

## Rückkehr zur bisherigen Rechtsauffassung nach einem rechtlichen Hinweis gem. §265 Abs. 1 StPO ohne erneuten Hinweis?

Von Wiss. Mitarb. Dr. Dr. Uwe *Scheffler*, Berlin

Es ist allgemein anerkannt, daß in der Anklage die rechtliche Bewertung der Tat eindeutig angegeben sein muß. Dem widerspricht es, wenn nach einem oder mehreren rechtlichen Hinweisen dem Gericht mehrere Verurteilungsalternativen nebeneinander offenstehen. Dies ist zwar unproblematisch, soweit § 265 Abs. 1 StPO als Ausprägung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs zu verstehen ist. Da die rechtliche Hinweispflicht jedoch auch Ausdruck des Grundsatzes des fairen Verfahrens ist, sind hier Grenzen zu ziehen.

Gemäß § 265 Abs. 1 StPO darf der Angeklagte nicht aufgrund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage aufgeführten Strafgesetzes verurteilt werden, ohne daß er vorher auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes förmlich (§ 274 StPO) hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist.

Diese Hinweispflicht wird - bei im einzelnen unterschiedlicher Ausgestaltung<sup>1</sup> - mit den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs, des fairen Verfahrens und der gerichtlichen Fürsorgepflicht in Verbindung gebracht.

I. Nach einhelliger Ansicht bleibt es auch nach Erteilung des Hinweises dem Gericht unbenommen, ohne erneuten rechtlichen Hinweis entsprechend der bisherigen Rechtsauffassung zu verurteilen. Die Prozeßbeteiligten, vor allem der Angeklagte und sein Verteidiger, müssen nach einem Hinweis stets mit beiden Möglichkeiten rechnen und sie bei ihrem Prozeßverhalten berücksichtigen<sup>2</sup>. Dies kann bei mehrmaligen rechtlichen Hinweisen dazu führen, daß mehrere unterschiedliche Verurteilungsalternativen dem Gericht gleichzeitig offenstehen.

So ist beispielsweise in einem Strafverfahren vor dem LG 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 einer Waffe“, „mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs“ und „mittels einer das Leben gefährdenden Handlung“, auf fahrlässige Tötung, auf 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 gefährliche Körperverletzung in der Alternative „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ durch Unterlassen, auf fahrlässige Tötung durch Unterlassen und auf Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen.

1. Soweit man die rechtliche Hinweispflicht aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG)

<sup>1</sup> Im einzelnen unklar und umstritten; alle drei Prinzipien nebeneinander nennen *Gollwitzer*, in: *Löwe/Rosenberg*<sup>24</sup>, §265 Anm. 2 u. 4; *Hirtthal*, in: *Karlsruher Kommentar*<sup>2</sup>, § 265 Anm. 1; *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*<sup>24</sup> S. 262; *Rüping*, *Das Strafverfahren*<sup>2</sup>, S. 113 f.

<sup>2</sup> *Gollwitzer*, aaO, § 265 Anm. 72; *Hirtthal*, aaO, § 265 Anm. 20.

ableitet<sup>3</sup>, bestehen gegen eine solche Praxis keine Bedenken, sofern dem Angeklagten zu sämtlichen Tatbeständen bzw. Begehungsformen „Gelegenheit zur Verteidigung“ eingeräumt wird: Denn danach ist es Sinn und Zweck von §265 StPO, den Angeklagten vor Überraschungen zu schützen, auf die er seine Verteidigung nicht hat einstellen können<sup>4</sup>. Er soll und muß darauf vertrauen dürfen, daß seiner Verurteilung nur solche Strafbestimmungen zugrundegelegt werden, auf die er entweder durch die zugelassene Anklage oder durch einen entsprechenden Hinweis in der Hauptverhandlung unterrichtet worden ist<sup>5</sup>, so daß er Anlaß gehabt hätte, sich dazu ausreichend zu äußern<sup>6</sup>.

So sah das bezüglich des eben erwähnten Urteils des LG Berlin offenbar auch der BGH, der die Revision des Angeklagten, die eine entsprechende Rüge enthielt, gem. § 349 Abs. 2 StPO verwarf<sup>7</sup>.

2. Bedenken gegen diese Verfahrensweise kommen jedoch dann auf, wenn man sich deutlich macht, daß § 265 StPO noch als Ausprägung einer zweiten Prozeßmaxime neben dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs gesehen werden kann, nämlich des *Grundsatzes des fairen Verfahrens*.<sup>8</sup> Ein fairer Prozeß setzt die Gewährleistung sachgerechter Verteidigung voraus. Für diese wiederum ist es unumgänglich, präzise nicht nur über den Tatvorwurf, sondern auch über die rechtliche Bewertung der Tat unterrichtet zu werden<sup>9</sup>.

a) Dem entspricht es, daß der BGH in ständiger Rechtsprechung deutlich gemacht hat, daß ein Hinweis gem. § 265 Abs. 1 StPO eindeutig sein muß und dem Angeklagten insbesondere klar erkennbar zu machen hat, welche von mehreren Begehungsformen einer Straftat das Gericht in Betracht zieht<sup>10</sup>. Diese Rechtsprechung wird umgangen, wenn gleichzeitig nebeneinander mehrere Hinweise auf unterschiedliche Strafbestimmungen gegeben werden.

b) Dies läßt sich dogmatisch auch daraus folgern, daß prozeßtechnisch gesehen der Hinweis gem. § 265 Abs. 1 StPO eine Ergänzung der zugelassenen Anklage darstellt<sup>11</sup>. Für die Anklageschrift ist aber anerkannt, daß sie ihrer Informationsfunktion nur gerecht werden kann, wenn sie die gesetzlichen Merkmale der vorgeworfenen Straftat genau angibt; enthält ein Tatbestand mehrere Alternativen oder Modalitäten, so dürfen nur die dem Angeschuldigten zur Last gelegten angegeben werden<sup>12</sup>. Wird hiergegen verstoßen, so kann das Gericht verpflichtet sein, insoweit einen klarstellenden rechtlichen Hinweis zu geben<sup>13</sup>. Auch hierzu steht es im Widerspruch, wenn später in der Hauptverhandlung verschiedene Tatbestände oder Modalitäten nebeneinander stehen können.

c) Im übrigen dürfte die herrschende Ansicht auch nicht unproblematisch im Hinblick auf den Wortlaut von § 265 Abs. 1 StPO sein, da dort von „Veränderung“ des rechtlichen Gesichtspunktes die Rede ist. Eine solche Veränderung liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn für das Gericht ein anderer Straftatbestand „in Betracht kommt“<sup>14</sup>, also eine Veränderung lediglich möglich erscheint. Konsequenterweise wird insoweit in der Literatur gelegentlich auch von der Wandelung<sup>15</sup>, der Auswechslung<sup>16</sup> oder der Ersetzung<sup>17</sup> gesprochen, ohne hieraus jedoch weitere Folgerungen zu ziehen.

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, daß auch die Staatsanwaltschaft bei der Anklageverfassung möglicherweise verschiedene rechtliche Gesichtspunkte in Betracht gezogen hatte, sich jedoch für die ihrer Ansicht

nach naheliegendste Strafbestimmung entscheiden mußte, damit die Anklageschrift ihrer Informationsfunktion gerecht werden konnte. Stellt nun das Gericht die gleichen rechtlichen Erwägungen an und erläßt Hinweise bezüglich der sonstigen in Betracht kommenden Tatbestände bzw. Begehungsformen, so liegt hier keine Modifikation der rechtlichen Beurteilung vor<sup>18</sup>.

d) Schließlich ist die Überlegung, die Erteilung eines rechtlichen Hinweises habe mit einzuschließen, daß die bisherige rechtliche Würdigung nun ihrerseits nicht ohne weiteres der Verurteilung zugrundegelegt werden kann, der Dogmatik nicht fremd: Anerkannt ist etwa, daß das Gericht, das mit dem Eröffnungsbeschluß die Anklage nur mit Änderungen zugelassen hat, ohne förmlichen Hinweis nicht zur Rechtsauffassung der Anklage zurückkehren darf<sup>19</sup>. Gleiches gilt bei einem Verweisungsbeschluß<sup>20</sup>. Auch ist eine Erklärung des Gerichts, es ziehe den bisherigen Tatvorwurf nicht mehr in Betracht, grundsätzlich zulässig<sup>21</sup> und wird zur Prozeßbeschleunigung für sinnvoll gehalten, um überflüssige Prozeßhandlungen der Verfahrensbeteiligten zu vermeiden<sup>22</sup>. Das Gericht kann dann auf den bisherigen Tatvorwurf lediglich durch einen neuerlichen rechtlichen Hinweis wieder zurückkommen<sup>23</sup>.

3. Nun aber grundsätzlich zu fordern, daß ein rechtlicher Hinweis mit der Rücknahme der bisherigen Rechtsauffassung verbunden zu sein hat, gibt ebenfalls zu Bedenken Anlaß. Der rechtliche Hinweis soll nach einhelliger Ansicht so früh wie möglich erfolgen, um eine sachgerechte Verteidigung zu sichern<sup>24</sup>. Es ist also gerade Ausdruck der *gerichtlichen Fürsorgepflicht*, als deren gesetzlich geregelter Fall § 265 StPO auch gesehen wird<sup>25</sup>, wenn das Gericht einen rechtlichen Hinweis schon dann gibt, wenn ihm erstmalig die Möglichkeit anderweitiger rechtlicher Würdigung gewahr wird<sup>26</sup>. Nur bei frühestmöglichem Hinweis hat der Angeklagte die uneingeschränkte Möglichkeit, etwa im Rahmen der laufenden

3 BGHSt. 11, 88 (91); 22, 29 (31); 29, 274 (278); Paulus, in: KMR<sup>7</sup>, § 265 Anm. 4; Peters, Strafprozeß<sup>4</sup>, S.206; Schlotbauer, StV 1986, 213 (214 f.); Meyer, CA 1965, 257 (258); Lachnit, Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zum Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nach § 265 StPO, Diss. iur., München 1965, S.36.

4 BGHSt. 2, 371, 373; 23, 95 (96); 25, 287 (288 f.); 29, 274 (278); NStZ 1983, 34 (35); 85, 563; Gollwitzer, aaO, §265 Anm. 2; Hürxthal, aaO, 5 265 Anm. 1; Paulus, aaO, §265 Anm. 3; Kleinknecht/Meyer, StPO<sup>38</sup>, §265 Anm. 1; Küpper, NStZ 1986, 249; Berz, NStZ 1986, 86.

5 BGHSt. 29, 274 (278).

6 BGHSt. 11, 89 (91); RGSt. 76, 82 (85).

7 BGH, Beschl. v. 30.9.1986 - 5 StR 444/86 -.

8 Gollwitzer, aaO, §265 Anm. 2; Hürxthal, aaO, §265 Anm. 1; Schlothauer, aaO, S.216; Küpper, aaO, S. 249.

9 Rieß, in: Löwe/Rosenberg<sup>24</sup>, §200 Anm.4; Schlothauer, aaO, S.216.

10 BGHSt. 23, 95 (96); 25, 287 (288 f.); bei Dallinger, MDR 1975, 545.

11 Gollwitzer, aaO, § 265 Anm. 3; Hanack, JZ 1972, 433 (434).

12 BGH NStZ 1984, 133; OGHBZ NJW 1949, 355 (356); Rieß, aaO, §200 Anm. 17; Solbach, DRiZ 1972, 235.

13 BGH NStZ 1984, 133; OGHBZ NJW 1949, 355 (356); Rieß, aaO, §200 Anm. 59; Krause/Thon, StV 1985, 252 (256).

14 So Gollwitzer, aaO, § 265 Anm. 20; Hübner, Allgemeine Verfahrensgrundsätze, Fürsorgepflicht oder fair trial?, S. 184.

15 Schlichter, Strafverfahrensrecht<sup>2</sup>, S. 351.

16 Kleinknecht/Meyer, aaO, § 265 Anm. 2.

17 Berz, aaO, S. 87.

18 Vgl. dazu Schlothauer, aaO, S. 516.

19 OLG Hamm HFSt. 3, 52 f.; Gollwitzer, aaO, §265 Anm. 7.

20 RGSt. 65, 363; Gollwitzer, aaO, §265 Anm. 10; Hürxthal, aaO, §265 Anm.4; Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, §265 Anm. 5; Lachnit, aaO, S. 62.

21 BGH bei Dallinger, MDR 1972, 925; Gollwitzer, aaO, §265 Anm.20; Küpper, aaO, S.250; Schlothauer, aaO, S.216.

22 Gollwitzer, aaO, § 265 Anm. 73.

23 BGH bei Dallinger, MDR 1972, 925.

24 Gollwitzer, aaO, §265 Anm. 63; Hürxthal, aaO, §265 Anm. 18; Paulus, aaO, §265 Anm. 42; Eb. Schmidt, aaO, §265 Anm. 18.

25 BGH NJW 1965, 264 (265); Gollwitzer, aaO, § 265 Anm. 2; Hürxthal, aaO, §265 Anm.1; Paulus, aaO, §265 Anm.3; Roxin, aaO, S. 262; Küpper, aaO, S. 249; Schorn, MDR 1966, 639 (640); Maiwald, FS Lange, S.745 (746).

26 Kleinknecht/Meyer, aaO, §265 Anm. 10.

Beweisaufnahme sein Frage- und Erklärungsrecht entsprechend auszuüben. Der Angeklagte kann beispielsweise nicht die nochmalige Hö rung eines Zeugen erzwingen, an den er aufgrund des rechtlichen Hinweises nunmehr noch Fragen hat<sup>27</sup>.

II. Es mag deshalb trotz aller dogmatischen Bedenken der herrschenden Ansicht, nach Hinweiser teilung könne sowohl die bisherige als auch die neue Rechtsauffassung der Verurteilung zugrundegelegt werden, zugegeben werden, daß sie auch dem Interesse des Angeklagten dienlich sein kann. Im Einzelfall bleibt es dennoch möglich, daß ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens vorliegt und damit das Verfahren mit einem Rechtsfehler behaftet ist.

1. Aus dem Prinzip des fairen Verfahrens können konkrete Folgerungen für die Verfahrensgestaltung dann gezogen werden, wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände und nicht zuletzt der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten eindeutig ergibt, daß rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind<sup>28</sup>.

Wann eine Häufung von rechtlichen Hinweisen einen solchen Verstoß darstellt, käme auf den Einzelfall an. Hier dürfte sowohl die Anzahl der Hinweise als auch ihr Zeitpunkt eine Rolle spielen, ferner der Umstand, an welcher Stelle in der Reihe der rechtlichen Gesichtspunkte der letztlich der Verurteilung zugrundegelegte steht. Schließlich dürfte auch die Unterschiedlichkeit der einzelnen in Betracht gezogenen Strafbestimmungen bedeutsam sein sowie die Frage, inwieweit die Verteidigung des Angeklagten konkret beeinträchtigt worden sein könnte.

2. Fühlt sich der Angeklagte (bzw. sein Verteidiger) in der Hauptverhandlung durch rechtliche Hinweise in der Verteidigung beeinträchtigt, sollte er das Gericht fragen, ob eine Verurteilung entsprechend dem bisherigen rechtlichen Gesichtspunkt noch in Betracht gezogen wird. Verneint das Gericht (nicht bloß der Vorsitzende!<sup>29</sup>) dies, so ist zumindest ein weiterer förmlicher Hinweis dahin gehend erforderlich, daß doch auch zu dem bisherigen Vorwurf Stellung genommen werden möge<sup>30</sup>. Widrigen falls könnte die Revision nun auf die Verletzung von § 265 Abs. 1 StPO gestützt werden.

Will dagegen das Gericht auch nach Erteilung des rechtlichen Hinweises die bisher zugrundegelegte Strafbestimmung in Betracht ziehen, sollte seitens des Angeklagten ein entsprechender Gerichtsbeschluß erwirkt werden. Der Sachverhalt könnte dann dem Revisionsgericht über § 338 Nr. 8 StPO vorgetragen werden.

<sup>27</sup> *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozeß<sup>5</sup>, S. 94 f.; anderes gilt nur, sofern sich ein neues Beweisthema ergibt, BGH GA 1958, 305 f.; *Alsberg/Nüse/Meyer*, aaO, S. 95.

<sup>28</sup> BVerfGE 57, 250 (276); 63, 45 (61); 70, 397 (308 f.).

<sup>29</sup> *Gollwitzer*, aaO, §265 Anm. 73; *Hirxthal*, aaO, §265 Anm. 20.

<sup>30</sup> BGH bei *Dallinger*, MDR 1972, 925; *Gollwitzer*, aaO, §265 Anm. 73; *Hübner*, aaO, S. 184.