gesamthaft 1'950 Wörtern) liegt der quantitative Begründungsaufwand bei 65 Wörtern. Im Ergebnis kann gesagt werden, dass in beiden Fällen das BGer doch einen erheblich höheren Begründungsaufwand hat als in den zivilrechtlichen Fällen, in denen die Streitwertgrenze klar übertroffen wird.

Zum qualitativen Begründungsaufwand:

In BGE 133 III 493 (deutsche Übersetzung in der Praxis = Pra 97 (2008) Nr. 30) stellte sich die Rechtsfrage, welchen Anforderungen die besondere Vereinbarung gemäss Art. 257a Abs. 2 OR („Der Mieter muss die Nebenkosten nur bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat“) zu genügen hat. Das BGer verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass es zu dieser Rechtsfrage eine reichhaltige Rechtsprechung gebe. Ferner könne dieser bestimmte Fall in der Praxis wiederholt vorkommen, womit im Ergebnis keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliege. Diese Erwägung ist präzise, verständlich und widerspruchsfrei. Die Aussage „dieser bestimmte Fall könne in der Praxis immer wieder vorkommen“, ist indessen *nicht ganz nachvollziehbar*; liegt es doch auf der Hand, dass an sich jeder Fall – zumindest abstrakt betrachtet – wieder vorkommen kann.

In BGE 133 III 645 stellte sich die Rechtsfrage, ob bei Aberkennungsklagen betreffend Mietangelegenheiten erstinstanzlich auch die Schlichtungsstelle für Mietsachen anzurufen ist oder nicht. Das BGer stellte fest, dass sowohl die Meinungen in der Lehre als auch die Praxis in den Kantonen geteilt seien. Zudem gab es an, dass ein allgemeines Interesse bestehe, dass diese sich oftmals stellende Zuständigkeitsfrage, welche das BGer mit freier Kognition prüfen könne, höchststrichterlich geklärt werde, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen. Ferner sprach das BGer davon, dass namentlich bei Fragen der Zuständigkeit ein besonderes Bedürfnis nach einer baldigen Klärung bestehe. Diese Begründung ist präzise, verständlich, nachvollziehbar und widerspruchsfrei.

In BGE 134 III 115 (deutsche Übersetzung in der Praxis = Pra 97 (2008) Nr. 106) stellte sich die Rechtsfrage, ob eine Auffangeinrichtung des BVG einen Entscheid fällen und den vom Arbeitgeber gegen die Bezahlung der Beiträge gerichtete Betreibung erhobenen Rechtsvorschlag beseitigen kann. Das BGer bejahte das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit der Begründung, dass das BVG – in der bereits durch das BGer entschiedenen Frage – zwischenzeitlich eine Revision erfahren habe und sich deshalb eine erneute Überprüfung im Lichte dieser neuen Gesetzesbestimmung aufdränge. Dies sei umso mehr der Fall, als in der kantonalen Praxis gegensätzliche Wege eingeschlagen worden seien. Darüber hinaus sei auch das praktische Bedürfnis evident, da sie das Betreibungsverfahren in den die Massenverwaltung betreffenden Angelegenheiten festlegen müsse. Schliesslich sei auch deshalb von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auszugehen, weil die Auffangeinrichtung

gen nicht zuwarten könnten, bis die durch einen einzelnen Arbeitgeber nicht bezahlten Beiträge die Streitwertgrenze von CHF 30'000.00 erreicht hätten. Diese Erwägung des BGer ist wiederum präzise, verständlich und widerspruchsfrei. Was die Nachvollziehbarkeit betrifft, so ergibt sich allerdings eine Einschränkung, was letztere Begründung des Zuwartens betrifft. Zwar ist einzuräumen, dass das Kriterium der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auch vor dem Hintergrund zu beurteilen ist, dass das BGer eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts und damit vermehrte Rechtssicherheit zu gewährleisten hat. Die Begründung des BGer steht indessen in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Hintergrund, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung unabhängig vom Streitwert zu qualifizieren sind. Art. 191 Abs. 2 BV lässt eine Streitwertgrenze nur in Fällen zu, in welchen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Frage, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, regelmässig *unbesehen von Überlegungen betreffend den Streitwert* zu beantworten wäre. Dies entspräche auch einem begrifflichen Verständnis, wonach eine Rechtsfrage allein wegen eines strukturell bedingt niedrigen Streitwerts nicht notwendigerweise an Wichtigkeit gewinnt. Das BGer dürfte aber auch umgekehrt die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage nicht mit der Begründung ablehnen, dass zu erwarten sei, dass sich die Rechtsfrage demnächst in einem späteren, die Streitwertgrenze erreichenden Fall stelle (RUDIN, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 74 BGG N 52). Die Unabhängigkeit der Grundsatzbeschwerde von der Beurteilung vom Streitwert ist insbesondere vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das BGer mit der Revision der Bundesrechtspflege zu entlasten ist (vgl. a.a.O., Art. 74 BGG N 31, N 34 f.). Die vorliegende Rechtsprechung zeigt hingegen, dass das BGer der Teleologie der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts gegenüber dem Entlastungszweck den Vorzug gegeben hat.

In BGE 134 III 267 stellte sich die Rechtsfrage, ob ein Mietvertrag im Falle der Rückgabe des Mietobjekts ohne Nennung eines zumutbaren Nachmieters einen Rechtsöffnungstitel darstellt oder nicht. Das BGer wies im fraglichen Entscheid darauf hin, dass diese Frage neu sei und bezüglich der Qualifikation des Mietvertrages als Rechtsöffnungstitel bei vorzeitiger Rückgabe der Mietsache unterschiedliche kantonale Praxen bestünden. Somit bestünde grundsätzlich ein allgemeines Interesse, dass diese sich in

der Praxis immer wieder stellende Frage vom BGer mit freier Kognition geklärt und damit im Interesse der Rechtssicherheit eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeigeführt werde. Ferner stützte sich das BGer wiederholt auf das Argument, dass der Streitwert kaum je einmal erreicht werde. Im Ergebnis wurde die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bejaht. Diese Erwägung des BGer ist abermals präzise, verständlich, nachvollziehbar und widerspruchsfrei. Die Nachvollziehbarkeit leidet wiederum lediglich in einem gewissen Mass darunter, dass sich das Streitwertargument an Art. 191 Abs. 2 BV reiben könnte (hierzu bereits vorstehend).

In BGE 134 III 354 stellte sich die Rechtsfrage, wie die Kündigungsfrist in Art. 336c Abs. 2 OR zu bestimmen ist. Das BGer bejahte das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit der Begründung, dass es selbst Anlass hierzu gegeben habe, weil es in BGE 131 III 467 angenommen habe, dass die Kündigungsfrist mit der Zustellung der Kündigung zu laufen begonnen habe; dies in Abweichung zur früheren Praxis, wonach die Kündigungsfrist anhand der Methode der Rückwärtsrechnung – im Falle der Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist – ermittelt werde. Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wurde mit der Begründung bejaht, dass die inkonstante Rechtsprechung des BGer auf kantonaler Ebene zu unterschiedlichen Entscheiden geführt habe und in der Lehre auf Kritik gestossen sei. Die Erwägung ist präzise, verständlich, nachvollziehbar (zumal das BGer selbst Anlass zur Rechtsunsicherheit gegeben hat) und widerspruchsfrei.

In BGE 135 III 1 stellte sich die Rechtsfrage, ob es der Grundsatz zulasse, dass der Versicherer das Risiko einer Vertragsänderung einseitig auf den Versicherungsnehmer abwälzen kann, ohne diesem ein Korrektiv in Form des Kündigungsrechts einzuräumen. Das BGer legte seiner Erwägung – in welcher eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung letztlich bejaht wurde – die Argumente der Beschwerdeführer zugrunde, ohne sich näher damit auseinanderzusetzen bzw. diese zu werten. Insbesondere ist der fraglichen Erwägung nicht zu entnehmen, aus welchem Grund letztlich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung angenommen wurde. Viel deutet darauf hin, dass das BGer sich vom Argument, dass die im Umbruch sich befindende Rechtslage im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen zu einer Unsicherheit geführt habe, hat leiten lassen, und zwar im Hinblick auf eine Revision des VVG. Die

Erwägung (E. 1.3.2.) lässt aber eine Auseinandersetzung mit den einzelnen, oben erwähnten Kriterien, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, vermissen; anstelle der Einordnung in eine Fallgruppe begnügt sich das BGer praktisch mit dem Hinweis, die Frage sei noch nie vom BGer entschieden worden. Damit sind Abstriche an Präzision, Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Begründung zu verzeichnen. Dies ist auch deshalb zu bedauern, weil das BGer vorliegend im Ergebnis die sich im Umbruch befindliche Rechtslage für die Bejahung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erstmals genügen lässt.

In BGE 135 III 397 stellte sich die Rechtsfrage, wer die Bestattungskosten zu tragen hat, falls eine Person Opfer eines Verkehrsunfalls geworden und dabei gestorben ist. Das BGer bejahte wiederum unter Berufung auf den Umstand, dass diese Rechtsfrage angesichts des geringen Streitwerts kaum je einmal dem BGer unterbreitet werden könne, die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Ferner gab das BGer an, dass die Lehre hinsichtlich dieser Frage gespalten und der Fall an sich nicht aussergewöhnlich sei. Diese Erwägung ist präzise, verständlich, und widerspruchsfrei, während bei der Nachvollziehbarkeit wiederum die stärkere Betonung der einheitlichen Auslegung gegenüber dem Entlastungszweck zu verzeichnen ist (vgl. hierzu auch oben).

Entlastung des BGer durch die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung als Eintretensvoraussetzung:

Ob die Streitwertgrenzen von Fr. 30'000.00 und Fr. 15'000.00 im Verein mit der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung das BGer im Vergleich mit dem OG wirklich *nachhaltig* entlasten, ist kaum anzunehmen. Die zivilrechtliche Berufung kannte zwar eine Streitwertgrenze von lediglich Fr. 8000.00. Allerdings übersteigt diese Streitwertgrenze –gemessen an deren Inkrafttreten per 01.01.1960 – infolge der über die Jahre erfolgten Geldentwertung insgesamt die heutigen Beträge. Der Entlastung durch die nominell erhöhte Streitwertgrenze wirkt zudem der Bereich der Grundsatzbeschwerden als neue Belastung des BGer gleichsam entgegen. Wendete das BGer die Rügeobliegenheit des Art. 42 Abs. 2 BGG strikte auf die vorliegende Eintretensvoraussetzung an, so könnte dies zwar bei unzureichend begründeten Grundsatzbeschwerden gewissermassen als Filter wirken. BGE 136 II 489 kann hingegen entnommen werden, dass sich das BGer in einem *obiter dictum* zur Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung äussert, obwohl keine entsprechende Rüge erhoben wird und einschlägige Ausführungen

rungen in der Beschwerdeschrift fehlen (E. 2.6). Damit kann nicht mit letzter Gewissheit gesagt werden, ob das BGer in gewissen Fällen, in denen eine Beschwerdeschrift dem Rügeprinzip an sich nicht genügt, das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dennoch *ex officio* prüfen wird. Der Entlastungseffekt wäre damit in Frage gestellt. Immerhin lässt sich an einigen unpublizierten Entscheiden aufzeigen, dass das BGer die Erwägungen der vorliegenden Nichteintretensentscheide in aller Regel sehr kurz hält (exemplarisch BGer v. 20.05.2008, 4A_150/2008, E. 2.2; BGer v. 13.02.2009, 5A_608/2007, E. 2; BGer v. 06.08.2009, 5A_424/2009, E. 2.3), woraus ein Entlastungseffekt des neuen Rechts abgeleitet werden kann.

3.3 Zusammenfassung

Das BGer lässt in seiner Rechtsprechung klare Linien erkennen. So hat sich einzelne, recht klar differenzierbare und geordnete Kriterien herausgebildet (restriktive Auslegung des Begriffs „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“; allgemeines Interesse, dass eine Frage höchststrichterlich geklärt wird; Verwirklichung einer einheitlichen Anwendung und Auslegung des Bundesrechts; Herstellung der Rechtssicherheit). Darüber hinaus lassen sich aus der Rechtsprechung des BGer Fallgruppen bilden, welche die Vorausehbarkeit der Rechtsprechung für die Rechtssuchenden wesentlich erleichtern (gegensätzliche kantonale Praxen; geringe Wahrscheinlichkeit, dass die Rechtsfrage dem BGer – angesichts der Streitwertgrenze – je einmal unterbreitet werden kann; uneinheitliche bundesgerichtliche Rechtsprechung; erhebliche Kritik hinsichtlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der massgeblichen Lehre; bereits beantwortete Frage und zwischenzeitliche Gesetzesänderung; sich im Umbruch befindliche Rechtslage). So hat im Lauf der Zeit eine hilfreiche Konkretisierung der BGer-Formel stattgefunden.

Der quantitative Begründungsaufwand ist gemessen am Gesamtaufwand in den untersuchten Entscheiden nicht sonderlich hoch, übersteigt jedoch deutlich denjenigen der Entscheidungen, bei welchen die Streitwertgrenze von CHF 30'000.00 erreicht wird. In qualitativer Hinsicht lässt sich feststellen, dass sich das BGer in den meisten Fällen stringent, präzise, verständlich und widerspruchsfrei mit der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auseinandersetzt. Lediglich der Gesichtspunkt, wonach wegen des üblicherweise geringen Streitwerts ein gleichgearteter Fall nur selten wird

behandelt werden können, steht in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu, dass die Frage der Grundsätzlichkeit einer Rechtsfrage an sich losgelöst vom Streitwert zu beantworten wäre. Der Vollständigkeit halber kann gesagt werden, dass sich bei Betrachtung des Begriffs des besonders bedeutenden Falles nach Art. 84 BGG keine wesentlichen Unterschiede ergeben. In gewissen Zusammenhängen werden die Begriffe – „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ und „besonders bedeutender Fall“ – sogar gleich verstanden.

Was schliesslich die Frage der Entlastung des BGer durch die Eintretensvoraussetzung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betrifft, lässt sich festhalten, dass die Nichteintretensentscheide (Verneinung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) jeweils nur eine kurze Begründung aufweisen. Deshalb und vor dem Hintergrund der gegenüber dem OG nominell wesentlich höheren Streitwertgrenzen (jedoch mit den oben genannten Relativierungen) ist im Ergebnis von einer signifikanten Entlastung des BGer auszugehen.

7. November 2011