

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
1. Teil: Die Konzeption der Heilung von Verfahrensfehlern	5
§ 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.	RÜTSCHÉ	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
2. Teil: Die Konzeption der Folgen von Verfahrensfehlern		77
§ 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
3. Teil:	Die Heilbarkeit strafprozessualer Verfahrensfehler.....	119
§ 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
4. Teil: Die Heilung strafprozessualer Verfahrensfehler	253
§ 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
Zusammenfassung und Schlusswort	311
Sachregister	321