Der Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts

Autor(en): **Rehberg, Jörg**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **94 (1975)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896238

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

JÖRG REHBERG

Der Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts

In den von kantonalen Gerichten zu beurteilenden Bundesstrafsachen ist gemäß Art. 268 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP) gegen die nicht durch ein kantonales Rechtsmittel wegen Verletzung eidgenössischen Rechtes anfechtbaren Urteile, gegen Einstellungsbeschlüsse letzter Instanz und gegen die nicht an die Gerichte weiterziehbaren Straferkenntnisse der Verwaltungsbehörden die *Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes*[1] zulässig. Dieses im Dritten Teil, Abschnitt V, des BStP[2] geregelte außerordentliche und kassatorische Rechtsmittel gegen rechtskräftige kantonale Entscheide hat mit der Vereinheitlichung des gemeinen Strafrechts innerhalb der Tätigkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes große Bedeutung erlangt. Dessen Zentenarium soll uns daher Anlaß zum

[1] Vgl. dazu allgemein C. BONNARD, Les rapports entre le pourvoi en nullité et les moyens de droit cantonal, ZStrR 74, 1959, S. 185ff.; J. BOURGKNECHT, Le recours au Tribunal fédéral en matière pénale, après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse, ZSR 60, 1941, S. 1aff.; G. LEUCH, Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes gegen Entscheidungen der kantonalen Gerichte, ZStrR 57, 1943, S. 1ff.; E. RÜEGSEGGER, Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Entscheide in Strafsachen eidgenössischen Rechts, Diss. Zürich 1946; V. SCHWANDER, Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes im Verhältnis zu den kantonalen Rechtsmitteln, ZStrR 74, 1959, S. 157ff.; M. WAIBLINGER, Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches, ZSR 60, 1941, S. 117aff.

[2] In der Fassung vom 16. Dezember 1943, in Kraft seit 1. Januar 1945; die entsprechenden Bestimmungen hatten indessen großenteils schon vorher aufgrund des Bundesbeschlusses vom 11. Dezember 1941 betreffend vorläufige Änderungen in der Organisation der Bundesrechtspflege Gültigkeit gehabt.

Versuch geben, die seit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Jahre 1942 veröffentlichte Judikatur des Kassationshofes zum *Anfechtungsgrund* der Nichtigkeitsbeschwerde zusammenfassend darzustellen.

Verfassungsrechtliche Grundlage des Rechtsmittels ist BV Art. 114, wonach die Bundesgesetzgebung u.a. die Befugnisse feststellt, welche dem Bundesgericht «nach Erlassung der im Art. 64 vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind». Die Nichtigkeitsbeschwerde dient dementsprechend der Wahrung der Rechtseinheit und bezweckt nur nebenher, individuellen Rechtsschutz zu gewähren[3]. Sie kann deshalb nach BStP Art. 269 Abs. 1 nur damit begründet werden, daß die angefochtene Entscheidung *eidgenössisches Recht verletze,* wobei indessen gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte vorbehalten bleibt. BStP Art. 277bis Abs. 1 verdeutlicht diesen einzigen Anfechtungsgrund dahin, daß der Kassationshof an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden ist und nur offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellungen von Amtes wegen berichtigt. Nach BStP Art. 273 Abs. 1 lit. b soll denn auch die Beschwerdeschrift kurz darlegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind; dagegen werden Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einreden, Bestreitungen und Beweismittel sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts für unzulässig erklärt.

Dieser gesetzlichen Regelung entsprechend hatte sich das Bundesgericht im wesentlichen mit drei Fragenkreisen zu befassen, die im folgenden näher betrachtet werden sollen:

- Welche Rechtssätze können mit der Beschwerde angerufen werden (unten I)?
- Unter welchen Voraussetzungen hat dieses Bundesrecht als verletzt zu gelten (unten II)?

[3] Dazu näher RÜEGSEGGER, a.a.O., S. 13ff.

– Wann liegt insbesondere eine daraufhin überprüfbare Rechtsfrage vor, wann hingegen eine den Kassationshof bindende tatsächliche Feststellung der kantonalen Behörde (unten III)?

I. «Eidgenössisches Recht» im Sinne von BStP Art. 269

1. Die Beschwerde läßt sich nicht auf Bestimmungen des kantonalen oder ausländischen Rechts stützen, hingegen auf *alle Bundesrechtssätze der Gesetzes- und Verordnungsstufe*. Dabei kann es sich außer einer ausdrücklichen Vorschrift auch um einen aus derartigen Normen folgenden *allgemeinen Rechtsgrundsatz* handeln[4]. Als solcher gilt etwa das Prinzip der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in fremde Rechtsgüter, welches nach der Praxis des Kassationshofes unabhängig von kantonalen Erlaubnissätzen gewahrt sein muß, damit eine Tat gemäß StGB Art. 32 als gerechtfertigt erscheint (BGE 94 IV 8 Erw. 2a; 99 IV 256 Erw. 2b). Zufolge ihrer staatsrechtlichen Verbindlichkeit stellen auch unmittelbar anwendbare rechtssetzende *Staatsverträge* Bundesrecht dar, so können mit der Nichtigkeitsbeschwerde insbesondere Bestimmungen von Auslieferungsverträgen angerufen werden (BGE 81 IV 290 und Entscheid des Kassationshofes vom 28.3.1969, RS 1971 Nr. 44; vgl. ferner BGE 87 IV 167 und 82 I 170). Das gleiche gilt für völkerrechtliche Grundsätze (BGE 90 IV 53 Erw. 1).

Entsprechend dem Wortlaut von BStP Art. 269 Abs. 1 kann sich diese Bestimmung auch nach der Zielsetzung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht auf das materielle und formelle *Straf*recht des Bundes beschränken. Die Tatbestandsmäßigkeit bestimmter Verhaltensweisen und damit auch ihre einheitliche Beurteilung hängt häufig davon ab, wie der Sachverhalt zivil- oder verwaltungsrechtlich zu würdigen ist. Wie der Kassationshof in BGE 76 IV 114 ausdrücklich feststellte, verbieten ihm weder das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG) noch der BStP, Rechtsfragen aus dem Erkenntnisgebiet des Zivilrichters vorfrageweise zu beurteilen. Die für die Staatsrechts-

[4] Vgl. WAIBLINGER, a.a.O., S. 141a; RÜEGSEGGER, a.a.O., S. 35.

pflege geltende Norm von OG Art. 96 Abs. 3, wonach die in der Hauptsache kompetente Bundesbehörde auch alle Vor- und Zwischenfragen zu erledigen hat, ist nach jenem Entscheid auch in der Strafrechtspflege entsprechend anzuwenden. Praktisch gesehen kommt der Prüfung *zivilrechtlicher Vorfragen* durch den Kassationshof, namentlich bei Vermögensdelikten, große Bedeutung zu[5].

Im Falle einer Verurteilung wegen der Mißachtung einer *verwaltungsrechtlichen Verfügung* hatte sich der Kassationshof früher auf den Standpunkt gestellt, der Strafrichter habe nicht zu untersuchen, ob jene Verfügung materiell richtig sei (BGE 71 IV 220; 73 IV 256 Erw. 2; 78 IV 219; 90 IV 81 Erw. 2). Nach seiner neuen Praxis ist eine derartige Verfügung nur noch dann der strafrichterlichen Prüfung entzogen, wenn ihre Rechtmäßigkeit bereits durch ein Verwaltungsgericht festgestellt worden ist. Wurde dieses Gericht nicht angerufen oder hat es noch nicht geurteilt, so ist der Strafrichter an die Verfügung nicht gebunden bei offensichtlicher Rechtsverletzung oder Ermessensmißbrauch. Freie Prüfungsbefugnis steht ihm zu, wenn keine Beschwerde an ein Verwaltungsgericht möglich ist (BGE 98 IV 107/11 Erw. 3, 266/67 Erw. 2; 99 IV 166 Erw. 2; vgl. auch BGE 100 IV 102 Erw. 3b).

2. Verhältnismäßig oft hatte sich der Kassationshof mit der Frage zu befassen, ob und inwieweit mit der Nichtigkeitsbeschwerde die Mißachtung bestimmter *strafprozessualer Regeln* gerügt werden kann. Wie er bereits in BGE 68 IV 156/57 aus dem Jahre 1942 ausdrücklich festhielt, ist die Beschwerde auch wegen Verletzung einer eidgenössischen Prozeßvorschrift zulässig, und zwar gleichgültig, ob sie sich gegen ein Haupturteil oder gegen einen Entscheid über eine bloß prozessuale Frage richtet und ob die An-

[5] Als Beispiele aus den letzten Jahren seien erwähnt: BGE 99 IV 143/44 Erw. 2b betreffend die Rechtsnatur eines Namenssparheftes (unter dem Gesichtspunkt der Sachentziehung); BGE 99 IV 203/05 Erw. 2a/b über die Frage, ob zwischen dem (der Veruntreuung geziehenen) Täter und der Geschädigten ein Vertrag zustandegekommen und welcher Art dieser sei; BGE 100 IV 157/58 Erw. 2 über den (für das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme einer fremden Sache bedeutsamen) Umfang des Grundeigentums.

wendung jener Prozeßvorschrift Hauptgegenstand des Entscheides sei oder ob von ihr bloß die Entscheidung einer Frage des kantonalen Rechts abhänge (vgl. auch BGE 73 IV 135). Im einzelnen hat das Bundesgericht unter diesem Gesichtspunkt die folgenden praktisch bedeutsamen Feststellungen getroffen:

a) Wie sich aus StGB Art. 3ff. ergibt, kann dem Kassationshof die Frage unterbreitet werden, ob der Schweiz *Gerichtsbarkeit* zur Verfolgung einer bestimmten Straftat und eines bestimmten Straftäters zustehe (BGE 82 IV 67/69 Erw. 1 und 2; vgl. auch BGE 81 IV 290 Erw. 1). Hingegen läßt sich die Beschwerde nicht auf die Bestimmungen über die *örtliche Zuständigkeit* von StGB Art. 346ff. stützen. Nach der durch BGE 73 IV 56/57 begründeten und letztmals in BGE 91 IV 109 Erw. 1 bestätigten Praxis der Anklagekammer, welche derjenigen des Kassationshofes entspricht (vgl. BGE 76 IV 114 Erw. 2 und 91 IV 52/53), geht BStP Art. 264 als Sonderbestimmung dem Art. 268 vor und gilt für alle Streitigkeiten, die sich in Strafsachen eidgenössischen Rechts auf die Frage des interkantonalen Gerichtsstandes beziehen. Will der Angeschuldigte die Zuständigkeit eines bestimmten Kantons bestreiten, so hat er demnach die Anklagekammer des Bundesgerichtes im Verfahren nach BStP Art. 264 anzurufen, und zwar bevor ein Sachurteil gefällt ist (BGE 70 IV 94).

b) Das eidgenössische Recht verlangt nicht, daß alle einem Beschuldigten *gleichzeitig vorgeworfenen Straftaten* durch den gleichen Richter zu beurteilen wären. Eine derartige Regel ergibt sich, wie das Bundesgericht zutreffend festgestellt hat (BGE 97 IV 55/56 Erw. 2 und dort zitierte frühere Entscheide), weder aus StGB Art. 68 noch aus StGB Art. 350. Die Frage, ob in solchen Fällen mehrere Strafverfahren getrennt durchzuführen oder zu vereinigen sind, entscheidet sich daher nach kantonalem Prozeßrecht und kann dem Kassationshof nicht unterbreitet werden.

c) Auf dem Gebiete des *Strafantragsrechtes* (StGB Art. 28–31) ergibt sich aus dem Bundesrecht nur, welchen Inhalt die entsprechenden Erklärungen haben müssen[6], wer sie abzugeben befugt

[6] Vgl. z.B. BGE 90 IV 170 Erw. 1; 92 IV 75.

ist[7] und innert welcher Frist dies zu geschehen hat[8]. Dagegen bestimmt das kantonale Recht, in welcher Form und bei welcher Behörde diese Erklärungen anzubringen sind (BGE 80 IV 145/47 und dort zitierte frühere Entscheide; 86 IV 225; 89 IV 58 Erw. 3)[9]. Diese Fragen können daher in einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht aufgeworfen werden. Nach der Auffassung des Kassationshofes entscheidet sich auch nach kantonalem Recht, ob der rechtzeitig bei einer unzuständigen Behörde gestellte, aber erst nach Ablauf der Frist an die zuständige Behörde weitergeleitete Strafantrag gültig sei (BGE 98 IV 248 Erw. 2 und dort zitierte frühere Entscheide).

d) Nach StGB Art. 13 in der ursprünglichen Fassung (welche materiell derjenigen vom 18. März 1971 entspricht), läßt der Untersuchungsbeamte oder der Richter *den Geisteszustand des Beschuldigten* durch einen oder mehrere Sachverstädige *untersuchen,* wenn er Zweifel an seiner Zurechnungsfähigkeit hat. Die Mißachtung dieser bundesrechtlichen Beweisvorschrift ist stets mit der Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen, selbst wenn die unterbliebene Anordnung einer notwendigen Oberexpertise gerügt wird. Da sich aus BV Art. 4 kein weitergehender Anspruch des Beschuldigten auf Einholung eines Gutachtens ergibt, ist die staatsrechtliche Beschwerde auch insofern ausgeschlossen (BGE 96 I 71/72).

Zur Tragweite von StGB Art. 13 Abs. 1 führte der Kassationshof aus, diese Bestimmung gelte auch dann, wenn der Richter nach den Umständen des Falles Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit haben *sollte* (BGE 98 IV 157 Erw. 1). In Abweichung von einer früher vertretenen einschränkenden Auffassung genügt es nach diesem Entscheid, daß ernsthafter Anlaß zu derartigen Zweifeln besteht. Das wurde – in etwas weitgehender Weise – schon deshalb

[7] Immerhin ist dafür bei Hausfriedensbruch nach StGB Art. 186, sofern es sich um Gebäude eines Kantons handelt, das kantonale Recht insofern von mittelbarer Bedeutung, als es festlegt, welches Organ über die betreffenden Räumlichkeiten verfügt und damit Träger des Hausrechts ist, dem von Bundesrechts wegen die Antragsbefugnis zusteht (BGE 90 IV 76; 100 IV 53 Erw. 3). Vgl. ferner BGE 92 IV 2 Erw. a, 3 Erw. b; 92 IV 116/18 Erw. 1/2; 99 IV 2/5.

[8] Vgl. z.B. BGE 97 IV 238/40.

[9] Vgl. dazu J. REHBERG, Der Strafantrag, ZStrR 85, 1969, S. 247ff.

bejaht, weil die Beschuldigte mit ihrer schizophrenen Tochter zusammenlebte, unter deren Störungen litt und darauf mit depressiven Verstimmungen reagierte (BGE 98 IV 157/58 Erw. 2). Bestimmt sind aber ernsthafte Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit angebracht, wenn der Angeschuldigte wegen Geisteskrankheit bevormundet ist (BGE 72 IV 63). Angemerkt sei, daß der Kassationshof in BGE 78 IV 211 Erw. 2 betonte, er habe nicht nach Art einer Appellationsinstanz zu prüfen, ob er selber an der Zurechnungsfähigkeit des Verurteilten zweifeln würde, sondern sei bei Beantwortung der Frage, ob StGB Art. 13 richtig angewendet worden sei, wie sonst an die tatsächlichen Feststellungen des Richters, auch an negative, gebunden. Es erscheint indessen mindestens als mißverständlich, wenn das Bundesgericht in diesem Zusammenhang ausführt, es habe die Frage, ob sich Zweifel aufdrängen, auch nicht auf Grund von Tatsachen zu beurteilen, die im Verfahren zwar geltend gemacht worden sind und von denen vielleicht auch ein privater Begutachter ausgegangen ist, die aber der Sachrichter als nicht bewiesen angenommen hat. StGB Art. 13 dürfte nicht erfordern, daß die Tatsachen, welche ernsthaften Anlaß zu Zweifeln geben, strikte nachgewiesen sind. Vielmehr wird es ausreichen, daß dem Richter wesentliche Anhaltspunkte für das Vorliegen derartiger Tatsachen ersichtlich sind. So leitete denn auch der Kassationshof in BGE 98 IV 157/58 Erw. 2 das Bestehen ernsthafter Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit der Beschuldigten aus dem Schreiben eines Arztes an ihren Anwalt ab, das zu den vorinstanzlichen Akten gegeben worden war.

Liegt die entsprechende Voraussetzung vor, so erschöpfen sich die Pflichten des Richters darin, ein Gutachten einzuholen[10], welches sich immerhin nicht nur zur Frage nach dem Bestehen eines abnormen psychischen Zustandes, sondern auch zu dessen Auswirkungen auf die Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit (dazu BGE 71 IV 193) des Beschuldigten aussprechen muß. An das einmal erstattete Gutachten ist der Richter selbst dann nicht gebunden, wenn es dem Angeschuldigten verminderte oder gänzlich aus-

[10] Zur Frage, inwieweit ein vor längerer Zeit erstattetes Gutachten genügt, vgl. BGE 88 IV 51.

geschlossene Zurechnungsfähigkeit attestiert. Die Expertise unterliegt wie jedes andere Beweismittel der freien Würdigung durch den Richter. Dieser darf daher im Urteil auch entgegen seinen ursprünglichen Zweifeln von der vollen Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten ausgehen, wenn ihn die Ausführungen des Experten nicht überzeugen (BGE 96 IV 97).

e) Der Tatbestand des *falschen Zeugnisses* von StGB Art. 307 Ziff. 1 setzt eine Aussage als Zeuge voraus. Gelegentlich wird eine Verletzung dieser Bestimmung darin erblickt, dem Verurteilten fehle die Qualität eines Zeugen, da er nicht als solcher hätte einvernommen werden dürfen. Der Kassationshof hat es jedoch wiederholt als Frage des kantonalen Verfahrensrechts bezeichnet, ob jemand Zeuge sein kann und unter welchen Voraussetzungen (BGE 92 IV 207 und 98 IV 215 Erw. 1/2). Nach Auffassung des Bundesgerichtes ergibt sich aus StGB Art. 307 insbesondere kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach nur Zeuge sein könne, wer an der Sache unbeteiligt sei. Ebenso bestimmt sich nach dem Prozeßrecht, wann die Zeugeneinvernahme beendet ist, und ob dabei unterlaufene Formfehler geheilt werden können (BGE 98 IV 215/16 Erw. 2).

f) Eine bundesrechtliche Beweisvorschrift findet sich dagegen in BStP Art. 249, wonach die entscheidende Behörde die *Beweise frei würdigen* soll und nicht an gesetzliche Beweisregeln gebunden ist. Diese Bestimmung bleibt gemäß StGB Art. 365 Abs. 2 für jedes Verfahren in Bundesstrafsachen vorbehalten, derogiert also abweichenden kantonalen Vorschriften. Der Kassationshof legt BStP Art. 249 – und erst dadurch erlangt er für die Nichtigkeitsbeschwerde praktische Bedeutung – in der Weise aus, die kantonale Behörde habe nicht nur die Beweiskraft der tatsächlich erhobenen, sondern auch jene der *angerufenen* Beweismittel in jedem Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen. Wie das Gericht in BGE 84 IV 174 Erw. 2 überzeugend ausführte, strebt jene Bestimmung an, daß der Sachverhalt im Interesse einer gleichmäßigen Handhabung des Bundesstrafrechts in allen Kantonen möglichst nach gleichen Grundsätzen ermittelt werde. Dem stehen auch kantonale Vorschriften im Wege, nach welchen gewisse Beweise überhaupt

nicht durchzuführen sind, weil der Gesetzgeber ihnen keine Überzeugungskraft beimißt, z. B. weil er bestimmte Zeugen als befangen betrachtet. Eine derartige formale schematische Regelung der Beweiskraft vermag vor BStP Art. 249 nicht zu bestehen.

Zulässig sind hingegen Beweisbeschränkungen, die sich daraus ergeben, daß das kantonale Recht aus anderen Gründen als der Beweiswürdigung, namentlich zur Wahrung schutzwürdiger öffentlicher oder privater Interessen (z. B. zur Vermeidung von Gewissenskonflikten, zur Wahrung des Familienfriedens, zum Schutz der Geheimsphäre) gewisse Beweismittel nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt (BGE 84 IV 175; 97 IV 232). Auch wenn die Abnahme eines Beweises überhaupt nicht aus rechtlichen Gründen abgelehnt wird, sondern weil sie zu keiner zuverlässigen Abklärung der Verhältnisse führen würde, liegt darin kein Verstoß gegen BStP Art. 249. Denn hier handelt es sich um eine – wenn auch vorweggenommene – freie Würdigung der Überzeugungskraft anhand der konkreten Umstände (BGE 84 IV 176/77 Erw. 4).

BStP Art. 249 befaßt sich nicht mit der Beweiswürdigung als solcher, sondern untersagt lediglich, den Richter dabei an starre Regeln zu binden. Insbesondere liegt darin keine Vorschrift, daß die entscheidende Behörde bei der Abwägung der Beweise die Grenzen des Ermessens einzuhalten habe. Das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung ergibt sich ausschließlich aus BV Art. 4 und kann deshalb nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angerufen werden (BGE 81 IV 130; 91 IV 120).

g) Kein Satz des eidgenössischen Strafrechts ist auch die Maxime *«in dubio pro reo»,* wonach der Richter einen Angeklagten freizusprechen hat, wenn er seine Zweifel an dessen Täterschaft oder Schuld nicht überwinden kann. Eine Mißachtung dieses Grundsatzes darf mithin nicht zum Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden (BGE 69 IV 152; 74 IV 145; 75 IV 6 und 155). «Im Zweifel für den Angeklagten» stellt ferner auch keinen selbständigen Satz des Bundesverfassungsrechts dar, sondern einen Ausfluß des Willkürverbotes von BV Art. 4 (BGE 96 I 443/44), welches wiederum mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend gemacht werden kann.

h) Hingegen scheint der Kassationshof einen aus dem eidgenössischen *Gesetzesrecht* fließenden Grundsatz des Inhalts anzuerkennen, daß für eine Verurteilung das *Vorliegen jedes Tatbestandselementes positiv festgestellt* sein muß[11] (BGE 74 IV 145 oben; 76 IV 191/92 Erw. 3; 98 IV 217 Erw. 2c). In der Tat läßt sich aus jeder einzelnen Strafbestimmung entnehmen, daß die zu ihrer Anwendung berufene Behörde nur denjenigen bestrafen kann, der nach ihrer eigenen Feststellung den Tatbestand erfüllt hat (vgl. BGE 89 IV 200 unten). Eine bloße Vermutung des Richters über das Vorliegen eines Verhaltens, welches den Tatbestand erfüllen würde, genügt demnach nicht als Grundlage für eine Bestrafung (BGE 76 IV 191/92 Erw. 3). Der Richter hat sich vielmehr vom Vorliegen jeden Tatbestandselementes materiell zu überzeugen und darüber von Amtes wegen Beweis zu führen. Gebricht es an einer Feststellung über das Vorliegen oder Fehlen eines solchen gesetzlichen Elementes, so weist der Kassationshof die Sache nach BStP Art. 277 an die kantonale Behörde zurück (BGE 98 IV 217 Erw. 2c, vgl. unten k).

i) Unmittelbar aus dem Bundesrecht ergibt sich auch der Anspruch auf *Wiederaufnahme eines Verfahrens* (Entscheid des Kassationshofes vom 13. Dezember 1974, Pra 64 1975 Nr. 46 Erw. 3). Nach der Auffassung des Kassationshofes (BGE 69 IV 137/38 Erw. 2, seither ständige Praxis) stellt StGB Art. 397 nicht lediglich eine Weisung an die Kantone dar, einen kantonalrechtlichen Revisionsgrund zu schaffen, sondern enthält einen *bundesrechtlichen* Wiederaufnahmegrund. Entscheidungen, durch welche ein Revisionsgesuch abgelehnt wird, unterliegen daher selbst dann der Kontrolle des Bundesgerichtes, wenn das kantonale Recht einen inhaltlich mit StGB Art. 397 übereinstimmenden Wiederaufnahmegrund vorsieht und der Gesuchsteller sein Begehren auf ihn gestützt hat. Auch die Frage, ob der um Revision des Verfahrens nach StGB Art. 397 nachsuchende Verurteilte die hiefür erforderliche Prozeßfähigkeit besitze, beurteilt sich nach Bundesrecht und kann des-

[11] Wobei die dazu führende Beweiswürdigung der kantonalen Behörde unerheblich bleibt, vgl. oben f und g.

halb mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde zur Entscheidung gestellt werden (BGE 88 IV 111/12 Erw. 1).

k) Nicht anrufen lassen sich mit der Beschwerde Vorschriften, welche das *Nichtigkeitsverfahren vor Bundesgericht* als solches regeln. So sieht BStP Art. 277 vor, daß der Kassationshof die angefochtene Entscheidung aufhebt und die Sache an die kantonale Behörde zurückweist, wenn das Erkenntnis an derartigen Mängeln leidet, daß die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden kann. BGE 89 IV 11/12 Erw. 1 hielt fest, daß jene Gesetzesbestimmung keinen selbständigen Beschwerdegrund umschreibt, sondern nur von Bedeutung werden kann, wenn und soweit wegen Verletzung materieller Gesetzesbestimmungen Beschwerde geführt wird. Eine Rückweisung erfolgt vor allem, wenn sich die kantonale Behörde nicht über das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale derjenigen Bestimmung geäußert hat, welche nach Auffassung der Beschwerde verletzt worden ist (vgl. oben h).

Ebensowenig kann sich der Beschwerdeführer auf BStP Art. 277bis berufen, wonach der Kassationshof offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellungen der kantonalen Behörde von Amtes wegen berichtigt, bzw. aus dieser Bestimmung einen Beschwerdegrund der aktenwidrigen tatsächlichen Annahme ableitet. Wie das Bundesgericht wiederholt ausgeführt hat, gehört die Rüge der Aktenwidrigkeit zu den nach BStP Art. 273 Abs. 1 lit. b unzulässigen Vorbringen gegen tatsächliche Feststellungen, ist durch diese Vorschrift in Verbindung mit BStP Art. 277bis Abs. 1 bewußt ausgeschlossen worden und kann auch nicht über den Umweg der Behauptung eines offensichtlichen Versehens in die Beschwerdebegründung eingeführt werden (BGE 76 IV 63; 97 IV 179; 98 IV 216 Erw. 2b)[12]. Es ist ausschließlich dem Kassationshof anheimgegeben, ein solches offensichtliches Versehen zu berichtigen, wenn er darauf stößt (BGE 76 IV 132; 77 IV 104/05; vgl. für den Fall widersprüchlicher tatsächlicher Feststellungen BGE 76 IV 201/02). Es fragt sich immerhin, ob in der gestützt

[12] Vgl. aber die Kritik dieser Rechtsprechung von J. HASLER in ZStrR 74, 1958, S. 210ff.

auf eine andere bundesrechtliche Bestimmung erhobenen Beschwerde trotz BStP Art. 273 Abs. 1 lit. b nicht nebenher darauf hingewiesen werden darf, daß der angefochtene Entscheid eine versehentliche Feststellung enthält. Die Berichtigung eines solchen Irrtums ist Amtspflicht, auf die hinzuweisen kaum als unstatthaft erscheinen kann[13].

II. Die Verletzung eidgenössischen Rechts

1. Ein auf Grund von *Bundesstrafrecht* ergangener Entscheid verletzt eidgenössisches Recht, wenn er solches unrichtig zur Anwendung gebracht hat. Das trifft vor allem zu, wenn die kantonale Behörde Sinn bzw. Tragweite der von ihr angewendeten Bestimmung verkannte (sog. Auslegungsirrtum) oder den Sachverhalt einer – richtig ausgelegten – Norm fälschlicherweise unterstellt hat (sog. Subsumptionsirrtum). Hingegen vermag sich die Beschwerde nicht darauf zu berufen, die kantonalen Instanzen seien in *anderen* gleichartigen Fällen nicht eingeschritten bzw. sie hätten in solchen Fällen das eidgenössische Recht überhaupt nicht oder anders angewendet (BGE 89 IV 135 Erw. 5; 89 IV 200; 97 IV 82 Erw. 4)[14].

Eidgenössisches Recht kann ferner auch dadurch verletzt werden, daß es überhaupt zur Anwendung kommt, obwohl der Sachverhalt nach kantonalem Recht zu beurteilen wäre. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Sachrichter die subsidiäre Bestimmung von StGB Art. 292 (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) angewendet hat, obschon eine kantonale Bestimmung besteht, welche den Ungehorsam an sich bestraft (vgl. BGE 90 IV 207/09 Erw. 3; 97 IV 70 Erw. 2)[15].

[13] Vgl. J. HASLER, a.a.O., S. 216.

[14] Gemäß BGE 98 Ia 21/22 stellt es auch keine gegen BV Art. 4 verstoßende rechtsungleiche Behandlung dar, wenn die kantonale Behörde Widerhandlungen gegen ein Bundesgesetz in anderen Fällen oft aus Nachlässigkeit nicht verfolgt hat.

[15] Kein Nichtigkeitsgrund liegt jedoch vor, wenn die kantonale Behörde das fälschlicherweise angewendete Bundesstrafrecht lediglich als *Auslegungsmittel* in einer Frage heranzog, die in Wirklichkeit kantonales Prozeßrecht betrifft (BGE 98 IV 215 Erw. 1, in casu die Frage der Zeugnisfähigkeit bei StGB Art. 307).

Wurde der Beschwerdeführer auf Grund einer *Verordnung* bestraft, welche der Bundesrat in Ausführung einer Delegationsnorm erlassen hat, so kann er – wie sich aus BV Art. 113 Abs. 3 schließen läßt – mit der Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich auch die *Gesetzeswidrigkeit* der angewendeten Verordnungsnorm als Verletzung eidgenössischen Rechts rügen. Immerhin überprüft der Kassationshof nur, ob derartige Normen über den Rahmen der Ermächtigung hinausgehen. Bestimmt die Delegationsvorschrift bloß den Zweck, den die zu erlassenden Ausführungsvorschriften zu verfolgen haben, so werden diese nur daraufhin kontrolliert, ob sie sich objektiv dafür eignen, jenen Zweck zu erreichen. Dagegen steht nicht zur Entscheidung, ob die umstrittenen Vorschriften auch nötig und das geeignetste Mittel seien, um den gesetzlichen Zweck zu verwirklichen. Nur wo die Delegationsnorm darüber hinaus den Erlaß von Ausführungsvorschriften an bestimmte Voraussetzungen knüpft und die Mittel zur Erreichung des gesetzten Zieles nennt, steht dem Kassationshof auch insofern ein freies Überprüfungsrecht zu (BGE 92 IV 109/10 Erw. 1b und dort zitierte frühere Entscheide; 98 IV 135 Erw. 1b; 99 IV 38/40 Erw. 2a und b). BStP Art. 269 Abs. 2 zufolge kann indessen die Frage, ob die Verordnungsnorm *verfassungsmäßig* sei, z.B. ob sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedes Eingriffs in Freiheitsrechte entspreche, dem Bundesgericht nur durch staatsrechtliche Beschwerde unterbreitet werden (BGE 92 IV 109 Erw. 1a und dort zitierte frühere Entscheide; 98 IV 137/38 Erw. 2b). In BGE 100 IV 99/100 Erw. 2, der diese Praxis nicht erwähnt, erachtet jedoch der Kassationshof ohne weitere Begründung die *vorfrageweise* Prüfung einer Verordnungsnorm auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin offenbar für zulässig. In jenem Entscheid war die Rechtsbeständigkeit einer kantonalen Verfügung betr. eine Parkzeitbeschränkung durch Parkingmeter u.a. in bezug auf Art. 35 Abs. 3 der Verordnung über die Straßensignalisation vom 31. Mai 1963 zu beurteilen, wobei das Bundesgericht vorerst prüfte, ob sich diese Bestimmung im Rahmen von BV Art. 37 Abs. 2 (Verbot des Erhebens von Gebühren für den Straßenverkehr) halte.

2. Wiederholt hatte sich das Bundesgericht damit zu befassen, ob der Beschwerdeführer im Hinblick auf den Gang des kanto-

nalen Verfahrens bestimmte Rechtsverletzungen mit der Nichtigkeitsbeschwerde *nicht mehr geltend machen dürfe*. So stellte sich diese Frage für den Fall, daß der Beschwerdeführer die von der Vorinstanz übernommene rechtliche Würdigung seines Verhaltens in der Anklageschrift anerkannt hatte. Der Kassationshof führte dazu überzeugend aus, dies könne vom Standpunkt des Bundesrechts nur heißen, daß der Angeklagte die in der Anklage behaupteten *Tatsachen* anerkenne, nicht auch, daß er sich einer bestimmten rechtlichen Würdigung verbindlich füge. Diese stehe dem Kassationshof selbst dann unbeschränkt zu, wenn der Angeklagte vor den kantonalen Behörden die Rechtsauffassung des Anklägers als richtig anerkannt habe und diese Anerkennung für die Zuständigkeit des Gerichts von Bedeutung gewesen sei (BGE 72 IV 111/12 Erw. 1).

Sodann fragte es sich, ob BStP Art. 273, welcher u.a. *«neue Einreden»* in der Begründung verbietet, den Beschwerdeführer auf die von ihm bereits im kantonalen Verfahren eingenommenen Rechtsstandpunkte beschränkt. In BGE 84 IV 88 hatte das Bundesgericht dazu ausgeführt, ein im kantonalen Verfahren geltend gemachter, aus prozessualen Gründen aber unbeachtlicher Einwand bedeute rechtlich gleichviel, wie wenn er nicht erhoben worden wäre. Die mit der Nichtigkeitsbeschwerde wieder aufgenommene Einrede einer entsprechenden Gesetzesverletzung sei infolgedessen neu im Sinne von BStP Art. 273 Abs. 1 lit. b und daher unzulässig. Ohne das ausdrücklich zu erwähnen, berichtigte der Kassationshof diese Auffassung bereits in BGE 85 IV 118/19. Hier gelangte er auf Grund des Sprachgebrauches, der Doktrin und der Entstehungsgeschichte der zur Diskussion stehenden Bestimmung dazu, daß sich der Begriff der «Einrede» ausschließlich auf den Zivilpunkt beziehe. Was den Strafpunkt anbelange, habe der Kassationshof alle sich stellenden Rechtsfragen, die sich nicht auf neue Tatsachen, Beweismittel oder Bestreitungen stützen, von Amtes wegen zu prüfen. Demgemäß trat das Bundesgericht auf den erst nach der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erhobenen Einwand des Beschwerdeführers ein, die ihm zur Last gelegte Tat stelle ein Pressedelikt dar, und die Verfasserin und Verlegerin der Schrift stehe fest, so daß er selber als Drucker nicht belangt werden könne.

Wie der Kassationshof im erwähnten Entscheid (S. 119/20) erwähnte und in BGE 87 IV 101 näher ausführte, wird der Grundsatz, daß das Bundesgericht im Rahmen der Anträge alle Fragen des Bundesrechts prüft, lediglich durch BStP Art. 268 eingeschränkt, wonach die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen letztinstanzliche kantonale Urteile zulässig ist. Werde der angefochtene Entscheid von einer Behörde gefällt, die sich gemäß dem kantonalen Prozeßrecht mit der Prüfung der vor ihr erhobenen Rügen begnügt, sei er demnach kein letztinstanzlicher in bezug auf die Fragen, mit denen er sich nicht befasse, weil sie der Beschwerdeführer nicht aufgeworfen habe. Diese Fragen seien somit der Prüfung des Bundesgerichtes entzogen.

Leider dehnte der Kassationshof diese Beschränkung später auf Fragen aus, die im kantonalen Verfahren *überhaupt nicht* aufgeworfen worden waren. In einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluß einer kantonalen Behörde, einer Strafanzeige keine Folge zu geben, machte der Verletzte geltend, entgegen der Anzeige sei nicht nur der Tatbestand von UWG Art. 13 lit. h, sondern auch jener von Art. 13 lit. b erfüllt. Der Kassationshof führte unter Berufung auf BStP Art. 273 Abs. 1 lit. b aus, er könne sich nicht mit dieser Frage befassen, welche der Verletzte weder in der Anzeige noch in seinem Rekurs gegen die untersuchungsrichterliche Verfügung erwähnt habe, und die auch vom angefochtenen Entscheid nicht behandelt worden sei (BGE 95 IV 103 Erw. 2).

SCHULTZ hielt dem Kassationshof mit Recht entgegen, er habe die einheitliche und richtige Anwendung des Bundesrechts auf den im kantonalen Verfahren behaupteten oder sogar schon festgestellten Sachverhalt zu überwachen, wozu auch die Anwendung einer vom kantonalen Richter übersehenen Vorschrift gehöre, deren Voraussetzungen gegeben seien. Dieses Argument spricht auch gegen die Richtigkeit der in BGE 98 IV 49 Erw. 7 vertretenen Auffassung, der Beschwerdeführer müsse sich bereits im kantonalen Verfahren «rechtsgenüglich auf Art. 64 StGB berufen» haben und dürfe dies nicht erst mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht tun.

3. Entgegen seiner im Jahre 1942 vertretenen ursprünglichen Auffassung (BGE 68 IV 21) anerkennt der Kassationshof seither

in ständiger Praxis, daß auch solche bundesrechtliche Bestimmungen im Sinne von BStP Art. 269 Abs. 1 verletzt werden können, die den Entscheid über bestimmte Fragen dem *Ermessen des Richters* anheimstellen (vgl. aus den letzten Jahren z.B. BGE 98 IV 314; 99 IV 72/73 und 137; 100 IV 16 Erw. 3b, 18/19 Erw. 2 und 141/42 Erw. 4). Das ist einmal bei einer eigentlichen Überschreitung des Ermessens der Fall, d.h. wenn der Richter einen im Ergebnis offensichtlich unhaltbaren, willkürlichen Entscheid trifft (vgl. BGE 78 IV 72 Erw. 2). Wie verschiedene Urteile hervorheben, liegt eine Rechtsverletzung aber auch vor, wenn der Richter von seinem Ermessen nach unrichtigen oder unvollständigen Gesichtspunkten Gebrauch gemacht hat (vgl. z.B. BGE 92 IV 119/20; 97 IV 79/80 Erw. 1; 100 IV 16 Erw. 3b und 18/19 Erw. 2). In der Tat läßt sich diese Ansicht darauf stützen, daß den Ermessensnormen, wenn auch meist unausgesprochen, ebenfalls Werturteile und Zielsetzungen zugrunde liegen. Diese sind im Einzelfall zu konkretisieren und begrenzen nicht nur ein im übrigen «freies» Ermessen, sondern bilden den umfassenden Bestimmungsgrund für die Handhabung dieses Ermessens[16].

Erhebliche Bedeutung für die betreffende Rechtsprechung des Bundesgerichtes haben vor allem die einschlägigen Bestimmungen über die Strafzumessung, die Gewährung des bedingten Strafvollzuges und die Anordnung von Maßnahmen erlangt.

a) Inwieweit der Kassationshof die *Strafzumessung* überprüfen darf, hat er in BGE 95 IV 63 Erw. 2 zutreffend und vollständig umschrieben:

> «Der Kassationshof dagegen mißt die Strafe nicht nach eigenem Ermessen zu. Er greift auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur ein, wenn die ausgesprochene Strafe aus dem gesetzlichen Rahmen fällt oder vom kantonalen Richter nach unzutreffenden Gesichtspunkten oder in Überschreitung des ihm zustehenden Ermessens ausgefällt worden ist.»

Eine nach unzutreffenden Gesichtspunkten erfolgte Strafzumessung innerhalb des normalen Rahmens (StGB Art. 63) wurde schon

[16] H. WARDA, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln 1962, S. 174/75; vgl. O.A. GERMANN, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. I, Zürich 1953, N. 15 zu Art. 1.

darin erblickt, daß die Vorinstanz nicht sämtlichen nach Auffassung des Kassationshofes im konkreten Fall strafmindernden Umständen Rechnung getragen hatte (BGE 92 IV 119/20). Die Rüge, der Sachrichter habe eine im Verhältnis zu einem anderen Delinquenten ungleiche Strafe ausgefällt, kann indessen nicht auf dem Wege der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof, sondern nur durch staatsrechtliche Beschwerde erhoben werden (Entscheid des Kassationshofes vom 11.12.1969, RS 1971 Nr. 5).

Einem vorhandenen *Strafmilderungsgrund* kann nach der zweifellos zu billigenden Auffassung des Kassationshofes auch innerhalb des ordentlichen Strafrahmens Rechnung getragen werden, wenn die Umstände des Falles eine Milderung nicht rechtfertigen. Dementsprechend verletzt ein einschlägiges Urteil nur dann Bundesrecht, wenn der Richter die Voraussetzungen einer Milderung in einer mit dem Gesetz unvereinbaren Weise begründet oder verneint oder wenn er trotz Bejahung der Voraussetzungen die Milderung in Überschreitung des pflichtgemäßen Ermessens verweigert (BGE 98 IV 49/50 Erw. 7; vgl. weiter BGE 71 IV 69/70 Erw. 1; 81 IV 46/47; 95 IV 64 Erw. 2b; 97 IV 79/80 Erw. 1 und 98 IV 311). Analoge Regeln gelten für den Fall, daß eine Bestimmung alternativ Strafmilderung oder Absehen von Strafe vorsieht und der Richter von der zweiten Möglichkeit keinen Gebrauch macht (vgl. BGE 92 IV 73/74 für das Vorliegen eines Rechtsirrtums im Sinne von StGB Art. 20).

b) Beim Entscheid über die Gewährung des *bedingten Strafvollzuges* hat der Richter aufgrund des Vorlebens und Charakters des Verurteilten eine Prognose darüber abzugeben, ob dieser durch den Aufschub des Vollzuges von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten werde (StGB Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1), wodurch ihm naturgemäß ein erheblicher Ermessensbereich eröffnet wird. Dieser erfährt eine nochmalige Erweiterung, weil der Kassationshof im Vorleben und Charakter des Betroffenen nicht die einzigen zulässigen Kriterien für die Beurteilung seines künftigen Verhaltens erblickt. Vielmehr schließt die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus der im Gesetz gebrauchten Formulierung «der Richter *kann* den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten oder einer Nebenstrafe aufschieben ...», daß für die Prognose

außerdem die besonderen Umstände des Falles herangezogen werden dürfen, und daß allein gestützt auf solche Tatsachen der bedingte Strafaufschub verweigert werden darf, soweit damit nicht gegen den Grundgedanken der Maßnahme von StGB Art. 41 verstoßen wird (BGE 91 IV 115 Erw. 3 unter Verweis auf BGE 73 IV 78 und die «ständige Rechtsprechung»). Unter der gleichen Voraussetzung erklärte es der Kassationshof ferner für zulässig, den Entscheid neben spezialpräventiven auch auf generalpräventive Überlegungen zu stützen (BGE 73 IV 78/80 Erw. 1; 88 IV 6).

Dieser weite Spielraum des Ermessens wurde indessen durch eine Reihe bundesgerichtlicher Entscheide abgegrenzt, welche sich insbesondere mit der Frage befaßten, ob bestimmte Entscheidungskriterien mit dem Grundgedanken des bedingten Strafvollzuges vereinbar seien. Für *unzulässig* hat es der Kassationshof etwa erklärt,

- den bedingten Strafvollzug für die Urheber bestimmter Taten schlechthin auszuschließen (BGE 68 IV 36, 76 und 81; 70 IV 2);
- den bedingten Strafvollzug ausschließlich oder vorwiegend aus generalpräventiven Gründen zu verweigern (BGE 73 IV 80; 74 IV 138);
- Ersttätern den bedingten Strafvollzug bei «besonderer Schwere» der Tat zu verweigern (BGE 100 IV 11 Erw. 2);
- bei einer den Wert von 2 Promille übersteigenden Angetrunkenheit eines Fahrzeugführers den bedingten Strafvollzug einzig aufgrund des Blutalkoholgehalts auszuschließen (BGE 98 IV 61/62 Erw. 2);
- nach StGB Art. 41 Ziff. 1 (in der neuen Fassung) für die Begründung einer ungünstigen Prognose über das künftige Verhalten des Täters allein die Straftaten heranzuziehen, für die er in den letzten 5 Jahren Freiheitsstrafen von zusammen weniger als 3 Monaten verbüßt hat, so daß die objektive Bedingung für den Strafaufschub noch erfüllt ist (BGE 98 IV 313/14 Erw. 3);
- die für eine günstige Prognose erforderliche Einsicht des Täters allein deshalb zu verneinen, weil er die Tat leugnet, ohne die ihn dazu bewegenden Gründe zu berücksichtigen (BGE 75 IV 155 Erw. 2; 82 IV 5; 94 IV 51/53 Erw. 1; 95 IV 120/21);
- unter den nach StGB Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 bei der Prognose zu berücksichtigenden Umständen einzelnen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt außer acht zu lassen (BGE 98 IV 161 Erw. 1).

Immerhin vertritt der Kassationshof andererseits selber die Auffassung, daß den Urhebern einer bestimmten Art von Straftaten der bedingte Strafvollzug nur mit großer Zurückhaltung gewährt werden darf. Wie er wiederholt ausführte, sind an die Gewähr,

die ein wegen *Fahrens in angetrunkenem Zustand* Verurteilter für künftiges Wohlverhalten bieten muß, aus spezial- und generalpräventiven Gründen auch dann hohe Anforderungen zu stellen, wenn sich der Täter zum erstenmal wegen jenes Vergehens zu verantworten hat und sein allgemeiner Leumund sowie seine bisherige Führung als Motorfahrzeuglenker nicht zu beanstanden sind (zuletzt BGE 98 IV 160 und 100 IV 10). Ob sich diese Praxis, welche auf eine regelmäßige Verweigerung des bedingten Strafvollzuges hinausläuft[17], mit dem Grundgedanken von StGB Art. 41 vereinbaren läßt, erscheint fraglich. Der Kassationshof stützt sie auf das Argument, wer angetrunken fahre, bekunde in der Regel eine Gesinnung, die als hemmungs- und rücksichtslos bezeichnet werden müsse und auf einen Charakterfehler schließen lasse. Bis jetzt haben jedoch noch keine kriminologischen Untersuchungen bestätigt, daß das Lenken eines Fahrzeuges in alkoholisiertem Zustand regelmäßig einem derartigen Charakterfehler entspringen und sich dadurch vor anderen Delikten auszeichnen würde[18].

c) Ein gewisses Ermessen besteht auch bei der Frage, ob eine *sichernde Maßnahme* getroffen werden muß, und welche von verschiedenen im Gesetz vorgesehenen Maßregeln anzuordnen ist. Der Kassationshof überprüft diese Fragen ebenfalls nur unter dem eingangs erwähnten beschränkten Gesichtspunkt. So führte er in BGE 100 IV 141/42 Erw. 4 zu StGB Art. 42 aus, es sei weitgehend Ermessenssache des Sachrichters, ob schon der Vollzug der verwirkten Freiheitsstrafe die Gesellschaft hinreichend vor dem vielfach Rückfälligen zu sichern vermöge. Nur wenn der Sachrichter von einem falschen rechtlichen Begriff des Gewohnheitsverbrechers ausgehe, sein Ermessen überschreite oder den geistigen Zu-

[17] H. SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Band II, 2. Aufl., Bern 1974, S. 85/86; DERSELBE, Die strafrechtliche Rechtsprechung zum neuen Straßenverkehrsrecht, Bern 1968, S. 66/68; kritisch zur bundesgerichtlichen Praxis auch J. REHBERG, Das Fahren in angetrunkenem Zustand, ZStrR 86, 1970, S. 133ff.

[18] Vgl. dazu E. MAZURCZAK, Persönliche Verhältnisse angetrunkener Fahrer, Diss. Zürich 1972. Ebensowenig ist nachgewiesen, daß angetrunkene Fahrer vermehrt weitere Delikte verüben, wenn ihnen der bedingte Strafvollzug gewährt wird, vgl. J. REHBERG, a.a.O., S. 139 und dort zitierte weitere Literatur.

stand des Täters nicht untersuchen lasse, verletze er Bundesrecht. Nach BGE 99 IV 137 ist es auch im Rahmen der in StGB Art. 91 umschriebenen Voraussetzungen weitgehend Ermessenssache des Sachrichters, ob der erziehungsbedürftige Jugendliche in eine Erziehungsanstalt eingewiesen oder ob er der eigenen oder einer vertrauenswürdigen andern Familie zur Erziehung übergeben wird. Der Kassationshof greift nur ein, wenn der Sachrichter sich bei der Wahl der Erziehungsmaßnahmen von rechtlich unzulässigen Kriterien leiten läßt oder wenn er das ihm zustehende Ermessen überschreitet (vgl. auch BGE 88 IV 98; 96 IV 13 Erw. 3). Das gleiche gilt auch für den Entscheid über die Frage, welche der in StGB Art. 43 vorgesehenen Maßnahmen anzuordnen ist, und ob eine ambulante Behandlung im Strafvollzug durchgeführt werden soll. Immerhin kann das Bundesgericht hier auch einschreiten, wenn es der kantonale Richter unterläßt, sich gemäß StGB Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 gutachtlich beraten zu lassen (BGE 100 IV 16 Erw. 3 b). Erwähnt sei schließlich noch StGB Art. 98 Abs. 4, wonach die urteilende jugendstrafrechtliche Behörde von jeder Maßnahme oder Strafe absehen kann, wenn seit der Tat ein Jahr verstrichen ist. Der Kassationshof überprüft, ob die zuständige Behörde von ihrem Ermessen pflichtgemäßen Gebrauch gemacht hat, d. h. ob sie sich nach den im Gesetz liegenden Wertungen ausgerichtet und ihren Entscheid auf sachlich vertretbare Gründe gestützt hat (BGE 100 IV 18/22).

d) Die Bundesgesetzgebung verwendet, um die Strafdrohungen für bestimmte Taten zu differenzieren, gelegentlich die Begriffe des *«leichten»* oder *«besonders leichten»* und des *«schweren» Falles.* Der Kassationshof überprüft grundsätzlich selber, ob der konkrete Sachverhalt einer dieser Kategorien zuzurechnen sei. Er anerkennt jedoch, daß dem Sachrichter ein gewisses Ermessen zustehe, weil die Frage nicht nach allgemeinen abstrakten Kriterien, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles gelöst werden könne (BGE 83 IV 49/50 Erw. 3; vgl. BGE 95 IV 26/27 Erw. 1 c). Doch glaubt das Bundesgericht, anhand der Anwendung derartiger Bestimmungen auf den einzelnen Fall lasse sich sagen, ob der kantonale Richter sie grundsätzlich richtig auffasse

(BGE 71 IV 215; 73 IV 113). Ein ähnliches Problem besteht bei der Regelung der Folgen, die eine Nichtbewährung des Täters während der Probezeit bei bedingtem Strafvollzug nach sich zieht. Gemäß StGB Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 kann der Richter «in leichten Fällen» statt der Anordnung des Strafvollzuges Ersatzmaßnahmen treffen, wenn begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Der Kassationshof greift ein, wenn die Frage, ob ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen einen «leichten Fall» darstelle, anhand unrichtiger Kriterien, z. B. allein nach Art und Dauer der erneut ausgesprochenen Freiheitsstrafen beurteilt wurde (BGE 98 IV 250/51 Erw. 3).

4. Auch ein auf Grund *kantonalen Rechts* ergangener Entscheid kann eidgenössisches Recht verletzen.

a) Dies trifft einmal zu, wenn die kantonale Behörde auf einen bestimmten Sachverhalt fälschlicherweise kein Bundesrecht anwendete, z. B. das betreffende Verhalten statt nach dem StGB bloß als Übertretung des kantonalen Rechts ahndete. Eine derartige Bestrafung erscheint unter Umständen aber auch dann als bundesrechtswidrig, wenn eine entsprechende eidgenössische Bestimmung fehlt. Denn dies kann bedeuten, daß das in Frage stehende Verhalten straflos zu bleiben hat, also auch nicht zum Gegenstand eines kantonalen Übertretungstatbestandes gemacht werden darf. In dieser Hinsicht hatte der Kassationshof besonders in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des StGB wichtige Abgrenzungen zu treffen. Nach seiner Auffassung, die allgemeine Zustimmung erfuhr, bleibt für eine kantonale Strafbestimmung kein Raum, wenn der eidgenössische Gesetzgeber das betreffende Verhalten nicht unter Strafe gestellt, jedoch die Materie, welcher es angehört, durch ein geschlossenes System von Normen geregelt hat. Demnach wurden verschiedene kantonale Übertretungstatbestände für bundesrechtswidrig erklärt und die entsprechenden Verurteilungen aufgehoben, so wegen einfacher Unzucht (BGE 68 IV 110), gewerbsmäßiger Unzucht (BGE 68 IV 41/44 Erw. 1), widernatürlicher Unzucht (BGE 81 IV 126/27 Erw. 3), Gebrauchdiebstahls (BGE 70 IV 132/34 Erw. 2) und Amtsehrbeleidigung (BGE 71 IV 106/07 Erw. 3). Dagegen hat das Bundesgericht kantonale Strafbestim-

mungen über das Konkubinat (BGE 71 IV 47/50 Erw. 1 und 2) und über Anmaßung sowie Mißbrauch akademischer Titel (BGE 74 IV 109/112) dem Grundsatz nach für zulässig erklärt.

b) Nach der Praxis des Kassationshofes liegt sodann eine Verletzung von eidgenössischem Recht auch dann vor, wenn ein Entscheid richtigerweise auf Grund kantonalen Rechtes erging, jedoch eine *präjudizielle Frage* des Bundesrechtes falsch beantwortet hatte. Doch muß es sich dabei um ein Problem des eidgenössischen *Straf*rechts handeln, dessen einheitlicher Anwendung die Nichtigkeitsbeschwerde ausschließlich dient (BGE 73 IV 136/37 Erw. 3 und dort zitierte frühere Entscheide; 87 IV 167; vgl. auch BGE 81 I 135/36 Erw. 1).

Immerhin überprüft der Kassationshof, was durchaus einleuchtet, Vorfragen des Bundesrechts zu kantonalen *Prozeßfragen* nur dann, wenn ohne seine Kontrolle der Zweck der eidgenössischen Vorschrift nicht gesichert wäre (BGE 72 IV 48; 76 IV 252 Erw. 4; 87 IV 123 Erw. 3; 98 IV 142 Erw. 1). Nicht eingetreten wurde daher auf die Frage,

- ob die Verjährung materiellrechtlicher oder prozessualer Natur sei, da die davon abhängige Frage, ob der Urteilsspruch als Einstellungsbeschluß oder Freispruch gefaßt werde, vom Standpunkt des eidgenössischen Rechts gleichgültig sei (BGE 72 IV 47/48);
- ob eine vom eidgenössischen Recht mit Strafe bedrohte Handlung als Vergehen oder Übertretung zu gelten habe, da die davon abhängige sachliche Zuständigkeit des einen oder anderen Gerichtes eines Kantons vom Standpunkt des Bundesrechtes belanglos sei (BGE 98 IV 141/42 Erw. 1).

5. In einer dem kantonalen Recht unterstellten Strafsache läßt sich hingegen nicht als Verletzung eidgenössischen Rechts rügen, bundesrechtliche Bestimmungen seien in ihrer Eigenschaft als *stellvertretendes kantonales Recht* überhaupt nicht oder falsch angewendet worden (BGE 69 IV 211; 71 IV 51 Erw. 4; 72 IV 144 Erw. 2; 78 IV 187; 84 IV 28; 97 IV 69 Erw. 1).

III. Tat- und Rechtsfrage

1. Gemäß BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 ist der Kassationshof an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebun-

den, was auch ausschließt, daß er die ihnen zugrundeliegende *Beweiswürdigung* überprüft (BGE 81 IV 130 Erw. 1; 98 IV 216 Erw. 2b). Eine bloße *Vermutung* gilt indessen nicht als tatsächliche Feststellung (vgl. oben I/2h), wohl aber eine Annahme «zu Gunsten des Angeklagten», die nur deshalb getroffen wird, weil eine vom Ankläger behauptete andere Tatsache als nicht genügend bewiesen betrachtet wurde (BGE 78 IV 178/79 Erw. 4). *Widersprechen* sich verschiedene tatsächliche Feststellungen des angefochtenen Entscheides, so geht das Bundesgericht von jenen aus, an welche die Vorinstanz Rechtsfolgen geknüpft hat (BGE 76 IV 201/02)[19]. Umgekehrt kann es möglicherweise auch an einer Feststellung darüber *fehlen,* ob sich eine nach Auffassung des Kassationshofes rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat oder nicht[20]. Da sich alsdann die Anwendung des Gesetzes nicht überprüfen läßt, muß die angefochtene Entscheidung gemäß BStP Art. 277 aufgehoben und die Sache an die kantonale Behörde zurückgewiesen werden (vgl. oben I/2h). Auf diese Weise wurde beispielsweise vorgegangen,

- als die kantonale Behörde die für die Frage eines Rechtsirrtums bedeutsame Behauptung des Beschwerdeführers, die Polizei habe das Parkieren an einer bestimmten Stelle stets geduldet, nicht überprüft hatte (BGE 91 IV 204 Erw. 4);
- als das angefochtene Urteil sich nicht darüber ausgesprochen hatte, ob der Vorsatz des Beschwerdeführers ein bestimmtes Tatbestandselement umfaßte (BGE 98 IV 216/17 Erw. 2c);
- als die Vorinstanz nicht alle für den Entscheid, ob eine Sache von geringem Wert sei (StGB Art. 142), maßgebenden Umstände ermittelt hatte (BGE 98 IV 27/29);
- als der den Beschwerdeführer wegen fahrlässiger Körperverletzung schuldigsprechende kantonale Entscheid keine näheren Feststellungen über Art und Tragweite der Verletzung enthielt, so daß nicht geprüft werden konnte, ob eine bloße Tätlichkeit vorlag (BGE 99 IV 254/55 Erw. 1).

Im *Wiederaufnahmeverfahren* ist es jedoch ausgeschlossen, mit Bezug auf die dem früheren Urteil zugrunde gelegten Tatsachen

[19] Läßt sich dies nicht feststellen, so muß jedoch die angefochtene Entscheidung nach BStP Art. 277 aufgehoben und die Sache an die kantonale Behörde zurückgewiesen werden (BGE 99 IV 255 Erw. 1).

[20] Die kantonale Instanz darf mit den von ihr angebrachten Gegenbemerkungen zur Beschwerde keine fehlenden Urteilsgründe nachbringen oder vorhandene Erwägungen ergänzen (BGE 98 IV 307/08 Erw. 1).

nach BStP Art. 277 vorzugehen; das Revisionsverfahren dient nicht dazu, die Gesetzesanwendung im früheren Urteil zu überprüfen (BGE 90 IV 255/56 Erw. 3).

Der Grundsatz der Unüberprüfbarkeit von Tatfragen wird eingeschränkt durch BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 3, wonach der Kassationshof *offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellungen* von Amtes wegen berichtigt. Diese Bestimmung, welche keinen selbständigen Anfechtungsgrund enthält, ist anstelle von BStP Art. 275 Abs. 1 Satz 2 in der Fassung von 1934 getreten, wonach der Kassationshof an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht gebunden war, soweit sie mit den Akten im Widerspruch standen. Materiell dürfte sich die «offensichtlich auf Versehen beruhende» mit der «aktenwidrigen» Feststellung decken. Dieser Begriff ist vom Bundesgericht in BGE 62 I 61 auf die nachstehende, immer noch zutreffende Weise umschrieben worden:

«Um diese (die Aktenwidrigkeit) zu rechtfertigen, muß ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde z.B. nicht mit dem richtigen Text, die Zeugenaussage nicht im genauen Wortlaut, in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein und muß die Berücksichtigung des Vorhandenseins oder des tatsächlichen Inhaltes dieses Aktenstückes eine wesentliche Feststellung des kantonalen Entscheides als blanken Irrtum erweisen... Aktenwidrig ist eine Feststellung also nur, wenn sie einen andern als den gegebenen Aktenbestand annimmt oder voraussetzt.»

Der Kassationshof hat beispielsweise ein offensichtliches Versehen bei der Feststellung des Sachverhalts in folgenden Fällen angenommen:

- In einem Verfahren betr. Widerruf des bedingten Strafvollzuges ging die kantonale Behörde davon aus, der Beschwerdeführer habe die (noch nicht gerichtlich beurteilten) neuen Straftatbestände zugegeben, was jedoch nur in bezug auf deren objektive Merkmale zutraf (BGE 86 IV 85/86 Erw. 2);
- die Vorinstanz, welche über eine allfällige Verwahrung des Beschwerdeführers als Gewohnheitsverbrecher zu entscheiden hatte, berechnete die Zahl der von ihm verbüßten Vorstrafen falsch (BGE 88 IV 58);
- im angefochtenen Entscheid wurde statt des vom Beschwerdeführer angerufenen Art. 64 Abs. 5 StGB der Strafmilderungsgrund von StGB Art. 22 zitiert (BGE 98 IV 309).

2. In der Literatur ist sowohl für das Gebiet der Strafrechtspflege wie auch des Zivilprozesses lebhaft diskutiert worden, ob eine strikte Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen theo-

retisch und praktisch überhaupt durchgeführt werden könne und wie gegebenenfalls die Grenze im einzelnen gezogen werden müsse[21]. Den Bestimmungen von BStP Art. 269 und 277bis Abs. 1 Satz 2 lassen sich darüber keine näheren Regeln entnehmen. Der Kassationshof beurteilt selber, was als Tatfrage und was als Rechtsfrage zu gelten habe[22]. Dabei enthält er sich regelmäßig einer Begründung und verzichtet überhaupt auf eine theoretische Erörterung des Problems, sondern behandelt es nach eher pragmatischen Gesichtspunkten.

Immerhin mag als allgemeine Bemerkung vorausgeschickt werden, daß sich für das Bundesgericht die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage nicht völlig deckt mit jener zwischen Ermittlung des Sachverhalts (d.h. des konkreten Lebensvorganges in seiner historischen Wirklichkeit) einerseits und rechtlicher Beurteilung des Sachverhaltes andererseits. Unter diesem letzten Gesichtspunkt fragt es sich, welche Norm anwendbar ist, wie ihre gesetzlichen Merkmale auszulegen sind, und ob der Sachverhalt ihnen entspricht. Das Bundesgericht behandelt indessen nicht alle übrigen Probleme als Tatfragen. Wie noch näher auszuführen sein wird, hält es sich vielmehr für befugt, im konkreten Einzelfall selber zu überprüfen, ob beim Täter bestimmte «innere Tatsachen» vor-

[21] Vgl. insbesondere H. DESCHENAUX, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral, Fribourg 1948; F. GEERDS, Revision bei Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze? in: Festschrift Karl Peters, Tübingen 1974, S. 267ff.; H. GRAVE/H. J. MÜHLE, Denkgesetze und Erfahrungssätze als Prüfungsmaßstab im Revisionsverfahren, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1975, S. 274ff.; H. E. HENKE, Die Tatfrage, Berlin 1966; DERSELBE, Rechtsfrage oder Tatfrage, Zeitschrift für Zivilprozeßrecht 81, 1968, S. 196ff. und 321ff.; K. PETERS, Tat-, Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 57, 1938, S. 53ff.; W. SCHEUERLE, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, Archiv für die civilistische Praxis 157, 1958/59, S. 1ff.; O. SCHWELING, Die Revisibilität der Erfahrung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 83, 1971, S. 435ff.; A. WOLFFERS, Die Unterscheidung von Rechts- und Tatfragen, ZbJV 102, 1966, S. 209ff.

[22] Ob im *kantonalen Verfahren* eine Frage als von tatsächlicher oder rechtlicher Natur zu gelten habe, beschlägt das kantonale Prozeßrecht und kann daher nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht bilden (BGE 94 IV 145/46; 99 IV 128/30 Erw. 1).

handen waren oder ob sich sein Verhalten dazu eignete, bestimmte Folgen zu bewirken[23]. Daß es dabei um eine Beurteilung von tatsächlichen Annahmen geht, kommt deutlich darin zum Ausdruck, daß der Kassationshof den konkreten Fall anhand «vorrechtlicher» Maßstäbe wie etwa der allgemeinen Lebenserfahrung prüft und allenfalls die Auffassung der Vorinstanz durch seine eigene ersetzt, bevor er die Frage einer Verletzung bestimmter Bundesrechtssätze erörtert (vgl. als instruktives Beispiel BGE 99 IV 74/75). Diese Praxis vermag sich darauf zu stützen, daß BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 den Kassationshof nur an «tatsächliche Feststellungen» bindet, denen «innere Tatsachen» und mögliche Folgen eines Verhaltens mindestens nicht ohne weiteres zugänglich erscheinen.

Eine umfassende Darstellung der bundesgerichtlichen Judikatur zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage ist im Rahmen dieser Festschrift nicht möglich. Immerhin soll versucht werden, einige grundsätzliche Aspekte jener Rechtsprechung aufzuzeigen.

3. Verhältnismäßig einfach lassen sich Tat- und Rechtsfragen bei *«äußeren Tatsachen»* abgrenzen, d.h. wo die Straftatbestände an äußerlich feststellbare Merkmale anknüpfen.

a) Selbstverständlich stellen alle Ausführungen der kantonalen Behörde über den Hergang und die äußeren Umstände des zu beurteilenden Geschehens tatsächliche Feststellungen dar, solange sie nicht unmittelbar auf die Frage Bezug nehmen, ob ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal erfüllt sei. So sind es z.B. Tatfragen, wie ein Tatort beschaffen war (BGE 91 IV 203 Erw. 2; 100 IV 156 Erw. 1), in welchem Zeitpunkt sich ein Ereignis zutrug (BGE 77 IV 104/05; 97 IV 165 Erw. 2c), welche Wetter- und Sichtverhältnisse herrschten (BGE 97 IV 165/66 Erw. 2c), welche Handlungen der Täter vornahm bzw. unterließ (BGE 84 IV 169 Erw. 2; 98 IV 15/16 Erw. 3; 99 IV 65 Erw. 3; 100 IV 187/89 Erw. 1b und 2b), welche Äußerungen er tat (BGE 97 IV 48), und ob das Verhalten des Täters die natürliche Ursache für eine bestimmte Schädigung war (BGE 97 IV 245 Erw. 4; vgl. auch BGE 99 IV 128/30 Erw. 1).

[23] Vgl. auch H. DESCHENAUX, a.a.O. (Anm. 21), S. 19ff.

b) Auch Ausführungen, welche unmittelbar das Vorliegen oder Fehlen *deskriptiver Tatbestandsmerkmale* betreffen, haben grundsätzlich als tatsächliche Feststellungen zu gelten. Häufig bedürfen jedoch auch solche Tatbestandselemente der Auslegung. Alsdann prüft der Kassationshof, ob die kantonale Behörde den Sinn der Bestimmung richtig erfaßt hat, d.h. ob die von der kantonalen Behörde festgestellten Tatsachen den durch Auslegung des Bundesrechts zu gewinnenden Voraussetzungen entsprechen. So ist es etwa entgegen dem zunächst erweckten Anschein nicht nur Tat-, sondern auch Rechtsfrage, ob – für welchen Fall die Bewilligung für ein Ausnahmefahrzeug gemäß VRV Art. 78 eine Einschränkung vorsah – «unsichtiges Wetter» herrschte (BGE 97 IV 163/67 Erw. 2), ob jemand beim Überholen den Gegenverkehr behinderte (SVG Art. 35 Abs. 2; BGE 100 IV 81/82 Erw. 3), und ob jemand der Dienstbote des Täters war (StGB Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5; BGE 99 IV 158/59 Erw. 2b/c). Diese Art der Grenzziehung vermag jedoch nicht mehr ohne weiteres zu befriedigen, wenn ein Tatbestandsmerkmal auch in der bundesgerichtlichen Auslegung derart abstrakt bleibt, daß sein Vorhandensein oder Fehlen im konkreten Fall nicht ohne weiteres festgestellt werden kann. So erscheint es mir als problematisch, wenn der Kassationshof in der Bemerkung der Vorinstanz, die Täter hätten bestimmte Sachen «in ihr eigenes Vermögen überführt», eine für ihn verbindliche tatsächliche Feststellung erblickt (BGE 100 IV 159 Erw. 3b).

c) Ebenfalls nicht rein tatsächlicher Natur sind Feststellungen über das Vorliegen oder Fehlen eines sog. *rechtlich geprägten Tatbestandsmerkmales.* Die Bedeutung eines solchen Elementes kann, wie sich ausdrücklich oder sinngemäß aus dem Gesetz ergibt, nur aus Bestimmungen der übrigen Rechtsordnung ermittelt werden. So hat der Kassationshof beispielsweise als Rechtsfragen überprüft, wann ein Deliktsobjekt eine «bewegliche Sache» im Sinne der Eigentumsdelikte darstellt (vgl. insbesondere BGE 87 IV 117), unter welchen Voraussetzungen eine derartige Sache für den Täter «fremd» ist (vgl. z.B. BGE 88 IV 16/17 Erw. 4), wann sie jemandem im Sinne von StGB Art. 140 «anvertraut» ist (vgl. zuletzt BGE 99 IV 202/05 Erw. 1 und 2 sowie 206/07 Erw. 1), und welcher Kreis von Personen an einer Sache im Sinne von StGB Art. 143

«berechtigt» ist (BGE 99 IV 141/44). Tatfrage ist es alsdann, ob das konkrete Objekt die für das betreffende rechtlich geprägte Tatbestandsmerkmal ermittelten Voraussetzungen aufweist.

d) Besonders breiten Raum nehmen die Rechtsfragen bei *normativen Tatbestandsmerkmalen* ein, deren Tragweite sich nicht mehr durch bloße Auslegung, sondern nur durch selbständig wertende richterliche Rechtsfindung ermitteln läßt. Dabei kann es sich regelmäßig nur darum handeln, die konkreten Umstände des Einzelfalles gesamthaft und weitgehend nach dem Ermessen des Richters zu würdigen. Praktisch gesehen wird daher die Tragweite von BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 vor allem dadurch bestimmt, welche Bedeutung der Kassationshof den betreffenden Umständen zumißt.

Rechtsfragen sind es etwa,

- ob eine Sache «von geringem Wert» ist (StGB Art. 138 und 142; BGE 80 IV 241/42 und dort zitierte frühere Entscheide; BGE 98 IV 26/29 Erw. 2), wobei indessen die Feststellungen der Vorinstanz über den Betrag des betreffenden Geldes bzw. über den An- und Verkaufspreis der betreffenden Sache verbindlich sind;
- ob der dem Täter gewährte Vermögensvorteil mit seiner Leistung in einem «offenbaren Mißverhältnis» steht (StGB Art. 151, BGE 70 IV 203 Erw. 3; 92 IV 134/37 Erw. 1; 93 IV 87/89 Erw. 2);
- ob ein bestimmtes Verhalten bereits den «Beginn der Ausführung» einer Tat darstellt (StGB Art. 21 und 22, BGE 87 IV 155 und dort zitierte frühere Entscheide; 99 IV 152/54 Erw. 1);
- ob das Verhalten des Täters als einheitliches, zusammengehörendes Tun erscheint (Frage der echten oder unechten Konkurrenz, BGE 98 IV 106 Erw. 2).

Mitunter betrifft das normative Element auch die tatbestandsmäßige *Handlung,* so daß es dem Richter obliegt, die für den zu beurteilenden Sachverhalt geltende Verhaltensnorm als solche festzustellen. So ist es vor allem Rechtsfrage, worin die Vorsicht besteht, zu welcher der Täter nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen in einer (von der kantonalen Behörde verbindlich festgestellten) bestimmten Situation verpflichtet war (StGB Art. 18 Abs. 3, BGE 99 IV 64/67 Erw. 2). Das gleiche gilt unter dem Gesichtspunkt verschiedener straßenverkehrsrechtlicher Strafbestimmungen für die Frage, welche Reaktionszeit ein Fahrzeuglenker in einer bestimmten Lage für sich beanspruchen darf

(vgl. z.B. BGE 90 IV 101/03 Erw. 3b), und welche Geschwindigkeit im konkreten Fall als angemessen zu gelten hat (vgl. BGE 99 IV 229 und dort zitierte frühere Entscheide). Immerhin weicht der Kassationshof nach dieser Praxis von der Ansicht der kantonalen Instanzen über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Geschwindigkeit nur ab, wenn es sich aufdrängt. Denn für die Beurteilung dieser Frage ist weitgehend die Würdigung der örtlichen Verhältnisse maßgebend, die der kantonale Richter im allgemeinen aus eigener Wahrnehmung kennt. Überdies läßt sich die Angemessenheit einer Fahrweise nicht genau feststellen, sondern bloß abschätzen, so daß der kantonalen Behörde ein gewisses Ermessen eingeräumt werden muß.

4. Nach ständiger Praxis des Kassationshofes können auch sogenannte *«innere Sachverhalte»* bzw. «innere Tatsachen» wie besondere psychische Zustände, Willensinhalte und Motive grundsätzlich Gegenstand einer tatsächlichen Feststellung im Sinne von BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 bilden (BGE 71 IV 131 Erw. 4; 89 IV 66 Erw. 4c; 97 IV 79 Erw. 1; 98 IV 66 Erw. 4 und 154). Er erachtet sich jedoch, worauf zurückzukommen sein wird, an entsprechende Annahmen der Vorinstanz nicht durchwegs gebunden.

a) Zahlreiche Bestimmungen des Bundesstrafrechtes setzen voraus, daß der Täter mit bestimmten *Kenntnissen, Willensinhalten* oder aus bestimmten *Beweggründen* handelte. Das Bundesgericht betrachtet die Ausführungen der kantonalen Behörde über das Vorhandensein oder Fehlen derartiger «innerer Tatsachen» regelmäßig als tatsächliche Feststellungen, soweit es sich um deskriptive Tatbestandsmerkmale handelt und diese von der Vorinstanz richtig verstanden bzw. ausgelegt wurden (vgl. z.B. BGE 71 IV 216; 79 IV 215; 86 IV 207). Freilich ist nicht zu verkennen, daß diese Frage nicht immer in gleich eingehender Weise geprüft wird. So legt etwa ein Entscheid ausführlich die von StGB Art. 18 Abs. 2 geforderte Beschaffenheit des Wissens dar und analysiert die Ausführungen der Vorinstanz über den Vorsatz unter diesem Gesichtspunkt (BGE 99 IV 58/62 Erw. 1), während in einem anderen Fall, wo das gleiche Element ebenfalls als nicht unproblematisch erscheint, nur von einer verbindlichen Feststellung der kantonalen

Behörde, der Täter habe vorsätzlich gehandelt, gesprochen wird (BGE 100 IV 159 Erw. 3c).

Als Tatfrage hat es der Kassationshof beispielsweise bezeichnet

- unter dem Gesichtspunkt von StGB Art. 18 Abs. 2, ob der Täter im Wissen und mit dem Wollen handelte, den objektiven (einen Tatbestand erfüllenden) Sachverhalt zu verwirklichen (BGE 74 IV 205 Erw. 3; 90 IV 78/79; 100 IV 182/83 Erw. 3). Dabei genügt die Feststellung der Vorinstanz, der Täter habe den Eintritt des jeweiligen tatbestandsmäßigen Erfolges als möglich erkannt und ihn in Kauf genommen oder – was das Bundesgericht als gleichbedeutend betrachtet – ihn gebilligt bzw. sich damit abgefunden (BGE 96 IV 99/100; 98 IV 66);
- im Zusammenhang mit StGB Art. 191 Ziff. 3, welche Vorstellungen sich der Täter über das Alter eines Kindes machte (BGE 75 IV 5/6);
- ob jemand, wie in bestimmten Tatbeständen vorausgesetzt, in der Absicht gehandelt hat, sich zu bereichern (BGE 99 IV 8 Erw. 3), einen unrechtmäßigen Vorteil zu erlangen (BGE 100 IV 178/79 Erw. 2), das Angebot einer Firma im Wettbewerb zu begünstigen (BGE 89 IV 66 Erw. 4c; 90 IV 48 Erw. 3), einen Diebstahl zu begehen (BGE 100 IV 148 Erw. 1) oder jemandem Übles vorzuwerfen (BGE 71 IV 131; 81 IV 237 und 283 Erw. 3; 82 IV 99);
- im Zusammenhang mit der Frage der Gewerbsmäßigkeit, ob der Täter in der Absicht handelte, sich ein Erwerbseinkommen zu verschaffen und dazu bereit war, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln (BGE 79 IV 15 Erw. 2; 86 IV 207 Erw. 1; 99 IV 89 Erw. 8);
- unter dem Gesichtspunkt des Gewahrsamsbruches bei Diebstahl im Sinne von StGB Art. 137 Ziff. 1, ob der Geschädigte den Herrschaftswillen über die Sache besaß (BGE 100 IV 158 Erw. 3a);
- im Zusammenhang mit der Anstiftung, ob sich der Täter auf die Aufforderung des Anstifters hin zur Tat entschloß (BGE 100 IV 2 Erw. 4b);
- unter dem Gesichtspunkt des Rechtsirrtums im Sinne von StGB Art. 20, ob sich der Täter der Widerrechtlichkeit bzw. Verbotenheit seines Tuns bewußt war (BGE 74 IV 205; 75 IV 75/76 Erw. 4 und 152/53; 90 IV 48 Erw. 3; 98 IV 259 Erw. 4);
- im Zusammenhang mit der Frage einer Strafmilderung bei Handeln aus achtungswerten Beweggründen gemäß StGB Art. 64, aus welchen Motiven der Täter gehandelt hat (BGE 97 IV 79);
- hinsichtlich der Prognose beim bedingten Strafvollzug, ob der Täter im Bewußtsein getrunken hatte, noch ein Fahrzeug lenken zu müssen (BGE 100 IV 10 Erw. 2).

Hingegen unterliegen wie bei den «äußeren Tatsachen» *normative* Elemente grundsätzlich der Kognition des Bundesgerichtes. Rechtsfrage ist es beispielsweise, ob ein von der Instanz festgestellter Irrtum des Täters auf «zureichenden Gründen» im Sinne von StGB Art. 20 beruht (BGE 75 IV 152 Erw. 3), oder ob der vom Sachrichter festgestellte Beweggrund des Täters achtungswert im Sinne von StGB Art. 64 sei (BGE 97 IV 79).

b) Der Kassationshof *schränkt die erwähnte Praxis* in bezug auf deskriptive innere Merkmale insofern *ein,* als er sich unter bestimmten Umständen nicht an die vorinstanzliche Feststellung gebunden fühlt, der Täter habe mit Willen gehandelt. Bildet nämlich das Wissen um den möglichen Erfolg der Handlung das einzige Indiz für eine solche Annahme, ist dafür nach Auffassung des Bundesgerichtes weiter erforderlich, daß sich dem Täter der Eintritt jenes tatbestandsmäßigen Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängte, daß sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann (BGE 69 IV 80; 72 IV 125; 74 IV 47 und 83; 92 IV 67 Erw. 4a).

Außerdem scheint sich der Kassationshof immer dann nicht an einen Schluß der kantonalen Behörde über das Vorliegen eines bestimmten Willensinhaltes gebunden zu erachten, wenn er weder auf einer bestimmten Tatsache noch auf einer Beweiswürdigung, sondern nur auf der allgemeinen Lebenserfahrung, der «Natur der Dinge» beruht. Obwohl sie tatsächlicher Natur ist, hält sich das Gericht alsdann für befugt, die Schlußfolgerung frei zu überprüfen (BGE 99 IV 74 Erw. 2 unter Hinweis auf BGE 88 II 469). In diesem Fall prüfte der Kassationshof, ob fortgesetzte Tatbegehung vorliege, und ging dabei anders als die Vorinstanz davon aus, die Täter hätten zum vornherein den Entschluß gefaßt, alle inkriminierten unzüchtigen Handlungen zu begehen.

Solchen Entscheiden dürfte die Überlegung zugrunde liegen, daß sich hinter den betreffenden «Feststellungen» der kantonalen Behörde leicht bloße Behauptungen über den nur schwer zu ermittelnden «inneren Sachverhalt» verbergen können und alsdann die Rechtskontrolle zur bloßen Farce wird. So betrachtet, erscheint es als zweckmäßig, wenn der Kassationshof derartige Annahmen überprüft. Dieses Vorgehen dürfte sich indessen theoretisch kaum begründen lassen. Anerkennt man mit dem Bundesgericht grundsätzlich, daß auch «innere Sachverhalte» einer «tatsächlichen Feststellung» im Sinne von BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 zugänglich sind, so müssen folgerichtig auch die ihnen zugrunde liegenden Überlegungen der Ermittlung des Sachverhaltes zugerechnet werden, und lassen sich die dabei herangezogenen Erfahrungsregeln nicht den Rechtssätzen gleichstellen, die auf den Sachverhalt an-

zuwenden sind[24]. Wer aus dem bloßen Wissen des Täters um die mögliche Bewirkung eines tatbestandsmäßigen Erfolges auf einen entsprechenden Willen schließt oder innere Tatsachen einzig unter Berufung auf die angebliche Lebenserfahrung als gegeben unterstellt, würdigt vielmehr die Beweise willkürlich. Im Grunde genommen wäre deshalb in derartigen Fällen die staatsrechtliche Beschwerde am Platz.

c) Bei der Beurteilung der *Zurechnungsfähigkeit* betrachtet der Kassationshof den von der kantonalen Behörde ermittelten «biologisch-psychologischen Zustand», in dem der Täter handelte, wie z.B. eine bestimmte Psychopathie, als bindende tatsächliche Feststellung. Hingegen überprüft er, ob jener Zustand die rechtlichen Merkmale der verminderten oder aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit aufweist (BGE 81 IV 8 Erw. 1; 98 IV 153; vgl. BGE 100 IV 130/31). Rechtsfrage ist demnach, ob die ermittelte Abnormität als Geisteskrankheit, Blödsinn oder schwere Störung des Bewußtseins gemäß StGB Art. 10 bzw. als Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit oder des Bewußtseins nach StGB Art. 11 angesehen werden muß, und wie sie sich zutreffendenfalls auf die Einsichts- und Direktionsfähigkeit des Täters auswirkte.

Auch für *andere* im Bundesrecht erwähnte *«innere Zustände»* sollte die Regel gelten, daß ihre Ermittlung Tatfrage, ihre allenfalls darüber hinaus vom Gesetz verlangte Beurteilung nach normativen Kriterien hingegen Rechtsfrage ist. Demnach würde z.B. beim Tatbestand des Totschlages im Sinne von StGB Art. 113 die kantonale Behörde verbindlich feststellen, ob der Täter in einer heftigen Gemütsbewegung tötete, während das Bundesgericht überprüfen könnte, ob jene Gemütsbewegung nach den Umständen entschuldbar ist (in diesem Sinne wohl BGE 82 IV 87/89; vgl. auch BGE 100 IV 151). Nach einer eher beiläufigen Bemerkung in BGE 98 IV 155 Erw. 3b scheint indessen der Kassationshof die Frage, ob der Täter in einer heftigen Gemütsbewegung handelte, ebenfalls als Rechtsfrage zu betrachten. Andererseits sieht er in der von StGB Art. 42 für die Anordnung der Verwahrung aufgestellten Voraussetzung,

[24] In diesem Sinne u.a. auch F. GEERDS, a.a.O. (Anm. 21), S. 272 sowie H. GRAVE/H. J. MÜHLE, a.a.O. (Anm. 21), S. 276/77; a. M. H. DESCHENAUX, a.a.O., S. 43/44.

daß die neuen vorsätzlichen Taten «einen Hang zu Verbrechen oder Vergehen» des Täters bekunden, ausschließlich eine Tatfrage (BGE 100 IV 141 Erw. 4). Da es sich hierbei um eine recht unscharf gehaltene, normativ gefärbte Umschreibung eines «inneren Zustandes» handelt, mutet diese Auffassung fragwürdig an.

d) Besondere Erwähnung verdient die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in bezug auf den von SVG Art. 91 vorausgesetzten innern Zustand der *«Angetrunkenheit»*. Nach BGE 90 IV 226 Erw. 1 fährt angetrunken, wer infolge des genossenen Alkohols unfähig ist, ein Fahrzeug mit der erforderlichen Sicherheit zu führen, d.h. in jeder, selbst außergewöhnlichen Situation so zu reagieren, wie man es von einem kaltblütigen Fahrer verlangen kann. Die Frage, ob diese Unfähigkeit im konkreten Fall gegeben war, betrifft zweifelsohne die Ermittlung des Sachverhaltes. Nach der durch BGE 90 IV 160ff. begründeten Rechtsprechung muß jedoch unabhängig von weiteren Umständen und Beweismitteln stets angenommen werden, eine sichere Führung des Motorfahrzeuges sei infolge des alkoholisierten Zustandes des Täters nicht mehr möglich, wenn dessen Blutalkoholgehalt zur Zeit der Fahrt 0,8 oder mehr Promille beträgt. Auch ein geringerer Wert ab etwa 0,5 Promille vermag eine Angetrunkenheit im Sinne des Gesetzes zu bewirken, wenn die Alkoholverträglichkeit des Fahrers durch Krankheit, Übermüdung oder bestimmte Heilmittel herabgesetzt ist (BGE 98 IV 291 und dort zitierte frühere Entscheide). Demnach ist nur die Feststellung des Blutalkoholgehaltes und eines allfälligen Begleitumstandes der genannten Art für den Zeitpunkt der Fahrt eine Tatfrage, Rechtsfrage hingegen, ob ein Führer unter diesen ermittelten Umständen als angetrunken betrachtet werden muß (BGE 90 IV 167 Erw. 5; 98 IV 292/93 Erw. 1b/c; Pra 1974 Nr. 295). Der Kassationshof überprüft also hier insoweit die Beweiswürdigung. Dabei setzt er eine bundesrechtliche Regel voraus, wonach aus einer bestimmten Blutalkoholkonzentration, einer äußerlich feststellbaren Tatsache, stets auf den inneren Zustand der Fahrunfähigkeit geschlossen werden muß. Das läuft auf eine schematische Würdigung der Beweise hinaus, die jedoch als notwendige Ausnahme von der zu allgemein gehaltenen Bestimmung von BStP Art. 249 verstanden werden kann. Wie ausgedehnte Untersuchun-

gen ergeben haben, entspricht es einem Erfahrungs*gesetz*, daß ein Blutalkoholgehalt von 0,8 Promille oder darüber mit dem Zustand der Fahrunfähigkeit im vorher umschriebenen Sinne verbunden sein muß[25], welcher seinerseits das Tatbestandsmerkmal der Angetrunkenheit im Sinne von SVG Art. 91 erfüllt. Demzufolge wäre die Annahme einer kantonalen Behörde, ein Fahrer sei trotz einem Blutalkoholgehalt von 0,8 Promille oder mehr nicht angetrunken gewesen, als bundesrechtswidrig zu betrachten[25a].

5. Gewisse Straftatbestände setzen ausdrücklich oder sinngemäß voraus, daß der Eintritt eines bestimmten Erfolges bzw. ein bestimmter Kausalverlauf wahrscheinlich, voraussehbar oder vermeidbar war. Hier handelt es sich nicht um reales Geschehen, sondern um Hypothesen. Der Kassationshof scheint sich im allgemeinen als befugt zu betrachten, eine Frage frei zu überprüfen, welche nicht in den Bereich tatsächlicher Vorgänge fällt, die feststellbar sind, sondern sich nach allgemeinen Erfahrungssätzen beurteilt (so ausdrücklich BGE 83 IV 189/90 für die Frage der Vorhersehbarkeit des tödlichen Verlaufs einer Körperverletzung). Die hauptsächlichsten Anwendungsfälle zeigen, daß diese Auffassung mindestens im Ergebnis Zustimmung verdient.

a) Die Tatbestände *konkreter Gefährdungsdelikte* setzen den Eintritt eines Zustandes voraus, auf Grund dessen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Verletzung des geschützten Rechtsgutes besteht (BGE 94 IV 62 Erw. 2 und dort zitierte frühere Entscheide; vgl. auch BGE 97 IV 209). In solchen Fällen beschränkt sich die Kontrolle des Kassationshofes nicht auf die Frage, ob die kantonale Behörde den Begriff der Gefahr in diesem Sinn verstanden und den Eintritt eines entsprechenden Zustandes bejaht habe. Vielmehr pflegt das Gericht ohne nähere Begründung auch selber zu untersuchen, welche Rechtsgüterverletzungen mit welcher Wahrscheinlichkeit

[25] Vgl. dazu das BGE 90 IV 160ff. zugrundeliegende Gutachten über die Toleranzgrenze für Blutalkoholwerte bei Verkehrsteilnehmern von LÄUPPI, BERNHEIM und KIELHOLZ, SJZ 61, 1965, S. 149ff.

[25a] Nunmehr bestimmt SVG Art. 55 Abs. 1 in der Fassung vom 20. März 1975, daß der Beweisgrenzwert vom Bundesrat festgelegt wird.

aus dem Verhalten des Täters hätten entstehen können (BGE 71 IV 100; 72 IV 27/29 Erw. 2; 80 IV 183; 85 IV 132/33 und 137/39 Erw. 1; 94 IV 62 Erw. 2; für die konkrete Gemeingefahr BGE 83 IV 30/31; für die «schwere Gefährdung» im Sinne von StGB Art. 134 Ziff. 1 BGE 98 IV 185/87 Erw. 1). Als verbindlich werden nur die Feststellungen der Vorinstanz über den tatsächlichen Verlauf sowie über die örtlichen und zeitlichen Umstände des fraglichen Ereignisses betrachtet.

In der Tat gehört ein Zustand, in dem die Verletzung von Rechtsgütern als «nahe möglich» erscheint, im Gegensatz zu einer «inneren Tatsache» nicht der Realität an, sondern stellt eine bloße *gedankliche Konstruktion* dar. Eine solche ist keiner Beweisführung zugänglich; nachweisen lassen sich lediglich die dem wirklichen Geschehen entnommenen Tatsachen, von denen sie ausgeht. Der Schluß von solchen «Ausgangstatsachen» auf das Bestehen einer konkreten Gefahr läßt sich daher genau betrachtet nicht als Frage der Beweiswürdigung ansehen, welche der Kontrolle durch den Kassationshof entzogen wäre. Wollte man diese darauf beschränken, ob die Vorinstanz den Begriff der Gefahr richtig verstanden und einen entsprechenden Zustand bejaht habe, so liefe dies denn auch auf eine bloß formale, dem Zweck der Nichtigkeitsbeschwerde kaum entsprechende Überprüfung des Entscheides hinaus. Schließlich kann wohl auch aus Gründen der Logik in bezug auf die Feststellung einer «konkreten Gefahr» nur von einer Rechtsfrage gesprochen werden, da dieses Tatbestandsmerkmal eben keine Entsprechung in der realen Welt hat. Es geht vielmehr im Grunde genommen ähnlich wie bei normativen Tatbestandselementen darum, die «Ausgangstatsachen» zu bewerten.

b) Die gleichen Erwägungen treffen auch auf die namentlich bei erfolgsqualifizierten Delikten bestehende Voraussetzung zu, daß der vom Täter unvorsätzlich bewirkte Eintritt einer *Rechtsgutsverletzung für ihn vorhersehbar* war. Mit Fug erblickt der Kassationshof darin eine Rechtsfrage (BGE 83 IV 190; 97 IV 89 Erw. 4; 98 IV 188). Daß sich die Voraussehbarkeit, womit im erstgenannten Entscheid argumentiert wird, nach allgemeinen Erfahrungssätzen beurteilt, dürfte dafür indessen nicht den Ausschlag geben. Entscheidend ist vielmehr, daß es sich um ein normatives

Tatbestandsmerkmal handelt. Dies läßt sich besonders deutlich daraus ersehen, daß gerade bei den erfolgsqualifizierten Delikten das Nichtvoraussehen des Erfolgseintrittes fahrlässig sein muß, d.h. anhand der dem Täter nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen obliegenden Pflichten zu beurteilen ist (StGB Art. 18 Abs. 3). Nur bei der Feststellung der als «Umstände» und «persönliche Verhältnisse» ins Gewicht fallenden «Ausgangstatsachen» handelt es sich, wie BGE 97 IV 98 sinngemäß ausführt, um Tatfragen.

c) Das namentlich bei Fahrlässigkeitsdelikten bedeutsame Problem des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem Verhalten des Täters und dem eingetretenen Verletzungserfolg ist nach der Praxis des Bundesgerichts als Tatfrage anzusehen, soweit es sich um die Ermittlung der sog. *«natürlichen Kausalität»* handelt[26]. Rechtsfrage ist es hingegen, ob zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Täters und dem eingetretenen Unfall ein *«rechtserheblicher Kausalzusammenhang»* besteht (BGE 97 IV 245 Erw. 4; 98 IV 173 Erw. 3). Diese Voraussetzung pflegt der Kassationshof in der Regel schon dann zu bejahen, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Täters für die eingetretene Verletzung *«adäquat-kausal»*, d.h. nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen oder zu begünstigen (BGE 91 IV 120 und 187; 98 IV 173 Erw. 3). In der Tat handelt es sich auch hierbei um eine Frage, die nicht in den Bereich des tatsächlich Feststellbaren fällt und damit auch keiner Beweiswürdigung zugänglich ist. Hinzu kommt, daß das festgestellte Bestehen des «adäquaten Kausalzusammenhanges» ohnehin nur indizierende Bedeutung für die letztlich entscheidende Annahme besitzt, der Eintritt des Erfolges sei für den konkreten Täter *vorhersehbar* gewesen[27]. Ob dies zutrifft, beurteilt sich wiederum nach den normativen Merkmalen der «Umstände» und «persönlichen Verhältnisse» und erscheint mithin zum vornherein als Rechtsfrage.

[26] Kritisch hiezu A. WOLFFERS, a.a.O. (Anm. 21), S. 217ff.

[27] Vgl. dazu M. RUTZ, Der objektive Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes, ZStrR 89, 1973, S. 375ff. und die dort zitierte weitere Literatur.

Bei richtiger Betrachtung erschöpft sich indessen die Rechtserheblichkeit des pflichtwidrigen Verhaltens für den Erfolg nicht im Bestehen eines «adäquaten Kausalzusammenhanges» oder in der Vorhersehbarkeit der eingetretenen Verletzung. StGB Art. 18 Abs. 3 verlangt, daß der schädigende Erfolg auf das pflichtwidrige Verhalten des Täters *«zurückzuführen»* ist. Dies setzt – wie sich besonders deutlich bei fahrlässigen Unterlassungsdelikten zeigt – (vgl. BGE 98 IV 173 Erw. 2) die hypothetische Feststellung voraus, daß die Rechtsgüterverletzung *durch pflichtgemäßes Verhalten* des Täters hätte *vermieden werden* können[28]. Der Kassationshof hat diese gesetzlich erforderte «Relevanz» des pflichtwidrigen Verhaltens bisher leider nur in einzelnen Entscheiden erwähnt (BGE 80 IV 51; 92 IV 25 Erw. b; 97 IV 245 Erw. 4; 98 IV 173 Erw. 2). Im erst- und letztgenannten Entscheid erwähnt das Bundesgericht die Annahme der kantonalen Instanzen, der fragliche Unfall wäre bei sorgfaltsgemäßem Benehmen vermieden worden, offenbar im Sinne einer tatsächlichen Feststellung. In den beiden anderen Urteilen prüft der Kassationshof dagegen selber, ob das pflichtwidrige Verhalten des Täters im vorher umschriebenen Sinne relevant war[29].

Dazu muß bemerkt werden, daß die Vermeidbarkeit einer Verletzung bei Einhaltung der geforderten Sorgfalt trotz der hypo-

[28] Vgl. dazu J. REHBERG, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», Zürich 1962, S. 122; M. RUTZ, a.a.O. (Anm. 27), S. 369ff.; H. WALDER, Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZbJV 104, 1968, S. 161ff., inbes. S. 174ff.

[29] Wobei allerdings BGE 97 IV 245 Erw. 4 unmittelbar zuvor in irreführender Weise auch davon spricht, die «zu hohe Geschwindigkeit» des Beschwerdeführers sei die *natürliche* Ursache der Verletzung eines Fußgängers gewesen, und darin eine verbindliche tatsächliche Feststellung erblickt. Der «natürliche» Kausalzusammenhang beschlägt die Beziehung zwischen dem (wertneutral betrachteten) Verhalten des Täters und dem Erfolg, der «rechtserhebliche» Kausalzusammenhang die Beziehung zwischen der Mißachtung von Sorgfaltsregeln und dem Erfolg (vgl. H. WALDER, a.a.O. (Anm. 28), S. 163ff.). Unter dem erstgenannten Aspekt ist demnach zu prüfen, ob der Fußgänger vom Beschwerdeführer angefahren und dadurch verletzt wurde. Unter dem zweiten Gesichtspunkt stellt sich – wie vom Bundesgericht richtig erkannt – die Frage, ob es nicht zum Zusammenstoß gekommen wäre, wenn der Beschwerdeführer mit angemessener Geschwindigkeit gefahren wäre.

thetischen Art der Fragestellung dem Grundsatz nach einer Beweisführung und Feststellung *zugänglich* ist. So läßt sich etwa durch Berechnungen oder Versuche ermitteln, ob es auch dann zu einem Zusammenstoß zwischen einem Auto und einem Fußgänger gekommen wäre, wenn der Fahrer nur mit der zulässigen Geschwindigkeit gefahren wäre oder auf die auftretende Gefahr hin rechtzeitig reagiert hätte. Indessen spricht eine andere Überlegung wohl entscheidend dagegen, entsprechende Ermittlungen als bindende tatsächliche Feststellungen zu behandeln. Die Relevanz eines sorgfaltswidrigen Verhaltens läßt sich nur durch Vergleich des tatsächlichen Kausalverlaufes mit jenem bei pflichtgemäßem Handeln ermitteln. Zu welchem Verhalten der Täter unter den konkreten Umständen verpflichtet gewesen wäre, beurteilt sich nach StGB Art. 18 Abs. 3. Es würde kaum dem Sinn von BStP Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 entsprechen, wollte man eine Bindung des Kassationshofes an Feststellungen bejahen, die nur unter der Voraussetzung der richtigen Anwendung des Bundesrechtes zutreffen. Außerdem erscheint es jedenfalls als eine (bisher nicht gelöste) Rechtsfrage, ob StGB Art. 18 Abs. 3 verlangt, daß der Erfolg bei sorgfaltsgemäßem Handeln nur möglicherweise oder mit einer größeren Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre.

6. Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, daß auch dann ausschließlich eine Rechtsfrage vorliegt, wenn das Gesetz die *gesamthafte Beurteilung* äußerer und innerer Tatsachen *nach normativen Kriterien* verlangt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn besondere Strafdrohungen für «schwere» oder «leichte» Fälle bestehen (vgl. oben II/3d), und wenn eine Tat besondere Folgen nach sich zieht, wenn sie die «besondere Gefährlichkeit des Täters» offenbart (vgl. dazu z.B. BGE 100 IV 29 Erw. 1 und 165/66 Erw. 2).

7. Besondere Erwähnung erfordert schließlich die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage bei Entscheiden über die *Wiederaufnahme* eines Verfahrens. Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß es der Kassationshof mit Recht zu vermeiden trachtet, im Revisionsverfahren eine weitergehende Kontrolle auszuüben als in bezug auf das ursprüngliche Urteil.

Nach StGB Art. 397, welche Bestimmung einen bundesrechtlichen Wiederaufnahmegrund darstellt (vgl. oben I/2i), haben die Kantone gegenüber Urteilen, die auf Grund des StGB oder eines anderen Bundesgesetzes ergangen sind, wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gerichte zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten zu gestatten.

a) Ob das Vorbringen des Verurteilten eine *«neue Tatsache»* oder ein *«neues Beweismittel»* darstellt, bestimmt sich nach Bundesrecht. Jedenfalls muß es den dem früheren Urteil zugrunde gelegten *Sachverhalt* betreffen, da StGB Art. 397 die Wiederaufnahme bloß zur Überprüfung und Änderung der rechtlichen Würdigung des früheren Sachrichters nicht zuläßt (BGE 92 IV 179 und dort zitierte frühere Entscheide). Tatsachen und Beweismittel haben gemäß BGE 80 IV 42 und 92 IV 179 dann als neu zu gelten, wenn sie dem Gericht zur Zeit der Urteilsfällung unbekannt waren, ihm überhaupt nicht in irgend einer Form zur Beurteilung vorlagen, Tatsachen auch nicht bloß in Form einer irgendwie namhaft gemachten Hypothese. BGE 99 IV 183/84 schränkt indessen diese Umschreibung ein und bezeichnet eine Tatsache auch dann als neu, wenn sie zur Zeit des früheren Verfahrens aus den Akten ersichtlich war, aber vom urteilenden Gericht übersehen wurde. Dementsprechend besteht die Tatfrage darin, ob die als neu in Anspruch genommenen Tatsachen bzw. Beweismittel dem Gericht zur Zeit der Urteilsfällung zur Beurteilung vorlagen, und ob sie zutreffendenfalls von ihm übersehen wurden.

Die neue Tatsache bzw. das neue Beweismittel muß nach StGB Art. 397 überdies *erheblich* sein. Diese Eigenschaft setzt sich nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes (BGE 92 IV 179 und dort zitierte frühere Entscheide) aus den beiden Voraussetzungen der Beweiskraft und der rechtlichen Bedeutsamkeit zusammen.

Beweiskräftig ist das neue Anbringen, wenn die neue Tatsache oder das neue Beweismittel für sich allein oder zusammen mit anderen bekannten oder neu angerufenen Vorbringen schlüssig genug ist, um den im früheren Urteil angenommenen Sachverhalt zu entkräften. Es genügt also nicht, daß die betreffenden Anbrin-

gen den Richter im früheren Verfahren, falls er sie gekannt hätte, zu bestimmten weiteren Beweismaßnahmen hätten veranlassen müssen. Die Frage der Beweiskraft gehört dem Gebiet des Tatsächlichen an. Feststellungen des kantonalen Revisionsrichters über den Beweiswert oder die Beweiskraft neuer Tatsachen oder Beweismittel sind daher, auch wenn sie auf antizipierter Beweiswürdigung beruhen, mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht anfechtbar.

Rechtlich bedeutsam ist das neue Anbringen, wenn es, falls es den Sachverhalt zu verändern vermag, zu einem für den Verurteilten bedeutend günstigeren Urteil führen kann. Ob das zutrifft, ist eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsfrage.

Zusammengefaßt läßt sich mithin die Nichtigkeitsbeschwerde nach der Praxis des Kassationshofes[30] damit begründen, daß die kantonale Behörde

- die Begriffe «neue Tatsache» oder «neues Beweismittel» verkannt und deshalb zu Unrecht angenommen habe, das als neu angesprochene Vorbringen sei dem Gericht im Zeitpunkt des früheren Verfahrens bekannt gewesen;
- die neuen Vorbringen unzutreffenderweise als rechtlich unbedeutsam bezeichnet und aus diesem Grund für unerheblich bezeichnet habe;
- das Gesuch trotz Anbringen, die vom kantonalen Gericht selbst als neu und erheblich bezeichnet wurden, abgewiesen habe.

Angemerkt sei, daß nach der durch BGE 90 IV 180/83 begründeten neuen Praxis das Verfahren von Bundesrechts wegen erst wieder aufgenommen werden muß, wenn die neue erhebliche Tatsache dargetan (also nicht nur glaubhaft gemacht) worden ist bzw. wenn ein neues erhebliches Beweismittel tatsächlich vorliegt.

b) Wiederaufnahmegesuche stützen sich des öftern auf *neue Gutachten.* Für diese Fälle hat der Kassationshof richtigerweise festgehalten, daß kein Revisionsgrund vorliegt, wenn sich das neue Gutachten bloß anheischig macht, bereits bekannte Tatsachen des beurteilten Falles *rechtlich neu zu würdigen,* z.B. den Richter davon zu überzeugen, daß ein schon im früheren Verfahren bekannt gewesener biologisch-psychologischer Zustand des Verurteilten die-

[30] Vgl. dazu auch A.C. ECKERT, Die Wiederaufnahme des Verfahrens im schweizerischen Strafprozeßrecht, Berlin 1974, S. 58ff.

sen nicht im Sinne von StGB Art. 11 vermindert zurechnungsfähig, sondern im Sinne von StGB Art. 10 unzurechnungsfähig gemacht habe (BGE 76 IV 37/38 Erw. 1). Der früher festgestellte «innere Sachverhalt» wird durch eine solche Expertise nicht tangiert.

Kein Wiederaufnahmegrund liegt nach der Auffassung des Bundesgerichtes auch dann vor, wenn das neue Gutachten lediglich als angeblich neues Beweismittel zu einer *bereits im früheren Verfahren geltend gemachten erheblichen Tatsache* angerufen wird, die der Richter damals als nicht bewiesen erachtet hat. Der Kassationshof erblickt in einer solchen Expertise kein «dem Gerichte zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekanntes Beweismittel» im Sinne von StGB Art. 397, weil der Sachrichter wisse, daß er weitere Sachverständige zu Rate ziehen könne, wenn ihm ein Gutachten nicht schlüssig zu sein scheint, um ihn vom Bestand einer geltend gemachten Tatsache zu überzeugen. Außerdem sei die Aufdeckung von Lücken in der Fachkenntnis des Richters im allgemeinen nicht Revisionsgrund (BGE 76 IV 34; vgl. auch BGE 78 IV 56). Diese Ansicht dürfte vermutlich von Befürchtungen praktischer Art mitgeprägt worden sein. Vielfach läßt sich ohne große Schwierigkeiten ein privater Gutachter finden, der zu einem anderen als dem im Urteil angenommenen Sachverhalt gelangt, z.B. eine andere Diagnose über den Geisteszustand des Täters stellt als diejenige des vom Gericht berufenen Experten. ECKERT hält indessen der Auffassung des Kassationshofes wohl mit Recht entgegen, im Wiederaufnahmerecht könne es nur um die Frage gehen, ob mit dem neuen Gutachten dargetan werde, daß das Gericht im ersten Verfahren geirrt habe[31]. Die Neuheit eines Beweismittels beurteile sich einzig danach, ob es dem Richter bekannt gewesen sei oder nicht, wobei die Gründe für das letztere keine Rolle spielten.

Hingegen kommt auch nach der Auffassung des Bundesgerichtes für die Wiederaufnahme eines Verfahrens ein Gutachten in Betracht, das Tatsachen dartut, welche dem Gericht zur Zeit der Urteilsfällung *überhaupt nicht zur Beurteilung vorgelegen hatten,* und zwar auch dann, wenn jene Fakten nur als Beweisindiz für das Vorliegen einer anderen Tatsache angerufen werden. Alsdann

[31] a.a.O. (Anm. 30), S. 57.

ist nicht der Revisionsgrund des neuen Beweismittels, sondern jener der neuen Tatsache gegeben (BGE 92 IV 179 und 183). In einem solchen Fall kann der Kassationshof die rechtliche Bedeutsamkeit der im Gutachten relevierten neuen Tatsachen prüfen, z.B. die Frage, ob eine erst nach der Urteilsfällung von einem Gutachter festgestellte psychische Schädigung des Täters zur Zeit seiner Taten geeignet sei, statt voller nur verminderte Zurechnungsfähigkeit annehmen zu lassen (BGE 78 IV 57 Erw. 3).

IV. Schlußbemerkung

Der Überblick über die einschlägige Judikatur zeigt, daß die Praxis des Kassationshofes zum Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde im allgemeinen überzeugt und dem Zweck dieses Rechtsmittels gerecht wird. Insbesondere hat auch die eher pragmatische Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage dazu beigetragen, daß die Rechtsprechung des Kassationshofes zu einer wertvollen und umfassenden Wegleitung bei der Anwendung des Bundesstrafrechts geworden ist.