

NICHTIGE URTEILE IM ZIVIL - UND STRAFPROZESSRECHT

*Prof. Dr. Hans KUDLICH**

I. Hinführung

Der Schwerpunkt des wissenschaftlichen Werkes von *Hakan Pekcanitez* liegt im Zivilprozessrecht. Hat man sich (wie der Verfasser) in den letzten 15 Jahren nicht mehr intensiv mit diesem Gebiet beschäftigt, möchte es aber doch zu Ehren des *Jubilar*s aufgreifen, so liegt es nahe, ein allgemeines und mehr oder weniger zeitloses Thema zu wählen und Querbezüge zum eigenen Tätigkeitsschwerpunkt herzustellen - hier: zum Strafverfahrensrecht, das dann auch im Mittelpunkt der Ausführungen stehen wird. Dabei sind neben grundsätzlichen Unterschieden¹ auch Parallelen zwischen Zivil- und Strafverfahrensrecht insbesondere zu Grundsatzfragen nicht selten, und so ist es auch kein Zufall, dass es (jedenfalls in der deutschen Rechtswissenschaft) bis vor wenigen Jahrzehnten auch „allgemeine Prozessrechtler“ wie etwa *James Goldschmidt*² gegeben hat, die ganz explizit sowohl zum Zivil- als auch zum Strafprozessrecht geforscht haben.

Ein Problem, das sich in beiden (und eigentlich sogar: in allen Fach-) Prozessordnungen in gleicher Weise stellen kann, ist die hier im Folgenden

* Lehrstuhlinhaber für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

¹ So etwa zwischen der im (deutschen) Zivilprozessrecht maßgeblichen formellen und der für das Strafverfahren wichtigen materiellen Wahrheit oder zwischen Offizialmaxime sowie Legalitätsprinzip im Strafverfahren und Parteien- sowie Disponibilitätsmaxime im Zivilverfahren.

² Instruktiv zu einem Einstieg in dessen Denken *Heger*, JZ 2010, 637.

behandelte „Nichtigkeit“ von Urteilen, also die Frage, wann eine gerichtliche Entscheidung, der normalerweise bestimmte Wirkungen zukommen, so „falsch“ ist bzw. sich so weit von der Rechtsordnung entfernt, dass ihr keine Wirkung zugesprochen werden kann. Das Problem hat verschiedene Facetten:

- Gibt es überhaupt nichtige Urteile (und wie ist diese Kategorie zu fassen)?
- Bejahendenfalls: Was sind Gründe für eine Nichtigkeit?
- Wie kann bzw. muss die Nichtigkeit geltend gemacht werden?

All diese Teilfragen sind übergreifend sowohl für das Zivil- wie für das Strafverfahren relevant. Bei einem Vergleich zwischen beiden Disziplinen von besonderem Interesse ist aber, ob die Parameter, anhand derer insbesondere die zweite Frage zu beantworten ist, vergleichbar sind bzw. ob man aus Strukturen bzw. Fallgruppen, die im einen Rechtsgebiet anerkannt sind, auch Folgerungen für das jeweils andere ziehen kann.

II. Kategorisierung: Falsche Urteile – Nicht-Urteile – Nichtige Urteile

Um die Kategorie des „nichtigen Urteils“ (d.h. eines Urteils, dem trotz seiner Existenz „eigentlich“ keine Wirksamkeit zukommt) und seine Bedeutung bzw. Problematik zu erfassen, ist es angezeigt, das „nichtige“ Urteil zwischen die beiden klareren „benachbarten“ Konstellationen des „nur fehlerhaften Urteils“ und des „Nicht-Urteils“ einzuordnen.

Ein vergleichsweise einfacher und in der Rechtspraxis (man mag aus anderen Gründen sagen: leider) nicht seltener Fall ist das fehlerhafte Urteil. Ein Urteil, das auf einem unrichtigen (bzw. nicht prozessordnungsgemäß festgestellten³) Sachverhalt beruht oder aber in dem auf den festgestellten

³ Nach deutschem Verständnis muss nicht jeder Sachverhalt, der nicht mit dem tatsächlichen Geschehen übereinstimmt, fehlerhaft festgestellt worden sein: Im Zivilprozess, in dem das Prinzip der „formellen Wahrheit“ gilt (vgl. Saenger/Saenger, ZPO, 5. Aufl. 2013, Einf. Rn. 67), ist dies ohnehin selbstverständlich; aber auch im Strafverfahren, in dem das Gericht grundsätzlich zur Suche der materiellen Wahrheit

Sachverhalt das materielle Recht unrichtig angewendet wird, ist als solches ohne Zweifel fehlerhaft. Dies ändert aber nichts daran, dass das Urteil nicht nur in formelle (Unanfechtbarkeit), sondern auch in materielle Rechtskraft erwachsen kann, d.h., dass (nach der Rechtslage in Deutschland) über den Verfahrensgegenstand kein neues, abweichendes Urteil mehr getroffen werden kann. Solange eine solche Rechtskraft noch nicht eingetreten ist, kann ein fehlerhaftes Urteil mithilfe eines Rechtsmittels beseitigt werden, muss aber auch von dem durch das fehlerhafte Urteil belasteten Prozessbeteiligten (und zwar insbesondere auch fristgemäß) angegriffen werden, damit er sein Recht erhält und es eben nicht zur Rechtskraft kommt.

Gleichsam am anderen Ende des Spektrums stehen Nicht-Urteile. Sie sind eigentlich keine echte juristische Kategorie, sondern beschreiben allein die Situation, in welcher ein Geschehen zwar mehr oder weniger den äußeren Eindruck eines Urteilspruches erweckt, in der aber für alle Beteiligten und Unbeteiligten (jedenfalls soweit sie den tatsächlichen Sachverhalt durchschauen) klar ist, dass dieses Verhalten keinerlei Rechtsqualität hat. Wichtigster Fall ist hier das „Urteil“ durch ein nicht zur Rechtsprechung berufenes Organ⁴. Beispielhaft nennen könnte man hier etwa „Urteilsverkündungen“ in „Planspielen“, die von in der juristischen Ausbildung begriffenen Personen veranstaltet werden, Urteile in Filmen oder Theaterstücken oder auch das „Urteil“, das der Gerichtshausmeister oder die Gerichtsreinigungskraft vom Richtertisch aus verkünden. Derartige Nicht-Urteile können weder in formelle noch in materielle Rechtskraft erwachsen, und es ist rein praktisch meist auch nicht nötig (aber im Bedarfsfalle

verpflichtet ist (vgl. § 244 II dStPO), kann der zu Grunde zu legende Sachverhalt vom tatsächlichen Geschehen abweichen, ohne dass darin ein Rechtsfehler liegen würde, wenn das Gericht schlicht alle verfügbaren Beweismittel ordnungsgemäß herangezogen und gewürdigt hat (ihm aber durch die Begrenztheit des menschlichen Erkenntnisvermögens oder aber aus rechtlichen Gründen wie etwa dem Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes die Ermittlung der materiellen Wahrheit verwehrt ist).

⁴ Vgl. Saenger/Saenger, (Fn. 3) vor §§ 300-329 Rn. 8; anders für das Urteil eines ausgeschiedenen Richters Jauernig DtZ 1993, 173, der in diesen Fällen auf die Nichtigkeitsklage nach § 579 I Nr. 1 dZPO verweist („Die Nichtigkeitsklage findet statt, wenn das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war.“).

möglich⁵) sie in irgendeiner Weise „anzugreifen“, da keine andere staatliche Behörde in Versuchung geraten wird, sie zu vollstrecken⁶.

Dazwischen stehen nun solche Urteile, die im Folgenden als „nichtig“ bezeichnet werden sollen (und die von anderen auch als „wirkungslose Urteile“ bezeichnet werden⁷). Sie haben mit den Nicht-Urteilen gemeinsam, dass sie keine Wirksamkeit entfalten und somit auch nicht in (jedenfalls materielle) Rechtskraft erwachsen können. Allerdings sieht man ihnen dies nicht so leicht an wie den Nicht-Urteilen, da sie durchaus von im konkreten Verfahren zur Urteilsfindung berufenen Personen in mehr oder weniger großer Annäherung an zumindest einen Teil der prozessrechtlich vorgesehenen Strukturen erlassen werden⁸. Aus diesem Grund kann man sich bei den (nur) nichtigen Urteilen auch nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass diese nicht vollstreckt werden (können), so dass es durchaus sinnvoll sein kann, sie gleichwohl mit einem Rechtsmittel anzugreifen (was freilich dogmatisch durchaus einen gewissen Begründungsbedarf erfordert). Mit anderen Worten: Es handelt sich „eigentlich“ um „normale“ Urteile, die vom Gericht regelmäßig durchaus gerade in der Absicht erlassen werden, eine rechtliche Entscheidung zu treffen. Insoweit ist der Grund für die Wirkungslosigkeit nicht (wie bei den Nicht-Urteilen) der fehlende Wille der Urteilstperson, eine rechtliche Entscheidung zu treffen; vielmehr kann Grund für die Nichtigkeit nur ein Rechtsfehler bei der Urteilsfällung sein, was

⁵ Dieser Bedarf besteht, wenn ausnahmsweise der Anschein eines Urteils beseitigt werden muss; das Rechtsmittel führt dann zur Klarstellung der Nichtexistenz des Urteils durch „Aufhebung“ und zur Zurückverweisung, vgl. OLG München NJW 2011, 689 (690).

⁶ Für das Zivilverfahren also: Kein Gerichtsvollzieher wird das auf der Theaterbühne oder vom Gerichtshausmeister gesprochene Urteil gegen einen Schuldner vollstrecken. Für das Strafverfahren: Kein Anstaltsleiter wird aufgrund eines solchen Urteils die darin ausgesprochene Freiheitsstrafe gegen den „Verurteilten“ in seinem Gefängnis absitzen lassen.

⁷ Grundlegend *Jauernig* Das Fehlerhafte Zivilurteil, 1958, S. 141 ff.; ferner etwa *Saenger/Saenger* (Fn. 3), vor §§ 300-329 Rn. 11. Demgegenüber geht der Begriff der „Nichtigkeit“ für die vorliegenden Konstellationen bereits auf *Hein* Identität der Partei, Bd. I, 1918, S. 317, 320 ff. zurück.

⁸ Nach *Jauernig* (Fn. 7), S. 145 ist ein (wie er es nennt) „wirkungsloses Urteil ein existenter Staatsakt (...) und (unterscheidet) sich hierdurch vom Nichturteil grundlegend“.

zwanglos zu der Frage führt, welche Arten von Fehlern die Einordnung in die (in Deutschland in den Verfahrensordnungen als solche nicht vorgesehene) Kategorie des „nichtigen Urteils“ in Abgrenzung zu sonstigen „nur fehlerhaften“ Urteilen rechtfertigen; diese Unterscheidung ist auch keinesfalls eine rein begriffliche, sondern aufgrund der eigentlich anzunehmenden Wirkungslosigkeit a priori (bzw. spiegelbildlich: aufgrund der theoretisch zeitlich unbegrenzten Angreifbarkeit solcher Urteile) potentiell durchaus von großer Bedeutung.

III. Gründe für die Annahme einer Nichtigkeit in Rechtsprechung und Lehre

Im Folgenden soll zunächst knapp skizziert werden, welche Fallgruppen der „nichtigen Urteile“ in Rechtsprechung und Literatur im Zivil- bzw. Strafverfahrensrecht traditionell diskutiert werden (vgl. im Anschluss 1. und 2.); im Rahmen der Darstellung des Strafverfahrensrechts soll dabei auch auf eine neuere Entscheidung eingegangen werden, die in Deutschland für viel Aufsehen gesorgt hat, nachdem ein Obergericht die Nichtigkeit eines Urteils bei einer „informellen Absprache“ und damit bei einem bewussten Abweichen eines Instanzgerichts von der erst im Jahr 2009 eingeführten Regelung für „Verständigungen im Strafverfahren“ (§ 257c dStPO) angenommen hat (welche in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand einer ganzen Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen gewesen ist⁹). Darauf aufbauend soll abschließend überlegt werden, ob sich aus den einzelnen diskutierten Fallgruppen allgemeine Regeln ableiten lassen bzw. ob eine Übertragung der jeweils in einem der beiden Rechtsgebiete diskutierten Fallgruppen auch auf das jeweils andere Rechtsgebiet möglich erscheint (vgl. unten 3.).

1. Die Situation im Zivilrecht

Im Zivilrecht ist eine Reihe von Fallgruppen anerkannt, die verbreitet den nichtigen bzw. wirkungslosen Urteilen zugeordnet werden¹⁰: So soll eine

⁹ Vgl. *Schneider* NStZ 2014, 192 ff.; 252 ff.

¹⁰ Vgl. zum Folgenden *Jauernig* (Fn. 7), S. 150 ff.; Münchner Kommentar zur ZPO/*Musielak*, 4. Aufl. 2013, vor §§ 300 ff., Rn. 4; *Saenger/Saenger* (Fn. 3), vor §§ 300-329 Rn. 12.

Wirkungslosigkeit zunächst dann vorliegen, wenn Urteile außerhalb eines Verfahrens ergehen; gänzlich außerhalb des Verfahrens oder genauer: „ohne jedes Verfahren“ wird es zwar selten zu einem Urteil kommen¹¹, aber vorstellbar wären etwa Fälle des Urteils trotz Klagerücknahme¹². Des Weiteren soll es zur Wirkungslosigkeit führen, wenn dem Gericht die Gerichtsbarkeit fehlt (etwa bei Urteilen über Exterritoriale)¹³. Ferner wird der Fall genannt, dass eine dem geltenden Recht unbekannt oder aber eine gesetzes- bzw. sittenwidrige Rechtsfolge ausgesprochen wird. Auch ein Urteil gegen eine nicht (mehr) existierende Partei oder zur Gestaltung eines nicht (mehr) existierenden Rechtsverhältnisses¹⁴ ist wirkungslos.

Folge der Wirkungslosigkeit¹⁵ soll keine schlichte Unbeachtlichkeit sein, auch wenn keine materielle Rechtskraft eintritt und das wirkungslose Urteil auch keine Grundlage für einen Vollstreckungstitel bildet. Zumindest innerhalb der Rechtsmittelfristen kann das wirkungslose Urteil durch Rechtsmittel beseitigt werden, danach jedenfalls durch Wiederaufnahmeklage (§§ 578 ff. dZPO) oder durch Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit.

2. Die Situation im Strafrecht

a. Zur Nichtigkeit von Strafurteilen im Allgemeinen

Vor rund 50 Jahren leitete *Grünwald* eine Abhandlung über „Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen“ mit der Feststellung ein, es sei damals „herrschende Meinung in der strafprozessualen Literatur, daß Urteile, die mit besonders krassen Mängeln behaftet sind, die Wirkungen, die sie herbeizuführen bestimmt sind, nicht auszulösen vermögen. Insbesondere sollen derart fehlerhafte Urteile auch dann, wenn die Voraussetzungen der

¹¹ Wenn ganz ohne Verfahren etwas „als Urteil“ ausgesprochen wird, werden häufig Konstellationen eines Nicht-Urteils vorliegen, wie sie oben beschrieben wurden.

¹² Vergleichbar: Nach einem Vergleich oder nach beidseitiger Erledigungserklärung.

¹³ Anders, wenn es „nur“ an der Rechtswegzuständigkeit fehlt.

¹⁴ Etwa: Scheidung einer nie geschlossenen Ehe.

¹⁵ Vgl. Zum Folgenden etwa Saenger/Saenger (Fn. 3), vor §§ 300-329 Rn. 13 f.

Rechtskraft eingetreten sind, nicht vollstreckbar sein und einer erneuten Aburteilung derselben Tat nicht entgegenstehen“¹⁶ - kurz: sie sollen nicht nur fehlerhaft und anfechtbar, sondern *nichtig* sein. Auch zwanzig Jahre später wusste *Peters* in seinem Lehrbuch zur Frage der Nichtigkeit noch zu berichten, dass die „herrschende Meinung (...) die Unwirksamkeit von Urteilen für möglich“ hält¹⁷.

Ob man diese Akzeptanz von „nichtigen“ Urteilen als eigene Kategorie zwischen „fehlerhaften Urteilen“ und „Nicht-Urteilen“ im deutschen Strafprozessrecht heute noch als „herrschend“ betrachten darf, ist zumindest fraglich. Zum einen plädieren neben anderen zweifelnden Stimmen in der Literatur¹⁸ insbesondere der Standardkommentar der Praxis¹⁹ sowie auch die einschlägige Kommentierung im umfangreichsten Großkommentar zur StPO²⁰ gegen eine Kategorie der „nichtigen“ Urteile. Zum anderen wurde und wird in der Rechtsprechung zwar gelegentlich erwähnt, dass nichtige Urteile vorstellbar sind – tatsächlich ausgesprochen wurde das Verdikt der „Nichtigkeit“ (zumal in Fällen in denen sonst wirklich schon Rechtskraft eingetreten wäre²¹) aber kaum einmal, sondern vielmehr wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass im konkret zu entscheidenden Fall eine solche gerade nicht vorliege²². Dies verwundert nicht, denn vieles, was in der Strafprozessrechtswissenschaft als denkbare Anwendungsfälle einer Nichtigkeit, diskutiert wird, gehört wohl eher ins „Raritätenkabinett“ als zum praktischen Alltag von Strafverfahren, so etwa die Urteile von „Revolutionstribunalen“ oder Verurteilungen von Kindern zu Prügelstrafen.

¹⁶ *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250.

¹⁷ Vgl. *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, § 55 I 1 (S. 519).

¹⁸ Skeptisch etwa bereits *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250 ff.; schon vorher *Sarstedt* JR 1955, 351 f.; aus neuerer Zeit *Radtke*, JR 2003, 127 (130).

¹⁹ Vgl. *Meyer-Goßner*, 57. Aufl. 2014, Einl. Rn. 105a.

²⁰ Löwe/Rosenberg/*Kühne*, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. K Rn. 116.

²¹ Anders etwa die in der Literatur oft angeführten Fälle OLG Braunschweig MDR 1947, 37 sowie BayObLG NJW 1960, 162.

²² Vgl. etwa BGHSt 42, 314 (320) = NStZ 1997, 140 (141); BGH NStZ 1984, 279; BGH wistra 1992, 309 (310) = BeckRS 1992, 31087137.

b. Nichtigkeit bei informeller Verständigung – die Entscheidung des OLG München

Vor diesem Hintergrund ist es von besonderem Interesse, dass in jüngerer Zeit das OLG München in einem in Deutschland viel beachteten Fall einer unzulässigen, da informellen Absprache nicht nur die Anfechtbarkeit, sondern die *Nichtigkeit* des darauf gestützten Urteils angenommen hat²³. Die potentielle Bedeutung dieser Entscheidung kann gar nicht überschätzt werden, weil damit auch für den Strafprozess eine konkrete Fallgruppe gefunden wäre, die (leider) in deutschen Gerichtssälen zahlenmäßig eine große Rolle spielen könnte.

aa. Hintergrund: Verständigungen im deutschen Strafverfahrensrecht

Um den Hintergrund zu verdeutlichen und die Entscheidung in den richtigen Kontext zu stellen, sollen an dieser Stelle einige kurze Erläuterungen zur Verständigung im Strafverfahren nach dem geltenden deutschen Strafprozessrecht erfolgen. Den klassischen strafprozessualen Grundprinzipien des Legalitätsprinzips, des Offizialprinzips, der Wahrheitsermittlung und der Durchsetzung des materiellen Strafrechts entsprechend, waren der deutschen Strafprozessordnung ursprünglich konsensuale Elemente (insbesondere innerhalb der Hauptverhandlung) grundsätzlich fremd. Die Rechtspraxis zumindest der letzten 25-30 Jahre allerdings dürfte tatsächlich davon geprägt gewesen sein, dass jedenfalls in bestimmten Verfahren Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten stattgefunden haben, in denen insbesondere bestimmte Rechtsfolgen (jedenfalls durch einen zugesagten Strafraum bestimmt) vereinbart wurden, wenn als Gegenleistung ein Geständnis abgelegt wurde. Nach einer Reihe von obergerichtlichen Entscheidungen²⁴, welche bemüht waren, Leitlinien für eine solche Absprachenpraxis aufzustellen und nach intensiven

²³ Vgl. NJW 2013, 2371.

²⁴ Vgl. BGHSt 43, 195 m. Anm. Weigend NStZ 1999, 57 ff.; Kintzi JR 1998, 249 f.; Satzger JA 1998, 98 ff.; vgl. dazu auch Fahl/Geraats JA 2009, 791 ff.; BGHSt 50, 40; aus der umfangreichen Literatur zu dieser Entscheidung vgl. nur Fahl ZStW 117 (2005), 605 ff.

rechtspolitischen Diskussionen wurden die Absprachen im Jahr 2009 auch offiziell insbesondere in Gestalt von § 257c dStPO ins Gesetz aufgenommen.

In dieser Vorschrift ist die grundsätzliche Zulässigkeit von (insbesondere auch verfahrensbeendenden) Verständigungen anerkannt, für die zulässige und unzulässige Inhalte sowie einige Verfahrensregeln niedergelegt sind. Auf der Grundlage einer solchen von den Verfahrensbeteiligten akzeptierten Verständigung kann das Gericht ein entsprechendes Urteil erlassen. Wichtig ist dabei jedoch, dass nach § 257c I 2 dStPO die Aufklärungspflicht des § 244 II dStPO unberührt bleiben soll, das Gericht sich also nicht auf ein nicht näher belegtes „Formal-Geständnis“ beschränken kann, sondern durchaus auch noch eigenständig die Wahrheit ermitteln muss. Diese Vorschrift, die nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes nicht selten als realitätsfernes Lippenbekenntnis belächelt wurde, ist nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts einer der maßgeblichen Grundpfeiler dafür, dass das Verständigungsgesetz überhaupt verfassungsgemäß ist²⁵, da durch § 257c I 2 dStPO erst gewährleistet wird, dass kein der Verfassung widersprechender „Handel mit der Gerechtigkeit“ stattfindet. Diese nicht einfache Grundkonstellation - einerseits Möglichkeit der Verständigung mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung, andererseits jedenfalls kein vollständiger Verzicht auf die Amtsaufklärung²⁶ -, v.a. aber wohl auch das Rechtsmittelverzichts-Verbot des § 302 I 2 dStPO bei Urteilen, die nach einer Verständigung ergangen sind, haben dazu geführt, dass offenbar in einer nicht geringen Zahl von Fällen „offiziell“ zwar keine Verständigung abgeschlossen wurde, die Verfahrensbeteiligten sich aber verdeckt und informell gleichwohl auf ein bestimmtes Verfahrensergebnis geeinigt haben.

²⁵ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 (1061 Rn. 64 f.).

²⁶ Dass § 257c dStPO im Ergebnis Abstriche von der Amtsaufklärung zulassen muss, ist nicht nur deshalb klar, weil Verständigungen sonst kaum eine sinnvolle Bedeutung hätten, sondern weil der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Rechtsinstituts in das Strafprozessrecht auch zum Ausdruck gebracht hat, dass konsensualen Elementen im Strafverfahren eine gewisse Bedeutung zukommen kann. Zu einer möglichen Deutung über das Verhältnis von § 244 II dStPO (Aufklärungspflicht) und § 261 dStPO (richterliche Überzeugungsbildung) vgl. *Kudlich* Gutachten C zum 68. DJT, 2010, C 64 ff.

bb. Sachverhalt und Entscheidung im Fall des OLG München

Im Fall des OLG München ging es nun kurz zusammengefasst darum, dass einem Arzt, dem Abrechnungsbetrügereien vorgeworfen wurden, in einem Vorgespräch zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger statt einer prognostizierten Freiheitsstrafe von drei bis dreieinhalb Jahren eine bewährungsfähige Freiheitsstrafe (nebst einem kurzen und möglichst „unauffälligen“ Verhandlungstermin an einem Nachmittag) in Aussicht gestellt wurde, falls es zu einem Geständnis kommen sollte, in dem insbesondere auch der vom Angeklagten anfangs bestrittene subjektive Tatbestand enthalten sei. Der Angeklagte ließ daraufhin in der Hauptverhandlung seinen Verteidiger eine Erklärung verlesen, wonach er „zwar nicht gewusst“ habe, dass seine „Abrechnung in den Quartalen II/2005 bis II/2008 unrichtig ist, (er) allerdings (...) für möglich hielt, überhöht abzurechnen.“ Später fügte er noch hinzu, er habe „nie absichtlich betrogen“ und Abrechnungen, die von der Kassenärztlichen Vereinigung beanstandet worden waren, nicht mehr in dieser Form wiederholt.

Nach Urteilsverkündung gab der Angeklagte einen Rechtsmittelverzicht ab. Erst über ein Jahr später ließ er durch einen neuen Verteidiger Berufung einlegen und beantragte zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das LG München II verwarf die Berufung als unzulässig, weil die Rechtsmittelverzichtserklärungen des Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft wirksam gewesen seien und damit Rechtskraft eingetreten sei. Eine Verständigung i.S. des § 257c dStPO habe nicht stattgefunden. Demgegenüber hat das OLG München nicht nur ein Rechtsgespräch, sondern eine „Verständigung“ angenommen, für welche - auch wenn sie nur informell erfolgt ist - das Rechtsmittelverzichts-Verbot des § 302 I 2 dStPO entsprechend anzuwenden ist, wie schon früh vertreten²⁷ und auch vom BVerfG bestätigt worden ist²⁸.

Das OLG München freilich hat in diesem Fall die Sache nicht an das Berufungsgericht, sondern an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen, da

²⁷ Vgl. *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630); *Kudlich* Gutachten C (Fn. 26), C 56; in einem *obiter dictum* auch OLG Celle NStZ 2012, 20; a.A. etwa *Niemöller* NStZ 2013, 19 (229).

²⁸ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 (1064 Rn. 78).

das Urteil des AG nichtig gewesen sei. Das OLG hat sich dabei nicht vorrangig auf den unzulässig informellen Charakter der Absprache gestützt, sondern insbesondere darauf, dass das AG evident und bewusst jegliche Aufklärung des wahren Sachverhalts schuldig geblieben sei, sich also „kein ‘eigenes Urteil’ gebildet“ habe. Hiermit seien die Grenzen zu einer auch vom Verständigungsgesetz nicht beabsichtigten reinen „Konsenslösung“ mit weitgehender Disposition über die Aufklärungspflicht überschritten. Dies gelte insbesondere, da die Erklärungen des Angeklagten nach ihrem Inhalt schon in objektiver Hinsicht, erst recht jedoch in subjektiver Hinsicht nicht einmal ein echtes Geständnis hinsichtlich des angeklagten Abrechnungsbetrugs dargestellt hätten²⁹.

cc. Kritische Würdigung

Kann dies aber wirklich richtig sein? Ist im Strafprozessrecht überhaupt eine Nichtigkeit anzuerkennen und ist - bejahendenfalls - vorliegend eine solche zu bejahen?³⁰ Die StPO kennt die Nichtigkeit von Urteilen jedenfalls nicht explizit. An die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde der früheren Partikularprozessordnungen ist bereits mit der Reichsstrafprozessordnung die Revision getreten. Mag man darin auf den ersten Blick eine nur terminologische Frage (nebst Klarstellung, dass dem Rechtsmittelgericht neben der Kassation in bestimmten Fällen auch die Ersetzung des „angefochtene[n] Urteil[s] [...] durch das sachgemässe Urteil“ zusteht)³¹ sehen, so sind die unterschiedlichen Konzepte historisch auch durch verschiedene Grundverständnisse des Strafprozesses begründet³²: Das (uneingeschränkte!) Streben des Inquisitionsprozesses nach materieller Wahrheit mit der Möglichkeit der *absolutio ab instantia* und der jederzeitigen Neuaufnahme des Verfahrens drängt den Gedanken der Rechtssicherheit in den Hintergrund und ist somit ein Nährboden auch für

²⁹ Vgl. OLG München NJW 2013, 2371 (2376 f.).

³⁰ Vgl. zum Nachfolgenden bereits *Kudlich* NJW 2013, 3216.

³¹ So noch die Sichtweise von *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl. 1904, S. 265, der die Revision unter dem Begriff der „Rechtsbeschwerde“ abhandelt und bemängelt, dass diese im Gesetz inzwischen „höchst unglücklich ‘Revision’ genannt“ werde.

³² Vgl. eingehend *Röder*, ZStW 79 (1967), 250 (insb. 255 ff.).

die Anerkennung des Instituts der „Nichtigkeit“. Demgegenüber gehen mit einer Stärkung des Gedankens der Rechtssicherheit das Erfordernis und die Befristung der Anfechtbarkeit einher. Insoweit ist die Frage der Nichtigkeit dogmatisch in das jeweils geltende „System der Rechtskraftwirkungen, der Durchbrechungsmöglichkeiten und der daraus abzuleitenden Gesamtbewertung durch die Rechtsordnung“ eingebettet³³.

In diesem System spricht die fehlende Erwähnung einer Nichtigkeit bei im Übrigen durchaus abgestuften Bewertungen von Verfahrensfehlern erst einmal gegen die Anerkennung einer solchen Kategorie. Durch die Möglichkeiten der Anfechtbarkeit, der Wiederaufnahme und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (sowie ergänzend bei den als Fall der Nichtigkeit diskutierten Verstößen gegen Art. 103 III dGG - Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung - auch der Verfassungsbeschwerde) besteht auch kein echter Bedarf dafür. Daneben treten inhaltliche Gründe, die teils rechtslogischer Natur („Kann ein Nullum Gegenstand einer Anfechtung sein?“), teils rechtspraktischer Natur sind (so etwa die fast zwangsläufig uneingeschränkte Notwehrmöglichkeit des „nichtig“ Verurteilten gegen jede Vollstreckungsmaßnahme). Zuletzt bleibt die drohende Rechtsunsicherheit, wann „nur“ ein revisibler Verfahrensfehler, wann dagegen ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, ein gewichtiges Argument gegen die Anerkennung „nichtiger Urteile“. Dies gilt umso mehr, als schwer vermittelbar ist, warum Verstöße gegen zentrale Prozessmaximen (und auch das nur teilweise) in § 338 dStPO als absolute Revisionsgründe ausgestaltet sind³⁴ (damit aber im Umkehrschluss gleichwohl einer Anfechtung bedürfen) und Verstöße gegen zentrale rechtsstaatliche Grundlagen (§ 136a dStPO³⁵) teilweise sogar nur relative Revisionsgründe darstellen, während nicht näher präzisiertere andere Verfahrens- oder inhaltliche Fehler³⁶ sogar zur Nichtigkeit führen sollen.

³³ Vgl. Löwe/Rosenberg/Kühne (Fn. 20), Einl. K Rn. 107.

³⁴ So etwa Verstöße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz oder die Unparteilichkeit des Gerichts.

³⁵ Verbotene Vernehmungsmethoden wie Drohung oder Folter, die „nur“ zur Unverwertbarkeit der darauf beruhenden Aussagen führen.

³⁶ Die üblicherweise genannten Fallgruppen werden aufgezählt bei Löwe/Rosenberg/Kühne (Fn. 20), Einl. K Rn. 118 ff.

Im Ergebnis spricht daher viel gegen die Anerkennung der Kategorie der „Urteilsnichtigkeit“. Sieht man dies anders, müsste sie wohl auch in der konkreten Umsetzung auf die abstrakt hier immer wieder beschworenen Extremfälle beschränkt bleiben. Ein solcher Extremfall dürfte aber im Fall des OLG München bei einem Urteil, das

- auf Grund einer wirksamen Anklage
- durch das zuständige Gericht
- mit einem inhaltlich vertretbaren Ergebnis

ergeht, nicht anzunehmen sein. Hätte der Angeklagte sich im streitigen Verfahren verteidigt, erscheint (zumal bei seiner Vorgeschichte) keinesfalls ausgeschlossen, dass ein Tatgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung (§ 261 dStPO) zumindest einen bedingten Betrugsvorsatz angenommen hätte und diese Annahme von einem Revisionsgericht gehalten worden wäre. Dass dann dieselbe Feststellung, nachdem der Fall die vielen Filter vom Anfangsverdacht bis zur Hauptverhandlung durchlaufen ist und zumindest eine vage Einlassung in Richtung auf einen bedingten Vorsatz vorliegt, nicht nur (unzweifelhaft!) rechtsfehlerhaft ist, sondern zu einer Nichtigkeit führen soll, ist schwer einzusehen. Es spricht deshalb viel dafür, dass der Beschluss des OLG auch eine besonders schallende „Ohrfeige“ für den Tatrichter sein sollte. Hierfür hätte sich dann freilich passender und effektiver als die etwas gezwungene Einordnung als „nichtiges Urteil“ der Hinweis auf den Verdacht einer Rechtsbeugung (§ 339 dStGB) angeboten.

3. Gemeinsame Leitgesichtspunkte für die Annahme einer Nichtigkeit?

Die überkommene Auffassung im (deutschen) Strafprozessrecht steht insoweit recht nahe bei derjenigen im Zivilprozessrecht, als nicht nur das Rechtsinstitut des „nichtigen Urteils“ anerkannt wird, sondern terminologisch neben „Nichtigkeit“ auch hier teilweise von „Unwirksamkeit“ gesprochen wird. Die neuere Lehre scheint dagegen im Strafverfahrensrecht einem Rechtsinstitut „Urteilsnichtigkeit“ kritischer gegenüber zu stehen als die Zivilprozessrechtswissenschaft, welche eher einen Anwendungsbereich sieht und sich damit auch in Übereinstimmung

mit der Rechtsprechung sieht³⁷. Nun sind zwar die strukturellen Bedenken gegen die Kategorie der Nichtigkeit in beiden Disziplinen die gleichen³⁸. Auf Grund der verschiedenen Verfahrensgestaltung und Verfahrensprinzipien ist allerdings der sinnvolle Anwendungsbereich im Strafprozessrecht auch im Einzelfall für „nichtige Entscheidungen“ noch enger. So kommen etwa Konstellationen wie die Klagerücknahme oder die beidseitige Erledigungserklärung aufgrund der Geltung des Legalitätsprinzips und auch des Immutabilitätsgrundsatzes³⁹ anstelle der Dispositionsmaxime der Parteien⁴⁰ schlicht nicht vor⁴¹. Andere Topoi (etwa die Gerichtszuständigkeit, und zwar auch mit Blick auf Exterritoriale) sind zwar als Verfahrensvoraussetzungen anerkannt, deren Vorliegen auch grundsätzlich in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen zu beachten ist⁴², deren Fehlen aber nur zu Revisibilität⁴³ (und nicht zur Nichtigkeit) führt.

Vor diesem Hintergrund ist es auch schwierig, gemeinsame konkrete Leitgesichtspunkte für die Annahme einer Nichtigkeit zu benennen bzw. Fallgruppen aus einem Rechtsgebiet in das andere zu übertragen. Werden bestimmte Konstellationen im einen Rechtsgebiet traditionell als Unwirksamkeitsgrund, im anderen nur als Aufhebungsgrund behandelt, so ist es schwierig, Argumente für oder gegen die Übertragbarkeit einer Lösung jeweils in das andere Rechtsgebiet anzuführen, die über die generellen Überlegungen zur Möglichkeit einer entsprechenden prozessualen Kategorie (also etwa pro: Kennzeichnung besonders schwerer Rechtsverstöße und

³⁷ Vgl. aus der jüngsten Rechtsprechung BGH NJW 2014, 636 (638) mit einem praktischen Anwendungsfall.

³⁸ Vgl. dazu bereits oben 2 b cc zu den rechtslogischen und rechtspraktischen Aspekten.

³⁹ Vgl. zu beiden Münchner Kommentar zur StPO/Kudlich, Bd. 1, 2014, Einl. Rn. 127 ff.

⁴⁰ Dadurch ist etwa eine der Klagerücknahme vergleichbare Situation in einem laufenden Strafverfahren weitgehend ausgeschlossen.

⁴¹ Hierbei bedarf vielleicht der Erwähnung, dass auch bei einer Verständigung das Strafverfahren nicht durch diese endet, sondern sie vielmehr nur Grundlage bzw. Rahmen des strafgerichtlichen Urteils abgibt (wobei die Lösungsmöglichkeiten des Gerichts von der Verständigung sogar relativ weit gehen).

⁴² Vgl. MünchKomm StPO/Kudlich (Fn. 39), Einl. Rn. 353.

⁴³ Vgl. statt vieler nur Systematischer Kommentar zur StPO/Frisch Bd. VII, 4. Aufl., 2014 § 337 Rn. 45 ff. m.w.Nachw.

geringeres Bedürfnis für eine Bestandskraft der Entscheidung; contra: fehlende Klarheit über die Grenzen des Rechtsinstituts und über den „richtigen Umgang“ mit nichtigen Entscheidungen) hinausgehen. Insbesondere die halbwegs spektakuläre Anerkennung einer Urteilsnichtigkeit durch die oben behandelte aktuelle Entscheidung des OLG München in einer Konstellation von gewiss einiger praktischer Relevanz auch in anderen Fällen (informelle Verständigung mit nachfolgend unzureichender Sachverhaltsaufklärung) ist zu einer konkreten Übertragung auf das Zivilrecht nicht geeignet: Aufgrund der Dispositionsmaxime besteht hier von vornherein ein weiterer Spielraum für die Verfahrensführung, und die für das Strafverfahren zentrale Ermittlung der materiellen Wahrheit ist im Zivilverfahren gerade keine Prozessmaxime.

IV. Fazit

Die Urteilsnichtigkeit als eigene Kategorie für Fälle, in denen das allgemeine Instrumentarium zur Beseitigung fehlerhafter Urteile (Rechtsmittel sowie gegebenenfalls Wiederaufnahme) nicht ausreicht, in denen aber auch nicht ersichtlich ein „Nicht-Urteil“ vorliegt, ist hinsichtlich ihrer Erforderlichkeit zweifelhaft. Soweit man eine solche anerkennt, führt sie überdies zu rechtslogischen und / oder rechtspraktischen Problemen, da realistischerweise zumeist gleichwohl eine (dann vielleicht nicht konstitutive, sondern rein deklaratorische) Anfechtung des Urteils erforderlich ist. Dass trotz des prozessrechtstheoretisch identischen Ausgangspunktes in der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft die Urteilsnichtigkeit eher für möglich gehalten wird als in der Strafrechtswissenschaft, dürfte daran liegen, dass einige Konstellationen, die im Zivilprozessrecht als Beispiele für die Nichtigkeit angeführt werden, so im Strafprozess aufgrund unterschiedlicher Verfahrensstrukturen nicht wirklich denkbar sind.

Versucht man, gleichwohl einen groben kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden, so sind in beiden Prozessrechtsgebieten nichtige Urteile dadurch gekennzeichnet, dass das Gericht nicht nur das Recht falsch anwendet, sondern dass es nicht das tut, was im gewaltenteiligen Staat seine Aufgabe ist bzw. dass es den Rahmen der Macht, welchen die Legislative der Judikative eingeräumt hat, in einem konkreten Fall permanent und

systematisch überschreitet. Um dies in ein Bild zu fassen: Wenn die den Gerichten zugewiesenen Aufgaben und eingeräumten Befugnisse durch eine Linie verkörpert wären, so sind fehlerhafte Urteile dadurch gekennzeichnet, dass der Richter beim Balancieren auf dieser Linie gelegentlich einen Fuß daneben setzt. Nichtige Urteile liegen dagegen vor, wenn diese Linie entweder in weiten Ausschlägen überschritten wird oder der Richter *a priori* jenseits dieser Linie marschiert. Dass selbst bei einer so allgemeinen Umschreibung bzw. einer solchen Metapher Unterschiede zwischen dem Zivil- und dem Strafverfahren bestehen bleiben können, liegt auf der Hand, da der Gesetzgeber den Gerichten die Linie im Straf- und im Zivilverfahren eben unterschiedlich gezogen hat; so ist eben die möglichst vollständige Aufklärung von Amts wegen eine Grenze, die in dieser Form nur für den Strafrichter gilt, während umgekehrt Einschränkungen des für ihn - um in der Metapher zu bleiben - legitimerweise begehbaren Raumes durch das Prozessverhalten der Parteien im Zivilprozess mit seiner Dispositionsmaxime eine deutlich größere Rolle spielen.

Auch bei solchen allgemeinen oder bildhaften Beschreibungen bleibt die Abgrenzung freilich schwierig: Wann geht ein Schritt nur knapp, wann geht er weit über die Linie hinaus? Wenn ein Urteil schon dann erfolgreich angefochten werden kann, wenn der Richter versehentlich einmal knapp neben die Linie gerät, besteht an sich kein Bedürfnis für eine Sonderkategorie nur deshalb, weil er sich weiter davon entfernt⁴⁴. Die bei einer Nichtigkeit theoretisch naheliegende Annahme, dass die „Anfechtung“ (d.h. das Begehren an das Gericht, die Unwirksamkeit des Urteils festzustellen) zeitlich an keine Fristen gebunden ist, führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn ein wirklich unbestreitbares Bedürfnis für eine zeitlich uneingeschränkte Anfechtbarkeit (und damit für den Versuch, eine Nichtigkeit geltend zu machen, nachdem die üblichen Rechtsmittelfristen verstrichen sind) ist nicht zu erkennen.

⁴⁴ Die zur Zeit der Entstehung dieses Manuskriptes gerade laufende Fußballweltmeisterschaft drängt zu folgendem Vergleich: Wenn durch die neueingesetzte Tortechnik eindeutig entschieden werden kann, wenn ein Ball sich auch nur knapp hinter der Torlinie befindet, macht es eben keinen Unterschied, ob ein solches knappes Überschreiten festgestellt werden kann oder ob der Ball ganz hinten im Netz zappelt.