

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 273

**Zum Anwendungsbereich  
der §§ 359 ff. StPO**

**Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur  
über das strafrechtliche Wiederaufnahmeverfahren**

Von

**Sara Brinkmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

SARA BRINKMANN

Zum Anwendungsbereich  
der §§ 359 ff. StPO

# Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)  
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder  
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer  
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

**Band 273**

# Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO

Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur  
über das strafrechtliche Wiederaufnahmeverfahren

Von

Sara Brinkmann



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von  
Professor Dr. Helmut Frister, Düsseldorf

Die Juristische Fakultät  
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf hat diese Arbeit  
im Jahr 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: CPI buch.bücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7271  
ISBN 978-3-428-15121-9 (Print)  
ISBN 978-3-428-55121-7 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85121-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit ist an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf in den Jahren 2012 bis 2015 entstanden und wurde im August 2015 als Dissertation eingereicht. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Die Disputation fand im August 2016 statt.

Mein herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Helmut Frister, der die Entstehung der Arbeit durchweg begleitet und mit zahlreichen wertvollen Hinweisen gefördert hat. Die Zeit, die ich als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, war für mich fachlich wie persönlich ungemein wertvoll und in vielfacher Hinsicht gewinnbringend. Nicht zuletzt auch dank der vielen lieben Kollegen wird mir diese Zeit stets in sehr schöner Erinnerung bleiben.

Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei Herrn Prof. Dr. Karsten Altenhain für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Freundeskreis der Juristischen Fakultät Düsseldorf e.V. bin ich hinsichtlich der Förderung der Veröffentlichung durch Verleihung des Promotionspreises sehr verbunden.

Meinen Eltern schließlich danke ich für die uneingeschränkte Unterstützung und den Zuspruch, der mir während der gesamten Zeit zuteil wurde und der mich auf meinem Weg begleitet. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im November 2016

*Sara Brinkmann*





# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	13
<b>B. Fehlerhafte Entscheidungen und ihre Korrekturmöglichkeiten</b> .....	19
I. Grundlagen .....	19
1. Begriffliches zum Fehlurteil .....	19
2. Beginn der Bindungswirkung .....	22
3. Korrekturmöglichkeit bei offensichtlichen Fehlern .....	24
II. Gänzliche Unwirksamkeit massiv fehlerhafter Entscheidungen? .....	27
1. Die Lehre von der Urteilsnichtigkeit .....	28
2. Kritik an der Lehre vom nichtigen Urteil .....	29
III. Gesetzlich vorgesehene Korrekturmöglichkeiten .....	39
1. Die Wiederaufnahme nach §§ 359 ff. StPO .....	39
2. Die §§ 174 Abs. 2, 211 StPO .....	51
3. Anhörrungsrüge nach §§ 33a, 311a StPO .....	53
4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44 ff. StPO .....	54
5. Rechtsbehelfe im verfassungsrechtlichen Kontext .....	56
6. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK .....	59
7. Gerichtliche Entscheidung im Strafvollstreckungsverfahren (§ 458 Abs. 1 StPO) .....	60
8. Gnadenverfahren .....	62
9. Gegenvorstellung .....	64
IV. Korrigierbarkeit als Frage der Rechtskraft? .....	66
1. Die herkömmliche Orientierung an der Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung .....	66
2. Eigener Ansatz .....	68
a) Bindung als Ausfluss des Vertrauensschutzes .....	69
b) Vertrauensschutz als Mittel zur Sicherung des Prozessziels .....	72
c) Vertrauensschutz als Grundlage tatsächlicher Verfahrensgestaltung .....	74
d) Bezugspunkt des Vertrauens .....	77
e) (Verzichtbare) Kriterien .....	78

<b>C. Die aus tatsächlichen Gründen fehlerhafte Entscheidung</b> .....	80
I. Sachurteile .....	80
1. Sachurteile im Kontext der klassischen Verfahrenshindernisse .....	81
a) Strafunmündigkeit .....	81
b) Verjährung der Tat .....	89
c) Strafantragserfordernis .....	94
d) Amnestie .....	97
e) Verbot der Doppelbestrafung („ne bis in idem“) .....	98
f) Verhandlungsunfähigkeit .....	109
g) Fehlen der deutschen Gerichtsbarkeit .....	114
h) Verstoß gegen den Spezialitätsgrundsatz .....	117
i) Fehlende Anklage und fehlender Eröffnungsbeschluss .....	119
2. Sachurteile im Kontext von Beweisverwertungsverböten .....	122
a) Verkennen des Eingreifens eines Beweisverwertungsverbötes .....	123
b) Fehlerhafte Annahme eines Beweisverwertungsverbötes .....	127
3. Sachurteile im Kontext sonstiger Verfahrensfehler .....	128
a) Fehleinschätzungen im Hinblick auf die gerichtliche Zuständigkeit .....	129
b) Unzulässige Abwesenheit des Angeklagten .....	132
c) Mitwirkung einer ausgeschlossenen oder befangenen Gerichtsperson .....	135
d) Verfahrensmängel, denen mit der Strafzumessungslösung begegnet wird ..	139
e) Zwischenergebnis .....	142
4. Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. StPO .....	142
a) Erlass des Strafbefehls .....	143
b) Urteil nach Einspruch gegen den Strafbefehl, § 411 Abs. 4 StPO .....	154
II. Prozessurteile .....	159
1. Prozessurteile im Kontext der klassischen Verfahrenshindernisse .....	161
a) Behebbarer Verfahrenshindernisse .....	161
b) Verjährung der Tat .....	162
c) Strafantragserfordernis .....	170
d) Verhandlungsunfähigkeit .....	173
e) Verbot der Doppelbestrafung („ne bis in idem“) .....	176
f) Verfahrenshindernisse bei Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit des Ver-	
fahrens .....	177
g) Zwischenergebnis .....	178
2. Prozessurteile im Strafbefehlsverfahren .....	179
a) Verwerfung des Einspruchs wegen Ausbleibens des Angeklagten .....	179
b) Verwerfung des Einspruchs wegen Unzulässigkeit .....	185

III. Urteilsersetzende Beschlüsse .....	187
1. Urteilsersetzende Beschlüsse im Kontext der klassischen Verfahrenshindernisse – Vorbehalte gegen den Einbezug ins Wiederaufnahmeverfahren .....	187
a) Grundsätzlich andere Sperrwirkung .....	189
b) Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege .....	196
c) Förderung vorschneller Verfahrenseinstellungen .....	198
d) Wiederaufnahme als Ausnahmeerscheinung .....	198
e) Unzulässigkeit einer Analogie .....	202
f) Ruf nach dem Gesetzgeber .....	212
g) Umständlichkeit des Verfahrens .....	214
h) Anwendung auf BGHSt 52, 119 .....	216
2. Urteilsersetzende Beschlüsse im Strafbefehlsverfahren .....	223
<b>D. Die aus rechtlichen Gründen fehlerhafte Entscheidung .....</b>	<b>224</b>
I. Die hinsichtlich der materiellen Rechtslage fehlerhafte Entscheidung .....	228
1. Verurteilung ohne gesetzliche Grundlage .....	229
2. Ignoranz von Tatbestandsmerkmalen .....	239
3. Sonstige Subsumtionsfehler .....	241
4. Fehler auf Strafzumessungsebene .....	243
5. Verhängung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsfolge .....	245
6. Verjährung der Tat .....	247
7. Strafantragserfordernis .....	249
8. Verstoß gegen <i>ne bis in idem</i> .....	250
9. Zwischenergebnis .....	252
II. Die hinsichtlich des Verfahrens fehlerhafte Entscheidung .....	253
1. Verstöße gegen die Vorschriften zur Verständigung (§ 257c StPO) .....	253
2. Missachtung der sachlichen Zuständigkeit .....	260
3. Fehlerhafte Anklage und fehlerhafter Eröffnungsbeschluss .....	263
4. Rechtsfehler im Bereich der Beweisverwertungsverbote .....	266
5. Mitwirkung einer ausgeschlossenen oder befangenen Gerichtsperson .....	267
6. Einstellung des Verfahrens als nicht gebotene Entscheidungsform .....	267
<b>E. Fazit .....</b>	<b>270</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>274</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>291</b>



## A. Einleitung

„Strafprozessuale Kuriositäten“ lautet der Titel des im Jahre 2014 erschienenen Beitrags von Ekkehard Appl in der Festschrift für den aus dem Amt scheidenden Präsidenten des Bundesgerichtshofs Klaus Tolksdorf.<sup>1</sup> Appl präsentiert darin drei ausgewählte Fallkonstellationen, für die seiner Auffassung nach die im Übrigen bis ins Detail durchnormierte Strafprozessordnung keine Patentlösung bereithalte. Einer der dort behandelten „kuriosen“ Fälle inspirierte auch die vorliegende Arbeit: Der fingierte Tod des Angeklagten, BGHSt 52, 119.

Im laufenden Revisionsverfahren war die Mitteilung ergangen, dass der Angeklagte zwischenzeitlich verstorben sei. In Anbetracht des vermeintlichen Vorliegens dieses – offensichtlich – unbehebbares Verfahrenshindernisses wurde das Verfahren nach § 206a StPO endgültig eingestellt,<sup>2</sup> die Verurteilung damit nicht rechtskräftig. Später stellte sich jedoch heraus, dass die von einem Dritten, vermutlich dem Vater des Angeklagten, vorgelegte Sterbeurkunde durch eine gefälschte Totenbescheinigung erlangt worden und der Angeklagte nicht verstorben, sondern flüchtig war.

Der Zweiten Strafsenat des Bundesgerichtshofs hob daraufhin den eigenen Einstellungsbeschluss auf. Für die Frage nach dem „Ob“, also nach der Berechtigung für die Rücknahme, erfolgte ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 362 StPO. Die Frage nach dem „Wie“ wurde angesichts der Ermächtigung zur ursprünglichen Einstellungsentscheidung über einen *actus contrarius* gelöst: Durch entsprechenden Beschluss nach § 206a StPO sei „der Einstellungsbeschluss aufzuheben und das Verfahren in dem Stand fortzusetzen, in welchem es sich vor der irrtümlichen Einstellung befand“.<sup>3</sup> Die nachfolgend erhobene Anhörungsgrüge, eine Gegenvorstellung sowie die letztlich eingelegte Verfassungsbeschwerde des Angeklagten blieben sämtlich erfolglos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Appl, FS Tolksdorf, S. 179 ff.

<sup>2</sup> Die lange in der Rechtsprechung vorherrschende Auffassung (vgl. etwa BGHSt 34, 184), der staatliche Strafanspruch, der sich nur gegen lebende Personen richten könne, finde in derartigen Fällen automatisch seine Erledigung und das Verfahren beende sich ohne weiteres von selbst, wurde durch BGHSt 45, 108 aufgegeben. Allein aufgrund dieser thematischen Überschneidung bezeichnet sich BGHSt 52, 119 im Leitsatz als „Fortführung“ dieser Rechtsprechung. Dies täuscht erheblich über das dort betretene dogmatische Neuland hinweg, so auch Kühnl, NJW 2008, 1009; Ziemann, HRRS 2008, 364 (365).

<sup>3</sup> BGHSt 52, 119 (121 u. 123); hierzu auch Ziemann, HRRS 2008, 364 (365).

<sup>4</sup> Appl, FS Tolksdorf, S. 179 (182).

Die Resonanz des Schrifttums auf diesen Ende 2007 entschiedenen Fall war bereits unmittelbar nach Veröffentlichung der Entscheidung enorm.<sup>5</sup> Die konkrete Fallgestaltung ist in der Tat kurios, jedenfalls kein prozessuales Alltagsgeschäft. Sie betrifft jedoch in ihrem Kern eine Thematik, die zu den problematischsten Fragen des Strafprozessrechts<sup>6</sup> gezählt werden kann: Die Möglichkeit des nachträglichen Zugriffs auf eine bereits rechtskräftige, richterliche Entscheidung.

Wenngleich das Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit jedes rechtstaatliche Verfahren charakterisiert, so ist auch anerkannt, dass in einem auf gesetzlich geregeltes Fortschreiten angelegten<sup>7</sup> Prozess die ultimativ „richtige“ Entscheidung nicht stets erreicht werden kann. Die Perspektive des permanenten Prozedierens vermag den durch den Bruch mit der Rechtsordnung entstandenen Konflikt<sup>8</sup> nicht zu lösen, was dazu führt, dass unter jedes Verfahren letztlich ein Schlusspunkt gesetzt werden muss. Die Funktion dieses Schlusspunktes übernimmt üblicherweise die Rechtskraft. Schon der Wortbestandteil „Kraft“ belegt, dass diese als vorhandene, Geltung beanspruchende Größe dem erneuten Angriff der als Definitivum gedachten Entscheidung in Zukunft abwehrend entgegensteht.<sup>9</sup> Nun kann das Bedürfnis entstehen, das gefundene Ergebnis doch noch nachträglich zu korrigieren, nämlich dann, wenn sich eine Entscheidung später als fehlerhaft erweist – das eingangs präsentierte Szenario bildet ein anschauliches Beispiel.<sup>10</sup>

Ein derartiger Zugriff wird von der Verfahrensordnung in der Tat gestattet. Der Korrektur der Entscheidung nach rechtskräftigem Abschluss des Strafprozesses dient insbesondere das in §§ 359 ff. StPO geregelte Wiederaufnahmeverfahren. Diesem Rechtsbehelf wird oftmals attestiert, das Spannungsverhältnis<sup>11</sup> zwischen Gewähr-

---

<sup>5</sup> Anmerkungen und Besprechungen von *Jahn*, JuS 2008, 459 ff.; *Kühl*, NJW 2008, 1009 f.; *Rieß*, NStZ 2008, 297 ff.; *Schützeberg*, StRR 2008, 178 f.; *Ziemann*, HRRS 2008, 364 ff. Anschließend hielt die Entscheidung Einzug in die Kommentare, vgl. etwa *BeckOK-Ritscher*, § 206a Rn. 10; *KK-Schneider*, § 206a Rn. 15; *KMR-Seidl*, § 206a Rn. 46a; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 206a Rn. 11; *SSW-Rosenau*, § 206a Rn. 9. Paeffgen widmet ihr im Systematischen Kommentar einen völlig neuen Unterabschnitt (§ 206a Rn. 31a-31 g) und darüber hinaus einen Exkurs im Anhang zu § 206a (Rn. 7c–7 f).

<sup>6</sup> Ähnlich die Einschätzung von *Grünwald*, ZStW 86 [1974] Beiheft, 94 (96).

<sup>7</sup> *Geppert*, GA 1972, 165 (170).

<sup>8</sup> Zum Aspekt der „Entstörungsfunktion“ des Strafrechts *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (516).

<sup>9</sup> Ähnlich *Gaul*, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 35 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Kühl*, NJW 2008, 1009 (1010): es sei selbstverständlich, dass man eine solche Strategie „durchkreuzen“ müsse; *Ziemann*, HRRS 2008, 364: dass diese Entscheidung keinen Bestand haben durfte „war klar“.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *LR-Kühne*, Einl. Abschn. K Rn. 65; *Maunz/Dürig-Schmid-Aßmann*, Art. 103 Abs. 3 Rn. 259; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Vor § 359 Rn. 1; *Grünwald*, ZStW 120 [2008], 545 (547); *Hassemer*, StV 1982, 275 (277); *Meyer*, ZStW 84 [1972], 909; *Fingas*, Die Fehlentscheidung des Richters, S. 129 f.; *Pfeiffer*, FG Graßhoff, S. 271; *Marxen/Tiemann*, Wiederaufnahme, Vorwort; *Peters*, Strafprozeß, S. 83 f.; *Ranft*, Strafprozeßrecht, Rn 2252; *Stache*, Abschaffung § 357 StPO, S. 152. Der Begriff des „Spannungsfeldes“ findet sich auch etwa in

leistung von Rechtssicherheit einerseits und Verwirklichung materieller Gerechtigkeit andererseits einer Lösung zuzuführen. In begrenztem Maße ist dies korrekt. Zu einer Kollision von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit kommt es allerdings erst dann, wenn die Überprüfung einer Entscheidung ausgeschlossen ist, obwohl dadurch ein richtigeres Ergebnis zu erwarten ist.<sup>12</sup> In den §§ 359, 362 StPO hat der Gesetzgeber zur Lösung dieses Konflikts diejenigen Konstellationen explizit benannt, in denen der nachträgliche Zugriff auf eine rechtskräftige Entscheidung gestattet sein soll.<sup>13</sup> Die Vorschriften tragen im Wesentlichen unverändert die Züge ihrer Ausgestaltung nach der Reichsstrafprozessordnung.<sup>14</sup> Entsprechend verlässlich ist auch ihr Anwendungsbereich geklärt für die Fälle, die der historische Gesetzgeber bei Schaffung des Wiederaufnahmeverfahrens vor Augen hatte: Sachurteile, die in materiell-rechtlicher Hinsicht fehlerhaft sind. Betreffend das „klassische“ Fehlurteil aus materiell-rechtlichen Gründen, also die Verurteilung eines Unschuldigen oder der Freispruch sowie unter Umständen auch die nicht schuldangemessene Bestrafung eines tatsächlich Schuldigen auf falscher Tatsachengrundlage, sind die §§ 359 ff. StPO unproblematisch einschlägig. Es bedarf einer rechtskräftigen Entscheidung eines deutschen Strafgerichts in Urteilsform, die an einem in den §§ 359, 362 StPO benannten Mangel krankt, wobei nach § 363 StPO eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur zu dem Zwecke, eine andere Strafbemessung auf Grund desselben Strafgesetzes oder eine Milderung der Strafe wegen verminderter Schuldfähigkeit herbeizuführen, ausgeschlossen ist.

Die in diesem Kontext vorherrschenden Probleme betreffen nicht den Anwendungsbereich des Wiederaufnahmeverfahrens, sondern vielmehr dessen konkrete Ausgestaltung und insbesondere auch die Hürden, die ein erfolgreicher Wiederaufnahmeantrag in der Praxis zu überwinden hat.<sup>15</sup> Hierzu sei etwa auf die Untersuchung von Theobald<sup>16</sup> verwiesen, der gesetzliche, praktische und auch „künstliche“ Hindernisse im Wiederaufnahmeverfahren in den Blick nimmt. Die praktische Herausforderung schließlich besteht in der Ergründung der Fehlerursachen, selbstverständlich verbunden mit dem Ziel, effektive Verhinderungsmechanismen auf-

---

BVerfGE 65, 377 (380). Einschränkend (nur für den Falle des inhaltlich unrichtigen Urteils) Radtke, Systematik, S. 41 f.

<sup>12</sup> SK-Frister, Vor § 359 Rn. 1; Grünwald, ZStW 86 [1974] Beiheft, 94 (104); Peters, Fehlerquellen Bd. 3, S. 29 ff.; Volk, Prozeßvoraussetzungen, S. 198. Aber auch dann soll der Gesetzgeber nach Ansicht des BVerfG nicht willkürlich handeln, wenn er dem Grundsatz der Rechtssicherheit dem der Gerechtigkeit im Einzelfall den Vorrang gibt, vgl. BVerfGE 7, 194 (196); 11, 263 (265); 19, 150 (166).

<sup>13</sup> Kasuistische Aufzählungen wählt der Gesetzgeber meist dann, wenn er schutzwürdige Interessen gegenüber einem zur Regel erhobenen Prinzip zur Geltung bringen will, vgl. Gaul, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 36.

<sup>14</sup> Vgl. §§ 399, 402 RStPO vom 01.02.1877, RGBl. I Nr. 8, S. 253 ff., hierzu auch Neumann, System der Wiederaufnahme, S. 5; Peters, in: Probleme der Strafprozeßreform, S. 107.

<sup>15</sup> Meyer, JZ 1968, 7 (10) spricht von „außerordentlich schwierigen Hindernissen“. Vgl. auch Schünemann, ZStW 84 [1972], 870 (888).

<sup>16</sup> Barrieren im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren, passim.