

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 111

**Stephanie Zehnder**

**Die Heilung strafbehördlicher  
Verfahrensfehler durch  
Rechtsmittelgerichte**

Schulthess § 2016

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XLI
Einleitung.....	1
<b>1. Teil: Die Konzeption der Heilung von Verfahrensfehlern .....</b>	<b>5</b>
§ 1 Grundlagen.....	5
I. Begriff und Charakteristika der Heilung.....	5
1. Verfahrensfehler als Voraussetzung.....	6
A) Verfahrensvorschriften als Gegenstand.....	6
B) Verletzung von Verfahrensvorschriften als Fehler.....	7
2. Mangelbehebung als Massnahme .....	8
A) Mangelbehebung als Wiedergutmachung .....	8
B) Mangelbehebung nach Instanzenwechsel.....	9
3. Ergebnis .....	12
II. Häufige Heilungsfelder .....	13
1. Beweiserhebungen .....	13
2. Prozessleitende Verfahrenshandlungen .....	13
3. Verfahrenserledigende Verfahrenshandlungen.....	14
III. Thematische Eingrenzung .....	15
1. Fehlerverursachung durch die Parteien.....	15
2. Formlose Korrektur von Kanzleifehlern .....	16
IV. Abgrenzungen .....	16
1. Verzicht.....	16
2. Nichtausübung eines Rechts .....	18
3. Verwirkung.....	19
4. Widerspruchslösung.....	21
5. Hypothetische Ermittlungsverläufe.....	22
6. Ergebnis .....	25
§ 2 Heilungskonzeption der Gerichte.....	26
I. Entwicklung der Heilung.....	27
1. Anerkennung des Gehörsanspruchs im Verwaltungsverfahren .....	27
2. «Formelle Natur» wesentlicher Verfahrensrechte .....	28
3. Geburtsstätte der Heilung im Verwaltungsverfahren.....	29
4. Einzug der Heilung ins Strafverfahren.....	31

5.	Etablierung der Heilbarkeitsvoraussetzungen im Strafverfahren .....	32
II.	Heilung in der aktuellen Rechtsprechung .....	33
1.	Rechtsprechung des EGMR .....	34
A)	Grundsätzliche Heilungsfreundlichkeit .....	34
B)	Heilbarkeitsvoraussetzungen .....	35
2.	Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	37
A)	Heilbarkeitsvoraussetzungen .....	37
a)	Kein in der Sache relevantes Kognitionsgefälle .....	37
b)	Kein Rechtsnachteil für die betroffene Person .....	38
c)	Nicht besonders schwerwiegender Verfahrensfehler .....	39
d)	Keine systematische Verletzung .....	40
B)	Abwägungslösung .....	41
C)	Heilung durch Wiederholung/Nachholung .....	42
III.	Kritik an der Heilung (-spraxis) .....	43
1.	Formelle Natur vs. Heilung .....	43
2.	Instanzenverlust .....	44
A)	Anspruch auf einen Instanzenzug .....	45
B)	Heilungsbedingter Verlust einer Instanz .....	46
C)	Problematik eines Instanzenverlusts .....	46
3.	Verlust der Disziplinierungswirkung .....	48
4.	Verschlechterung der Rechtsstellung .....	49
A)	Vermeintliche Verschlechterung der Rechtsstellung .....	49
B)	Gefahr der Verschlechterung der Rechtsstellung .....	50
5.	Relativierung der Heilbarkeitsvoraussetzungen .....	52
§ 3	Heilungskonzeptionen der Lehre .....	54
I.	Kausalitätslehren .....	54
1.	SEILER .....	54
2.	RÜTSCHKE .....	55
3.	Kausalitätskriterium: Eines unter Mehreren .....	56
II.	Abwägungslehren .....	57
1.	STEINMANN .....	57
2.	ALBERTINI .....	57
3.	GUIDON .....	58
4.	Flexibilität vs. zu weitgehende Relativierung .....	59
III.	Kaskadensystem .....	60
1.	KNEUBÜHLER .....	60
2.	Fehlende strafprozessuale Spezifizierung .....	60
IV.	Weitere .....	62
1.	«Formaterielle» Rechtsverweigerung (ZÜRCHER) .....	62
2.	Kriterienlosigkeit .....	63
3.	Feststellung des Verfahrensfehlers (SCHINDLER) .....	64

4.	Verwaltungsrechtlicher Massanzug .....	65
§ 4	Heilungskonzeption der Strafprozessordnung .....	66
I.	Gesetzliche Verankerung der Heilung .....	67
1.	Reformation als prozessuale Vorbedingung .....	67
2.	Art. 409 Abs. 1 StPO als gesetzliche Verankerung .....	68
II.	Gesetzliche Grenzen der Heilung .....	68
1.	Reformation als Grundsatz .....	69
2.	Kassation als Ausnahme und Grenze .....	70
A)	Kriterium des Verfahrensfehlers .....	70
B)	Kriterium der Heilungsunmöglichkeit .....	71
C)	Kriterium der Wesentlichkeit .....	71
§ 5	Zusammenfassung 1. Teil .....	72
<b>2. Teil: Die Konzeption der Folgen von Verfahrensfehlern .....</b>	<b>77</b>	
§ 6	Fehlerfolgenkonzeptionen der Schweiz .....	77
I.	Punktuelle Regelungen der Strafprozessordnung .....	77
II.	Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften .....	79
1.	Ungültige Beweiserhebung im Besonderen .....	79
2.	Ungültige Prozesshandlungen im Allgemeinen .....	81
3.	Würdigung .....	82
III.	Alternative Beweisverbotslehren .....	84
1.	Abwandlung des hypothetischen Ersatzeingriffs .....	84
2.	Grundrechtlicher Ansatz .....	85
IV.	Lehre der fehlerhaften Verfügung .....	87
1.	«Ungültig – nichtig», «gültig – anfechtbar»? .....	87
2.	Anfechtbarkeit als Grundsatz .....	88
3.	Nichtigkeit als Ausnahme .....	89
A)	Evidenztheorie .....	89
B)	Keine Rechtsverbindlichkeit? .....	91
4.	Würdigung .....	92
§ 7	Fehlerfolgenkonzeptionen Deutschlands .....	93
I.	Punktuelle Regelungen der deutschen Strafprozessordnung .....	93
II.	Lehre des fehlerhaften Verwaltungsakts .....	94
III.	Lehre der fehlerhaften Prozesshandlung .....	96
IV.	Beweisverbotslehren .....	98
1.	Rechtskreistheorie .....	98
2.	Schutzzwecktheorie .....	99
3.	Abwägungslehre .....	101
4.	Informationsbeherrschungsrechte .....	103

5.	Hypothetischer Ersatzeingriff.....	105
6.	Würdigung.....	108
V.	Normative Fehlerfolgenlehre.....	109
§ 8	Zusammenfassung 2. Teil.....	111
§ 9	Ausblick: Methodik eines eigenen Heilungsansatzes.....	113
I.	Zweiteilung: Heilbarkeit – Heilung.....	114
II.	Heilbarkeit: Abgrenzung zur Nicht-Reaktion, Isolation, Kassation.....	115
III.	Heilung: Restitution, Kompensation, Prävention.....	116
<b>3. Teil:</b>	<b>Die Heilbarkeit strafprozessualer Verfahrensfehler.....</b>	<b>119</b>
§ 10	Nicht-Reaktion – zur Notwendigkeit von Fehlerfolgen.....	119
I.	Verfahrensfehler als Ausgangspunkt.....	119
1.	Grundsatz der Gesetzmässigkeit.....	120
A)	Justizförmigkeit des Verfahrens.....	120
B)	Legalitätsprinzip.....	121
a)	Ermächtigung und Schranke staatlichen Handelns.....	121
b)	Voraussetzung zur Rechtfertigung nach Art. 36 BV.....	123
2.	Zweifache Ausprägung von Verfahrensfehlern.....	124
II.	Fehlerfolge-Pflicht bei Verfahrensfehlern.....	126
1.	Bei Grundrechtsverletzungen.....	126
A)	Art. 46 EMRK.....	126
B)	Art. 35 BV.....	127
2.	Bei einfachen Gesetzesverletzungen.....	127
A)	Untaugliche Begründungsansätze.....	127
B)	Garantiefunktion des Rechts.....	128
3.	Relativierungen.....	129
III.	Ergebnis.....	130
§ 11	Isolation – zur Behebbarkeit von Verfahrensfehlern.....	131
I.	Unbehebbarkeit als unmögliche Wiedergutmachung.....	131
II.	Abgrenzungen.....	132
III.	Kriterien zur Feststellung der Unbehebbarkeit.....	134
1.	Verfahrensfairness.....	134
A)	Grundgedanke.....	134
B)	Konkretisierende Rechtsprechung des EGMR.....	135
a)	«Decisive element» als Mangelbehebungsschranke.....	135
b)	Verpflichtung zur Selbstbelastung.....	137
c)	Tatprovokation.....	138
d)	Unter Folter erhobene Beweise.....	140
e)	Summe einzelner Verfahrensvorkommnisse.....	141

C)	Ergebnis.....	142
2.	Kausalität .....	144
A)	Grundgedanke .....	144
B)	Fortwirkung vs. Fernwirkung.....	145
C)	Materielle Auswirkungen formeller Fehler .....	146
a)	Empirische Untersuchungen .....	146
aa)	HADDENHORST .....	147
bb)	VOGELSANG.....	148
b)	Ergebnis .....	149
D)	Nachweis der Kausalität .....	149
a)	Nachweisschwierigkeiten.....	149
b)	Vermutung der Kausalität .....	150
E)	Unterbrechung der Kausalität.....	151
a)	Durch vollständige Mangelbehebung.....	151
b)	Problemfall: fehlerhaft erhobene Personalbeweise.....	152
aa)	Fehleranfälligkeit von Personalbeweisen .....	152
bb)	Fehlerbeständigkeit von Personalbeweisen .....	155
F)	Ergebnis.....	157
3.	Faktische Gründe .....	157
A)	Grundgedanke .....	157
B)	Ausnahmen.....	159
a)	Art. 60 Abs. 2 StPO .....	160
b)	Verwertung trotz unmöglicher Konfrontation.....	161
C)	Ergebnis.....	164
§ 12	Kassation vs. Heilung – zur Zulässigkeit des Instanzenverlusts .....	165
I.	Heilung zwischen Prozessökonomie und Gerechtigkeit.....	166
1.	Prozessökonomie und Effizienz.....	167
A)	Prozessökonomie gemäss klassischer Rechtsauffassung.....	167
a)	Idee und Halbwahrheiten .....	167
b)	Aufwand und Ertrag bei der Heilung.....	170
c)	Wertungsproblem.....	171
B)	Effizienz gemäss der Ökonomischen Analyse des Rechts .....	171
a)	Pareto-Kriterium .....	173
aa)	Inhalt.....	173
bb)	Problem des Verbots abweichender Präferenzen .....	173
b)	Kaldor-Hicks-Kriterium.....	174
aa)	Inhalt.....	174
bb)	Wertungsproblem .....	175
c)	Kosten-Kosten-Analyse .....	176
aa)	Inhalt.....	176
bb)	Problem der unbestimmten Variablen.....	177
C)	Ergebnis.....	178

2.	Gerechtigkeit und Wahrheit .....	178
	A) Formelle und materielle Wahrheit .....	179
	B) Emanzipation des Verfahrensrechts.....	181
	a) Prozedurale Gerechtigkeits- und Wahrheitslehren .....	181
	b) Pragmatische Ansätze.....	182
	c) Empirische Untersuchungen.....	184
	d) Zivil- und angloamerikanischer Parteienprozess.....	184
	C) Gegensatz von formeller und materieller Wahrheit? .....	186
	D) Ergebnis .....	187
3.	Prozessökonomie und Gerechtigkeit .....	188
II.	Kaskadensystem der Heilbarkeit strafprozessualer Verfahrensfehler....	189
1.	Heilbarkeitsvoraussetzungen.....	190
	A) Grundgedanke.....	190
	B) Fehlerschwere .....	191
	a) Art des verletzten Rechts.....	192
	aa) Gehörsanspruch auf dem Prüfstand .....	194
	bb) Art des verletzten Rechts als Indiz.....	196
	b) Schwere des Eingriffs.....	196
	aa) Häufung von Verfahrensfehlern .....	197
	bb) Beeinträchtigung der Verfahrensstellung .....	197
	c) Systematische Verletzung .....	202
	d) Sonderfall Art. 389 Abs. 2 lit. a StPO? .....	204
	C) Kausalität .....	206
	a) Heilungsausschluss bei Kausalität.....	206
	b) Widerlegbarkeit der Kausalitätsvermutung .....	208
	D) Faktische Gründe.....	210
	a) Kognition der Rechtsmittelinstanz .....	210
	aa) Berufungs- und Beschwerdeinstanz.....	211
	bb) Bundesgericht .....	213
	b) Schriftliches bzw. mündliches Rechtsmittelverfahren .....	215
	c) Zeitpunkt der Mangelbehebung im Instanzenzug.....	217
2.	Ausnahmeklausel Verzicht.....	219
	A) Grundgedanke.....	219
	B) Grundlagen der Verzichtsllehre .....	220
	a) Zulässigkeit .....	220
	b) Schranken .....	222
	c) Voraussetzungen .....	223
	C) Verzicht auf eine vorinstanzliche Mangelbehebung.....	224
	a) Zulässigkeit .....	225
	b) Schranken .....	226
	aa) Öffentliche Interessen .....	227
	bb) Berechtigte Drittinteressen .....	229
	c) Voraussetzungen .....	231

3.	Prozessökonomische Abwägung.....	232
A)	Grundgedanke .....	232
B)	Grundlagen der Abwägungslehre .....	233
a)	Notwendigkeit der Abwägung .....	233
b)	Irrationalität der Abwägung .....	233
c)	Rationalisierung der Abwägung (Prinzipientheorie).....	234
d)	Bedingte Rationalisierbarkeit der Abwägung .....	235
C)	Verfahrensbeschleunigung vs. Justizförmigkeit.....	236
a)	Bedeutung der zu beurteilenden Sache .....	238
b)	Dringlichkeit .....	240
c)	Aufwand.....	242
d)	Berechtigte Drittinteressen.....	245
§ 13	Zusammenfassung 3. Teil.....	247
<b>4. Teil:</b>	<b>Die Heilung strafprozessualer Verfahrensfehler .....</b>	<b>253</b>
§ 14	Grundsätze der Wiedergutmachung .....	253
I.	Wiedergutmachungsansätze im Vergleich .....	254
1.	Internationale Ansätze .....	254
2.	Staatshaftungsrecht in Deutschland .....	256
3.	Pluralistischer Ansatz in der Schweiz.....	258
II.	Trias der Wiedergutmachungsprinzipien .....	260
1.	Restitution, Kompensation, Prävention .....	261
2.	Priorität der Restitution.....	262
III.	Wiedergutmachung von Verfahrensfehlern im Besonderen.....	264
1.	Diversität von Verfahrensfehlern.....	264
2.	Irreversibilität von Verfahrensfehlern.....	266
A)	Priorität der Kompensation.....	266
B)	Fallstricke finanzieller Kompensation.....	267
§ 15	Kompensatorische Massnahmen im Rahmen der Heilung.....	270
I.	Allgemeine Mindestmassnahmen.....	270
1.	Wiederholung/Nachholung der fehlerhaften Verfahrenshandlung .....	270
A)	Wiederholung/Nachholung.....	270
B)	Keine Wiederholung/Nachholung.....	271
C)	Ersatzweise andere Massnahmen .....	273
D)	Wiederholung unter inhaltlicher Substitution.....	276
2.	Feststellung des Verfahrensfehlers .....	278
3.	Kostenverlegung .....	281
A)	Verweigerung der Heilung .....	282
B)	Heilung und materielles Obsiegen.....	282
C)	Heilung und materielles Unterliegen.....	283
a)	Vorschläge der Lehre .....	283

---

	b) Haltung des Bundesgerichts .....	285
	c) Eigener Ansatz .....	286
II.	Besondere Massnahmen bei ausgewählten Verfahrensfehlern .....	287
	1. Fehlerhafte Begründung .....	287
	A) Begründetes Urteil der Rechtsmittelinstanz .....	287
	B) Nachschieben der Begründung .....	288
	2. Fehlerhafte Einvernahmen .....	290
	A) Grundgedanke .....	290
	B) Qualifizierte Belehrung .....	291
	3. Verletztes Beschleunigungsgebot .....	295
	A) Grundgedanke .....	296
	B) Kriterien .....	297
	C) Feststellung der Verletzung .....	298
	D) Finanzielle Entschädigung .....	298
	E) Strafreduktion bzw. Verzicht auf Strafe .....	300
	F) Einstellung des Verfahrens .....	302
	G) Haftentlassung .....	303
§ 16	Zusammenfassung 4. Teil .....	307
	<b>Zusammenfassung und Schlusswort .....</b>	<b>311</b>
	<b>Sachregister .....</b>	<b>321</b>