

MICHAEL GUBITZ

Rechtlicher Hinweis und Funktion der Anklage

Ich habe vor nunmehr über 27 Jahren in den ersten Tagen meiner Anwaltszulassung *Klaus-Ulrich Ventzke* bei einer Fortbildung in Hamburg kennen und sehr schätzen gelernt. Als bereits etablierter und anerkannter Verteidiger hat er sich ausgesprochen zugewandt mit dem Neuling aus der Provinz über das Strafverteidigerdasein unterhalten. Ich erinnere vor allem sein Schmunzeln, das er auch danach bei den meisten unserer persönlichen Begegnungen zeigte. Er wirkte dabei damals (und auch danach oft) auf mich auf eine sehr freundliche Art belustigt, was ich sehr schätze; der Beruf und die damals neue Umgebung waren für mich ernst genug. In den zahlreichen Folgejahren kreuzten sich die Wege immer wieder, bis wir zuletzt zeitgleich beide Mitglieder des Ausschusses StPO der BRAK und Praxiskommentatoren der NStZ wurden. In unseren Praxiskommentaren haben sich sowohl *Klaus-Ulrich Ventzke* als auch ich uns jeweils bislang zweimal mit § 265 StPO befasst.¹ Dieser kleinen internen Statistik steht eine überraschend geringe Zahl an umfassenden Veröffentlichungen zu dieser, das Strafverfahren doch in nicht geringem Maße mitprägenden, Norm entgegen. Zur Auslegung des § 265 StPO sind, vor allem aus Verteidigungssicht, weitere Fragen offen. Einer dieser offenen Fragen widmet sich dieser Beitrag.²

¹ *Ventzke* NStZ 2016, 61; *Ventzke* NStZ 2018, 673; *Gubitz* NStZ 2017, 241; *Gubitz* NStZ 2019, 236.

² Ich danke unserem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Nikolai Schumann* für seine wertvolle handwerkliche Hilfe und die instruktiven Gespräche zum Thema.

A. Problemstellung

Nahezu sämtliche Verfahrensgrundsätze der StPO standen auch Pate bei der Schaffung von § 265 StPO. So soll die Norm helfen, die ordnungsgemäße Verteidigung und den Grundsatz des fairen Verfahrens zu sichern, ebenso das Recht auf rechtliches Gehör und ein möglichst hohes Maß an Transparenz. Sie soll die Beschuldigtenrechte wahren und die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten effektiv sicherstellen.³

Schön und gut. Bei näherem Hinsehen offenbaren sich in bestimmten Konstellationen Zweifel daran, diese Ziele mit dem Wortlaut des § 265 StPO und dessen Interpretation durch die Obergerichte tatsächlich zu erreichen. Worum geht es also? Den Gegenstand des Prozesses⁴ bestimmen Anklage und Eröffnungsbeschluss. Ihnen kommt die immer wieder betonte Informations- und Umgrenzungsfunktion zu; sie benennen die entscheidungserheblichen Tatsachen und ihre vorläufige rechtliche Einordnung. Der tatsächliche Gegenstand des Verfahrens ist so zumindest in seinen Grenzen klar umrissen (§ 264 StPO), die rechtliche Würdigung bleibt dem Gericht überlassen. Die Anklage

³ Vgl. *Stuckenberg* in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2021), § 265 Rn. 1.

⁴ Im folgenden „Prozessgegenstand“, vgl. unten B. Hier ist nicht der Ort, um die Terminologie umfassend auf den Prüfstand zu stellen. Man wird *Schneider* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 200 Rn. 1, 3 und *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 264 Rn. 8 wohl so verstehen können, dass mit „Prozessgegenstand“ eher der zu untersuchende Sachverhalt bestimmt wird und weniger auch schon die Strafvorschriften, obwohl der Wortlaut von § 200 Abs. 1 S. 1 StPO insofern eindeutig ist. Ähnlich *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 20 Rn. 1: Der Prozessgegenstand erfasse „nur die, in der Anklage bezeichnete Tat“ der angeklagten Person(en) (§§ 155 I, 264 I), d.h. nur den Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens. Diese Festlegung ist eine Konsequenz des Anklagegrundsatzes [...]: Wenn die gerichtliche Untersuchung von der Erhebung einer Klage abhängt (§ 151), so muss sie auch thematisch durch die Anklage gebunden sein [...]. Im Folgenden wird der Begriff verstanden als die konkretisierte Tat, die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften.

benennt auch die auf Grundlage ihrer Sachverhaltsschilderung einschlägigen Normen. Sollte sich die Bewertung im Zwischen- oder Hauptverfahren ändern, greift § 265 StPO: Das Gericht muss auf die Veränderung hinweisen.

Die Zweifel am Wert eines rechtlichen Hinweises ergeben sich aus dessen Umsetzung in der Rechtspraxis. In vielen Fällen wird nicht (nur) auf eine „Veränderung“ hingewiesen, sondern auf eine mögliche Erweiterung:

*„... wird darauf hingewiesen, dass neben einer Verurteilung wegen Totschlags auch eine solche wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht kommt ...“.*⁵

Ist der Verteidigung mit einem solchen Hinweis auch *effektiv* geholfen? Das kommt auf den Blickwinkel an: Es ist sicher vorteilhaft, diese Änderung der Bewertung vor der Urteilsverkündung zu erfahren, um sich auch insoweit verteidigen zu können.⁶ Besser wäre allerdings eine konkretere Festlegung: Welcher der unterschiedlichen Vorwürfe (Totschlag oder Körperverletzung mit Todesfolge?) wird erhoben? Immerhin werden sich die jeweils

⁵ Scheffler JR 1989, 232, bringt folgendes Beispiel: „So ist beispielsweise in einem Strafverfahren vor dem Landgericht Berlin, in dem die Anklage auf Mord aus Habgier lautete, nach entsprechendem Hinweis zu Beginn der Hauptverhandlung wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt worden, nachdem außerdem im Laufe der Hauptverhandlung rechtliche Hinweise ergingen auf Totschlag, vorsätzliche Körperverletzung, gefährliche Körperverletzung hinsichtlich der Alternativen ‚mittels gefährlichen Werkzeugs‘ und ‚mittels einer das Leben gefährdenden Handlung‘, auf fahrlässige Tötung, wahlweise Feststellung wegen der Mordmerkmale ‚aus Habgier‘ oder ‚um eine andere Straftat zu ermöglichen‘ oder – wahlweise hierzu – ‚um eine andere Straftat zu verdecken‘, auf Totschlag durch Unterlassen, auf fahrlässige Tötung durch Unterlassen und auf Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen“.; zu einem weiteren Beispiel s. Ventzke NStZ 2018, 673, 676.

⁶ So schreibt etwa Wachsmuth ZRP 2006, 121, 122 f.: „Die Anzahl der Fälle, in denen der Angeklagte unnötig mit einem rechtlichen Gesichtspunkt konfrontiert würde, wäre also sehr begrenzt. Wenn das Gericht die Berücksichtigung ernsthaft in Betracht zieht, überwiegt allemal der Nutzen, insoweit noch Einfluss auf dessen Entscheidung nehmen zu können.“

zugrundeliegenden Sachverhalte auch in nicht unwesentlichen Punkten unterscheiden. Effektive Verteidigung bedeutet nicht, sich zu allen möglicherweise relevanten Punkten äußern zu können,⁷ sondern bedarf zu ihrer Fokussierung auch eines Ziels, eines klaren Prozessgegenstands, der (theoretisch) mit der Anklage existiert, aber bedroht ist durch einen *Fehlgebrauch* von § 265 StPO.⁸ Dieser kann angenommen werden, wenn das Gericht rechtliche Hinweise quasi mit der Gießkanne gibt,⁹ nur um sich alle Optionen *offen zu halten*.

Und warum existiert ein klares Korsett für die Anklage, wenn einer oder, auch nicht selten, mehrere rechtliche Hinweise dieses wieder aufschnüren oder ganz weglegen dürften? Wie verhalten sich § 200 StPO und § 265 StPO vor dem Hintergrund der o.g. Verfahrensgrundsätze wirklich zueinander?

Zu fragen ist mithin, ob die Erteilung von Hinweisen dem Gericht diese Möglichkeit der Ausuferung eröffnen darf. Wenn das nicht der Fall sein soll, sind Grenzen zu formulieren.

Das gegenwärtige Verständnis von § 265 StPO und die Bedenken dagegen lassen sich gut in einem Bild darstellen: Wie in einem Trichter werden die rechtlichen Erwägungen aus dem Ermittlungsverfahren in der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss zunächst gebündelt und konkretisiert. Hierfür sprechen mit der Funktion von Anklage und Eröffnungsbeschluss auch gute Gründe. Wenn mehrere Personen mit gefährlichen Werkzeugen auf jemanden einwirken, dieser verletzt wird und stirbt, ist es Aufgabe der Anklagebehörde, sich am Ende der die entscheidenden Fragen möglichst aufklärenden Ermittlungen für eine bestimmte Sachverhaltsdarstellung zu entscheiden und auf dieser Grundlage dann eben Anklage wegen Körperverletzung, fahrlässiger Tötung,

⁷ Vgl. auch Gillmeister StraFo 1997, 8, 10: „Der Angeklagte muß auch deshalb Klarheit über den Vorwurf gewinnen, weil es ausgeschlossen ist, daß er sich gegen alle Sachverhaltsvarianten, die im Strafverfahren zur Sprache kommen, verteidigen kann.“

⁸ Vgl. Scheffler JR 1989, 232, 233.

⁹ Vgl. Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 3: „Danaergeschenk“.

Körperverletzung mit Todesfolge, Totschlag und/oder Mordes zu erheben. Es ist wenig überzeugend, dass § 265 StPO dem Gericht die Möglichkeit einräumen soll, den Prozessgegenstand dann sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher (also den Sachverhalt betreffender) Hinsicht wieder zu entgrenzen:

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



Dieses Problem der Entgrenzung ist in der Literatur, soweit ersichtlich, nur vereinzelt und eher am Rande angesprochen worden.¹⁰

Mit diesem Beitrag wird der Versuch unternommen, der Entgrenzung Einhalt zu gebieten. Es soll die These begründet werden, dass der Hinweis nicht zur *Erweiterung* des Prozessgegenstands, sondern nur zu dessen *Verschiebung* führen darf. Die nach dem Verständnis des Gesetzgebers, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und nicht zuletzt dem Informationsinteresse des Angeklagten erforderliche weite Auslegung des § 265 StPO¹¹ steht dem nicht entgegen, denn Konsequenz ist nicht eine Reduzierung der Hinweispflicht,

¹⁰ Umfangreicher aber etwa Scheffler JR 1989, 232; vgl. zum Problem bereits Gubitza NStZ 2017, 241, 243.

¹¹ Vgl. zu diesem Erfordernis BGH GSSt 1/20, Beschluss v. 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 Rn. 22, passim m.w.N.

sondern eine Schärfung des Inhalts eines gegebenen Hinweises und seiner Konsequenzen.

B. Sinn und Zweck der Beschreibung des *Prozessgegenstands* (Bezeichnung der Tat, gesetzliche Merkmale der Tat, Konkretisierung) in der Anklage

Die Anklage erfüllt gemeinsam mit dem Eröffnungsbeschluss den vielzitierten doppelten Zweck aus Umgrenzungs- und Informationsfunktion. Die Erfüllung dieser Funktionen hat für das Strafverfahren grundlegende Bedeutung – Anklage und Eröffnungsbeschluss sind Verfahrensvoraussetzungen.

So dient die Umgrenzung zunächst der genauen Bezeichnung der prozessgegenständlichen Tat im prozessualen Sinne.¹² Wie nach dem Akkusationsprinzip (§§ 151, 155 Abs. 1 StPO) erforderlich, wird damit der Gegenstand der gerichtlichen Kognitionspflicht und -kompetenz (§§ 155, 264 StPO) beschränkt. Zugleich wird die sachverhaltsbezogene Seite des Prozessgegenstands und damit die Reichweite von Verjährungsunterbrechungen, Rechtshängigkeit und Rechtskraft bezeichnet.¹³ Aus dieser prozessualen Bedeutung der Umgrenzung erhellt sich das Erfordernis einer genauen, unmissverständlichen Bezeichnung der Tat im prozessualen Sinne.

Ebenso bedeutsam ist die Informationsfunktion. Angesprochen ist damit die Aufgabe von Anklage und – bestätigend (§ 207 Abs. 1 StPO), ergänzend oder verändernd (§ 207 Abs. 2 StPO) – Eröffnungsbeschluss, die Verfahrensbeteiligten und insbesondere den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, auch den

¹² Zur Umgrenzungsfunktion s. nur *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 15 ff.

¹³ *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 4; vgl. aber zur Rechtskraft *Schneider* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 200 Rn. 1.

rechtlichen Vorwurf in konkretisierter und klarer Form nachzuvollziehen.¹⁴ Damit wird nicht zuletzt dem verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zur Geltung verholfen.¹⁵ Der Beschuldigte muss, damit der Informationsfunktion genügt ist, eindeutig erkennen können, welche Handlung nach Ansicht von Staatsanwaltschaft und Gericht welchen gesetzlichen Tatbestand erfüllt. Dabei dürfen, wie vor allem § 200 Abs. 1 S. 1 StPO, aber auch § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO zeigt, mehrere denkbare rechtliche Würdigungen nicht einfach nebeneinandergestellt werden.¹⁶ Der Informationszweck und die Wahrung rechtlichen Gehörs erfordern vielmehr eine unzweideutige Benennung des Vorwurfs, gegen den sich der Beschuldigte zu verteidigen hat. Eine zielgerichtete Verteidigung ist nur möglich, wenn Anklage und Eröffnungsbeschluss die prozessgegenständlichen Fragen so genau und eindeutig wie möglich bezeichnen. Das bedeutet, dass mehrere Normen nur insoweit enthalten sein dürfen, wie diese kumulativ nebeneinander, nicht alternativ (einander ausschließend) anzuwenden sind.¹⁷

Durch die (zugelassene) Anklage oder den (abändernden) Eröffnungsbeschluss werden also die tatsächliche und rechtliche Konturierung der Tat, der Prozessgegenstand, in einer Weise zugespitzt, die eine konzise Verhandlung und Verteidigung erlaubt und damit ein faires Verfahren sicherstellt.

¹⁴ Vgl. *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 5, 41.

¹⁵ *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 5.

¹⁶ Zur genauen Bezeichnung vgl. *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 53; *Scheffler* JR 1989, 232, 233; BGH NStZ 1984, 133.

¹⁷ In diesem Sinne nebeneinander anwendbar sind Normen etwa auch bei (zulässiger) Wahlfeststellung. Vgl. hierzu *Bartel* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 410 ff.

C. Sinn und Zweck des rechtlichen Hinweises im Lichte des Ergebnisses zu B.

Vor diesem Hintergrund verwundert die Formulierung, die der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung GSSt 1/20, Beschluss vom 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 wählt:

„Sinn und Zweck des § 265 StPO ist es vor diesem Hintergrund, den Angeklagten vor Überraschungen zu bewahren [...]. Dieser Zweck wird am zuverlässigsten dadurch erreicht, dass der Angeklagte auf jede in Betracht kommende Rechtsfolge ausdrücklich hingewiesen wird, sei es in der Anklageschrift, im Eröffnungsbeschluss oder in der Hauptverhandlung [...]“¹⁸

Der vom Senat vorgestellte Zusammenhang zwischen Informationen durch Hinweise einerseits und Beschuldigtenrechten andererseits folgt also offenbar der Maxime „the more, the merrier“. Wie oben dargestellt, bildet diese Vorstellung aber – bestenfalls – die halbe Wahrheit ab: Tatsächlich sind überbordende, sich gegenseitig widersprechende, „hypothetische“ Hinweise eine enorme Gefahr für die Verteidigung, die sich mit der kaum lösbaren Aufgabe konfrontiert sieht, sich zu allen nach Auffassung des Gerichts möglicherweise und unter gewissen Umständen relevanten Punkten zu verhalten, um, im Falle einer Freispruchverteidigung, *jede* denkbare *Verurteilung* zu vermeiden, oder, im Falle einer Strafzumessungsverteidigung, *alle* relevanten (*Rechtsfolgen*-) *Aspekte* einzuführen. Sie provozieren auch die Gefahr eines widersprüchlichen Verteidigungsverhaltens. Dies kann nicht nur bei entsprechenden Beweisbehauptungen problematisch werden, sondern ist auch im Plädoyer mindestens

¹⁸ Freilich war diese Entscheidung darauf bezogen, dass die Einziehung in der Anklage und im Eröffnungsbeschluss vergessen worden war; ob der Bundesgerichtshof also auch in Bezug auf die Hauptrechtsfolgen Freiheits- und Geldstrafe so formulieren würde, bleibt offen.

psychologisch wenig überzeugend. Denn auch wenn man bei den Berufsrichter:innen einen professionellen Umgang mit alternativen Ausführungen zu verschiedenen möglichen Abläufen erwarten darf, werden doch zumindest die Laienrichter:innen nicht frei sein von dem Reflex: Die Verteidigung weiß doch, was passiert ist, wieso dieses Konstrukt mehrerer Hypothesen?

Andererseits bietet auch ein schlichter Verzicht auf frühzeitige rechtliche Hinweise keine Lösung: Nach der oben angeführten Entscheidung des Großen Senats gilt:

„Der aus Fairnessgründen gebotene Schutz des Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen erfordert keine restriktive Auslegung des § 265 StPO, sondern eine umfassende Hinweispflicht“.

Das ist vollkommen richtig, sagt aber noch nichts über den Inhalt und die Bindungswirkung eines Hinweises.

I. Zulässiger Inhalt des rechtlichen Hinweises

Es ist also der Konflikt zwischen dem Erfordernis einer weitreichenden Anwendung des § 265 StPO einerseits und dem Schutz vor der Konkretisierung des Tatvorwurfs *aufhebenden*, gegebenenfalls *widersprüchlichen* Hinweisen andererseits aufzulösen.

Ausgangspunkt ist zunächst der Wortlaut des § 265 Abs. 1 StPO, der einen Hinweis bei einer „*Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts*“ vorsieht.¹⁹ Zwar kann auch eine Erweiterung, eine Kumulation rechtlicher Gesichtspunkte noch als vom Wortlaut „*Veränderung*“ gedeckt angesehen werden, doch deutet

¹⁹ Scheffler JR 1989, 232, 233.

der semantische Kern nicht auf die Aufnahme eines neuen, weiteren Gesichtspunkts im Sinne einer quantitativen Veränderung (eine weitere Möglichkeit kommt hinzu), sondern eine *qualitative* Veränderung (eine andere Möglichkeit tritt an die Stelle des Bisherigen). Auch steht der rechtliche Gesichtspunkt in § 265 Abs. 1 StPO im Singular; es geht also um die Veränderung eines einzigen rechtlichen Gesichtspunkts und die „*veränderte Sachlage*“ im Sinne des § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO.

Vor allem aber streitet die systematische Funktion des § 265 StPO²⁰ für ein Verständnis des Hinweises nur als Verschiebung, nicht als Erweiterung. Während die Anklage die ursprüngliche Konkretisierung vornimmt (s.o.) und der Eröffnungsbeschluss die – gegebenenfalls abgeänderte – Übernahme der Konkretisierung durch das Gericht bedeutet, fügt die Hinweispflicht ein temporales Element hinzu: Sich erst nach der Eröffnung ergebende Umstände und Bewertungen können keinen Einfluss auf den Eröffnungsbeschluss mehr haben. Hätten sie aber bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung vorgelegen, hätte auch der Eröffnungsbeschluss einen entsprechenden Inhalt gehabt. Der rechtliche Hinweis stellt sicher, dass Anklage und Eröffnungsbeschluss nicht durch das Geschehen in der Hauptverhandlung „*überholt und obsolet*“²¹ werden. Man kann deshalb diesen Hinweis gleichsam als „*Update*“ der Anklage²² ansehen. Es gibt aber keine nachvollziehbare Rechtfertigung dafür, an dieses Update geringere Anforderungen als an eine Anklage – in einer zulassungsfähigen (§§ 200, 207 StPO, s.o.) Form! – zu stellen. Denn sämtliche oben genannten Verfahrensgrundsätze gelten weiterhin. Das lässt dann aber keine andere Interpretation der hier betrachteten rechtlichen Hinweise zu, als dass sie *an die Stelle* der bisherigen Bewertung treten. Rechtlich ausgeschlossen ist, dass das „*Update*“ nun

²⁰ Zum systematischen Bezug zu Anklage und Eröffnungsbeschluss s. Scheffler JR 1989, 232, 233; Bartel in KK, StPO, § 265 Rn. 3; Wenske in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 48; auch Ventzke NStZ 2016, 61, 62.

²¹ Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 4.

²² Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 4.

der Anklage eine zu ausufernde Form verleiht. Der Hinweis aktualisiert Anklage und Eröffnungsbeschluss; er darf nicht zum Anlass genommen werden, deren Festlegungen und Konkretisierungen zunichtezumachen.

Nur so kann auch dem zu Beginn dargestellten Telos des § 265 StPO, der Verwirklichung von Rechten des Beschuldigten wie dem Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere ein faires Verfahren, Rechnung getragen werden. Die Norm dient dem Schutz des Angeklagten und der Verbesserung seiner Verteidigungsmöglichkeiten.

Es zeigt sich damit, dass auch § 265 StPO die notwendige Konkretisierung des Vorwurfs der Anklage nicht infrage stellen kann, sondern vielmehr nur solche Hinweise fordert und zulässt, die eine Verschiebung, nicht eine Erweiterung des Vorwurfs bedeuten.²³

Diese Überlegungen haben dann auch Konsequenzen für die Formulierung des rechtlichen Hinweises. Überall dort, wo die genannten Anforderungen eine Erweiterung des Prozessgegenstandes ausschließen, wird es sich aufdrängen, dies wie folgt zu verdeutlichen:

„... wird darauf hingewiesen, dass anstelle einer Verurteilung wegen Totschlags eine solche wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht kommt“

und eben nicht, „... neben ... auch...“.

²³ Vgl. schon Gubitzi NStZ 2017, 241, 244.

II. Bindungswirkung des rechtlichen Hinweises

Es ist also „weniger am Hinweiserfordernis als an seiner Bindungswirkung eine Lösung zu suchen.“²⁴ So löst der unter 1. dargestellte Ansatz zugleich die umstrittene Frage, ob das Abrücken von einem rechtlichen Hinweis seinerseits eines Hinweises bedarf. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Wenn der Hinweis Anklage und Eröffnungsbeschluss „aktualisiert“, steht auch eine Abweichung von diesem Hinweis einer Abweichung von Anklage und Eröffnungsbeschluss gleich.²⁵

Diese Frage hat nicht zuletzt auch durch die Schaffung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO neue Brisanz erlangt.²⁶ § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO wurde durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“²⁷ in die Strafprozessordnung eingefügt, auch diese Neuregelung soll ausweislich der – freilich recht knappen – Gesetzesbegründung dem Schutz vor Überraschungsentscheidungen dienen:²⁸

²⁴ Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 59.

²⁵ Trotz anderem Ergebnis ähnlich im Ansatz Scheffler JR 1989, 232, 233 und Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 59.

²⁶ Lt. Eschelbach in BeckOK, StPO, 51. Edition (2024), § 265 Rn. 34a ist die Ansicht, „dass die Rücknahme eines bereits erteilten Hinweises nicht hinweispflichtig sei [...] durch die neue Regelung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 überholt.“

²⁷ BGBl. 2017 Teil I Nr. 58, S. 3202 ff.

²⁸ Vgl. Müller-Jacobsen StraFo 2021, 503, 506: „Eine Analyse der seit fast vier Jahren geltenden Vorschrift enttäuscht, sieht man sie als Erweiterung der Ansprüche des Angeklagten und der Verteidigung in der Hauptverhandlung an, wie sie der Gesetzgeber in der Begründung vorgestellt hat. Die Neufassung des § 265 Abs. 2 StPO hat wenig Klarheit gebracht und einige neue Fragen aufgeworfen, die zu klären weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleibt.“

„Das Verbot der Überraschungsentscheidung gebietet daher einen Hinweis, wenn das Gericht von einer derartigen Bewertung, die in der Hauptverhandlung mitgeteilt wurde, abweichen will.“²⁹

Der Wortlaut postuliert eine Hinweispflicht bei jedem Abrücken von einer „in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage“. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung ein Abweichen von während einer Erörterung gemäß § 257b StPO mitgeteilten Auffassungen.³⁰ Die genaue Reichweite der Norm ist aber an vielen Stellen umstritten: Etwa mit Blick auf Abweichungen von der Sanktionsprognose nach gescheiterten Verständigungsgesprächen³¹ oder bei späterer Annahme von Bedeutungslosigkeit (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO) statt (wie noch bei Ablehnung) Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO) eines Beweisantrags.³²

Jedenfalls soll § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO aber doch dem Schutz des Angeklagten und seines Vertrauens dienen, das Gericht werde von einer zu erkennen gegebenen Einschätzung nicht abweichen, ohne auch diese Änderung erkennbar zu machen. Eine Einschätzung gibt das Gericht notwendig auch mit dem – insbesondere den oben dargestellten Anforderungen genügenden – Hinweis zu erkennen. Angesichts der Erweiterung der Hinweispflichten drängt es sich daher auf, § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO auch für einschlägig zu halten, wenn von einem gegebenen Hinweis abgerückt werden soll.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese Frage noch weitgehend offen. Zwar hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ein solches Verständnis mit Beschluss vom 3. Juli 2018 – BGH 5 StR 38/18 = HRRS 2018 Nr. 638 auch vor dem Hintergrund des geänderten § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO deutlich

²⁹ BT-Drs. 18/11277, S. 37.

³⁰ BT-Drs. 18/11277, S. 37.

³¹ Dazu Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 42.

³² Dazu Bartel in KK, StPO, § 265 Rn. 24 m.w.N.

zurückgewiesen. Demgegenüber hat aber der 1. Strafsenat in seinem Beschluss vom 13. Juli 2018 – BGH 1 StR 34/18 = HRRS 2018 Nr. 815 ausgeführt:

„Eine Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 1 StPO besteht, wenn sich die rechtliche Beurteilung der Tat gegenüber der zugelassenen Anklage ändert, der Angeklagte also auf Grund eines anderen Strafgesetzes oder eines dort nicht angeführten strafferhöhenden Umstandes verurteilt oder eine dort nicht angegebene Maßregel der Besserung und Sicherung gegen ihn verhängt werden soll [...]. Entsprechendes gilt gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO nunmehr, wenn das Gericht von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage abweichen will.

Dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Gericht im Urteil von einer anderen Teilnahmeform ausgehen will als die unverändert zugelassene Anklage bzw. der erteilte Hinweis.“

Der Senat nahm hier eine Hinweispflicht wegen des Abrückens von einem früheren Hinweis zumindest im konkreten Fall an.³³ Wie schon bei der oben erwähnten Entscheidung des Großen Senats GSSt 1/20, Beschluss vom 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 stehen sich also die Beschuldigtenrechte eher begrenzende Auffassung des 5. Senats und die eher beschuldigtenfreundliche Auffassung des 1. Senats gegenüber. In jener Entscheidung hat sich der Große Senat aber bereits der beschuldigtenfreundlicheren Auffassung angeschlossen und die Bedeutung des § 265 StPO für ein faires Verfahren betont.³⁴

³³ Vgl. Ventzke NStZ 2018, 673, 677.

³⁴ So auch Ventzke NStZ 2018, 673, 677.

Andernorts wird die Hinweispflicht beim Abrücken von einem rechtlichen Hinweis aber sogar noch weitergehend relativiert. Umstritten ist dabei, soweit ersichtlich, dann nur noch, ob sie gänzlich abgelehnt wird³⁵ oder ob sie nur für den Fall angenommen wird, dass sich das Gericht auch tatsächlich binden wollte:

„Weist er [d.i. der Hinweis] nur allgemein auf ein anderes Strafgesetz oder einen anderen möglichen Geschehensablauf hin, ohne eine vorläufige Bewertung des Gerichts hieran zu knüpfen, so erweitert dieser Hinweis nur die Entscheidungsmöglichkeiten und begründet kein schützenswertes Vertrauen, das Gericht tendiere in eine bestimmte Richtung.“³⁶

„[Eine Bindung bestehe, wenn] das Gericht bei Erteilung des Hinweises deutlich zum Ausdruck bringt, dass durch die neue rechtliche Beurteilung zugleich die im Anklagesatz enthaltene frühere Bewertung überholt sein soll, so etwa, wenn darauf hingewiesen wird, dass eine Verurteilung nach dem im Anklagesatz genannten Qualifikationstatbestand nicht mehr in Betracht kommt, sondern nurmehr eine Verurteilung nach dem Grundtatbestand möglich sei.“³⁷

Schon zur alten Rechtslage sollte diese Wirkung davon abhängig gemacht werden, wie das Gericht einen Hinweis formuliert, ob es sich insbesondere

³⁵ Ceffinato JR 2020, 6, 9; wohl – jdf. sehr apodiktisch – BGH BeckRS 2018, 15987; Schmitt in Meyer-Goßner-Schmitt, StPO, 67. Auflage (2024), § 265 Rn. 33a.

³⁶ Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 44.

³⁷ Pauly StraFo 2023, 418, 422, der auf BGH MDR 1972, 925 (bei Dallinger) und allgemein zur Thematik auf Eschelbach in BeckOK, StPO, 1.7.2023, § 265 Rn. 34a verweist. Ähnlich auch: Stuckenberg in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2020), § 265 Rn. 79 f.; wohl auch Bartel in KK, StPO, § 265 Rn. 24.

„unzweideutig auf eine vorläufige Bewertung der Sach- oder Rechtslage festlegt“³⁸ oder ob schutzwürdiges Vertrauen begründet³⁹ werde.⁴⁰

Auch eine Differenzierung danach, ob mehrere erteilte Hinweise „*Delikte mit unterschiedlichen Rechtsgütern bzw. gänzlich unterschiedlichen Begehungsweisen oder Motivlagen betreffen*“⁴¹, lässt Abgrenzungen offen, hebt die Gefahr widersprüchlicher, überbordender Hinweise nicht auf und lässt eine Grundlage im Gesetz nicht erkennen. Die Lösung liegt vielmehr im neu eingefügten § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO selbst: Ein rechtlicher Hinweis ist *stets* eine mitgeteilte vorläufige Bewertung der Sach- oder Rechtslage.

Rechtliche Hinweise hindern das Gericht also selbstverständlich nicht daran, später wieder von ihnen abzuweichen. Sie entfalten aber gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO Bindungswirkung in der Weise, dass ein Abrücken von ihnen seinerseits Hinweispflichten auslöst.

Dagegen, in jedem Hinweis eine solche Festlegung zu erblicken, wird vorgebracht, dies widerspräche seiner begrenzten Aufgabenstellung, die Festlegung bleibe der Schlussberatung vorbehalten. So führt etwa das OLG Hamburg aus:

*„Durch den Hinweis wird bei verständiger Würdigung 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 in der Urteilsberatung entscheidet.“*⁴²

³⁸ OLG Hamburg NJW 2020, 2794 Rn. 22 m.w.N.

³⁹ Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 44.

⁴⁰ Vgl. zur Frage nach altem Recht etwa Stuckenberg in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2021), § 265 Rn. 79 m.w.N.

⁴¹ Norouzi in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 59; ähnliche Abgrenzungen schlägt trotz seiner vorherigen Ausführungen im Ergebnis vor Scheffler JR 1989, 232, 234.

⁴² OLG Hamburg NJW 2020, 2794 Rn. 21; auch schon BGH NJW 1998, 3654, 3655.

Zwar trifft zu, dass die abschließende Entscheidung der Urteilsberatung vorbehalten bleibt. Darin liegt aber kein nachvollziehbarer Grund dafür, dass sich im Laufe des Prozesses die Anforderungen an den Prozessgegenstand zulasten des Angeklagten verschieben dürften. Oder sollte die Hauptverhandlung wegen ihrer im Hinblick auf die Erkenntnismöglichkeiten strukturellen Überlegenheit gegenüber dem Ermittlungs- und Zwischenverfahren eine völlig neue Ausgangssituation schaffen, so dass es gewissermaßen zu viel verlangt wäre, dieses Mehr an Erkenntnissen fortlaufend in das Korsett der Anklage zu zwingen? So verhält es sich aber gerade nicht; vielmehr ist es nicht selten umgekehrt: Die Hauptverhandlung *relativiert* vermeintliche Ermittlungsergebnisse der Strafverfolger und stellt diese auf den Prüfstand. Es kommt also eher zu einem Weniger an (jedenfalls belastenden) Erkenntnismöglichkeiten (z.B. werden Beweiserhebungs-, Beweisverwendungs- und Beweisverwertungsverbote aufgedeckt, einseitige Vernehmungsergebnisse korrigiert).

Selbst der Verweis darauf, dass dann eben ein rechtlicher Hinweis auf *mildere* Tatbestände und für den Angeklagten *günstigere* Sachverhaltsverläufe erforderlich werden könnte, rechtfertigt nicht die Erweiterung des Prozessgegenstands: Denn auch dies hätte die Polizei schon so aufklären, bzw. als Möglichkeit feststellen können (oder müssen). Dann hätte sich die *Staatsanwaltschaft* entscheiden müssen, welche Alternative anzuklagen ist. Wieso sollte die Staatsanwaltschaft eher befähigt sein, eine notwendige Zwischenentscheidung zu treffen als das Gericht (vor der Urteilsberatung)?

Es fehlt demnach schlicht eine Rechtfertigung dafür, dass die Anforderungen der Festlegung für das Gericht während der laufenden Hauptverhandlung geringer sein sollten als am Ende des Ermittlungs-, dem gesamten Zwischen- und dem Beginn des Hauptverfahrens. Jedenfalls ändert sich auch im fortschreitenden Verfahren nichts am Bedürfnis nach Umgrenzung und Information auf der Seite des Beschuldigten.

Die Urteilsberatung kann sich stets nur auf den tatsächlichen wie rechtlichen Vorwurf der Anklage beziehen. Dass dieser Prozessgegenstand tatsächlich wie rechtlich eng begrenzt ist, wird im Strafverfahren nicht nur hingenommen, sondern ist umgekehrt, wie unter B. dargestellt, gerade Voraussetzung eines fairen Verfahrens. Das Zwischenverfahren mit den dargestellten Regeln für die Eröffnung des Hauptverfahrens weist dem Tatgericht Verantwortung dafür zu, nur über die Verwirklichung der Voraussetzungen bestimmter, nebeneinander anwendbarer (sich also nicht widersprechender) Strafnormen, durch einen den Bestimmtheitsanforderungen genügend umrissenen Lebenssachverhalt (oder bei verbundenen Verfahren mehrere, jeweils aber wiederum hinreichend bestimmte Lebenssachverhalte) zu entscheiden.

Soll aufgrund neuer (rechtlicher oder tatsächlicher) Bewertung nunmehr über die Voraussetzungen einer anderen Strafnorm gestritten und entschieden werden, ist gemäß § 265 Abs. 1 bzw. § 265 Abs. 2 Nr. 1, 3 StPO ein Hinweis erforderlich. Diese Hinweismöglichkeit wird einerseits begrenzt durch § 264 Abs. 1 StPO und andererseits ermöglicht durch § 264 Abs. 2 StPO.

Dem liegt schon eine Differenzierung zugrunde: Ein Hinweis, der einen *neuen* Vorwurf, insbesondere eine *neue rechtliche* Bewertung der Tat aufwirft, tritt, wie ausgeführt, mit seiner rechtlichen Bewertung *an die Stelle* eines Eröffnungsbeschlusses gemäß § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO. Er löst daher, soll von ihm abgewichen werden, seinerseits eine Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO aus.

Demgegenüber bewegen sich andere rechtliche Hinweise, die (nur) klarstellen, was bereits bei Anklage hätte mit aufgenommen werden können, wenn es nicht übersehen worden wäre⁴³ oder noch nicht bekannt war, *innerhalb* des Prozessgegenstandes, der bereits in der Anklage auch noch näher hätte

⁴³ Eine Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO besteht auch, wenn in der Anklage zwar eine bestimmte Rechtsfolge rechtfertigende Umstände, nicht aber die Rechtsfolge selbst genannt waren, BGH GSSt 1/20, Beschluss v. 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 Rn. 13, passim.

beschrieben werden können. Ein Abweichen von einem Hinweis dieses Inhalts unterfällt nach dem oben Gesagten dann nicht § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO, weil der frühere Hinweis enthält, was schon die ursprüngliche Anklage hätte enthalten dürfen. Ist etwa nach dem tatsächlichen Geschehen eine ungleichartige Wahlfeststellung (etwa zwischen Diebstahl und Hehlerei) denkbar, wird aber nur eines der in Betracht kommenden Delikte in der Anklageschrift erwähnt, kann, auch wenn später nur wegen eines der Delikte verurteilt wird, auf die Möglichkeit einer Wahlfeststellung hingewiesen werden, ohne dass es eines erneuten Hinweises bedürfte: Die Wahlfeststellungsmöglichkeit hätte auch in der Anklage selbst angeführt werden können. Wurde demgegenüber nur ein Delikt (etwa ein Diebstahl) angeklagt und wird nunmehr – ohne dass es um eine Wahlfeststellung ginge – auf ein anderes Delikt (etwa Hehlerei) hingewiesen, wird vor einer Verurteilung nach dem ersten Delikt ein weiterer Hinweis erforderlich; hier liegt eine Rückkehr zur Auffassung der Anklageschrift vor, die mit dem ersten Hinweis abgeändert worden war.

Die Festlegung, welche Norm in Rede steht und welcher Sachverhalt, und damit die Festlegung der Tatbestandsvoraussetzungen, deren Verwirklichung die Verteidigung möglicherweise bestreiten möchte, ist also nicht eine der Schlussberatung vorbehaltene Entscheidung, sondern steht vielmehr umgekehrt bereits mit der Informations- und Konkretisierungsfunktion von Anklage und Eröffnungsbeschluss *ganz am Anfang* des Hauptverfahrens.

Möchte das Gericht einer rechtlichen Bewertung in der Anklage nicht folgen, so eröffnet es das Verfahren abweichend (§ 207 Abs. 2 StPO). Möchte es anders als nach Eröffnungsbeschluss verurteilen, erteilt es einen rechtlichen Hinweis. Es ist also nur konsequent, wenn es bei Abrücken von diesem Hinweis wiederum einen Hinweis zu erteilen hat.⁴⁴ Hierdurch wird die Urteilsberatung nicht stärker eingeschränkt als bereits durch das Akkusationsprinzip

⁴⁴ Oben Fn. 24.

und das Erfordernis einer – bis zur (stets möglichen) Erteilung eines Hinweises bindenden – rechtlichen Würdigung in Anklage und Eröffnungsbeschluss.

D. Ergebnis

Der angestrebte weitgehende Beschuldigtenschutz des § 265 StPO wird nicht bereits dadurch verwirklicht, dass Hinweispflichten großzügig angenommen werden. Vielmehr ist der gerichtliche Hinweis in seiner Bedeutung und damit auch in seinen Anforderungen der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss gleichzustellen. Er muss dezidiert festlegen, worüber verhandelt wird. Damit hebt er frühere rechtliche Einschätzungen auf und stellt seinerseits eine Einschätzung gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO dar. Rein hypothetische Hinweise sind unzulässig und als Verteidigungsmöglichkeiten beschränkender Gesetzesverstoß ein Rechtsfehler, auf dem ein späteres Urteil auch beruhen kann. Zusammenfassend kann man also im Hinblick auf die oben dargestellten Funktionen der Anklage – Umgrenzung und Information – sagen: Ein Zuviel an Information entgrenzt, es ist daher zu vermeiden.