

REDAKTION

RA Prof. Dr. Björn Gercke
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Prof. Dr. Helmut Pollähne
Prof. Dr. Dominik Brodowski
RAin Lea Voigt

AUS DEM INHALT

Bundesgerichtshof

Befangenhitsantrag Nebenbetroffener im Revisionsverfahren

Unverzüglichkeit bei Ablehnungsgesuch der StA **Tsambikakis**

Wahrunterstellung

Audiovisuelle Vernehmung

Unmittelbarkeitsgrundsatz und Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung **Seel**

Zustimmung zur Verständigung

Anforderungen an Urteilsgründe; »Polizei-trick«-Bande

Prozessuale Tatidentität und Verfolgungswille der StA; Tateinheit

Keine Hinweispflicht bei besonderer Schwere der Schuld **Bockemühl**

Ergänzung eines zunächst abgekürzten Urteils

Revision des Insolvenzverwalters als Einziehungsbeteiligter

Ausschluss der Öffentlichkeit

Dolmetscherin und (Pflicht-)Verteidigerin in einer Person **Habetha**

Oberlandesgerichte

BayObLG

Befangenhheit

Erscheinen des Angeklagten

Überschreitung der Frist des § 418 Abs. 1 S. 2 StPO

Celle

Überschreitung der Urteilsabsetzungsfrist
Betreuer und Rechtsmittelrecht

Hamm

Berufungseinlegung

Naumburg

»Fernwirkung« bei gescheiterter Verständigung

Amtsgericht

Eilenburg

Zur Nachholung von Ermittlungen im Zwischenverfahren

Aufsätze

Stephan Barton

Komplettaufhebungen – Schief lagen in der Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen

Nadja Becker

Die Anforderungen an das Fragerecht im Rahmen der richterlichen Videovernehmung nach §§ 58a, 168e StPO

Jan Dehne-Niemann

Viele sind zur Urteilsfindung berufen, aber wenige zur Entscheidung auserwählt: Zur Verlängerung der Unterbrechungsfrist durch die Erkrankungsverhinderung von Ergänzungsrichtern und -schöffen

Yves Georg

Die Inbegriffsrüge bei vorgeführten Vernehmungsvideos

Rezension

Alexander Schäfer

Detlef Burhoff (Hrsg.), Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

Heft 12
Dezember 2025
Seiten 781 – 852
45. Jahrgang
Art.-Nr. 08100512
PVSt 20232

12

Carl Heymanns Verlag

Keine Hinweispflicht bei besonderer Schwere der Schuld

StPO § 265 Abs. 1; StGB §§ 211, 212

Nach § 265 Abs. 1 StPO ist das Gericht verpflichtet, dem Angeklagten einen Hinweis zu erteilen und diesem Gelegenheit zur Verteidigung zu geben, wenn es ihn aufgrund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes verurteilen will. Die Vorschrift ist im Fall der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) bereits nach ihrem Wortlaut nicht anwendbar. Insbesondere bestehen nicht infolge der Entscheidung des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung von § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zwei verschiedene

Mordtatbestände. Denn die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld ist systematisch kein Teil der Entscheidung zu Schuld- und Strafausspruch. Sie ist vielmehr eine Entscheidung für das Vollstreckungsverfahren, die nach der Rechtsprechung des BVerfG aus diesem herausgelöst und dem Tatgericht übertragen worden ist. Sie dient nicht der Bemessung der Sanktion, sondern der Vorbereitung einer Entscheidung über die Aussetzung ihrer weiteren Vollstreckung, die grundsätzlich dem Vollstreckungsgericht obliegt.

BGH, Beschl. v. 11.09.2024 – 3 StR 109/24 (LG Kleve)

Anmerkung: »Die deutsche Strafprozessordnung liest sich im großen ganzen wie die Lieferungsverträge, die sich bei uns eingebürgert haben: was auch immer geschieht, geht zu Lasten des Bestellers, und die ausführende Firma haftet für gar nichts.«¹

I. Einführung. Der Beschluss des 3. *Senats* vom 11.09.2024 betrifft die Frage des Erfordernisses eines Hinweises durch das Schwurgericht nach § 265 StPO bezüglich der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld im Sinne von § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB in den Fällen, in denen weder durch die Staatsanwaltschaft in der Anklage noch im weiteren Gang des Verfahrens ein Hinweis auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB erfolgte. Der 3. *Senat* hat die Revision des Angeklagten als unbegründet verworfen und die Notwendigkeit eines Hinweises nach § 265 StPO verneint. Der Auffassung des 3. *Strafsenats* ist mit Nachdruck zu widersprechen.

II. Sachverhalt. Die Staatsanwaltschaft hatte Anklage wegen heimtückischen Mordes aus Habgier und eines Falles der besonders schweren Brandstiftung erhoben. Die Anklage schwebte zur Frage der besonderen Schuldschwere. Im Verlauf der Hauptverhandlung hatte die *Kammer* einen Hinweis gemäß § 265 StPO erteilt, dass sie das Mordmerkmal der Heimtücke als nicht verwirklicht ansehen würde und anstelle eines Falles der besonders schweren Brandstiftung lediglich eine Verurteilung wegen einfacher Brandstiftung in Betracht käme. Weder in ihren Plädoyers hatten die Staatsanwaltschaft noch die Nebenklage die Feststellung der besonderen Schuldschwere beantragt.

Das *Schwurgericht* verurteilte den Angeklagten – entsprechend des im Rahmen der Hauptverhandlung gegebenen rechtlichen Hinweises – wegen Mordes aus Habgier und einfacher Brandstiftung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Es stellte allerdings zudem die besondere Schuldschwere gemäß § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB fest. Hiergegen richtete sich die Revision des Angeklagten. Die Revision war der Auffassung, dass das *Schwurgericht* den Angeklagten gemäß § 265 StPO auf die Möglichkeit der Feststellung der besonderen Schuldschwere hätte hinweisen müssen. Gerügt wurde ein Verstoß gegen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO i.V.m. § 57a StGB. Ferner wurde als weitere Stoßrichtung der Revision ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit a und lit b EMRK und gegen Art. 103 Abs. 1 GG geltend gemacht.

III. Die Begründung des BGH. Der 3. *Strafsenat* sieht unter keinem Gesichtspunkt die gesetzliche Hinweispflicht des § 265 StPO verletzt; weder eine solche aus § 265 Abs. 1 (hierzu 1.) noch eine aus § 265 Abs. 2 StPO (hierzu 2.). Auch eine analoge Anwendung von § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO käme ebensowenig in Betracht. In der Verfahrensweise des LG sei auch kein Verstoß gegen Art. 103 Abs 1 GG (rechtliches Gehör) und auch kein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu erblicken (hierzu 3.).

1. Der *Senat* ist der Auffassung, dass § 265 Abs. 1 StPO schon nach dem Wortlaut nicht einschlägig sei. Die gesetzliche Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 solle das Gericht nur dann treffen, »wenn es den Angeklagten aufgrund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes verurteilen will«. Dieses sei allerdings im Falle der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld nicht der Fall. Es geht also um die Frage des »anderen Strafgesetzes«. Was darunter zu subsumieren ist, ist nicht wirklich klar.² Unbestritten scheint lediglich zu sein, dass ein »anderes Strafgesetz« jede Bestimmung ist, die zum notwendigen Inhalt des Anklagesatzes gehört und in irgendeiner Weise den Schuldspruch oder Rechtsfolgenausspruch beeinflussen und sich damit auf die Gestaltung der Verteidigung des Angeklagten auswirken kann.³

So liegt es gerade bei der Entscheidung nach § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB. Über die Frage der Schuldschwere ist von Verfassungen wegen in jedem Schwurgerichtsverfahren durch das Instanzgericht zu befinden.⁴ Bei der Frage, ob die besondere Schuldschwere vorliegt, entscheidet das Schwurgericht – für das zukünftige Vollstreckungsverfahren bindend⁵ – im Sinne eines strafzumessungsgleichen Abwägungsvorgangs, über die Rechtsfolge.⁶ Insofern betrifft die Frage des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB bereits unmittelbar einen rechtsfolgenrelevanten Umstand,⁷ der einen Hinweis nach § 265 Abs. 1 StPO erforderlich macht.⁸ Das gilt insbesondere in den Fällen – wie im vorliegenden –, in denen ein Hinweis auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB im Anklagesatz nicht enthalten war.⁹ Der Angeklagte soll – und das ist der wesentliche Zweck der Hinweispflichten des § 265 StPO – vor »unliebsamen Überraschungen« geschützt werden.¹⁰ Dabei stellt die Vorschrift richtigerweise auf den Eröffnungsbeschluss ab.¹¹ Das Gericht ist nach § 264 Abs. 2 StPO an die Beurteilung der Tat durch die Staatsanwaltschaft, wie sie in der Anklageschrift zum Ausdruck kommt, nicht gebunden. An die eigene Beurteilung des geschichtlichen Lebenssachverhaltes ist das Gericht hingegen sehr wohl gebunden. Der Angeklagte erfährt durch den Eröffnungsbeschluss die Beurteilung des angeklagten Lebenssachverhaltes erstmals durch das zuständige Gericht. Will das Gericht von dieser Beurteilung im weiteren Verfahren abweichen, so ist das nur nach Maßgabe des § 265 StPO gangbar.¹² Nach zutreffender Auffassung soll § 265 StPO die

1 Kurt Tucholsky, Deutsche Richter, 1927.

2 So auch KMR-StPO/Stuckenberg, Stand: 33. Lfg., § 265 Rn 19 f.

3 Vgl. nur KMR-StPO/Stuckenberg (Fn. 2), § 265 Rn 20 m.w.N.

4 BVerfGE 86, 288 (309 ff.) – *Schwurgerichtslösung*. Vgl. hierzu MüKo-StGB/Groß/Kett-Straub, 4. Aufl. 2020, § 57a Rn 13.

5 Gerade dieser Umstand, dass das Vollstreckungsgericht an die Entscheidung des Schwurgerichts gebunden ist, führt dazu, dass bei Fehlen entsprechender Umstände im Urteilstenor, vom Nichtvorliegen der besonderen Schwere der Schuld auszugehen hat; so ausdrücklich MüKo-StGB/Groß/Kett-Straub (Fn. 4), § 57a Rn 13 a.E. m.w.N.

6 So auch MüKo-StPO/Norouzi, 2. Aufl. 2024, § 265 Rn 29.

7 Ob das dazu führt, dass von »zwei verschiedenen Mordtatbeständen« auszugehen ist, so Lüderssen StV 2006, 61 f., kann dahinstehen.

8 Die Tatsache, dass über die Frage des § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB immer zu entscheiden ist, spricht nicht gegen das gefundene Ergebnis; die umfassende gerichtliche Kognitionspflicht besteht ohnehin, unabhängig von bestehenden Hinweispflichten; vgl. nur MüKo-StGB/Norouzi (Fn. 6), § 262 Rn 29.

9 Meyer-Goßner/Schmitt-StPO, 67. Aufl. 2024, § 265 Rn 15a; LR-StPO/Stuckenberg, 27. Aufl. 2021, § 265 Rn 32.

10 So auch Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung II, 1957, § 265 Rn. 1.

11 Vgl. hierzu schon Eb. Schmidt, Lehrkommentar II (Fn. 10), § 265 Rn. 4.

12 Eb. Schmidt, Lehrkommentar II (Fn. 10), § 265 Rn. 5: »an die Stelle des Eröffnungsbeschlusses tritt § 265«.

»allseitige Kognition« ermöglichen.¹³ Schon deshalb ist ein Hinweis, dass das erkennende Gericht, anders als noch im eigenen Eröffnungsbeschluss, von der besonderen Schuldschwere ausgeht, ein Hinweis geboten – übrigens auch nach Art. 6 Abs. 3 und 4 RL 2012/13/EU!¹⁴

2. Weitere Hinweispflichten ergeben sich in denjenigen Fällen, in welchen sich rechtliche oder tatsächliche Veränderungen im Verlauf der Hauptverhandlung ergeben. § 265 Abs. 2 StPO wurde im Jahr 2017 neu gefasst und ergänzt.¹⁵

Es war das *Schwurgericht* selbst, welches im Eröffnungsbeschluss nicht auf die Schuldschwere des § 57a StGB hingewiesen hatte. Der Eröffnungsbeschluss schwieg insofern. Im Rahmen der Hauptverhandlung hatten sich offenbar Umstände ergeben, die die *Kammer* veranlassten, die – mit Blick auf die (vorläufige) Einschätzung im Eröffnungsbeschluss – veränderte Sach- und Rechtslage hinzuweisen. Es ergingen Hinweise nach § 265 StPO; das *Schwurgericht* erachtete das Mordmerkmal der Heimtücke als nicht verwirklicht und sah anstelle eines Falles der besonders schweren Brandstiftung lediglich eine Verurteilung wegen einfacher Brandstiftung.

Es waren also zwei Umstände, die – abweichend von der Bewertung im Eröffnungsbeschluss – den Angeklagten gerade nicht beschwerten, sondern sich vielmehr »zu dessen Gunsten« auswirken würden. Ein darüber hinaus gehender Hinweis, dass anderweitige Änderungen sich in Bezug auf den Eröffnungsbeschluss ergeben hatten, erfolgte gerade nicht. Dabei hatte die *Kammer* in dem Eröffnungsbeschluss den in der Anklage fehlenden Hinweis auf § 57a StGB nicht für erforderlich erachtet. Nachdem die *Kammer* bei dem Angeklagten – nach durchgeführter Hauptverhandlung – gleichwohl die besondere Schuldschwere für gegeben erachtete, hatte sich offenkundig »die Sachlage für die Kammer geändert«. Ein Hinweis gemäß § 265 Abs. 2 StPO war im vorliegenden Fall zwingend. Es war gerade Wille des Gesetzgebers bei der Änderung der Vorschrift des § 265 StPO, dass bei einer stark veränderten Sachlage, die im Ergebnis einer veränderten Rechtslage in nichts nachsteht, ein Hinweis erfolgen soll.¹⁶

3. (Effektive) Verteidigung setzt voraus, dass der Angeklagte weiß, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden. Nur dann ist eine wirksame Verteidigung möglich. Im Verlauf eines Strafverfahrens haben die Strafverfolgungsbehörden einem Beschuldigten an verschiedenen Stellen zu offenbaren, welche Strafgesetze er durch welches Verhalten erfüllt haben soll. Diese Informationspflichten dienen der Gewährung eines fairen Verfahrens. § 265 StPO dient damit der Gewährung rechtlichen Gehörs i.S.v. Art. 103 Abs 1 GG und der Garantie des Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Der Angeklagte und seine Verteidigung vertrauten – mangels eines entsprechenden Hinweises auf die besondere Schuldschwere in der Anklageschrift, in dem Eröffnungsbeschluss und im Verlauf der Hauptverhandlung – dass die *Kammer* diese nicht für gegeben erachten würde; Verteidigung und Angeklagter durften hierauf auch vertrauen! Der Gesetzgeber hat durch die Erweiterung der Hinweispflichten des § 265 StPO im Jahr 2017 eine kommunikative Verhandlungsgestaltung erwirken wollen. Eine richterliche Verhand-

lungsführung im Stil einer Sphinx oder gar einer »Blackbox« entspricht nicht mehr dem Verständnis eines modernen Strafprozesses. Eine solche »Überraschung« durch Verkündung der besonderen Schuldschwere erst im Urteil beeinträchtigt den Angeklagten gerade in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör und stellt zudem einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens dar.

IV. *Fazit.* Der 3. *Strafsenat* hätte gut daran getan, den Schwurgerichtskammern in Bezug auf den Hinweis betreffend § 57a StGB mehr Sensibilität ins »Stammbuch« zu schreiben. Dass ein Angeklagter erstmals in der Urteilsbegründung von § 57a StGB zu hören bekommt, entspricht nicht dem Gedanken der »allseitigen Kognitionsmöglichkeit«!

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht
Prof. Dr. Jan Bockemühl, Regensburg.

¹³ *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II (Fn. 10), § 265 Rn. 3 m.w.N.

¹⁴ Vgl. EuGH StV-S 2022, 42. Der BGH hat es unter Verstoß gegen Art. 267 AEUV unterlassen, dem EuGH die Rechtsfrage, ob die Feststellung einer besonderen Schuldschwere dem unionsrechtlichen Recht auf Unterrichtung über den Tatvorwurf unterliegt, vorzulegen.

¹⁵ Gesetz v. 17.08.2017, BGBl. I, S. 3202 (3210).

¹⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 37.