Zur Frage der absoluten Nichtigkeit strafrichterlicher Entscheidungen.

(Ein Beitrag aus der Praxis.)

Von Dr. Paul Krug, Assistent bei der juristischen Fakultät Gießen.

I.

Das Amtsgericht H (Elsaß-Lothringen) erließ unterm 27. November 1901 (C 515/01) einen Strafbefehl wider den Dienstknecht A. W. aus H., in dem dieser wegen Verübung groben Unfugs aus § 360¹¹ St.G.B. zu einer Woche Haft und wegen Sachbeschädigung aus § 303 St.G.B. zu drei Mark Geldstrafe (event. einem Tag Gefängnis) verurteilt wurde. Da der Verurteilte verzog, wurde das Amtsgericht A (Hessen) um Vollstreckung des Strafbefehls, gegen den ein Einspruch nicht eingelegt war, ersucht. Das ersuchte Gericht lehnte die Vollstreckung der wegen Sachbeschädigung erkannten Strafe ab, indem es unter Berufung auf die Darlegungen Bindings (in seinem Grundriß des Strafprozeßrechts S. 229) ausführte, daß der unter Überschreitung der Zuständigkeit erlassene Strafbefehl nichtig, die Vollstreckung einer in einer nichtigen Entscheidung erkannten Strafe verboten sei. Gegen diesen Beschluß erhob das ersuchende Gericht unter Bezugnahme auf § 160 G.B.G. Beschwerde beim Oberlandesgericht D. Die Staatsanwaltschaft an diesem Gerichte beantragte der Beschwerde stattzugeben, da keiner der beiden Gründe, aus denen nach § 159¹² G.B.G. ein Ersuchen um Rechtshilfe abgelehnt werden könne, vorliege, andererseits das ersuchte Gericht nicht zu prüfen befugt sei, ob bei Erlass des Strafurteils seitens des ersuchenden Gerichts die Prozeßvorschriften gewahrt worden seien.

Das Oberlandesgericht entschied dem Antrage der Staatsanwaltschaft gemäß; seine Begründung beschränkt sich auf folgendes:

„Wie in der Erklärung der Staatsanwaltschaft zutreffend ausgeführt ist und von Gr. Oberlandesgericht wiederholt entschieden worden ist, darf nach der Bestimmung des § 159 G.B.G. das Ersuchen eines im Instanzenzuge nicht vorgesetzten Gerichts nur in den beiden in Absatz 2 dieser Gesetzesstelle genannten Fällen abgelehnt werden. Einer dieser beiden Fälle liegt hier nicht vor. Den rechtmäßigen Erlaß des in Vollzug zu setzenden Strafbefehls nachzuprüfen, steht dem ersuchten Richter nicht zu, und ist derselbe nicht befugt, wegen dessen etwaiger Unrechtmäßigkeit die vorzunehmende Vollstreckungshandlung abzulehnen.“

II.

Es sei hier von der Frage abgesehen, ob im vorstehenden Falle ein Rechtshilfeersuchen, auf das die §§ 159, 160 G.B.G. zutreffen, gegeben ist; das Reichsgericht verneint dies: Entsch. in Straff. XX S. 102. Geht man von dem Standpunkte aus, den hier offenbar sämtliche drei beteiligten Gerichte, wie auch die Staatsanwaltschaft, einnehmen — nämlich, daß es sich um ein derartiges, nur aus den beschränkten Gründen des § 159^a G.B.G. ablehnbares Ersuchen handle — so sind zwei Fragen zu lösen: 1. Gibt es überhaupt eine absolute Richtigkeit strafrichterlicher Entscheidungen und liegt dieselbe hier vor? 2. Hat das um Vollstreckung ersuchte Gericht ein diesbezügliches Prüfungsrecht?

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts kann m. E. nicht anders verstanden werden, als dahin, daß die zweite Frage zu verneinen und es aus diesem Grunde überflüssig sei, zur ersten überhaupt Stellung zu nehmen. Der in der zweiten Frage vertretene Standpunkt dürfte jedoch gewichtigen Einwänden begegnen. Sobald man den Begriff der absoluten Richtigkeit aufstellt, kann man wohl nicht umhin, ihr die Wirkung beizulegen, der Entscheidung die Vollstreckbarkeit zu nehmen. Der Begriff des nichtigen Urteils bekommt überhaupt nur Bedeutung als Gegensatz zu dem giltigen und rechtskräftigen und auf Grund dieser Eigenschaften als Grundlage der Vollstreckung dienenden Urteils. Das nichtige Urteil ist rechtlich nichts anderes wie ein nicht vorhandenes, oder jedenfalls nicht rechtskräftiges Urteil; die Vollstreckung eines nichtigen Urteils steht der Vollstreckung einer Strafe ohne rechtskräftiges Urteil gleich. Sie bildet daher zweifellos, gleich dieser, eine verbotene Handlung sowohl für den Richter, der die Entscheidung erlassen

hat, wie für jeden anderen, dem im weiteren Verlaufe nach sonstigen Regeln die Vollstreckung zufallen würde. Ja sie fällt sogar unter § 345 St.G.B., wie dies u. a. auch von Olschhausen¹⁾, der sich grundsätzlich gegen die Annahme absoluter Richtigkeit erklärt, anerkannt wird. Darauf kommt es, nach feststehender Lehre, nicht an, ob die nachgesuchte Handlung — wie hier — nach dem Rechte beider oder nur nach dem Rechte des ersuchten Gerichts sich als verboten darstellt.

Es steht allerdings dem ersuchten Richter nicht zu, die Voraussetzungen der von dem ersuchten Gerichte erlassenen Entscheidung, insoweit dadurch deren Rechtmäßigkeit bedingt wird, nachzuprüfen. Von der Rechtmäßigkeit unterscheidet sich aber die Giltigkeit des Strafurteils eben darin, daß sie eine notwendige Voraussetzung der von dem ersuchten Richter vorzunehmenden Handlung selbst, der Vollstreckung, bildet und diese nachzuprüfen, kann ihm unmöglich verwehrt werden.

III.

Es war daher auf die Frage der Richtigkeit selbst einzugehen. In der Wissenschaft ist die Frage bekanntlich sehr bestritten²⁾, die Praxis scheint bisher wenig Anlaß gehabt zu haben sich mit ihr zu befassen; zu bedauern ist daher, daß das Oberlandesgericht zufolge seiner oben bezeichneten Auffassung die Gelegenheit, sich zu ihr zu äußern, hat vorübergehen lassen.

M. G. ist die Anerkennung absoluter Richtigkeit strafrichterlicher Entscheidungen sowohl ein praktisches wie logisches Bedürfnis. Es muß die Möglichkeit gegeben sein, Urteile, die unter Verstoß gegen strafprozessuale Grundnormen ergangen sind, ihrer Wirksam-

¹⁾ § 345 n. 7.; f. a. Oppenhoff § 345 n. 1.; f. ferner Beling, Lehrbuch d. d. R.St.P.R. S. 296, Hierling i. d. Z X 291.

²⁾ Die Theorie neigt unverkennbar mit immer stärkerer Tendenz zur Bejahung des Begriffs; bahnbrechend Binding, Grundriß S. 229 ff., zustimmend Bennecke-Beling, Lehrbuch § 77 III, Rosenfeld, Lehrbuch des R.St.P. § 93.

Böllig ablehnend verhält sich dagegen bekanntlich das Reichsgericht: f. namentlich Entsch. i. Straff. XXII S. 113, XXXII S. 89 (sachliche Unzuständigkeit) und am schärfsten IX S. 330, XIX S. 323; vergeblich sucht Rosenfeld m. G. in dem Urteile XXIII S. 416 eine Hinneigung zur richtigen Ansicht; es dürfte sich lediglich um eine unscharfe Formulierung handeln.

Von anderen Gerichten sind auf die Frage bezügliche Entscheidungen kaum bekannt geworden, obwohl die Fälle in der Praxis doch nicht so selten sein dürften.

keit zu berauben, auch wenn durch Versäumung, Erfolglosigkeit oder Unmöglichkeit der Rechtsmittelinlegung — es handelt sich etwa um eine letztinstanzliche Entscheidung — ihm äußerlich Rechtskraft erwachsen ist. Es ist dies Bedürfnis im Strafprozeß weit dringender als im Zivilprozeß, der nicht auf die Erforschung objektiver Wahrheit gerichtet ist; trotzdem kennt der letztere eine — wenn auch beschränkte — Möglichkeit (Z.P.D. § 579), das rechtskräftige Urteil wegen Verletzung wichtiger Grundsätze des Verfahrens wieder umzustossen. Das Schweigen der Strafprozeßordnung kann demgegenüber nicht dahin gedeutet werden, daß hier eine Nichtigkeit auf keine Weise anzuerkennen sei; es kann vielmehr nur die Folge haben, daß ihre Fälle ohne Beschränkung durch besondere Gesetzesbestimmung lediglich an Hand logischer Erwägung zu ermitteln sind. Auch der wichtige Satz des: *no bis in idem* findet sich nirgends im Gesetze ausgesprochen³⁾, und doch zweifelt niemand an seiner Geltung, da er praktisch nicht zu entbehren und logisch zu rechtfertigen ist.

Eine — bedauerliche — Folge des Schweigens der St.P.D. ist jedoch die, daß die formelle Aufhebung des Urteils durch Feststellung seiner Nichtigkeit mangels eines besonderen Verfahrens unmöglich ist. Es muß daher die Anerkennung der Nichtigkeit in dem förmlichen Verzicht auf die Vollstreckung, der Angriff auf das Urteil in dem Widerspruch gegen die Vollstreckung seinen Ausdruck finden; die §§ 490, 494 St.P.D. bieten hierfür einen ungenügenden, wenn auch brauchbaren Weg. Eine weitere Form, in der die Negierung des Urteils in Erscheinung treten kann, ist die Ablehnung des Ersuchens um Vollstreckung; über sie ist bereits oben (sub II) gehandelt worden; es braucht kaum hinzugefügt zu werden, daß die Ablehnung erst recht dann geboten ist, wenn man die Anwendbarkeit des § 159 G.B.G. auf ein solches Ersuchen verneint.

Ein erhöhtes Bedürfnis für die Anerkennung der Nichtigkeit besteht unleugbar für das Strafbefehlsverfahren, da hier dem einen der Beteiligten, der verfolgenden Behörde, jedes Mittel der Anfechtung versagt ist⁴⁾. Es ist ihr somit, will man die Nichtig-

³⁾ Noch weniger findet sich für die durch die Praxis des R.G. eingeführte Unterscheidung der Strafurteile und Strafbefehle in bezug auf diesen Satz ein bestimmter Anhalt im positiven Gesetzestexte.

⁴⁾ Weitere Bedenken entstehen aus der nach der herrschenden Meinung ge-

keit verneinen, jeder Weg abgeschnitten, ihre Rechte zu wahren, sollte gleich der Strafbefehl unter Verstoß gegen Grundprinzipien des Verfahrens, etwa in Abweichung von dem Antrag oder selbst ohne Antrag der Staatsanwaltschaft zu stande gekommen sein.

Wollte man vom Standpunkte des praktischen Bedürfnisses aus die anzunehmenden Fälle der Nichtigkeit auf eine Formel zurückführen, so müßte dieselbe wohl dahin lauten, daß Nichtigkeit überall dann gegeben ist, wenn durch den Verstoß gegen eine Verfahrensnorm „ein unverzichtbares staatliches Interesse“ verletzt wird. Für welche Fälle ein solches anzunehmen ist, bedürfte weiterer Untersuchung; für den hier vorliegenden Fall möchte ich es bejahen; es dürfte der Einhaltung der sachlichen Zuständigkeit und namentlich auch der Grenzen des dem Strafbefehlsverfahren überwiesenen Gebietes diese Bedeutung beizumessen sein. Denn indem der Gesetzgeber abgestuft nach der Schwere der Delikte das Verfahren mit steigenden Garantien zur Findung der objektiven Wahrheit umgibt, macht er offenbar die genaue Beachtung dieser Abstufung zur wesentlichen Prozeßvoraussetzung⁵⁾. Es dürfte aber auch weiter zu erwägen sein, daß die Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens zu den wichtigsten Prinzipien des Strafprozesses zählen, auf denen das ganze Verfahren aufgebaut ist und an deren Wahrung zweifellos ein unverzichtbares Interesse auch seitens des Staates besteht. Wenn nun ein Fall, der nicht dem beschränkten Gebiete angehört, in dem das Gesetz Ausnahmen dieser Grundsätze zuläßt, gleichwohl diesem Ausnahmeverfahren unterworfen wird, so erscheinen damit bei ihm diese grundlegenden

gebenen Zulässigkeit öffentlicher Zustellung. (St.P.D. § 40) des Strafbefehls; s. dazu z. B. Friedländer i. d. Z. XVIII 508. Lassen sich die mißlichen Folgen noch eventuell hinnehmen, wenn der Strafbefehl unbedingt auf das enge Gebiet und die niedrige Straf Grenze des § 447 St.P.D. beschränkt bleibt, so erwachsen sie zweifellos zu einer ersten Gefahr, sobald man auch den unter willkürlicher Überschreitung dieser Grenze ergangenen Strafbefehl auf diesem Wege Rechtskraft und Vollstreckbarkeit erlangen lassen will.

⁵⁾ Die Konsequenzen der gegenteiligen Ansicht, wonach auch die Entscheidung des sachlich unzuständigen Gerichts der Rechtskraft fähig ist, würden in einem krassen Falle von der Praxis kaum gezogen werden. Einem Strafbefehl, der Zuchthaus- oder Ehrenstrafe ausspricht, einem Schöffengerichtsurteile, das über das Verbrechen des Mordes entscheidet, würde so leicht niemand Wirksamkeit zuschreiben. Die Entscheidung kann aber nur allgemeinen Gründen entnommen werden, daher für alle Fälle nur die gleiche sein.

Prinzipien verletzt und auch hierdurch die Richtigkeit der Entscheidung gegeben.

IV.

Die Anerkennung absoluter Richtigkeit im Strafprozeß scheint mir weiter erfordert durch das logische Bedürfnis nach Abgrenzung des Begriffs des „Strafurteils“, beziehungsweise der „strafgerichtlichen Entscheidung“. Diese kann nur dadurch erfolgen, daß man die inneren Merkmale, die Essentialia des Begriffes ermittelt; tut man dies, so wird man alsbald erkennen, daß sehr wohl der äußere Bestand eines Urteils vorliegen kann, ohne daß die inneren Merkmale eines solchen gegeben sind. Dies dürfte als der Fall des nichtigen Urteils anzupprechen sein.

Die Strafprozeßordnung sagt in § 481, daß Strafurteile, um vollstreckbar zu sein, Rechtskraft erlangt haben müssen, sie sagt aber nicht, was überhaupt als ein der Rechtskraft fähiges „Strafurteil“ anzusehen ist. Die §§ 338 ff. St.P.O. sprechen von den Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen; es geht aus ihnen jedoch nicht hervor, was zum Begriffe einer „gerichtlichen Entscheidung“ selbst gehört. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß nicht irgend eine Urkunde, die ein Straßübel ausdrückt und in irgend welcher Weise an die Außenwelt getreten ist, diesen Begriff erfüllt, sondern daß nur eine nach den vorhergehenden Normen der Strafprozeßordnung ergangene Entscheidung in Betracht kommen kann. Andererseits ist aber auch von vornherein klar, daß nicht die Außerachtlassung jeder einzelnen Verfahrensvorschrift die Entscheidung von der Erlangung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit auszuschließen vermag. Es muß somit darauf ankommen, die wesentlichen Stücke von den unwesentlichen zu trennen, die essentiellen Merkmale des Begriffs herauszufinden.

Wie aus dem bisher Gesagten hervorgeht, ist hier nur von der Richtigkeit gerichtlicher Entscheidungen im engeren Sinne — speziell des Urteils — die Rede. M. E. ist es verwirrend und fördert jedenfalls die Sache nicht — wie Beling⁶⁾ dies tut — von der Richtigkeit der Rechtshandlungen generell auszugehen. Mir dünkt, daß die Richtigkeit in dem hier behandelten Sinne nur Bedeutung hat für Akte, die der Rechtskraft fähig sind. Denn gerade

⁶⁾ Bendoric-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses. 2. Aufl. § 77 III. S. 292 ff.

darauf kommt es an — und das bildet den Streitpunkt mit den Gegnern —, ob nicht der Eintritt der äußeren Voraussetzungen der Rechtskraft (Erlaß seitens eines in oberster Instanz entscheidenden Gerichts beziehungsweise Verzicht und Zeitablauf) die Macht habe, selbst diese wesentlichen, als Nichtigkeitsgründe figurierenden Mängel zu beseitigen.

Bei den übrigen Akten dagegen hebt sich die Nichtigkeit von der bloßen Unrechtmäßigkeit nicht ab. Eine nichtige Revisions- einlegung — als welche Beling (S. 294) z. B. Einlegung nach zuvor erfolgtem Verzicht (St.P.D. § 344) ansieht — ist weiter nicht unterschieden von einer verspäteten oder formell ungültigen (St.P.D. §§ 381, 385¹⁾) Revisionseinlegung; in beiden Fällen hat nach St.P.D. § 389 Zurückweisung einzutreten. Welchen Sinn hätte es ferner von einer nichtigen Beschlagnahme oder einer nichtigen Verhängung der Untersuchungshaft im Gegensatz zu einer bloß unrechtmäßigen zu reden.

Um etwas anderes handelt es sich, wenn diese Akte in irgend- welcher Weise die Unterlage der späteren rechtskräftigen Entschei- dung bilden (wie etwa der Eröffnungsbeschluß oder der Strafantrag für das Urteil, die Berufung für das Urteil 2. Instanz). Zwei Fragen tauchen dabei auf:

1. Inwiefern ist der betreffende Akt essentiell für das Urteil (beziehungsweise die gerichtliche Entscheidung), sodaß ohne sein Vorhandensein dieses nicht als gültig zustande gekommen zu gelten hat? Diese Frage ist aus dem Wesen des Urteils zu be- antworten und gehört in die Untersuchung seiner Nichtigkeits- gründe.

2. Wann ist der betreffende Akt als rechtlich nicht vorhanden, wann eventuell nur als mangelhaft anzusehen? Diese aus dem Wesen des betreffenden Aktes zu lösende Frage ist mit der Frage der Nichtigkeit in dem hier behandelten Sinne nicht identisch. So würde z. B. auch hier einer nach vorhergegangenem Verzicht oder etwa im Zustande der Bewußtlosigkeit — also nach Beling nichtigen — Revision eine lediglich verspätete oder formverletzende Revision gleichstehen²⁾).

¹⁾ In beiden Fällen ist die Entscheidung der ersten Instanz tatsächlich rechts- kräftig geworden, fragt es sich also eventuell nach der Gültigkeit eines Urteils höherer Instanz über eine in erster Instanz rechtskräftig entschiedene Sache.

²⁾ Auch in der von Beling a. O. — eben in Verfolgung seines Stand-

Im folgenden soll ein kurzer Versuch gemacht werden für die wichtigste der rechtskraftfähigen Entscheidungen, das Urteil, die hauptsächlichsten Richtigkeitsgründe festzustellen u. z. indem eine Definition des Urteils gegeben und aus ihr die wesentlichen Erfordernisse abgeleitet werden. Ist die Definition richtig, so ergibt sich der einfache Schluß, daß alles, was ihr nicht entspricht, auf den Namen eines Urteils keinen Anspruch hat und auf keine Weise nachträglich die rechtliche Bedeutung und Kraft eines Urteils erlangen kann. Soweit dabei ausschließlich vom Urteil die Rede ist, geschieht dies der Kürze und Einfachheit halber; die Ausdehnung auf etwa gleichzustellende Entscheidungen ist leicht.

Diese Begriffsentwicklung muß aus dem Zwecke des Strafverfahrens, dessen Ziel und Abschluß ja das Urteil bildet, erfolgen; als Urteil kann nur das angesehen werden, was diesem Zwecke zu entsprechen an sich geeignet scheint. Der Zweck des Strafverfahrens liegt nun, ganz allgemein gesagt, zweifellos in der Herbeiführung einer Entscheidung über einen Anspruch des Staates auf Strafe⁹⁾. Als maßgebend wird jedoch vom Staate nicht die Entscheidung einer beliebigen Person, sondern nur eines mit der Wahrnehmung der Rechtspflege betrauten Organs, des Richters, anerkannt. Damit aber der Richter über den Anspruch überhaupt entscheiden kann, muß dieser vor ihn gebracht, er muß anhängig gemacht sein. Die Entscheidung muß schließlich, um nach außen überhaupt Bestand zu haben, in äußerlich wahrnehmbare Form gebracht, sie muß geäußert, bekundet sein. Bekundung. (der Ent-

punktes — aufgestellten Einteilung der wesentlichen Merkmale in Essentialia: 1. einer „Handlung“, 2. einer „Prozeßhandlung“ und 3. einer „Prozeßhandlung der bestimmten Art“ kann ich einen Gewinn nicht erblicken. Der Begriff der Prozeßhandlung scheint mir ein zu weiter und verschiedenartiger (Verhaftung, Verteidigung, Eid, Urteil, Einspruch . . .), als daß gemeinsame wesentliche Merkmale aufgeführt werden könnten. Der selbst noch nicht geklärte und einheitliche Begriff der Prozeßvoraussetzung hat meines Erachtens nur Bedeutung für den Begriff des Prozeßverhältnisses, nicht für den weiteren der Prozeßhandlung. Den von Beling angegebenen Beispielen: Urteil des sachlich unzuständigen Gerichts (St.G.B. § 68) oder ohne erforderlichen Strafantrag ergangenes Urteil (St.P.O. § 130) dürften sich Einwendungen entgegenstellen lassen. Vor allem aber wird durch die Aufstellung der dritten Kategorie (Essentialia einer Prozeßhandlung dieser bestimmten Art) das eigentliche Problem erst eröffnet, in nichts aber zu seiner Lösung beigetragen.

S. a. Beling a. D. § 93, III S. 385.

⁹⁾ S. a. R.G.E. IV S. 357.

scheidung) und Anhängigmachung (des Anspruchs) sind als prozeßuale Handlungen notwendig Formalakte, schon um sie von der privaten Tätigkeit der betreffenden Organe, privater Meinungsäußerung oder Unterbreitung einer Frage abzuheben und zu unterscheiden; sie müssen daher als Formalakte gewisse wesentliche Form-erfordernisse erfüllen, sie müssen ordnungsmäßig erfolgen.

Hierin dürften die wesentlichen, aber auch notwendigen Stücke des Begriffs des Strafurteils enthalten sein; es ergäbe sich somit die Definition: Strafurteil ist die ordnungsmäßige Befundung der richterlichen Entscheidung über einen ordnungsmäßig anhängig gemachten staatlichen Strafanspruch. Ist diese Definition richtig, so müssen alle Fälle der Richtigkeit darin eingeschlossen sein.

A. Das Strafurteil muß die ordnungsmäßige Befundung einer richterlichen Entscheidung sein. Hierin ist enthalten:

1. Es muß die Entscheidung von einem richterlichen Willen ausgehen. Für nichtig ist daher anzusehen eine Entscheidung, die ein Nichtrichter erlassen oder bei der ein Nichtrichter mitgewirkt hat. Daß derartige Fälle in der Praxis ausgeschlossen seien, wird sich nicht behaupten lassen. Es sei allerdings von dem häufig als Schulbeispiel figurierenden Falle abgesehen, daß ein Richter von dem ihm täuschend ähnlich sehenden Zwillingenbruder seine Funktionen wahrnehmen läßt. Durchaus im Bereiche der Möglichkeit dürfte dagegen liegen, daß kurz vor Erlangung oder nach Entziehung der Richterqualität von einer Person Amtshandlungen vorgenommen werden. Auch der Fall dürfte nicht abzuweisen sein, daß die Verleihung der Richterqualität selbst an einem inneren ihre Ungültigkeit bewirkenden Mangel leidet. Erleichtert wird sodann das Vorkommen hierher gehöriger Fälle zweifellos durch die Beteiligung des Laienelementes (Schöffen, Geschworene) in der Strafrechtspflege. Die Mitwirkung eines Nichtschöffen oder Nichtgeschworenen an Stelle eines Schöffen oder Geschworenen muß ebenfalls die Nichtigkeit der Entscheidung nach sich ziehen. Fraglich kann es erscheinen, was als wesentliches Erfordernis der Schöffen- beziehungsweise Geschworenenqualität anzusehen ist¹⁰⁾. Falsch wäre es natürlich, jeden formellen Mangel in dem komplizierten Verfahren der Auswahl (G.B.G. §§ 30—54, 84—97, St.P.D. §§ 278—289) berücksichtigen zu

¹⁰⁾ Wertvolles Material für die Frage in Detkers Aufsatz in Goldhammers Archiv Bd. 49 u. 50.

wollen, die betreffenden Akte haben teils den Charakter bloßer Vorbereitung ohne selbständige Bedeutung, teils dienen sie der Geschäftsverteilung und stellen die innere Beziehung zur Sache her, ohne die Qualität als solche zu beeinflussen; als wesentliche Momente für die letztere dürften nach der Fassung und dem Sinn des Gesetzes lediglich die Aufnahme in die Jahresliste (G.B.G. §§ 42, 89¹¹⁾ und die Beeidigung (G.B.G. § 51, St.P.D. § 288) zu betrachten sein, der Mangel eines dieser beiden Umstände Nichtigkeit der unter Mitwirkung des Betreffenden ergangenen Entscheidung verursachen.

Als Richter ist bei den Kollegialgerichten nur die Gesamtheit des Kollegiums in gedachter Einheit anzusehen¹¹⁾; entscheidet dasselbe daher in ungenügender Besetzung, etwa versehentlich in der Besetzung mit 3 Mitgliedern über eine Berufung in einer Vergehenssache (G.B.G. § 77), so wäre die Entscheidung ebenfalls für nichtig zu halten.

Des weiteren liegt in dem oben aufgestellten Erfordernis, daß ein freier Wille in der Entscheidung tätig wird. Es sind daher schwere Trunkenheit und jede Form von Geistesgestörtheit, Hypnose und ernsthaft die Freiheit wirklich ausschließende Drohung¹²⁾ in der Person eines Richters Hindernisse für das Zustandekommen einer gültigen Entscheidung. Auch die praktische Bedeutung dieses Punktes ist, wenngleich gering, so doch nicht völlig zu leugnen, auch sie wird unverkennbar wesentlich erhöht infolge der Mitwirkung des Laienelementes.

2. Der richterliche Wille muß ferner ordnungsmäßig bekundet sein.

Hierzu gehört im ordentlichen Verfahren die Verkündung und Ausfertigung¹³⁾, im Strafbefehlsverfahren lediglich die Ausfertigung der Entscheidung.

Als wesentliche, Nichtigkeit begründende Mängel kommen namentlich in Betracht

- a) eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung infolge Versprechens, Verschreibens usw., sofern eine nachträgliche Heilung des Fehlers nicht möglich erscheint;

¹¹⁾ S. a. u. sub V.

¹²⁾ A. M. Beling a. O. S. 293 („coactus voluit“); dagegen bei vis absoluta wie hier: S. 238 (§ 75, II, 2 b).

¹³⁾ A. M. Beling a. O. S. 399.

- b) das gänzliche Fehlen eines der erforderlichen Stücke. Man denke z. B. den Fall, daß gegen eine größere Anzahl von Angeklagten wegen des gleichartigen Delictes in einer Sache verhandelt und bei der Verkündung oder Ausfertigung des Urteils einige Namen ausgelassen werden¹⁴⁾. Es ist ferner der Fall hierher zu setzen, daß der Richter vor Ausfertigung des Urteils stirbt oder sonst arbeitsunfähig wird.

Zur ordnungsmäßigen Bekundung genügt aber nicht, daß die Entscheidung überhaupt durch die genannten Mittel in die Erscheinung tritt, sondern sie muß speziell den beteiligten Parteien, dem Vertreter des Staates und dem Angeklagten bekundet sein; sofern dies durch Verkündung erfolgt, muß es ferner in öffentlicher Sitzung geschehen (G.B.G. § 174¹⁾). Es ist daher eine Verkündung in nichtöffentlicher Sitzung oder in Abwesenheit der beiden Parteien, sofern nicht eine gesetzliche Ausnahme vorliegt¹⁵⁾ (St.P.D. §§ 230¹¹—232, 427¹, 451¹¹ usw.), wirkungslos¹⁶⁾. Soweit gegen die Entscheidung Rechtsmittel zulässig sind, berührt sich hier die Nichtigkeit mit dem einfachen Mangel der Rechtskraft (zufolge §§ 355¹¹, 381¹¹ St.P.D.).

Beim Strafbefehlsverfahren wird, da eine Verkündung der Entscheidung nicht erfolgt, erhöhtes Gewicht auf die Wahrung der Formalien der Ausfertigung zu legen sein¹⁷⁾.

B. Die richterliche Entscheidung muß über einen ordnungsmäßig anhängig gemachten staatlichen Strafanspruch ergehen. Auch hierin ist mehreres enthalten:

1. Es muß sich um einen staatlichen Strafanspruch handeln, d. h. es muß eine Gesetzesvorschrift vorliegen, die einen abstrakten

¹⁴⁾ S. hierzu auch R.G.E. XV S. 271.

¹⁵⁾ In denen dann die Zustellung an die Stelle tritt (St.P.D. §§ 35¹¹, 355¹¹, 381¹¹ usw.); f. a. Beling a. D. S. 294.

¹⁶⁾ Man setze z. B. den Fall, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung, bei der etwa kommissarisch vernommene Zeugen und Urkunden die Hauptbeweismittel bildeten, durch eine andere Person seine Stelle hat einnehmen lassen. Die Nichtigkeit der Entscheidung auf Irrtum zu gründen — wie Beling a. D. S. 293 tut — geht meines Erachtens nicht an, da ein Zweifel über die Person des wirklich Beschuldigten nicht vorzuliegen braucht. Keine Nichtigkeit liegt natürlich vor, wenn der wirklich Beschuldigte sich unter dem Namen eines andern verurteilen läßt. (S. a. Beling S. 270 § 72, II 1).

¹⁷⁾ S. auch Friedländer Z XVIII S. 512, 523.

Strafanspruch der Art, wie er im konkreten Falle erhoben wird, erzeugt. Nur Gesetze, die eine Handlung kriminell poenalisieren, kommen dabei in Betracht, nicht Bestimmungen, die eine Ordnungstrafe androhen. Ein Gericht, das etwa auf Grund der §§ 175, 176 J.B.G. (gegen den säumigen Arbeitgeber) oder gar auf Grund des § 1837 B.G.B. (gegen den pflichtverletzenden Vormund) in den Formen der Strafprozeßordnung vorgehen und ein verurteilendes Erkenntnis — etwa auf Grund der erstgenannten Bestimmungen einen Strafbefehl — erlassen wollte, würde damit keine gültige vollstreckungsfähige Entscheidung fällen.

Aber auch ein aufgehobenes Gesetz oder ein Gesetz, das nie gültig bestanden hat, kann keinen Strafanspruch erzeugen; eine Entscheidung, die wegen Konkubinats verurteilt, wird von den Vertretern der Ansicht, die die betreffende Bestimmung durch das Reichsstrafgesetzbuch für aufgehoben hält, als nichtig erachtet werden müssen.

Das Reichsrecht kennt einen Strafanspruch nur gegen die natürliche Einzelperson¹⁸⁾; ein Urteil gegen eine juristische Person oder ein sonstiges Rechtsgebilde [etwa ein Strafbefehl gegen eine Handelsgesellschaft aus § 360⁷ St.G.B. (Wappenmißbrauch)] hätte daher keinerlei Kraft.

Ein staatlicher Strafanspruch kann schließlich nur erwachsen auf eine der vom Gesetze gekannten Strafen, ein Urteil, das auf Deportation oder Prügelstrafe lautet, ist daher nichtig¹⁹⁾; nicht dagegen gehört hierher der Fall, daß ein Gericht auf 1½ Tage Gefängnis erkennt, hierbei kann es sich lediglich um unrichtige Gesetzesauslegung handeln²⁰⁾.

Keineswegs nichtig ist ein Urteil, das unter Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem also über eine bereits rechtskräftig abgeurteilte Sache ergeht, denn daß der Strafanspruch in concreto

¹⁸⁾ Anders z. B. heftiges Polizeistrafgesetzbuch (1856) Art. 29.

¹⁹⁾ Hierunter fällt das von Binding, Grundriß, S. 230 erwähnte Erkenntnis des Hamburger Obergerichts auf Ausweisung eines Deutschen; siehe hierzu auch Dischhausen § 345 n. 7, Oppenhoff § 345 n. 1. Ob dagegen ein Urteil, das die festgesetzte Strafgrenze überschreitet (20 Jahre Zuchthaus), nichtig ist (so Bierling a. O. Z X S. 313 Anm. 22) scheint mir äußerst zweifelhaft.

²⁰⁾ A. M. (für Nichtigkeit) Binding a. O. S. 230; für Rechtmäßigkeit, nicht nur für Gültigkeit (im Falle einer Gesamtschuld) Franke, Kommentar § 74 III 2.

besteht oder noch besteht, ist zur Gültigkeit nicht erforderlich; noch weniger bewirkt Mangel des Strafantrags Nichtigkeit, da durch ihn der Strafanspruch überhaupt nicht in seinem Bestande, sondern lediglich in seiner Ausübung berührt wird²¹⁾.

2. Der staatliche Strafanspruch muß ordnungsmäßig anhängig gemacht sein.

Nur durch die ordnungsmäßige Anhängigmachung wird ein Prozeßverhältnis zwischen dem strafverfolgenden Staate und dem Beschuldigten hergestellt, das die Grundlage der zu treffenden Entscheidung bildet.

An diesem Erfordernisse mangelt es vor allem, wenn der Akt der Anklageerhebung (Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß, s. a. St.P.D. § 270ⁿ) fehlt oder an einem wesentlichen unheilbaren Mangel leidet. Es kommen namentlich Fälle in Betracht, in denen die Tat nicht genügend substantiiert ist, oder in denen das Urteil eine andre Tat betrifft als die in Anklage gestellte²²⁾.

Weitere hier zu nennende Beispiele bilden der Strafbefehl, der ohne Antrag der Staatsanwaltschaft erlassen ist²³⁾, ebenso aber auch das Urteil, das über ein Offizialdelikt auf erhobene Privatklage ergeht²⁴⁾.

In der höheren Instanz wird eine Sache nur anhängig durch gültige Rechtsmittelinlegung, mangels derer dem etwa ergehenden Urteile Rechtgültigkeit nicht beigemessen werden kann.

Es darf ferner der Beschuldigte bei der Anhängigmachung des

²¹⁾ Bez. beider Fälle a. M. (für Nichtigkeit) Beling a. D. S. 294; bez. des erstern (ne bis in idem) a. M. auch Dettler, Konkursrechtliche Grundbegr. S. 63.

²²⁾ Für die relative Häufigkeit derartiger Fälle s. die Urteile des R.G. I S. 66, X S. 57, XXI S. 64, III S. 406, XXVII S. 235, auch XXXI S. 100 und XXIV, S. 64 (s. a. Beling S. 499 § 116 I).

²³⁾ So auch Friedländer a. D. Z XVIII S. 514.

²⁴⁾ Vgl. dazu die R.G.E. VII S. 441, IX S. 14 und 324, auch XXIII S. 416, die durchweg Nichtigkeit ablehnen. Für Nichtigkeit hier vereinzelt die Motive zu § 364 (s. Sahn, Materialien z. St.P.D. S. 280).

An einer ordnungsmäßigen Anhängigmachung dürfte es auch fehlen, wenn das Schöffengericht zu Unrecht nach § 270 St.P.D. (Verweisung an die höhere Instanz) statt nach § 429 (R.G.E. XXIII S. 416) oder nach § 458 (R.G.E. V S. 248) erkennt. Denn der Grund der beiden Paragraphen, wonach bei Unzulässigkeit des vorhergegangenen Privatklage- oder Strafverfügungsverfahrens eine Entscheidung zur Sache ausgeschlossen ist, liegt eben darin, daß es in beiden Fällen an jedem als Anklageerhebung geltenden oder diese gültig erscheidenden Akte mangelt; vergl. a. R.G.E. XIX S. 172.

Strafanspruchs, der Anklageerhebung, nicht strafunmündig oder geisteskrank sein, da in diesem Falle ein Prozeßverhältnis nicht zu Stande kommen kann; anders dagegen, wenn der Angeklagte nur zur Zeit der Tat strafunmündig oder geisteskrank war, in diesem Falle kann es sich nur um Unrechtmäßigkeit des Urteils handeln²⁵⁾.

V.

Die vorstehenden Ausführungen sollen und können natürlich keine erschöpfende Aufzählung der denkbaren Fälle absoluter Nichtigkeit bieten, sie sollen nur andeuten, wie bei dem Schweigen des Gesetzes aus dem Begriffe des Strafurteils selbst die Hauptgesichtspunkte zu entwickeln wären.

Es sei, indem wir uns zu dem anfangs (in I) mitgeteilten Falle zurückwenden, nur noch kurz erörtert, welchen Einfluß die sachliche Unzuständigkeit unter den hier dargelegten Gesichtspunkten auf die Gültigkeit der Entscheidung ausüben muß. Die Erörterung wird von dem oben (IV A 1) aufgestellten Erfordernisse des „richterlichen Willens“ ausgehen müssen; es wird sich fragen, ob der Wille des sachlich unzuständigen Richters als richterlicher Wille im Sinne dieses Erfordernisses anzusehen ist. Zwei Gründe könnten dagegen angeführt werden. Es könnte einmal die Auffassung vertreten werden, die dem Richter verliehene Machtbefugnis zur Urteilsfällung (die *facultas judicandi*) sei eine begrenzte, abgestufte, auf das durch die Regeln sachlicher Zuständigkeit zugewiesene Gebiet beschränkte. Es würde in diesem Falle der sachlich unzuständige Richter der fremden Sache lediglich als Privatmann, als Nichtrichter gegenüberstehen²⁶⁾; die durch ihn oder unter seiner Mitwirkung zustande gekommene Entscheidung wäre dann dem oben Gesagten zufolge zweifellos nichtig. Die Auffassung ist wohl zurückzuweisen. Die Richterqualität ist nur als Einheit denkbar, mit der Verleihung der Richterqualität erhält daher der Beliehene die Urteilsbefugnis als Ganzes, er wird an sich zu allen richterlichen Akten befähigt. Es kann daher auch niemals die Mitwirkung eines

²⁵⁾ Es fragt sich dann, ob Wiederaufnahme des Verfahrens möglich ist; s. R.G.E. XX S. 46. — Ist der Angeklagte zur Zeit der Hauptverhandlung geisteskrank, so wird es an der ordnungsmäßigen Befundung des Urteils fehlen (s. oben B 2).

²⁶⁾ So z. B. Pfizer, *Ne bis in idem* im Gerichtssaal. Bd. 40 S. 349 Anm. 1; vgl. auch Detter a. D. S. 47 n. 2.

Richters an einem Gerichte höherer Ordnung, als dem er angehört — auch wenn sie den darüber bestehenden gesetzlichen Vorschriften widerspricht, Nichtigkeit der richterlichen Handlung begründen.

Dagegen dürfte ein anderer Grund für die Annahme der Nichtigkeit ausschlaggebend sein. Es wird nämlich die eigenartige, mit der Zuständigkeit wechselnde Zusammenfügung des Organs in bezug auf Zahl und Art der Elemente als wesentlicher Faktor für die Bildung des richterlichen Willens anzusehen sein. Denn ist der Richter gleich, wie eben gesagt, zu allen richterlichen Akten befähigt, so ist zu beachten, daß das Gesetz als richterlicher Akt die unmittelbare Entscheidung eines Einzelwillens über einen staatlichen Strafanspruch — von ganz beschränkten Ausnahmen abgesehen — doch überhaupt nicht kennt. Kein Richter, mag einem Gericht welcher Ordnung immer er angehören, hat in seiner Person die Machtbefugnis, über einen Strafanspruch ein wirksames Urteil zu fällen, es sei denn, daß es sich um das enge Ausnahmegebiet der §§ 211, 447 St.P.O., § 3^m C.G. z. St.P.O. handelt. Erst in ganz bestimmter Zusammenwirkung mit andern Elementen, als Bestandteil eines Organs von bestimmter Verfassung erhält sein Einzelwille die Fähigkeit, zur Entscheidung beizutragen, nach den näheren Vorschriften über Beratung und Abstimmung zur Bildung des nach seinem Zustandekommen als Einheit fingierten richterlichen Willens zu dienen. Diese allen Richtern gemeinsame Schranke ist der Richterqualität selbst immanent; ihre Verletzung muß daher eine Entscheidung der rechtlichen Wirksamkeit berauben; es fehlt in diesem Falle dem einzelnen teilnehmenden Willen die äußere Bedingung richterlicher Funktion.

Übrigens bietet dafür, daß die Einhaltung sachlicher Zuständigkeit auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift — also wohl aus allgemein logischen Gründen — als Erfordernis der Gültigkeit einer Entscheidung angesehen werden kann, eine wertvolle Bestätigung ein neueres deutsches Reichsgesetz: das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. In demselben findet sich nirgends eine unmittelbare Bestimmung über die Bedeutung der Entscheidung eines sachlich unzuständigen Gerichts; trotzdem wird ihre Nichtigkeit von niemand angezweifelt; sie ist aus § 7 des Gesetzes mittels *argumentum e contrario* zu folgern und wird in § 32 als selbstverständliche Voraussetzung hingestellt.

Was nun den speziellen Ausgangspunkt dieser Untersuchung — den unter Überschreitung der Grenze des § 447 St.P.D. erlassenen Strafbefehl — betrifft, so muß die Anwendung der obigen Ausführungen ohne weiteres die absolute Richtigkeit desselben ergeben. Ist ein Strafanspruch erhoben (wie z. B. aus Sachbeschädigung), über den ein Richter nur in Verbindung mit zwei Schöffen entscheiden kann (G.B.G. § 27¹⁾, so ist jeder von ihm als Einzelperson abgegebene Wahrspruch null und nichtig²⁷⁾. Es ist weiter zu beachten, daß es bei der Festsetzung der Strafe durch Strafbefehl an dem Erfordernis ordnungsmäßiger Befundung (siehe oben IV A 2) fehlt; der Mangel der notwendigen Befundung kann natürlich nicht dadurch ersetzt werden, daß die Formen eines andern beliebigen Verfahrens, dem der Anspruch zu Unrecht unterworfen worden ist, eingehalten sind.

VI.

Man wird die Erwartung hegen dürfen, daß die mit der Reform des Strafprozesses beschäftigte Kommission auch dieser Frage ihre Beachtung schenken und durch Aufnahme einer positiven Gesetzesvorschrift der bestehenden Unsicherheit ein Ende bereiten und dem durch die jetzige Praxis beunruhigten Rechtsgefühl Rechnung tragen wird. Dabei wird der praktische Gesichtspunkt natürlich ausschlaggebend sein müssen. Von diesem aus wird es sich rechtfertigen, wenn unter Vermeidung schwer zu handhabender logischer Unterscheidungen zum Zwecke möglicher Verminderung der mit der Zulassung eines derartigen außerordentlichen Rechtsmittels notwendig verbundenen Störung der Rechtsicherheit die anzuerkennenden Richtigkeitsgründe auf die wichtigsten und eklatantesten Fälle beschränkt und auch der Geltendmachung feste und enge Grenzen gezogen werden. Auf diesen Erwägungen beruht folgender Versuch:

²⁷⁾ H. M. Friedländer a. D. Z XVIII 513 Anm. 48. Daß von ihm versucht arg. e. contr. aus St.P.D. § 458 ist verfehlt. Daß eine analoge Vorschrift beim amtsrichterl. Strafbefehlsverfahren mangelt, erklärt sich wohl höchst einfach daraus, daß dort das Vorkommen einer Kompetenzüberschreitung nahe lag, hier dagegen dem Gesetzgeber gar nicht in Sinn kam. Übrigens läßt § 458 überhaupt keinen Schluß zu, da er nicht die absolute Richtigkeit, sondern die Geltendmachung eines Fehlers durch zeitlich beschränktes Rechtsmittel (i. w. S.) zum Gegenstande hat.

Für Richtigkeit des Strafbefehls bei Überschreitung der zulässigen Strafgrenze (also wohl auch hier) Beling a. D. S. 457 (§ 147 I).

§ a. Ein nichtiges Urteil ist nicht der Rechtskraft fähig.

§ b. Ein Urteil ist nichtig:

1. wenn es von einem sachlich unzuständigen Gerichte oder unter Mitwirkung einer Person ergangen ist, der die richterliche Eigenschaft oder die freie Willensbestimmung fehlte;
2. wenn es in einer unzulässigen Verfahrensart ergangen ist;
3. wenn es sich auf eine Tat bezieht, die nicht in Anklage stand;
4. wenn es sich nicht auf ein gültiges Strafgesetz bezieht oder eine nach dem Gesetze, auf das es sich bezieht, unzulässige Strafe ausspricht.

§ c. Die Nichtigkeit wird durch Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht.

Die Geltendmachung steht gegen ein freisprechendes Erkenntnis dem Staatsanwalt, gegen ein verurteilendes Erkenntnis dem Staatsanwalt und dem Verurteilten, sowie im Falle eines auf Geldstrafe lautenden Urteils den Erben des Verurteilten zu.

Sie ist unzulässig, wenn die Vollstreckung der Strafe infolge Verjährung oder aus einem andern Grunde ausgeschlossen ist; durch die Verbüßung der Strafe wird die Geltendmachung nicht gehindert.

Sie ist unzulässig nach Ablauf einer Frist von fünf Jahren seit dem Erlaß des Urteils.

§ d. Die Nichtigkeitsbeschwerde muß begründet sein; sie kann von dem Verurteilten oder dessen Erben nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift eingelegt werden.

Sie ist bei dem zur Entscheidung zuständigen Gerichte einzulegen.

Die Einlegung muß innerhalb der Frist eines Monats von dem Zeitpunkte an erfolgen, an dem der Einlegende Kenntnis von dem Nichtigkeitsgrunde erlangte; der Zeitpunkt ist glaubhaft zu machen.

§ e. Die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde steht ohne zeitliche Beschränkung derjenigen Behörde zu, die das Urteil zu vollstrecken hat.

§ f. Über die Nichtigkeitsbeschwerde entscheidet das Oberlandesgericht; ist das Urteil von einem Oberlandesgericht erlassen, entscheidet das Reichsgericht, ist das Urteil vom Reichsgericht erlassen, so entscheiden die vereinigten Straffenate des Reichsgerichts.

Die Bestimmung des § 9 E.G. z. G.B.G. findet entsprechende Anwendung.

§ g. Die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde hindert nicht die Vollstreckung des Urteils, doch kann das für die Entscheidung zuständige Gericht die Aussetzung der Vollstreckung anordnen.

Im Falle des § e kann auch die zur Vollstreckung berufene Behörde die Vollstreckung einstweilen aussetzen.

§ h. Soweit die Erhebung von Beweisen erforderlich ist, können dieselben durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erhoben werden.

§ i. Die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch begründeten Beschluß.

Sie hat sich, falls der Nichtigkeitsbeschwerde stattgegeben wird, auf den Ausspruch der Nichtigkeit zu beschränken.

Die Entscheidung ist unanfechtbar; sie steht einer erneuten Erhebung insoweit im Wege, als dieselbe auf die gleichen Tatsachen gestützt wird.

Besondere Vorschriften für das Strafbefehlsverfahren vorzuschlagen dürfte nicht angezeigt sein, ehe bekannt ist, in welcher Weise das ganze Verfahren umgestaltet werden wird.