

# 14. Beck-Strafrechtstagung - aktuelles Strafverfahrensrecht in München

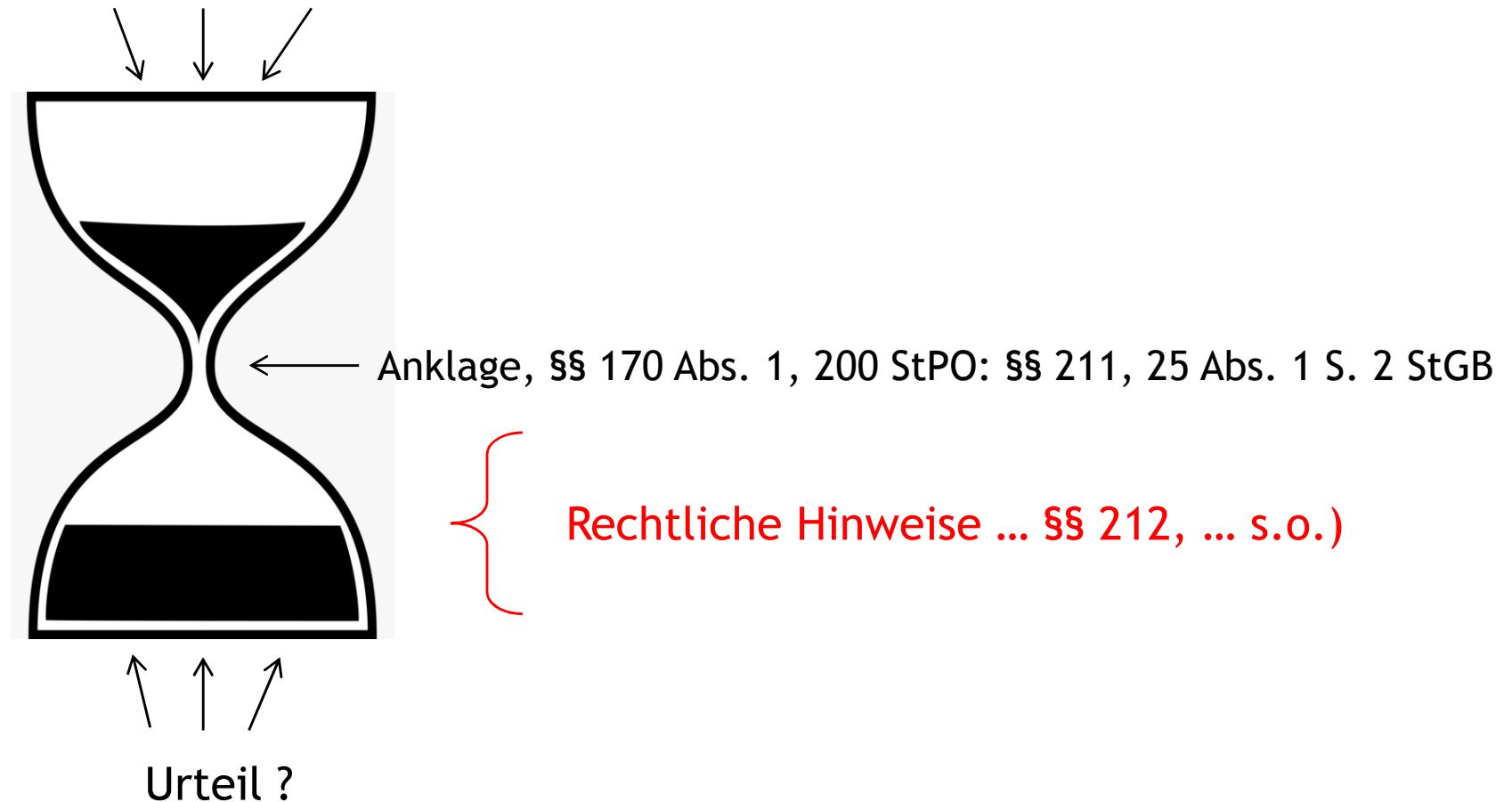
**Strafprozessuale Hinweispflichten (§ 265 StPO)**

**Prof. Dr. Michael Gubitz, Kiel, Bochum**

## Gliederung

- Das „neue“ Recht
- Wann besteht eine Hinweispflicht und wann reicht ein Hinweis nicht?
- Inhaltliche Anforderungen an den Hinweis
- Formale Anforderungen an den Hinweis
- Das Danaergeschenk

Ermittlungsverfahren, Vorwürfe: §§ 211, 212, 226 ... , 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 ... StGB



## § 265 geändert durch

„Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung  
des Strafverfahrens“

mit Wirkung vom 24.8.2017

## § 265 Abs. 1 StPO (unverändert)

„Der Angeklagte darf nicht (...) verurteilt werden, ohne daß er zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist.“

## § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO

Ebenso ist zu verfahren, wenn

1. sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer **Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen**,

früher: ... **Maßregel der Besserung und Sicherung rechtfertigen.**

## Amtliche Begründung BT-Drucksache 18/11277:

*„Ebenso kann die Anordnung anderer Maßnahmen als einer Maßregel [...] in ihren Konsequenzen für den Angeklagten und sein Verteidigungsverhalten erheblich sein, so dass auch insofern eine Hinweispflicht geboten erscheint.“*

*[...]*

*„Daher wird die Hinweispflicht in § 265 Absatz 2 Nummer 1 StPO-E auch auf sonstige Maßnahmen im Sinne des § 11 Nummer 8 des Strafgesetzbuches (StGB) erweitert.“*

## § 11 Nr. 8 StGB

„8. Maßnahme:

*jede Maßregel der Besserung und Sicherung, die Einziehung und die Unbrauchbarmachung;“*

## 5 StR 20/19 Anfrageverfahren

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

*„Eine Hinweispflicht auf die Rechtsfolge der [...] Einziehung, die an bereits in der Anklageschrift enthaltene tatsächliche Umstände anknüpft, sehen weder § 265 Abs. 1 StPO noch § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor.“*

## § 265 Abs. 2 StPO:

Ebenso ist zu verfahren, wenn

1. sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen,

## 5 StR 20/19 - Wortlaut § 265 Abs. 2 Nr. 1

Gesetz: „erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehen Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen“

BGH: „Entstehungsgrund der Hinweispflicht ist hiernach der nachträgliche Eintritt der relevanten Anknüpfungstatsachen.“

„Der Wendung ‚erst in der Verhandlung‘ [käme sonst] kein eigenständiger Anwendungsbereich zu“

## 5 StR 20/19 Anfrageverfahren

§ 265 Abs. 2 StPO bezieht sich nur auf *neu bekanntgewordene* Umstände

*„dass eine Maßnahme im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB allein aufgrund einer anderen rechtlichen Beurteilung des zur Hauptverhandlung zugelassenen Sachverhalts vom Gericht in Erwägung gezogen wird, genügt für die Hinweispflicht des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht“*

- unter Berufung auf: BGHSt 29, 274, 279

## BGHSt 29, 274, 279:

§ 265 keine „Generalklausel zum Schutze des Angeklagten vor jeglicher Überraschung“

→ entsprechende Anwendung des § 265 Abs. 2 StPO kann

„nur so weit in Betracht kommen, als Abweichungen in der in dieser Vorschrift beschriebenen Weise und aus einem ähnlichen Grunde, wie dort angeführt, den Angeklagten zu einer Neuordnung seiner Verteidigung zwingt.“

## BGHSt 29, 274, 279:

Hinweis auf die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht nach § 38 StGB aF nicht erforderlich, weil Maßregel an keine weiteren tatsächlichen Voraussetzungen als an die Erfüllung des Tatbestandes geknüpft

aber:

Einziehung hat engere Voraussetzungen als nur die Verwirklichung eines Straftatbestandes, z.B.:

- „erlangt“ ≠ „Vorteil für sich oder einen Dritten“
- „erlangt“ ≠ „transitorischer Besitz“

## Antwort 1. Senat, 1 ARS 14/19 - 10. Oktober 2019:

„Die beabsichtigte Entscheidung des 5. Strafsenats widerspricht der Rechtsprechung des 1. Strafsenats, der an dieser Rechtsprechung festhält.“

Begründung mit: „Gesetzessystematik, Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck.“

## 1 ARS 14/19 - „Gesetzessystematik“

*„Im Fall der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung entspricht es nämlich ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, eine Hinweispflicht nicht nur bei einem Bekanntwerden neuer, in der Anklage nicht enthaltener Tatsachen, sondern auch bei gleichbleibendem Sachverhalt und lediglich abweichender rechtlicher Würdigung anzunehmen.“*

## 1 ARS 14/19 - „Gesetzessystematik“

„Absatz 2 ist [...] als eine Aufzählung verschiedener von Abs. 1 nicht unmittelbar erfasster Sonderfälle zu verstehen.“

## 1 ARS 14/19 - Entstehungsgeschichte

*„Gesetzgeber hat nicht lediglich den Tatbestand des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO um die Hinweispflicht für den Fall der Einziehung erweitert. Vielmehr hat er die [...] die neu erfasste Einziehung in Kenntnis der genannten Rechtsprechung zur Hinweispflicht [...] unter dem Begriff „Maßnahmen“ zusammengefasst. Damit hat er zu verstehen gegeben, dass alle Maßnahmen [...] den gleichen verfahrensrechtlichen Maßgaben unterliegen sollen.“*

## 1 ARS 14/19 - Sinn und Zweck

*„Für die Schutzbedürftigkeit des Angeklagten spielt es keine Rolle, wann und wodurch er Sachverhaltskenntnis erlangt hat, ob schon durch die Anklageschrift, den Eröffnungsbeschluss oder erst im Rahmen der Hauptverhandlung. Maßgeblich ist, ob er die rechtliche Bedeutung des Sachverhalts für eine bestimmte Rechtsfolgenentscheidung erkennt, mithin mit dieser rechnet und sich entsprechend verteidigen kann.“*

## Voraussetzungen einer Analogie liegen weiterhin vor:

- Wortlaut derselbe wie vor der Gesetzesänderung
- Gesetzesbegründung: „dient der Erweiterung der Hinweispflichten des Gerichts“
- Bisherige Auslegung der Rechtsprechung sollte durch Gesetzesänderung nicht infrage gestellt werden - weder ausdrücklich noch konkludent
- Mit den Regelungen der Abs. 1 und 2 (a.F.) vergleichbare Interessenlage

→ deswegen (weiter) Analogie

## BeckOK StPO/*Eschelbach* StPO § 265 Rn. 30:

Über den Wortlaut des § 265 Abs. 2 Nr. 1 hinaus besteht aber auch eine Hinweispflicht aus Art. 103 Abs. 1 GG, wenn das Gericht unabhängig von einer Änderung der Sachlage allein aufgrund einer neuen Bewertung des Sachverhalts die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung in Betracht zieht, die in der zugelassenen Anklage noch keine Erwähnung gefunden hat (BGH BeckRS 2017, 121722).

(Prof. Dr. Eschelbach: 2. Strafsenat)

## § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO

„2. das Gericht von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage abweichen will“

## 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO

Kodifizierung des Hinweiserfordernisses bei Abweichen von  
früherem Hinweis?

## Satzger/Schluckebier/Widmaier-Rosenau, 3. Aufl., Rn. 13:

Hinweiserfordernis bei Abweichen von früherem Hinweis (-)

*„Das Gericht kann [...] seine Entscheidung auch auf die ursprüngliche Rechtsauffassung stützen, ohne dass eine Rücknahme des Hinweises bzw. ein erneuter Hinweis erforderlich wären.“*

## Altes Recht: BGH 4 StR 633/97, NJW 1998, 3654:

Am vorletzten Hauptverhandlungstag erteilte die Vorsitzende zum Ende der Beweisaufnahme den Hinweis, *“daß auch eine Bestrafung nach jugendrechtlichen Gesichtspunkten gem. §§ 1, 3, 105 JGG in Betracht kommen könne”*

Urteil: nach Erwachsenenstrafrecht

## Altes Recht: BGH 4 StR 633/97, NJW 1998, 3654:

*„Durch den Hinweis wird bei verständiger Würdigung aber nicht die Erwartung geweckt, das Gericht habe sich in dieser Hinsicht bereits festgelegt; vielmehr liegt es in der Natur der Sache, daß das Gericht hierüber erst nach Schluß der Beweisaufnahme entscheidet. Der Ort dafür ist die Urteilsberatung (§ 260 I StPO).“*

## Amtliche Begründung BT-Drucksache 18/11277:

„Die Mitteilung einer vorläufigen Bewertung durch das Gericht - etwa im Rahmen einer Erörterung nach § 257b StPO - schafft regelmäßig einen Vertrauenstatbestand.“

## § 257b StPO

# Erörterung des Verfahrensstands mit den Verfahrensbeteiligten

*„Das Gericht kann in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern.“*

↔ 265 StPO ?

## 5 StR 38/18: keine Verpflichtung zur Rücknahme

*„Die Erteilung eines rechtlichen Hinweises gemäß § 265 Abs. 1 StPO begründet kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass das Gericht lediglich diesem Hinweis gemäß urteilt.“*

*„Durch die Neufassung von § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO hat sich daran nichts geändert.“*

## BGH 1 StR 34/18, NStZ 18, 673 - Anmerkung *Venzke*:

Am 20. Hauptverhandlungstag wurde der Angekl. darauf hingewiesen, dass eine *mittäterschaftliche* Begehungsweise in Frage komme. Entsprechend beantragte die StA später eine Verurteilung des Angekl. wegen *mittäterschaftlicher* Steuerhinterziehung in 20 *tatmehrheitlichen* Fällen.

Urteil: *Mittelbare Täterschaft* („uneigentliches Organisationsdelikt“) in 20 *tateinheitlichen* Fällen

## BGH 1 StR 34/18, NStZ 18, 673 - Anmerkung *Ventzke*:

*Ventzke*: Entscheidung „könnte darauf hindeuten“, dass „Hinweispflicht auch dann entsteht, wenn der Tatrichter von einem früheren Hinweis gem. § 265 Abs. 1 StPO abzurücken beabsichtigt. Damit wäre den nach der zum alten Recht ergangenen Rspr. mit der Hinweiserteilung zwangsläufig einhergehenden ‚Orientierungsrisiken‘ (MüKoStPO/Norouzi § 265 Rn. 44) ein Riegel vorgeschoben worden.“

## *Kuckein/Bartel, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung 8. Auflage 2019 Rn. 17:*

*„Fraglich erscheint, ob jeder richterliche Hinweis selbst nunmehr eine Hinweispflicht auslöst, wenn zu der früheren Rechtsauffassung zurückgekehrt werden soll“*

## BeckOK StPO/*Eschelbach*, 34. Ed. 1.7.2019, Rn. 34:

*„Auch die Abweichung von einem früheren Abweichungshinweis ist nach dem Zweck der [neuen] Regelung den Verfahrensbeteiligten wiederum durch einen neuen Hinweis zu signalisieren.“*

## § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO

„3. der Hinweis auf eine veränderte Sachlage zur genügenden Verteidigung des Angeklagten erforderlich ist.“

## Amtliche Begründung BT-Drucksache 18/11277:

Veränderung *der Sachlage* kann Hinweispflicht auslösen, wenn sie in ihrem Gewicht einer Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts gleichsteht.

Mit dem Erfordernis der Erforderlichkeit zur genügenden Verteidigung soll klargestellt werden, dass nur solche Veränderungen die Hinweispflicht auslösen, die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten bedeutsam sind.

## BGH 5 StR 65/18, NStZ 2019, 239:

Verschiedene Vorwürfe des sexuellen Missbrauchs über längeren Zeitraum

Verteidigung gelingt Widerlegung des Tatvorwurfs wegen Abwesenheitszeiten der Mutter der Nebenklägerin

Gericht spricht insoweit frei, hat aber keine durchgreifenden Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin

## BGH 5 StR 65/18, NStZ 2019, 239: Hinweispflichten bei:

- (+) wesentlicher Veränderung des Tatbildes betreffend die Tatzeit, den Tatort, das Tatobjekt, das Tatopfer, die Tatrichtung, Person der Beteiligten
- (+) bei Konkretisierung einer im Tatsächlichen ungenauen Fassung des Anklagesatzes.
- (-) bei Bewertung von Indiztatsachen - Gericht muss nicht vor der Urteilsberatung seine Beweiswürdigung offenlegen oder sich zum Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen erklären.

**BGH, Beschl. v. 14.06.2018 - 3 StR 206/18  
NStZ 2019, 236 (m. Anm. Gubitz)**

Hinweis nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO erforderlich,

*„wenn die Annahme des Mordmerkmals auf einer Tatsachengrundlage basiert, die von der in der Anklageschrift insoweit angeführten abweicht.“*

**BGH, Beschl. v. 14.06.2018 - 3 StR 206/18  
NStZ 2019, 236 (m. Anm. Gubitz)**

*Es „war schon nach der alten Rechtslage anerkannt, dass der Angekl. auf diese Änderung der Sachlage in entsprechender Anwendung von § 265 Abs. 1 und Abs. 4 StPO aF hinzuweisen gewesen ist.“*

**BGH, Beschl. v. 14.06.2018 - 3 StR 206/18  
NStZ 2019, 236 (m. Anm. Gubitz)**

Mordmerkmal niedriger Beweggrund - Abweichung des Sachverhalts  
„*in zweierlei Hinsicht*“:

1.

Anklage: (nur) Rache (wegen Gewalttätigkeiten)

Urteil: Motiv, ein neues selbstbestimmtes und vom Kind  
unabhängiges Leben zu beginnen → „*krasse Selbstsucht*“

**BGH, Beschl. v. 14.06.2018 - 3 StR 206/18  
NStZ 2019, 236 (m. Anm. Gubitz)**

Mordmerkmal niedriger Beweggrund - Abweichung des Sachverhalts  
„*in zweierlei Hinsicht*“:

2.

Anklage: Rache wegen Gewalttätigkeiten

Urteil: Rache aus Zorn „*über das Im-Stichlassen*“

## Gliederung

- Das „neue“ Recht
- Wann besteht eine Hinweispflicht und wann reicht ein Hinweis nicht?
- Inhaltliche Anforderungen an den Hinweis
- **Formale Anforderungen an den Hinweis**
- Das Danaergeschenk

## Protokollierungspflicht des Hinweises

Satzger/Schluckebier/Widmaier-Rosenau, 3. Aufl.:

*Streit „hat sich [mit der Neufassung] erledigt. Der Hinweis ist protokollierungspflichtig.“*

**BGH, Beschl. v. 14.06.2018 - 3 StR 206/18  
NStZ 2019, 236 (m. Anm. *Gubitz*), zweiter Aspekt:**

*Formale Anforderungen* an den Hinweis:

§ 265 Abs. 2 „*ebenso ist zu verfahren*“

→ § 265 Abs. 1 StPO: „*besonders*“ auf eine veränderte Sachlage hinzuweisen

→ ≠ Änderung eines wesentlichen sachlichen Umstandes *dem Gang der Hauptverhandlung* zu entnehmen

## BGH 1 StR 185/19:

*„Den danach erforderlichen Hinweis hätte der Vorsitzende der Strafkammer förmlich erteilen müssen. Er wäre als wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen gewesen (§ 273 Abs. 1 Satz 1 StPO) und kann nur durch dieses bewiesen werden (§ 274 Satz 1 StPO, vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juni 2018 - 3 StR 206/18 Rn. 13).“*

## BGH 1 StR 298/18:

*„Der Hinweis war insbesondere auch nicht deshalb entbehrlich, weil das Landgericht in einem Haftfortdauerbeschluss darauf hingewiesen hat, dass der Angeklagte entweder als Mittäter des Mitangeklagten Z. oder zu dessen Unterstützung an dessen Tat beteiligt war. Denn die in diesem Beschluss erfolgten Ausführungen vermögen einen rechtlichen Hinweis nach § 265 Abs. 1 StPO nicht zu ersetzen“*

(aber: kein Beruhen)

## BGH 1 StR 509/18:

*„Die Rüge ist unzulässig, weil sich die Revisionsbegründung nicht dazu äußert, dass auch vor der Hauptverhandlung kein entsprechender Hinweis erteilt worden ist“*

## BGH 5 StR 65/18:

*„Ein - protokollierungsbedürftiger - Hinweis gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO muss ferner nur gegeben werden, wenn er zur genügenden Verteidigung des Angekl. **erforderlich** ist. Er ist dementsprechend entbehrlich, wenn die Änderung der Sachlage durch den Gang der Hauptverhandlung für die Verfahrensbeteiligten ohne weiteres ersichtlich ist (zur st. Rspr. nach überkommener Gesetzeslage ...)“*

## **Gubitz, Anm. zu BGH - 3 StR 206/18, NStZ 2019, 236:**

*„Erforderlichkeit sollte ausweislich der Gesetzesmaterialien klarstellen, dass nur solche Veränderungen die Hinweispflicht auslösen, die für das Verteidigungsverhalten des Angekl. bedeutsam sind (BT-Dr. 18/11277, 36).“*

→ *Erforderlichkeit* ist also bezogen darauf, wann Hinweis erforderlich, nicht darauf *in welcher Form* dieser zu erteilen ist

## § 265 Abs. 3 StPO:

Bestreitet der Angeklagte unter der Behauptung, auf die Verteidigung nicht genügend vorbereitet zu sein, neu hervorgetretene Umstände, [...] die zu den in **Absatz 2 Nummer 1** bezeichneten gehören, so ist auf seinen Antrag die Hauptverhandlung auszusetzen.

## § 265 Abs. 4 StPO (unverändert):

Auch sonst hat das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Hauptverhandlung auszusetzen, falls dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder der Verteidigung angemessen erscheint.

## BGH 1 StR 34/18, NStZ 18, 673 m. Anm. *Ventzke* (hier zu § 265 Abs. 4 StPO):

„Wie viel Zeit dem Angeklagten und seinen Verteidigern hierzu einzuräumen ist, lässt sich zwar nicht allgemein bestimmen. Jedenfalls muss sie aber unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse als ausreichend angesehen werden können.“

(Beruhen)“Die Möglichkeit einer anderen Verteidigung braucht nicht nahe zu liegen; es genügt, dass sie nicht mit Sicherheit auszuschließen ist [...]. Bei einem Verstoß gegen § 265 Abs. 4 StPO ist dies nur ausnahmsweise der Fall.“

## Zusammenfassung

### Voraussetzungen für Hinweispflicht

- Abs. 1: *unverändert*: „anderes Strafgesetz“
- Abs. 2 Nr. 1: alle Maßnahmen (str., ob erforderlich, dass in der HV neu hinzugereten)
- Nr. 2: Abweichung von mitgeteilter Bewertung (auch Abweichung von vorhergehendem rechtlichem Hinweis)
- Nr. 3 Hinweis auf veränderte Sachlage

### Rechtsfolgen des Hinweises

- Abs. 3: „auf Antrag“ → Aussetzung zwingend (Abs. 1 und 2 Nr. 1)
- Abs. 4: (auch von Amts wegen) → „angemessen erscheint“

## Gliederung

- Das „neue“ Recht
- Wann besteht eine Hinweispflicht und wann reicht ein Hinweis nicht?
- Inhaltliche Anforderungen an den Hinweis
- Formale Anforderungen an den Hinweis
- Das Danaergeschenk

## MüKoStPO/Norouzi, 1. Aufl. 2016, StPO § 265 Rn. 3:

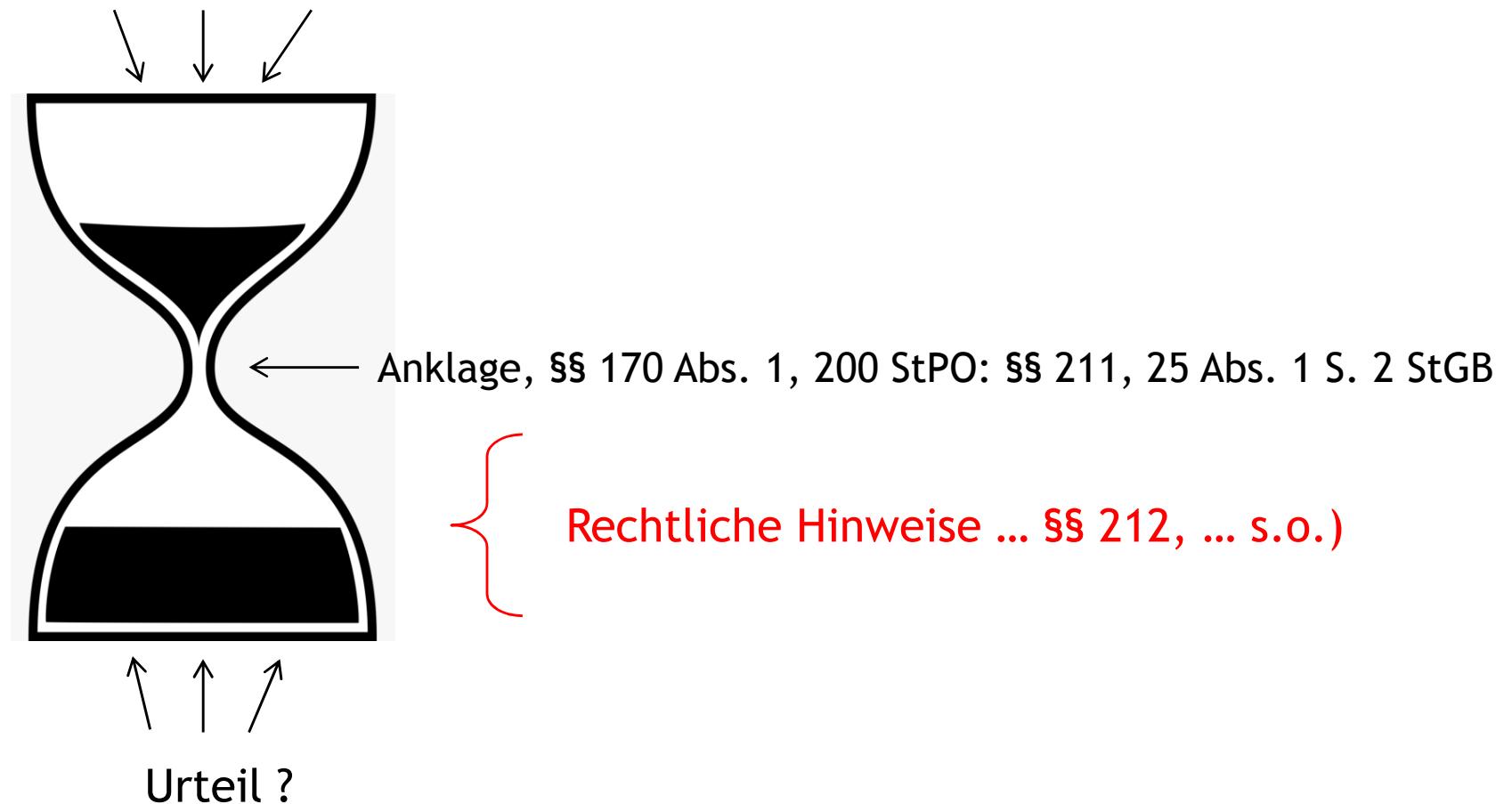
*„Ein extensiver Gebrauch von § 265 Abs. 1 und 2 - und nicht selten ist es die Verteidigung, die dies anregt - [kann] das Gegenteil dessen bewirken, was die Norm bezoeken soll.“*

*Der Hinweis, die Norm zur Sicherung einer sachgerechten Verteidigung möglichst „in großzügiger Weise auszulegen“, erweist sich dann, bei Licht besehen, als Danaergeschenk.“*

## Hinweise ohne Wert?

- mehrere, sich teilweise widersprechende Hinweise („auf Anregung der Staatsanwaltschaft“/“auf Anregung der Verteidigung“)
- Hinweise „höchst vorsorglich“

Ermittlungsverfahren, Vorwürfe: §§ 211, 212, 226 ... , 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 ... StGB



## 2 BvR 1769/04

"Überraschungsentscheidungen" verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG

## 2 BvR 1769/04

Hinweispflicht aus § 265 StPO dient der Wahrung des fairen Verfahrens insoweit, als durch sie einem Angeklagten die Möglichkeit gegeben werden soll, sich mit den tatsächlichen und rechtlichen Aspekten einer ihm drohenden Verurteilung auseinander zu setzen.

aber:

Die verfassungsrechtliche Prüfdichte beschränkt sich allein auf den Mindestgehalt dessen, was das Grundrecht vorgibt.

→ Beschwerdeführer muss substantiiert darlegen, was er bei Erteilung des Hinweises vorgetragen hätte (Beruhen)

## Es besteht Hoffnung ...

- durch die Neufassung, insbesondere auch § 265 Abs. 2 Nr. 2
- durch die Antwort des 1. Senats auf die Anfrage des 5.

... dass das Geschenk sich doch als wertvoll erweist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!