

# Verteidigung bei Versäumung von Fristen – insbesondere die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand –

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Ulrich Sommer, Köln

Die Verteidigungsaufgabe:  
Zurückdrehen des  
Verfahrensrad

*Das Verteidigungsmandat beginnt häufig mit Hoffnungslosigkeit: Der Mandant erscheint im Büro des Anwalts, entschlossen gegen das erstinstanzliche Urteil 2 Wochen nach dessen Verkündung Berufung einzulegen. Nicht selten präsentiert er im ersten Beratungsgespräch einen Strafbefehl, der ihm 3 Wochen zuvor durch Niederlegung zugestellt wurde. Fristen sind versäumt, Rechtskraft ist eingetreten – so der erste Eindruck. Hier stellt sich dem Verteidiger die Aufgabe, das Arsenal gesetzlicher Möglichkeiten zu aktivieren, um das Rad des Verfahrens zugunsten des Mandanten noch einmal zurückzudrehen. Dazu gehört die „klassische“ Wiedereinsetzung (I.) ebenso wie als alternative Verteidigungsoption die kritische Überprüfung der Fristauslösung oder das Nachholen des rechtlichen Gehörs gem. § 33a StPO (II.).*

## I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

### 1. Der Zweck des Wiedereinsetzungsverfahrens

Effektivierung des  
rechtlichen Gehörs

Läuft die Frist im Strafprozess ab, ohne dass von der Handlungsoption Gebrauch gemacht wird, ist eine Prozesssituation – bis hin zur Rechtskraft – verbindlich fixiert. Die allgemeine Prozessmaxime der Klarheit kollidiert allerdings dann mit den Grundsätzen des fairen Verfahrens, wenn das Unterlassen der Handlungsoption nicht dem tatsächlichen Gestaltungsinteresse des Prozessbeteiligten entspricht. Die Wiedereinsetzungsmöglichkeit ist bei starrer Prozessfixierung nach Fristablauf der rechtsstaatliche Ausgleich dafür, dass die fehlende Einhaltung einer Frist nicht auf einem willentlichen Verhalten beruht.

Letztlich dient das Wiedereinsetzungsverfahren dazu, dem grundgesetzlich verankerten **Anspruch auf rechtliches Gehör** auch in einem notwendigerweise fristengebundenen Strafverfahren Geltung zu verschaffen. In dem summarischen Verfahren der §§ 44 – 47 StPO soll jeder Verfahrensbeteiligte, insbesondere allerdings der Beschuldigte, die Chance erhalten, im Falle der unverschuldeten Fristversäumung Prozesssituationen aufzuheben und fristgebundene Handlungen und Erklärungen nachzuholen.

Der Wiedereinsetzungsantrag selbst gilt **nicht** als **Rechtsmittel**, sondern als förmlicher Rechtsbehelf anderer Art (BGHSt 25, 89, 91). Mit dem Antrag ist weder ein Devolutiv- noch ein Suspensiveffekt verbunden. Wird dem Antrag allerdings stattgegeben, kann nachträglich sogar die Rechtskraft einer Entscheidung beseitigt werden.

### 2. Anwendungsbereich der Fristen

#### a) Zulässiger Wiedereinsetzungsantrag

Nicht jede fristgebundene Prozesshandlung ist wiedereinsetzungsfähig. **Zulässig** ist ein Antrag **regelmäßig** bspw. bei Versäumung der Frist

Wiedereinsetzungsfähige  
Fristen

- der Einlegung einer **Berufung** oder **Revision** – 1 Woche – (§§ 314, 341 StPO),
- der Einlegung der **sofortigen Beschwerde** – 1 Woche – (§ 311 Abs. 2 StPO),
- des Einspruchs gegen den **Strafbefehl** – 2 Wochen – (§ 410 Abs. 1 StPO),
- des **Wiedereinsetzungsantrags** – 1 Woche – (§ 45 Abs. 1 Satz 1 StPO),
- des Nachverfahrens bei **Einziehung** – 1 Monat – (§ 439 Abs. 2 Satz 1 StPO),
- des **Klageerzwingungsantrags** – 1 Monat – (§ 172 Abs. 2 Satz 1 StPO),

- der Versäumung einer **richterlich** gesetzten **Frist** (z.B. §§ 123 Abs. 3, 201 Abs. 1 Satz 1, 368 Abs. 2, 382 StPO).

Wird nicht eine Handlungsfrist, sondern die Wahrnehmung eines **Hauptverhandlungstermins** versäumt, sind die Wiedereinsetzungsvorschriften nicht anwendbar. Die Folgen der Versäumung einer Hauptverhandlung sind grds. abschließend gesetzlich geregelt (§§ 235, 315, 329 Abs. 3, 342, 391 Abs. 4, 412 Satz 1 i.V.m. § 329 Abs. 3 StPO). Verweisen diese Vorschriften jedoch ausdrücklich auf die §§ 44 ff. StPO – wie z.B. beim Ausbleiben des Angeklagten in der **Berufungshauptverhandlung** (§ 329 Abs. 3 StPO) – kommen die Grundsätze der Wiedereinsetzung wieder zum Tragen.

#### b) Keine Wiedereinsetzung

#### Absolute Ausschlussfristen

Auch wenn der Wortlaut des Gesetzes hierfür keine Anhaltspunkte bietet, will die Rechtsprechung die **Wiedereinsetzung nicht** für **anwendbar** erklären, wenn es sich um sog. absolute Ausschlussfristen handelt. Versäumnisse sind auch in der Revision nicht nachholbar. Die verfassungsrechtliche Begründung der Gewährung rechtlichen Gehörs ist allerdings auch für diese Situation nicht zu leugnen. Dennoch wird ohne Begründung zu einzelnen gesetzlichen Fristen behauptet, dass nach deren Versäumung die in Rede stehende Prozesshandlung schlechthin unzulässig sei. Beispiele hierfür sind:

- die Rüge der **sachlichen Zuständigkeit** (§ 6a StPO),
- die Rüge der **örtlichen Zuständigkeit** (§ 16 StPO),
- die **Ablehnungszeitpunkte** wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 25 StPO),
- der **Besetzungseinwand** in der Hauptverhandlung beim LG (§ 222b StPO),
- die **Widerklage** im Privatklageverfahren (§ 388 StPO).

#### Praxistipp:

**Vergleichbar** dürften die präklusionsähnlichen Vorschriften (z.B. § 257 Abs. 2 StPO) sowie die Fristgebundenheit der richterlich entwickelten Widerspruchslösung behandelt werden.

#### b) Sondefall Revision

#### Wiedereinsetzung und Revision

**Problematisch** ist die **Nachholung** von **versäumten Verfahrensrügen** in der **Revision**. Traditionell gewährt die Rechtsprechung hier grds. keine Wiedereinsetzung (RGSt 24, 250; BGH NSTz – RR 2007, 3). Angeblich bedarf es im Revisionsverfahren der alsbaldigen Schaffung einer „klaren Verfahrenslage“. Die Literatur kritisiert diesen Ansatz und fordert die generelle Zulässigkeit des Nachholens einzelner Verfahrensrügen im Wiedereinsetzungsverfahren (s. GRAALMANN-SCHEERER, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 44 Rn. 15 m.w.N.). In eng begrenzten Einzelfällen will allerdings auch die Rechtsprechung hier Wiedereinsetzung zulassen, bspw. in der Konstellation, bei der dem Verteidiger bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist trotz mehrfacher Mahnung keine Akteneinsicht gewährt oder das Sitzungsprotokoll nicht zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt wurde (BGH NSTz 1984, 418; NSTz – RR 1997, 302). Ähnliches wird für Situationen angenommen, in denen dem Angeklagten verspätet nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist ein Pflichtverteidiger beigeordnet worden ist (BayOblGSt MDR 1974, 247; OLG Schleswig SchIHA 1978, 60). Denkbar ist ein Antrag – nach Vorgaben des EGMR – wenn ein Verteidiger ersichtlich die Revisionsbegründung dilettantisch ausführt (s. die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte NJW 2003, 1229; AnwKomm-StPO/SOMMER, Art. 6 MRK Rn. 92).

#### d) Außergerichtliche Fristen

#### Weitere Einschränkung nach h.M.

Die h.M. konstituiert eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs der Wiedereinsetzung, die sich keinesfalls zwingend aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt. Angeblich regelt § 44 StPO nur Fristen, die notwendigerweise **bei Gericht** wahrzunehmen sind (OLG Bremen GA 1956, 185; OLG Hamm NJW 1973, 1055;

SAENGER JuS 1991, 842; LR-StPO/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 44 Rn. 7). Der einzige Hinweis ergibt sich aus Verfahrensvorschriften (§ 45 StPO: „bei dem Gericht“). Konsequenz sollen versäumte **Strafantragsfristen** oder Beschwerden im Klageerzwingungsverfahren nicht der Wiedereinsetzung unterliegen (BGH NJW 1994, 1165). Erkennt man in der Wiedereinsetzung allerdings ein allgemeines rechtsstaatliches Prinzip und bewertet die Regelung des § 45 StPO lediglich als konkrete gesetzestechnische Ausführungsvorschrift, wird man alle Fristversäumnisse – auch solche bei der Staatsanwaltschaft – den Wiedereinsetzungsregeln unterstellen (KÜHNE, Strafprozessrecht, 6. Aufl., Rn. 694; OLG Hamm NJW 1973, 1055; OLG Nürnberg MDR 1972, 67).

### 3. Verhinderung der Einhaltung der Frist

#### Verhinderung und Irrtum

„Verhindert“ eine Frist einzuhalten ist der Beschuldigte oder sein Verteidiger nur aufgrund äußerer Umstände, die er nicht steuern kann. Kennt er die Frist und lässt er sie verstreichen, ist der Regelungsbereich der Wiedereinsetzung nicht tangiert. Wer von einem befristeten Rechtsbehelf bewusst keinen Gebrauch macht, ist grds. nicht verhindert. Angesichts nachvollziehbarer Motivationen und Irrtümer, die letztlich die Grundlage für ein Verstreichenlassen einer Frist sein könnten, kann dies für die Verteidigung in Einzelfällen zu misslichen Ergebnissen führen. Untreffende rechtliche Einschätzungen und **fehlerhafte Beratungen** können durch das Wiedereinsetzungsverfahren **nicht repariert** werden (BGH NStZ 2001, 160).

#### Praxistipp:

Versäumt ist eine Frist auch dann, wenn die Erklärung erkennbar rechtzeitig abgegeben werden sollte, die notwendige **Form** allerdings nicht eingehalten wurde (BGHSt 26, 335).

### 4. Verschulden

#### Systematisierung und case law

Die meisten Entscheidungen zur Wiedereinsetzung ranken sich um die Frage, ob der Beschuldigte an der Einhaltung einer Frist „ohne Verschulden“ verhindert war. Die Rechtswissenschaft hat sich nur in sehr bescheidenem Umfang um eine systematisierende Auslegung dieses gesetzlichen Begriffs bemüht (s. z.B. WEBLAU, in: Systematischer Kommentar zur StPO, § 44 Rn. 15). Die Regel ist ein bejammerndes Konstatieren einer **systemlos erscheinenden Kasuistik** in einer unübersehbaren Rechtsprechung (s. RIEB, in: Strafverteidigung in der Praxis, 3.Aufl., § 11 Rn. 69). Kommentatoren begnügen sich daher i.d.R. mit einer mehr oder minder willkürlichen Fallauflistung.

#### Problembereiche

Es lassen sich allerdings **einzelne Problembereiche** abschichten:

#### Hochwasser und andere Naturereignisse

- **Naturereignisse**

Nicht der subjektive Maßstab des Verschuldens, sondern ein objektivierendes Element ist ausschlaggebend, wenn die Versäumung der Frist dem Beschuldigten nicht zugerechnet werden soll. Frühere Gesetzesformulierungen stellten darauf ab, dass der Beschuldigte „durch Naturereignisse oder andere **unabwendbare Zufälle** an der Einhaltung der Frist verhindert“ war. Neuformulierungen des Gesetzes wollten diese Selbstverständlichkeit nicht ändern. Verhindern Hochwasser oder Schneeverwehungen den üblichen Postlauf oder den rechtzeitigen Gang zum Gerichtsbriefkasten, ist ein Wiedereinsetzungsanspruch gegeben.

#### Der Maßstab des Verschuldens

- **objektive und subjektive Faktoren**

Auch wenn sich die Systematisierungsbemühungen zum Verschuldensbegriff dahingehend beschränken, dass allein auf die „mögliche und zumutbare Sorgfalt“ (MEYER-GÖBNER, StPO, 50. Aufl., § 44 Rn. 11) abgestellt wird, lässt sich der Rechtsprechung eine weitere Differenzierung entnehmen: Ohne Verschulden ist die Versäumung dann, wenn entweder der Antragssteller hierfür **objektiv** nicht verantwortlich ist oder sie ihm individuell-**subjektiv** nicht zur Last gelegt

werden kann (sog. **dualistischer Maßstab**, AnwKomm-StPO/ROTSCH, § 44 StPO Rn. 6).

- **Ursachen im Verantwortungsbereich Dritter**

**Die Risikobereiche**

Objektiv ist der Beschuldigte nicht verantwortlich, wenn seine personale Verantwortung von der Verantwortung **Dritter** abgeschichtet werden kann. Kein Verschulden sieht die Rechtsprechung, wenn diese Verantwortung eindeutig einem Dritten obliegt.

**Verantwortungsbereich  
Gericht**

Bei diesem Dritten kann es sich um das Gericht oder die Behörde handeln. Der Beschuldigte darf grds. darauf vertrauen, dass eine vorgehaltene Gerichts- oder **Behördenorganisation** auch tatsächlich funktioniert (RGSt 68, 300; SAENGER JuS 1991, 843; LR-StPO/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 44 Rn. 39). Es ist nicht der Beschuldigte, sondern das Gericht, das das ordnungsgemäße Funktionieren des **Nachtbriefkastens** zu verantworten hat. Der Beschuldigte darf auch darauf vertrauen, dass andere vorgehaltene Kommunikationsmöglichkeiten im Rahmen der berechtigten Erwartungen funktionstüchtig sind. Dazu gehört bspw. ein Telefaxgerät (s. BVerfGE 74, 228, 235; BGH NJW 2006, 2263). Technische Mängel hat hier der Beschuldigte ebenso wenig zu verantworten wie beim gesetzlich zulässigen **elektronischen Rechtsverkehr – § 41a StPO** (GRAALMANN-SCHEERER, Moderne Kommunikationsformen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Strafverfahren, FS für Nehm, 221 ff.).

Ein dem Beschuldigten **zurechenbares Verschulden** kommt allerdings dann wieder ins Spiel, wenn dieser sich einerseits technischer Übermittlungsmöglichkeiten bedient, auf der anderen Seite aber nicht völlig ausgeschlossene Hindernisse dieser Kommunikationsart schlicht ignoriert. So kann ein Verschulden bejaht werden, wenn der Übersendungsversuch per Telefax erstmalig 6 Minuten vor Ablauf der Frist gestartet wird und das Empfangsgerät – wie nicht völlig unvorhersehbar – zu diesem Zeitpunkt belegt ist (BVerfG NJW 2000, 574).

Auch die Einrichtung einer **gemeinsamen Briefannahmestelle** von Behörden oder Gerichten ist mit einer berechtigten Erwartungshaltung beim Beschuldigten verbunden. Der rechtzeitige Eingang an dieser Stelle verschiebt den Verantwortungsbereich hinsichtlich des tatsächlichen Zugangs beim zuständigen Richter. Das Vertrauen in den internen Behördengang geht sogar noch ein Stück weiter: Selbst wenn der Beschuldigte einen fristwahrenden Schriftsatz bei der falschen Behörde oder dem falschen Gericht abgegeben hat, darf er u.U. darauf vertrauen, dass in akzeptabler Zeit das „falsche“ Gericht den Schriftsatz an das „richtige“ Gericht weiterleitet; innerhalb derselben Stadt lässt sich u.U. ein derartiger ordentlicher Geschäftsgang der Gerichte mit einer maximalen Zeit von einigen wenigen Tagen konkretisieren (BVerfG NJW 2005, 2137).

**Verantwortungsbereich  
Postunternehmen**

Verantwortlichkeitsverschiebungen finden auch dann statt, wenn der Beschuldigte das maßgebliche Schriftstück zum **Transport der Post** oder einem vergleichbaren vertrauenswürdigen Zustelldienst übergibt. So darf er sich auch auf die Zuverlässigkeit eines anwaltlichen Kurierdienstes verlassen (BVerfG NJW 2000, 2657). Grds. akzeptiert die Rechtsprechung die übliche Postlaufzeit von 1 Tag (s. z.B. BGH GA 1994, 75; OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 137). Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Beschuldigte selbst die notwendigen Einlieferungsbedingungen erfüllt hat, d.h. ein Brief ausreichend frankiert (OLG Düsseldorf NJW 1994, 2841; OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 137), in einem Brief den Adressaten mit der korrekten Postleitzahl versehen (OLG Frankfurt NStZ-RR 2002, 12) und sich davon überzeugt hat, dass das im Briefkasten der Post eingeworfene Schriftstück auch tatsächlich noch am selben Tage weiter transportiert wird.

**Verantwortungsbereich  
Transport und Verkehr**

Bei **Verkehrsverhältnissen** sind die Verschiebungen von Verantwortlichkeiten problematisch. Wartezeiten bei der Benutzung eines eigenen Kfz aufgrund von Baustellen, Geschwindigkeitsbeschränkungen und Staus entsprechen der allgemeinen Lebenserfahrung, sind einzukalkulieren und nicht dem Zuständigkeitsbereich Dritter zu überantworten; versäumt der Beschuldigte

deswegen eine Frist oder einen Termin, hängt die Wiedereinsetzung von der Prüfung der subjektiven Komponente ab. Auch wenn eine Zugverspätung grds. Dritten angelastet werden könnte, ist dieses Phänomen in Grenzen vorhersehbar. Wer Anschlusszüge zu knapp kalkuliert, kann sich daher nicht exkulpieren (LR-StPO/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 44 StPO Rn. 38).

**Verantwortungsbereich  
beauftragter Vertreter**

Bedient sich der Beschuldigte eines **Vertreters**, so ist sein Verschulden allenfalls im Bereich der Beauftragung und der Organisation zu suchen. Ist der Vertreter zum einen verlässlich und zum anderen über alle notwendigen Umstände informiert, kann der Beschuldigte auf die Fristwahrung durch den Vertreter vertrauen. Dennoch will die Rechtsprechung dem Beschuldigten gewisse Überwachungspflichten auferlegen, wenn er bspw. seine Ehefrau mit der Einlegung des Rechtsmittels beauftragt (BGHSt 30, 309; NStZ-RR 2003, 80; OLG Frankfurt NJW 2001, 1589).

• **Verantwortlichkeitsbereich des Verteidigers**

**Besonderheiten gelten  
beim Verteidiger**

Bei der **Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen Verteidiger und Mandant** besteht Einigkeit darüber, dass grds. Rechtsfehler in den Verantwortungsbereich des Verteidigers fallen. Fristversäumnisse aufgrund von Rechtsunkenntnis hat nicht der Beschuldigte selbst zu verantworten (RGSt 40, 119).

**Mandantenverschulden  
und Verteidigerbestellung**

Ein **eigener Verschuldensbereich des Beschuldigten** eröffnet sich hier allerdings,

- wenn ihn ein **Auswahlverschulden** trifft (allgemein bekannte (?) Unzuverlässigkeit (BGHSt 25, 89, 93; NStZ 1995, 352);
- wenn er fest damit rechnen muss, dass ein Verteidiger eine anstehende ihm erkennbare Frist nicht einhalten wird (BGH NStZ 2004, 166), z.B. bei anstehendem Urlaub (BGHSt 14, 306) oder der Verteidiger macht sein weiteres Tätigwerden eindeutig von der Begleichung einer Vorschusszahlung abhängig;
- wenn er eigene notwendige Unterrichtungen seines Verteidigers unterlässt, bspw. zu Zustellungszeitpunkten (OLG Nürnberg NStZ-RR 1999, 114);
- wenn er für seinen Verteidiger zur Frage der Abklärung der Einlegung eines Rechtsmittels nicht erreichbar ist (BGH NStZ 1997, 95; NStZ-RR 2000, 83);
- wenn er nach einer Urteilsverkündung ohne weitere Rücksprache mit seinem Verteidiger „blind“ darauf vertraut, dieser werde schon „das Erforderliche“ veranlassen (BGHR StPO § 44 Verschulden 8);
- wenn er seinen Verteidiger erst spät am Tage des Fristablaufs über dessen Büro telefonisch erstmalig beauftragt, das Rechtsmittel einzulegen; er darf nicht fest damit rechnen, dass diese Nachricht noch rechtzeitig dem Anwalt zur Kenntnis gelangt (BGHR StPO, § 44 Verschulden 2).

**Der Verteidiger kein  
Vertreter des Mandanten**

Ist das Verschulden allein dem **Verantwortlichkeitsbereich des Verteidigers** zuzuordnen, wird die Problematik von einer zusätzlichen prozessualen Zuordnung überlagert. Die meisten Prozessordnungen ordnen dem Anwalt die Rolle eines Vertreters zu, dessen Willenserklärungen der Vertretene gegen sich ebenso gelten lassen muss wie dessen Versäumnisse (§§ 85 Abs. 2 ZPO, 22 Abs. 2 FGG). Das Verschulden des Anwalts steht daher dem Verschulden der Partei gleich.

Die **StPO** hat ein **anderes Verhältnis** konstituiert. Der Verteidiger ist nicht Vertreter des Angeklagten, er nimmt vielmehr Prozessrechte selbstständig wahr. Die StPO unterscheidet daher an vielen Stellen zwischen den getrennt wahrzunehmenden Rechten der Verteidigung einerseits und des Beschuldigten andererseits. Hieraus leitet die höchstrichterliche Rechtsprechung traditionell ab, dass im Gegensatz zu zivilprozessualen Vorstellungen das **Verschulden des Verteidigers dem Mandanten nicht zugerechnet** werden kann (RGSt 60, 191;

BGHSt 14, 308; 25, 92). Versäumt der Verteidiger daher aus rechtlicher Unkenntnis oder schlichter Nachlässigkeit die Einhaltung einer Frist, trifft den Beschuldigten hieran grds. kein Verschulden. Gleiches gilt für Mängel der Büroorganisation des Verteidigers (BGH NStZ 2000, 545). Fehlende Unterschriften unter Revisionsbegründungsschriften (BGHR StPO, § 44 Satz 1 Verfahrensrüge 1) fallen somit ebenso aus dem personalen Verantwortungsbereich des Beschuldigten wie die unsachgemäße Führung eines elektronischen Fristenkalenders durch das Büropersonal oder die falsche Adressierung einer Revisionseinlegung an den BGH.

*Ausnahme im Strafverfahren: der Anwalt als Vertreter*

Zu beachten bleibt allerdings, dass nicht jedes strafprozessuale Agieren eines Anwalts den Bereich der Sorglosigkeit des Mandanten eröffnet. In Ausnahmefällen kann auch der Verteidiger den Mandanten „vertreten“ (s. § 234 StPO). Bislang hatte allerdings die Rechtsprechung offensichtlich keinen Anlass, hieraus Modifikationen in Wiedereinsetzungsverfahren abzuleiten. Deutlich ist allerdings die Tendenz, die Zurechnung anwaltlichen Verschuldens beim **Privat- und Nebenkläger** zu begründen (BayObLGSt GA 1971, 117, a.A. Literatur: LR-StPO/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 44 StPO Rn. 56 ff.). Zivilrechtliche Maßstäbe müssen Verteidiger und Mandant auch immer dann erwarten, wenn Anwälte tätig werden in Entschädigungsverfahren nach StrEG (BGHZ 66, 122), im Verfahren zu Kosten- und Auslagenentscheidungen (BGHSt 26, 127), in Strafvollzugssachen (OLG Hamburg NStZ 1991, 56) oder in Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG (OLG Hamburg NJW 1968, 854; NStZ-RR 2004, 185; OLG Hamm, Beschl. v. 14.8.2006 – 1 VAs 53/06).

• **subjektive Momente des Beschuldigten**

**Verantwortungsbereich des Beschuldigten**

Fällt die Versäumung der Frist ausschließlich in den Verantwortungsbereich des Beschuldigten selbst, ist die Beurteilung der Verschuldensfrage von einer subjektiven Komponente abhängig.

**Verschuldensmaßstab: die subjektiven Möglichkeiten**

Eine **Sorgfaltspflichtverletzung** kann nur dann angenommen werden, wenn zuvor die individuellen Pflichten des Beschuldigten angesichts der Besonderheiten seiner Situation formuliert worden sind. Diese Formulierung hat Rücksicht zu nehmen auf besondere **sprachliche, körperliche, intellektuelle oder informative Defizite** des Beschuldigten. Diese Defizite entlasten den Beschuldigten zwar nicht generell, sie mindern im Einzelfall allerdings u.U. erheblich den ihm auferlegten Sorgfalsmaßstab.

**Persönliche Unbeholfenheit** in Verbindung mit Unklarheiten der Ladung oder unübersichtlichen örtlichen Verhältnissen kann z.B. dazu führen, dass das misslungene Auffinden eines Gerichtssaals als entschuldigt gelten kann (BayObLGSt 9, 171; RGSt 10, 74). Sprachdefizite und entsprechende Unkenntnisse eines **Ausländers** legitimieren zwar nicht seine vollständige Passivität, können aber Verzögerungen oder Missverständnisse als nachvollziehbar erscheinen lassen (BVerfGE 40, 95 = NJW 1975, 159). Plötzliche **Erkrankungen**, insbesondere Krankenhausaufenthalte, entschuldigen regelmäßig Fristversäumnisse (RG Recht 1914, 3021; OLG Düsseldorf VRS 99, 121). Der Suizidversuch soll die Versäumung einer Frist allerdings nur dann rechtfertigen, wenn zwischen ihm und der Versäumung keine unmittelbare Beziehung besteht (OLG Hamburg MDR 1983, 152).

**Rechtskenntnisse** können beim normalen Bürger nicht vorausgesetzt werden. Die konkrete Kenntnis der Notwendigkeit der Einhaltung einer Rechtsmittelfrist wird dem Angeklagten allerdings i.d.R. durch die Rechtsmittelbelehrung erteilt. Das insoweit indizierte Verschulden kann allerdings im Einzelfall wieder aufgehoben werden, wenn das Verständnis der Belehrung ausnahmsweise nicht vorausgesetzt werden kann. War die Belehrung einerseits komplex und wurde andererseits die Aushändigung einer schriftlichen Belehrung unterlassen (so aber Nr. 142 Abs. 1 Satz 2 RiStBV), kann ein Verschulden verneint werden (OLG Köln VRS 93, 428). Stets sind im Einzelfall Umstände denkbar, die nahe legen, dass der Angeklagte das ihm Gesagte nicht richtig interpretieren oder in Erinnerung

behalten kann (KG VRS 99, 440). Die unrichtige Belehrung des inhaftierten Beschuldigten durch Beamte der JVA kann ebenfalls Anlass zur Verneinung des Verschuldens sein (BGH NSTZ 1993, 27).

**Verschuldensmaßstab: die fehlende Kenntnis des Sachverhalts**

Die schlichte **Unkenntnis** eines Termins oder einer Frist kann auch darauf beruhen, dass das fristauslösende Schriftstück dem Beschuldigten per **Post** zwar zugeht (oder zugehen soll), er aber hiervon keine Kenntnis hat. Geht ein Schriftstück dem Beschuldigten tatsächlich nicht zu, wird auch nicht die Frist in Gang gesetzt. Problematisch ist allerdings ein nach den Zustellungsvorschriften wirksamer – und sei es fingierter – Zugang eines Schriftstücks. Hier hat im Einzelfall der Beschuldigte darzulegen, dass ihn aufgrund besonderer Umstände kein Verschulden an der fehlenden Kenntnisnahme trifft. Eine ungeklärte Diebstahlserie von Schriftstücken aus dem eigenen Briefkasten kommt hier ebenso in Betracht wie Nachlässigkeiten von Mitbewohnern, die zwar die Möglichkeit des Entleerens des gemeinsamen Briefkastens haben, die Weiterleitung des Schriftstücks an den Beschuldigten durch Achtlosigkeit allerdings unterlassen hatten (OLG Stuttgart NSTZ 1992, 1999).

**Abwesenheit vom Wohnsitz**

Die freie Gestaltung der Lebensführung schränkt die Verschuldensprüfung insofern ein, als der Beschuldigte zumindest in regelmäßigen Abständen seine **eigene Post** durchzusehen und zu **kontrollieren** hat. Gerichte und Behörden dürfen allerdings nicht eine regelmäßige Anwesenheit in der Wohnung erwarten. Der Beschuldigte kann ebenso verreisen wie er als Seemann einer langen Fahrt anheuern darf (OLG Hamburg Alsb.E1, 150). Grds. kann dem Bürger nicht zugemutet werden, dass er „besondere Vorkehrungen“ zur rechtzeitigen Kontrolle eingehender Gerichtspost trifft (LR-StPO/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 44 Rn. 29). Ist durch eine während der **Urlaubszeit** wirksam vorgenommene Zustellung eine Frist in Gang und letztendlich versäumt worden, darf in Realisierung des rechtlichen Gehörs der Bürger regelmäßig mit der Gewährung der Wiedereinsetzung rechnen (BVerfGE 25, 166; 35, 298).

Relativieren will dies die Rechtsprechung teilweise pauschal in Situationen, in denen der Beschuldigte in einem anhängigen Strafverfahren mit Zustellungen rechnen müsse (OLG Celle StraFO 2002, 17; OLG Dresden NSTZ 2005, 398; OLG Hamm NJW 1974, 1477). Angesichts der unkalkulierbaren Länge von „anhängigen“ Ermittlungs- und Strafverfahren kann eine solche gesteigerte Anwesenheits- und Erkundigungspflicht allenfalls auf konkrete Prozesssituationen beschränkt sein, wie bspw. die nach mündlicher Ankündigung jederzeit zu erwartende Ladung zu einer Berufungsverhandlung.

Wird dem Beschuldigten ausnahmsweise berechtigt eine **erhöhte Nachforschungspflicht** auferlegt, hängt dessen Umfang vom **konkreten Anlass** ab. Wer sich auf mehrwöchige Weltreise begibt, muss sich regelmäßig an seinem Wohnsitz erkundigen und – ggf. durch Vertreter – Vorkehrungen zur Kenntnisnahme von Schriftstücken treffen. Eine wöchentliche Erkundigung ist regelmäßig ausreichend (OLG Frankfurt VRS 56 (1979), 34). Es genügt auch die Bitte gegenüber dem Gericht, während der angekündigten Abwesenheit Entscheidungen in jedem Fall dem bestellten Verteidiger mitzuteilen (OLG Köln VRS 57 (1979), 288). Besondere Sorgfaltspflichten kommen dem **unter Bewährung** stehenden Verurteilten zu. Hat er der Bewährungsaufgabe, einen Wohnsitzwechsel zu melden, nicht genügt, kann sein Verschulden bejaht werden, wenn er nach öffentlicher Zustellung des Bewährungswiderrufs mangels Kenntnis die Beschwerdefrist versäumt hat (OLG Düsseldorf StraFO 2002, 394; OLG Hamm NSTZ-RR 2004, 46).

**5. Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung**

**Ausnahme: Unkenntnis der Frist wegen fehlerhafter Belehrung**

§ 44 Satz 2 StPO knüpft an die gerichtliche Verpflichtung an, den Beschuldigten ausführlich nach einer Entscheidung über seine Möglichkeiten der Einlegung des Rechtsmittels zu belehren. Geschieht dies nicht – oder nur unvollständig – so wird die Rechtsmittelfrist hierdurch grds. nicht gehemmt. Die unterlassene Wahrnehmung des Rechtsmittels innerhalb der Frist führt daher in diesen Fällen

grds. auch zur Rechtskraft. Die Begründung des notwendigen Wiedereinsetzungsantrags und deren Glaubhaftmachung wird dem Antragssteller allerdings durch diese Vorschrift erheblich erleichtert. Voraussetzung dieser Erleichterung ist die Unkenntnis des Beschuldigten von der Rechtsmittelfrist. **Beweiserleichterung** verschafft § 44 Abs. 1 Satz 2 StPO nur insofern, als das fehlende Verschulden hinsichtlich dieser Unkenntnis unwiderleglich vermutet wird.

Der Anwendungsbereich dieser Vermutung bezieht sich lediglich auf die im Gesetz angeführten Fälle. Ausweitungen auf andere Fälle der unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung tritt die Rechtsprechung entgegen. Ist eine Bekanntmachung einer Entscheidung – wie dies § 35a StPO ausdrücklich vorschreibt – im Gesetz nicht vorgesehen (s. z.B. § 67 Abs. 2 JGG), soll § 44 Satz 2 StPO keine Anwendung finden (BGHSt 18, 25).

**Ausnahme von der  
Ausnahme bei Verzicht auf  
Belehrung**

Versperert ist der Weg der gesetzlichen Vermutung auch dann, wenn wirksam auf die Rechtsmittelbelehrung verzichtet worden war. Ein solcher **Verzicht** kann nicht durch den rechtsunkundigen Beschuldigten selbst erfolgen. Der Verteidiger kann allerdings – da die Vorschrift der Belehrung letztendlich der Disposition der Verteidigung unterliegt – wirksam auf eine Belehrung verzichten. Dies setzt voraus, dass die ihm erteilte Vollmacht ausdrücklich diesen Verzicht auf ein Rechtsmittel umfasst (OLG Zweibrücken MDR 1978, 861). Der Verzicht in der Hauptverhandlung ist protokollierungspflichtig (OLG Hamm OLGSt § 35a, 9).

**Unanwendbar** soll die Vermutungsregel auch in den Fällen der sog. **qualifizierten Belehrung** sein (s. BGH NStZ 2005, 389; a.A. RIEB, FS Meyer-Goßner, S. 660 ff.; DERS. JR 2005, 438; wistra 2006, 28). Für den Fall der Urteilsabsprache hat die Rechtsprechung das Erfordernis aufgestellt, dass der Angeklagte nach Verkündung des – abgesprochenen – Urteils zusätzlich darauf hingewiesen wird, dass er unabhängig von den Vereinbarungen zwischen den Verfahrensbeteiligten das Recht habe Rechtsmittel einzulegen. Als Begründung wird angegeben, dass diese qualifizierte Belehrung nicht in der Intention geschaffen wurde, zu wählende Rechtsmittelfristen effektiv abzusichern (LR-StPO/GRAALMANN-SCHEERER, § 44 Rn. 69).

**Praxistipp:**

Einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung steht die **unvollständige, falsche** oder **widersprüchliche Rechtsmittelbelehrung** gleich. Der jeweilige Mangel hat sich allerdings auf eine der Essentialen des Belehrungsinhalts zu beziehen (OLG Zweibrücken VRS 88, 356). Hierzu gehören bspw. nicht Details wie die Schilderung von Situationen, wonach das Ende einer Frist auf einen Feiertag fällt – § 43 Abs. 2 (BVerfGE 31, 390 = NJW 1971, 2217). Unvollständig ist eine Belehrung regelmäßig auch dann, wenn sie einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Ausländer nicht übersetzt wird (BVerfGE 40, 95 = NJW 1975, 1597).

- Belehrungspflicht zur Möglichkeit der Wiedereinsetzung

Besonderheiten gelten, wenn die Fristversäumung letztendlich auf einem **Fehler der Justiz** beruht, ein Wiedereinsetzungsgrund hierdurch gegeben ist, der Berechtigte aber von dieser rechtlichen Möglichkeit keine Kenntnis hat. Hier hat das BVerfG (BVerfG 2 BvR 1147/05 NJW 2005, 3629) den Gerichten die **Pflicht** auferlegt, den Betroffenen **über die Möglichkeit der Wiedereinsetzung zu belehren**. Erst mit dieser Belehrung wird die Wochenfrist des Wiedereinsetzungsantrages ausgelöst.

*wird fortgesetzt*

## Verteidigung bei Versäumung von Fristen

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Ulrich Sommer, Köln

Fortsetzung von StRR 2007,

### 6. Das Wiedereinsetzungsverfahren

Das Wiedereinsetzungsverfahren ist ein form- und fristgebundenes Procedere, das zum einen die rechtzeitige Einlegung des außerordentlichen Rechtsbehelfs und zum anderen die ausreichende Darstellung und den Beleg des erforderlichen Sachverhalts voraussetzt.

#### a) Wochenfrist

Die in § 45 StPO angeführte Wochenfrist ist in dem Wiedereinsetzungsverfahren in zweierlei Hinsicht von **Bedeutung**:

Fehlerpotenzial 1: die abermalige Fristversäumung

- Zum einen ist der **Wiedereinsetzungsantrag** des Beschuldigten innerhalb dieser Frist zu **stellen**. Versäumt er die Frist, hat er allenfalls die Chance nicht nur die Versäumung der Rechtsmittelfrist, sondern auch die Versäumung der Wochenfrist des § 45 im Rahmen des Wiedereinsetzungsverfahrens als unverschuldete Versäumnis darzulegen und zu belegen.

Fehlerpotential 2: Nachholen der versäumten Handlung

- Zum anderen hat der Beschuldigte die **versäumte Handlung** innerhalb der Wochenfrist **nachzuholen**. Unmissverständlich muss bspw. der Einspruch gegen den Strafbefehl oder die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil formuliert werden. Selbstverständlich muss die nachzuholende Handlung ggf. den gesetzlichen Formerfordernissen entsprechen (z.B. § 344 Abs. 2, 345 Abs. 2 StPO).

#### Praxistipp:

Die Wochenfrist wird mit dem **Wegfall des Hindernisses** in Gang gesetzt.

Eine **Berechnung der Wochenfrist** setzt somit ebenfalls zweierlei voraus:

- Zum einen ist die Art und Weise des Hindernisses zu klären, das bislang den Beschuldigten davon abgehalten hatte, rechtswirksam eine Prozessklärung innerhalb der dafür vorgesehenen Frist abzugeben.
- Zum anderen ist festzustellen, durch welches Ereignis dieses Hindernis nicht mehr existiert.

Der Beginn der Wiedereinsetzungsfrist

Ist z.B. die schlichte Unkenntnis des Beschuldigten Ursache für die fehlende Einhaltung der Frist, hängt der Beginn der Wochenfrist entscheidend von dem Zeitpunkt ab, in dem der Beschuldigte Kenntnis von der fristgebundenen Notwendigkeit des Handelns erlangt. Allein seine Kenntnis ist maßgeblich (BGH wistra 2001, 64) nicht die seines Anwalts (OLG Hamm NJW 1965, 2216; OLG Köln VRS 42 (1972) 127). War ein Schriftstück in Abwesenheit des Beschuldigten niedergelegt worden, so entfällt die Unkenntnis des Beschuldigten erst in dem Zeitpunkt, in dem er das niedergelegte Schriftstück in Händen hält (LG Köln MDR 1997, 283; AnwKomm-StPO/ROTSCH, § 45 StPO Rn. 3; LÖWE-ROSENBERG/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 45 Rn. 7).

#### Praxistipp:

Modifiziert ist der Fristbeginn, wenn der Beschuldigte mit dem Antrag sein unverschuldetes Fernbleiben in der **Berufungshauptverhandlung** darlegen will. Hier beginnt die Frist erst mit der Zustellung des verwerfenden Berufungsurteils (§ 329 Abs. 3 StPO).

Adressat

Der Antrag ist grds. beim **iudex a quo** zu stellen. Unschädlich ist allerdings eine Einreichung bei dem Gericht, das ggf. über das Rechtsmittel zu entscheiden hat (§ 45 Abs. 1 Satz 2). Gegen die Versäumung einer Berufungseinlegung kann der Beschuldigte mit einem Wiedereinsetzungsantrag daher sowohl beim AG als auch bei der Berufungskammer des LG vorstellig werden.

**b) Antragsbegründung**

- umfangreiche Sachverhaltschilderung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss eine **vollständige Darlegung der Tatsachen** beinhalten, die dem Gericht eine Beurteilung der zu entscheidenden Fragen ermöglicht (s. z.B. OLG Köln NStZ-RR 2002, 142; zum Muster eines Wiedereinsetzungsantrages s. BURHOFF, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 5. Aufl., 2006, Rn. 1172h). Nicht vorzutragen sind allenfalls Umstände, die das Gericht aufgrund schlichter Akteneinsicht nachvollziehen kann. Hierzu gehören bspw. die Daten der Niederlegung eines Schriftstücks oder die unterlassene Rechtsmittelbelehrung. Darzustellen hat der Antrag den gesamten Tatsachenhintergrund, der sowohl die Begründung als auch den Wegfall des Hindernisses zur Einhaltung der Frist ausfüllt, sowie alle Umstände, die das fehlende Verschulden des Beschuldigten belegen.

- Schlüssigkeit des Vortrages

Die Vollständigkeit und Schlüssigkeit des Sachvortrages reicht nicht aus, um den Erfolg des Wiedereinsetzungsantrages zu garantieren. Das Gericht ist nicht verpflichtet, Phantasiegebilde zu akzeptieren, sofern sie nur schlüssig sind. Auf der anderen Seite setzt der Erfolg des Wiedereinsetzungsantrages nicht voraus, dass – wie bei einem Urteil – das Gericht ohne jeden vernünftigen Zweifel von der Richtigkeit des Sachvortrages überzeugt ist. Ausreichend ist vielmehr, wenn der **Sachvortrag** ein der Lage der Sache nach **hinreichendes Maß an Wahrscheinlichkeit** aufweist (BVerfGE 26, 319; RGSt 28, 10; BGHSt 21, 350).

Weist der vorgetragene Sachverhalt angesichts des bekannten Akteninhalts einerseits und der allgemeinen Lebenserfahrung andererseits bereits ein solches hinreichendes Maß auf, bedarf es keiner weiteren Beweisführung. Strittig ist allerdings, ob diese eindeutige bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung durch Gesetzesänderungen hinfällig geworden ist und auch nahe liegende Sachverhalte generell zu belegen sind (LÖWE-ROSENBERG/GRAALMANN-SCHEERER, § 45 Rn. 15 unter Bezugnahme auf BVerfG StV 1993, 451).

- Glaubhaftmachung

Die Plausibilität eines Sachvortrages ist jedenfalls regelmäßig nicht gegeben, wenn besondere Umstände der Lebensführung des Beschuldigten für die Frage der Wiedereinsetzung eine Rolle spielen. Die Überzeugung von deren Wahrscheinlichkeit bei Gericht ist daher durch den Antragssteller zu unterstützen durch Mittel der **Glaubhaftmachung**. Die Mittel der Glaubhaftmachung sind nicht beschränkt auf den Katalog des Strengbeweises. Vielmehr kommen alle Mittel in Betracht, die geeignet sind, die Wahrscheinlichkeit des vorgetragenen Sachverhalts zu unterstützen.

Hierzu gehören

- **eidesstattliche Versicherungen** von Zeugen (OLG Düsseldorf StV 1994, 283)
- oder deren schlichte **schriftliche Erklärungen** (BayObLG NJW 1954, 204)
- schlichte schriftliche Unterlagen wie Reisedokumente
- ärztliche Atteste u.Ä. (OLG Düsseldorf VRS 90, 187).

Da das Gericht unmittelbar nach Aktenlage zu entscheiden hat, müssen die notwendigen Bekundungen der Zeugen schriftlich vorliegen, sodass die schlichte **Zeugenbenennung** regelmäßig **nicht ausreichend** ist. Anderes kann allenfalls gelten bei nachvollziehbarer Weigerung eines Zeugen zu einer schriftlichen

Bestätigung (KG Berlin NJW 1974, 657) oder bei der Benennung von Zeugen, die als Bedienstete von Gerichten oder Behörden Auskünfte geben könnten.

**Praxistipp:**

Eigene Erklärungen des Beschuldigten, selbst eidesstattliche Versicherungen, sind demgegenüber kein zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung (BGH NStZ 1985, 493).

**c) Entscheidung des Gerichts**

Über den Antrag entscheidet das Gericht, bei dem die Frist hätte eingehalten werden müssen. Selbst wenn der Antrag zulässiger Weise beim Rechtsmittelgericht eingelegt wurde, hat zunächst der Vorderrichter zu entscheiden (LÖWE-ROSENBERG/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 46 Rn. 5 ff.). Die Entscheidung erfolgt im Beschlusswege. Das Verfahren selbst folgt Beschwerdegrundsätzen. Den Beteiligten ist rechtliches Gehör zu gewähren. Insbesondere ist der Beschuldigte ggf. aufzufordern, ergänzende Mittel der Glaubhaftmachung beizubringen, falls das vorliegende Material aus Sicht des Gerichts nicht ausreichend erscheint.

• Der positive Gerichtsbeschluss

Während der Wiedereinsetzungsantrag selbst keinerlei Auswirkungen auf eine zwischenzeitlich eingetretene Rechtskraft der betroffenen Entscheidung hat, dreht ein positiver Beschluss des Gerichts das Rad des Verfahrens zurück. Wird **Wiedereinsetzung gewährt**, so wird die Rechtslage hergestellt, welche vor der Versäumung bestanden hätte, wenn die Handlung rechtzeitig durch den Beschuldigten vorgenommen worden wäre (OLG Köln NJW 1987, 80). Neben der versäumten sind damit auch andere Prozesshandlungen nachholbar. Konsequenzen der bisher angenommenen Rechtskraft werden nachträglich beseitigt. So wird die zwischenzeitliche Vollstreckung einer Strafe mit dem stattgebenden Beschluss des Gerichts unzulässig.

Dies kann zu überraschenden Konsequenzen führen: Ist der Mandant ununterbrochen in Haft, weil er während des Verfahrens zunächst in Untersuchungshaft und nach Rechtskraft in Strafhafte war, ist die weitere Inhaftierung zu legitimieren. Ein automatisches Aufleben des früheren Untersuchungs-**Haftbefehl** hat das BVerfG abgelehnt (BVerfG StV 2005, 613 f. = NJW 2005, 3131; s. auch MOSBACHER, Freiheit durch Säumnis: Keine Haftfortdauer bei Wiedereinsetzung, NJW 2005, 3110). Die neue gesetzliche Regelung des § 47 Abs. 3 StPO hat für dieses Aufleben eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Ob der Gesetzgeber alle denkbaren Konstellationen bedacht hat – insbesondere bei anderen Maßnahmen wie dem Fahrerlaubnisentzug nach § 111a – darf bezweifelt werden (s. dazu näher BURHOFF StRR 2007, 15 ff.). Die konkrete Fallanalyse und die Phantasie des Verteidigers sind hier im Einzelfall gefragt.

• Der negative Gerichtsbeschluss

Gegen eine die **Wiedereinsetzung versagende Entscheidung** des Gerichts kann der Beschuldigte **sofortige Beschwerde** einlegen (§ 46 Abs. 3). Innerhalb der Wochenfrist des § 311 Abs. 2 StPO hat der Beschuldigte dann nach Zustellung des negativen Beschlusses eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts zu beantragen. Dessen Entscheidung ist unanfechtbar.

**II. Alternative Verteidigungsoptionen**

**1. Mangelhafter Fristenlauf**

Das Ergebnis eines ersten anwaltlichen Beratungsgesprächs geht häufig dahin, dass ein Wiedereinsetzungsantrag wenig Erfolg versprechend ist. Entweder hat der Mandant die kurze Wiedereinsetzungsfrist „verschlafen“ oder der Nachweis des mangelnden Verschuldens einer Fristversäumung ist nicht zu führen. Ein Wiedereinsetzungsantrag greift allerdings nur ein, wenn eine Frist tatsächlich versäumt wurde. Ist eine **Frist** – entgegen dem ersten Anschein – **niemals in Gang** gesetzt worden, existiert kein Fristablauf und keine Versäumung. Auch ohne

**1. Verteidigungsanalyse:  
Ist die (versäumte) Frist in  
Gang gesetzt worden?**

Wiedereinsetzung befindet sich das Verfahren noch in dem Stand, in dem es sich vor dem angeblich Frist auslösenden Ereignis befand.

**Praxistipp:**

Die **Aufgabe** der **Verteidigung** zur Durchsetzung der Mandanteninteressen geht in dieser Situation dahin, dem Gericht zu verdeutlichen, dass entgegen der dortigen Ansicht wirksam keine Frist ausgelöst und damit auch keine Rechtskraft vorliegt.

Zu den **Verteidigungsaufgaben** gehört in dieser Situation eine kritische rechtliche Untersuchung der Frist auslösenden Momente. Zu überprüfen ist daher, ob

- eine Entscheidung in Anwesenheit des Beschuldigten wirksam verkündet worden ist (§ 35 Abs. 1 StPO),
- oder wirksam zugestellt wurde (§ 35 Abs. 2 StPO).

Insbesondere die einwöchigen Fristen zur Einlegung der Berufung oder Revision werden i.d.R. durch die **Verkündung des Urteils in Anwesenheit** des Angeklagten ausgelöst. Sowohl die Anwesenheit des Mandanten als auch die Verkündung der Entscheidung werden abschließend durch das jeweilige Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen. Gibt das Protokoll die Verkündung des Urteils nicht wieder, so ist dieser Mangel grds. nicht heilbar. Die Hauptverhandlung gilt als nicht zu Ende geführt und müsste ggf. unter Wiederholung der Verkündung fortgeführt werden (LÖWE-ROSENBERG/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 35, Rn. 8).

**2. Analyse: War die Zustellung wirksam?**

Schriftliche Urteilsgründe, gerichtliche Beschlüsse oder Strafbefehle werden durch Zustellung dem Beschuldigten bekannt gemacht. War eine **Zustellung unwirksam**, löst sie den Fristablauf nicht aus. Die Verteidigungsaufgabe besteht daher darin, durch Hinweis auf Verfahrensfehler oder falsche Adressierung auf die Unwirksamkeit des Zustellungs Vorgangs hinzuweisen.

**Potentielle Fehlerquellen bei der Zustellung**

Eine Zustellung ist **vom Vorsitzenden anzuordnen** (§ 36 Abs. 1 Satz 1 StPO). Ist diese Anordnung nicht aktenkundig, ist die tatsächlich erfolgte Zustellung unwirksam (RGSt 47, 114; BGH NSTz 1986, 230).

**Praxistipp:**

Wird ein Urteil **vor Fertigstellung des Protokolls** zugestellt, ist diese Zustellung unwirksam (§ 273 Abs. 4 StPO).

Das Verfahren der **förmlichen Zustellung** ist gesetzlich detailliert geregelt (§§ 37 – 41 StPO; zu Zustellungsfragen BURHOFF, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 5. Aufl., 2006, Rn. 1225a ff. m.w.N.). Es handelt sich um einen zu bewirkenden Akt, durch den dem Zustellungsadressaten Gelegenheit verschafft wird, sich von einem Schriftstück Kenntnis zu verschaffen. Bei diesem Schriftstück muss es sich nicht um das Original handeln. Zugestellt werden **Ausfertigungen**, hierbei handelt es sich um Abschriften, Durchdrucke oder Ablichtungen, die die Urschrift ersetzen sollen und gerade deswegen von der Behörde in einer besonderen Form ausgestellt werden. Weisen diese Ausfertigungen gravierende Mängel auf, ist die Zustellung unwirksam (OLG Düsseldorf, NSTz 2002, 448). Vernachlässigenswert können Mängel der Ausfertigung nur dann sein, wenn insgesamt der Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks für den Empfänger (noch) verständlich ist (BGH StraFO 2004, 238). Fehlen Teile der Urteilsformel, der Urteilsgründe oder der nach § 275 Abs. 2 Satz 1 StPO notwendigen richterlichen Unterschriften, bleibt die Zustellung unwirksam.

Differenzierter sind die Auswirkungen von Mängeln im **Zustellungsverfahren** zu bewerten. Das Verfahren richtet sich aufgrund der Verweisung des § 37 Abs. 1 StPO „entsprechend“ den Vorschriften der §§ 166 – 195 ZPO. Die Frist auslösende Zustellung kann

- durch unmittelbare Übergabe der Ausfertigung an den Empfänger,

- durch Ersatzzustellungen (§§ 178 ff. ZPO) oder ggf.
- durch eine öffentliche Zustellung (§ 40 StPO) erfolgen.

Das Vertrauen auf die Formalisierung der Zustellung ist brüchig. Sind Zustellungsvorschriften nicht eingehalten, so kann die **tatsächliche anderweitige Kenntnisnahme** des Beschuldigten von dem Schriftstück dennoch die Frist auslösen (OLG Frankfurt NSTZ-RR 2004, 336). Faktisch können damit Mängel geheilt werden. Es tritt eine Zustellungsfiktion ein, wenn der Zustellungszweck anderweitig erreicht ist. Diesen Zugangszeitpunkt soll StA oder Gericht in freier Beweiswürdigung ermitteln können (HEß NJW 2002, 2421). Die „entsprechende“ Anwendung des § 189 ZPO wirkt für das Strafverfahren viele Fragen auf, die noch nicht gelöst sind. Die Gesetzesbegründung hatte nur zivilprozessuale Verhältnisse im Auge (s. BT-Drucks. 14 4554, Satz 14). Ungeschickt wäre jedenfalls auf diesem Hintergrund ein anwaltlicher Vortrag, der erstmalig Rückschlüsse auf die Mandantenkenntnis aufgrund des intimen Bereichs des Mandanten ermöglichen würde.

**Mängel** sind in diesem **Zustellungsverfahren vielfältig** denkbar. Nur die wenigsten führen unmittelbar zur Unwirksamkeit der Zustellung. Insbesondere gelten mittlerweile schlichte Beurkundungsmängel des Zustellungsvorgangs nicht grds. als Auslöser für eine Unwirksamkeit. Sie entfalten ihre Bedeutung erst in der sekundären Fragestellung der Nachweise des Zustellungsvorgangs.

- Fehler: der falsche Zustellungsort

Unwirksam sind Ersatzzustellungen – bis zur tatsächlichen Kenntnis gem. § 189 ZPO - allerdings stets dann, wenn sie an einem Ort erfolgen, an dem der Betroffene nicht wohnt. Angesichts der weit reichenden Bedeutung des Begriffs der **Wohnung** rankt sich hierum eine fein zisierte Rechtsprechung, die sich nach wie vor im Fluss befindet.

Prämisse dieser Rechtsprechung ist die Einsicht, dass die Wohnung den tatsächlichen **aktuellen Aufenthaltsort** des Betroffenen widerspiegeln soll, sie ist daher nicht mit dem Wohnsitz (§ 7 BGB) oder der polizeilichen Anmeldung zwingend identisch (BGH NJW 1978, 1858). Hat der Betroffene eine frühere Wohnung längere Zeit nicht mehr genutzt, kann dort keine wirksame Ersatzzustellung mehr vorgenommen werden (OLG Jena, NSTZ-RR 2006, 277; OLG Koblenz StraFO 2005, 197). Diesen Schutz zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs verliert er allenfalls dann, wenn er durch sein Verhalten sich „dolus als dort wohnend geriert“ (OLG Jena NSTZ-RR 2006, 238). Während ein normaler **Urlaub** oder Krankenhausaufenthalt einer Wohnung nicht ihre Qualität nimmt, kann dies bei längerer Abwesenheit anders bewertet werden. Befindet sich der Betroffene schon für mehrere Wochen in **Straf- oder U-Haft** (OLG Hamm StraFO 2003, 166; OLG Jena StV 2007, 69) oder hat er sich zu einem mehrmonatigen Aufenthalt in eine Therapieeinrichtung begeben (OLG Hamm StV 2004, 362), so ist die Wohnungseigenschaft hierdurch regelmäßig aufgehoben. Gleiches gilt auch dann, wenn durch Rückzug in das Heimatland offensichtlich der bisherige räumliche Mittelpunkt des Lebens in Deutschland aufgegeben wurde und die Fortsetzung der Miete der alten Wohnung nur noch anderen Zwecken dient (OLG Hamm StraFO 2006, 280). Der Student wohnt – jedenfalls während des Semesters – regelmäßig am Studienort und nicht bei den Eltern (OLG Karlsruhe NSTZ-RR 1996, 245). Die Zugangsfiktion einer Ersatzzustellung greift in diesen Fällen nicht.

**Praxistipp:**

Eine **Ersatzzustellung** kann gem. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an erwachsene Familienangehörige erfolgen. Ein zur Unwirksamkeit der Zustellung führender Fehler soll allerdings erst dann vorliegen, wenn die Übergabe des Schriftstücks lediglich an ein Kind (unter 14 Jahren) erfolgt (LG Köln, NSTZ-RR 1999, 368).

**Zustellungen im EU-Ausland** können regelmäßig durch **Einschreiben mit Rückschein** erfolgen (§ 183 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Rechtsprechung zu Wirksamkeitsmängeln liegt angesichts der geringen Erfahrung mit dieser relativ

neuen Möglichkeit nicht vor, ist allerdings im Hinblick auf den innerdeutschen Wohnungsbegriff ebenso denkbar wie bei Mängeln des Rückscheins. Ob neben der unmittelbaren Aushändigung an den Betroffenen auch im Ausland entsprechend dortiger Postbestimmung eine Ersatzzustellung bspw. durch Niederlegung wirksam ist, ist umstritten (s. hierzu HACKER/SCHOMBURGK/LAGODNY/WOLF, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Rn. 183; LÖWE-ROSENBERG/GRAALMANN-SCHEERER, a.a.O., § 37, Rn. 88).

- Fehler bei der öffentlichen Zustellung

Der Anwendungsbereich einer **öffentlichen Zustellung** (§ 40 StPO) sollte durch eine Gesetzesänderung des 2. JuMoG ausgeweitet werden. Die Rechtsprechung macht hiervon gerne Gebrauch. Sogar ins Ausland abgeschobene Angeklagte, die fast 2 Jahre zuvor gegen ein erstinstanzliches Urteil Berufung eingelegt hatten, sollen sich die Wirksamkeit einer Ladung auf diesem Wege zurechnen lassen müssen (OLG Stuttgart NSTZ-RR 2004, 219).

Angesichts ihrer weit reichenden Folgen hängt die Wirksamkeit dieser Zustellungsmöglichkeit von der Einhaltung der Formalien ab. **Fehlen** die **gesetzlichen Voraussetzungen** oder werden wesentliche Förmlichkeiten bei dem Verfahren nicht beachtet, treten die Folgen des Fristenlaufs nicht ein. So ist bspw. das Gericht und nicht allein der Vorsitzende für die Anordnung der öffentlichen Zustellung zuständig (§ 186 Abs. 1 ZPO). Sowohl das Anhängen als auch das Abhängen an der Gerichtstafel ist urkundlich zu vermerken. Auch Irrtümer hinsichtlich der Gerichtstafel beeinträchtigen die Wirksamkeit; so gilt eine öffentliche Zustellung des AG nicht als wirksam, wenn das Schriftstück tatsächlich an der Gerichtstafel des LG – im selben Gebäude – ausgehängt war. Problematisch ist häufig die Feststellung des zuständigen Gerichts – insbesondere in Vollstreckungssachen (OLG Hamm NSTZ-RR 2006, 344).

- Fehler bei der Zustellung an den Verteidiger

Auch ohne unmittelbare Zustellung an den Beschuldigten läuft dieser u.U. Gefahr des Fristenlaufs: Die **Zustellung an den Verteidiger** ist fristauslösend (§ 145a StPO). Gerichte haben nicht die Pflicht, an den Verteidiger zuzustellen, die gesetzliche Fiktion der Zustellungsvollmacht gibt ihnen allerdings die jederzeitige Möglichkeit hierzu. Erleichtert ist dem Gericht diese Zustellung durch das Empfangsbekanntnis oder u.U. sogar – bei Vorliegen einer Zustimmung und Signatur – elektronisch (§ 174 ZPO). Wird der Beschuldigte nicht ergänzend hiervon informiert und versäumt die Frist, verbleibt nur der Weg über den Wiedereinsetzungsantrag. Die gesetzliche Fiktion ist nicht disponibel; ausdrückliche entgegenstehende Mandatsvereinbarungen, die diese Zustellungsmöglichkeit ausschließen, sind unwirksam (OLG Dresden NSTZ-RR 2005, 244; OLG Köln NSTZ-RR 2005, 132). Die fristauslösende Wirkung kann allenfalls mit dem Nachweis angegriffen werden, dass zum Zustellungszeitpunkt an den Anwalt ein wirksames Verteidigungsverhältnis nicht bestand. Als nachteilig kann sich bei mehreren Verteidigern eine – wirksame – Zustellung an einen Anwalt erweisen, der seit langem inaktiv ist, dessen Mandatskündigung aber dem Gericht nicht angezeigt worden war (OLG Hamm, Beschl. v. 13.2.2007 – 3 Ws 16/07).

**Praxistipp:**

**Erhöhte Verteidigungschancen** bestehen bei der Versäumung der **Berufungshauptverhandlung**, falls lediglich der Verteidiger geladen wurde; die Zustellungsvollmacht für Termine bedarf einer ausdrücklichen zusätzlichen Vollmacht (§ 145a Abs. 2 StPO), an deren Wirksamkeit die Rechtsprechung erhöhte Anforderungen stellt (OLG Düsseldorf StV 1990, 536; OLG Köln NSTZ 1998, 240).

## 2. Nachholen des rechtlichen Gehörs (§ 33a)

- Neue Verteidigungschancen nach der Gesetzesänderung des § 33a StPO

Einen wenig beachteten Weg, das Rad des Verfahrens trotz unanfechtbaren Beschlusses des Gerichts zurückzudrehen, eröffnet die Neufassung des § 33a. Infolge des Plenumsbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts v. 30.04.2003 (NJW 2003, 1924) veränderte der Gesetzgeber die Vorschrift zu einer weitgehenden Korrekturmöglichkeit strafgerichtlicher Entscheidungen bei Verstößen gegen das Recht auf rechtliches Gehör (vgl. dazu auch BURHOFF, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl., 2006, Rn. 1137 ff.).

Voraussetzung des Korrekturverfahrens:

- Der gerichtliche **Beschluss** ist **unanfechtbar**. Das Gesetz sieht weder eine (weitere) Beschwerde noch einen anderen Rechtsbehelf vor. Hierzu zählen z.B. landgerichtlich Entscheidungen gegen Durchsuchungs- oder Sicherstellungsmaßnahmen ebenso wie die gesetzlichen Anfechtungsausschlüsse (z.B. §§ 210 Abs.1, 270 Abs. 3 Satz 2, 304 Abs. 3 StPO) oder abschließende Haftentscheidungen des OLG. Urteile werden nicht erfasst (BGH NStZ-RR 2005, 173).
- **Verletzung** des Anspruchs auf **rechtliches Gehör**.

#### Auffassung des BVerfG

Welche Situation der Verletzung das **BVerfG** meinte, macht sein Plenumsbeschluss deutlich: „*Wer bei einem Gericht formell ankommt, soll auch substantiell ankommen, also wirklich gehört werden.*“ Dazu gehört der formale Aspekt, dass dem Beschuldigten und seiner Verteidigung vor einer Gerichtsentscheidung eine Stellungnahme der (General-)Staatsanwaltschaft zugeleitet wird. Zum effektiven rechtlichen Gehör gehört allerdings auch eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem inhaltlichen Vorbringen des Gehörsberechtigten. Ignoriert das Gericht argumentatives Vorbringen oder signalisiert eine pauschale Ablehnung eine solche Ignoranz, kann der Beschuldigte das Gericht veranlassen, in einer erneuten Befassung mit der Sache dieses Defizit zu beheben.

Anspruch auf Nachholung besteht nur bei **entscheidungserheblichen Verstößen**. Ausreichend für eine derartige Kausalitätsüberprüfung ist der Nachweis, dass die unanfechtbare Entscheidung auf dem Gehörsverstoß beruhen kann. Darüber hinaus muss der Beschuldigte durch den Beschluss nach wie vor beschwert sein.

Das Nachholungsverfahren kann von Amts wegen eingeleitet werden, Anstoß hierfür kann allerdings auch ein **form- und fristloser Antrag** des Beschuldigten sein.

Das Gericht hat zwei unterschiedliche Komplexe zu entscheiden: Zum einen muss festgestellt werden, ob ein Nachholungsanspruch besteht. Bejahendenfalls ist die unterbliebene Anhörung nachzuholen. Zum anderen ist inhaltlich zu prüfen, ob die bislang getroffene Entscheidung aufgrund des nicht berücksichtigten Vorbringens des Beschuldigten abzuändern ist. In jedem Fall haben die gerichtlichen Entscheidungen – auch die ablehnenden – in **Beschlussform** zu ergehen. Unklar ist allenfalls, ob das Versetzen in die frühere Verfahrenslage nach der ersten oder erst nach einer positiven zweiten Ebene der Entscheidung zu erfolgen hat. Der Gesetzestext legt die erste Variante nahe, die Literatur scheint ohne Begründung das Zurückversetzen nur für den Fall anzunehmen, dass das Gericht tatsächlich seinen ursprünglichen Beschluss abändern will (MEYER-GÖßNER, a.a.O., § 33a Rn. 9; AnwKomm-StPO/ROTSCH § 33a Rn. 15).

#### Praxistipp:

Eine – allerdings form- und fristgebundene – speziellere Regelung dieses Nachholungsanspruchs findet sich für das Revisionsverfahren in § 356a StPO mit der (neu eingeführten) Anhörungsrüge (vgl. dazu BURHOFF, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 5. Aufl., 2006, Rn. 83 a ff. und BURHOFF in: BURHOFF (Hrsg.), Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, Rn. 200; DERS., ZAP F. 22, S. 409 ).