

§§ 265, 337, 344 StPO

## Zur Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 StPO

BGH, Beschl. v. 20.09.2022 – 3 StR 200/22, BeckRS 2022, 29362

### Fall

Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen überfielen der Angeklagte A und weitere Mittäter eine Goldschmiede. Dabei schlugen und traten sie drei Geschädigte. Einer der Täter setzte einen Elektroschocker ein, der allerdings nicht funktionierte. Anschließend fesselten sie ihre Opfer mit Klebeband und flüchteten mit den erbeuteten Schmuckstücken und Bargeld.

Dem A wurde in der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage zur Last gelegt, er und seine Mittäter hätten im bewussten und gewollten Zusammenwirken einen Elektroschocker eingesetzt, sodass sie sich wegen besonders schweren Raubes nach § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht hätten. Nach Durchführung der Beweisaufnahme verurteilte das Landgericht A wegen schweren Raubes nach § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB durch das Mitsichführen des Klebebandes als Fesselungswerkzeug in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Eine Strafbarkeit wegen besonders schwereren Raubes nach § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB oder wegen schweren Raubes durch das Verwenden oder Mitsichführen des nicht funktionsfähigen Elektroschockers hat es hingegen verneint.

A macht im Rahmen seiner Revision geltend, entgegen § 265 StPO sei kein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts ergangen.

Hat die zulässige Revision mit der vorgenannten Rüge Aussicht auf Erfolg?

### Gutachten

Die von A erhobene Verfahrensrüge hat Erfolg, wenn sie zulässig erhoben wurde und das Urteil auf dem gerügten Verfahrensfehler beruht, §§ 337, 344 Abs. 2 S. 2 StPO.

**I.** „[6] Der Angeklagte hat die Rüge **in zulässiger Weise erhoben** (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Die Revision teilt die wesentlichen Verfahrenstatsachen mit. Im Übrigen hat der Senat den Inhalt der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses zur Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen ohnehin von Amts wegen zur Kenntnis zu nehmen, sodass er auch aus diesem Grund darum weiß (vgl. nur BGH, Beschl. v. 10.03.2020 – 6 StR 4/20, [BeckRS 2020, 6354]).“

**II.** Die Rüge ist **auch begründet**, da die **Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 StPO verletzt** worden ist.

„[8] Ausweislich der Sitzungsniederschrift (vgl. § 274 StPO) wurde ein entsprechender **Hinweis** auf eine mögliche Verurteilung wegen schweren Raubes **nicht erteilt**. Nach § 265 Abs. 1 StPO war indes der Vorsitzende der Strafkammer hierzu verpflichtet.“

[9] **Zwar ist § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB gegenüber § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB der mildere Qualifikationstatbestand**. Daher wäre ein Hinweis auf die mögliche Verurteilung nach der weniger strengen Norm **entbehrlich gewesen, wenn** deren Anwendbarkeit nur darauf beruht hätte, dass ein den schwereren Qualifikationstatbestand begründender Umstand entfallen wäre, und hierdurch die Verteidigung des Angeklagten nicht berührt worden wäre (vgl. [nur BGH, Beschl. v. 23.04.2002

### Leitsätze

1. Ein gerichtlicher Hinweis nach § 265 Abs. 1 StPO auf eine mögliche Verurteilung nach der weniger strengen Norm ist entbehrlich, wenn deren Anwendbarkeit nur darauf beruht, dass ein den schwereren Qualifikationstatbestand begründender Umstand entfällt und hierdurch die Verteidigung des Angeklagten nicht berührt wird.

2. Wird jedoch zur Begründung der weniger strengen Norm ein Sachverhalt herangezogen, der sich gegenüber dem Geschehen, auf das die Anklage den Tatvorwurf stützt, nicht lediglich ein Weniger darstellt, sondern abweichende Tatumstände umfasst, bedarf es eines gerichtlichen Hinweises nach § 265 Abs. 1 StPO.

Die **Beweiskraft des § 274** bewirkt, dass die im Protokoll nicht beurkundeten Förmlichkeiten als nicht erfolgt anzusehen sind (**negative Beweiskraft**). Über den Wortlaut des § 274 hinaus gelten andererseits beurkundete Förmlichkeiten als geschehen, auch wenn sie tatsächlich nicht stattgefunden haben (**positive Beweiskraft**).

Ein Verstoß gegen § 265 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO führt **dann nicht zur Aufhebung des Urteils, wenn ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte bei gehöriger Unterrichtung sich anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können** (vgl. BGH, Urt. v. 14.02.1995 – 1 StR 725/94, BeckRS 1995, 2020). Dann beruht das Urteil nicht auf dem an sich vorliegenden Rechtsfehler (§ 337 StPO).

Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Hinweispflicht nach § 265 StPO sind zwei weitere **aktuelle BGH-Entscheidungen examensrelevant:**

1. BGH, Beschl. v. 27.09.2022 – 5 StR 104/22, BeckRS 2022, 29523: Ein Hinweis i.S.d. § 265 Abs. 1 StPO ist **auch erforderlich, wenn das Gericht statt einer Verurteilung wegen Mittäterschaft eine allein-täterschaftliche Begehung in Erwägung zieht** (aber auch hier fehlte es hinsichtlich des Schuldspruchs eines Angeklagten am „Beruhen“).

2. BGH, Beschl. v. 15.09.2022 – 4 StR 307/22, BeckRS 2022, 27805: Ein Hinweis gemäß § 265 StPO wird zwar in der Hauptverhandlung in der Regel vom Vorsitzenden erteilt, **kann aber auch durch Gerichtsbeschluss (wie hier durch Erlass eines Haftbefehls) erfolgen und muss das Wort „Hinweis“ in der an den Angeklagten gerichteten Erklärung nicht notwendig enthalten.**

– 3 StR 505/01, BeckRS 2002, 4392]; KK-StPO/Bartel, 9. Aufl., § 265 Rn. 13). Dies war aber nicht der Fall. Dem Angeklagten war in der Anklageschrift als qualifizierender Umstand i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB angelastet worden, er oder einer seiner Komplizen habe einen Elektroschocker gegen einen der Geschädigten verwendet. **Die Verurteilung des Angeklagten beruht dagegen darauf, dass die Mit-täter Klebeband als Fesselungswerkzeug mit sich führten und einsetzten.**

[10] Damit wird zur Begründung der Tatqualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB ein Sachverhalt herangezogen, der sich gegenüber dem Geschehen, auf das die Anklage den Tatvorwurf nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB stützt, nicht lediglich ein Weniger darstellt, sondern **abweichende Tatumstände** umfasst. Der in der Anklageschrift geschilderte Sachverhalt enthielt zwar die Fesselung der Geschädigten mit Klebeband. Sie verhielt sich jedoch nicht dazu, dass hierdurch der Qualifikations-tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB erfüllt sein könnte.“

**III. Allerdings beruht nicht das gesamte Urteil auf dem Rechtsfehler, sondern nur der Strafausspruch.** Nur insoweit kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich A nach einem Hinweis erfolgreicher hätte verteidigen können. Der Schuldspruch hat hingegen Bestand.

„[12] Der Angeklagte hätte sich unter den gegebenen Umständen gegen den Vorwurf des schweren Raubes nach § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB **nicht anders verteidigen können** als gegen die mit der Anklage erhobene Anschuldigung des besonders schweren Raubes gemäß § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

[13] Der Angeklagte machte in der Hauptverhandlung zunächst keine Angaben zur Sache ... In seinem letzten Wort bestritt der Angeklagte seine Täterschaft erneut. Damit verteidigte er sich – wie auch schon im Ermittlungsverfahren – dahin, an dem Überfall auf die Goldschmiede nicht beteiligt gewesen zu sein.

[14] Vor diesem Hintergrund ist **mit Sicherheit auszuschließen**, dass der Angeklagte seine Verteidigung gegen den Vorwurf, die Täter hätten ihre Opfer während des Überfalls mit Klebeband gefesselt, hätte anders einrichten können als gegen die mit der Anklage erhobene Anschuldigung. Dies gilt umso mehr, als ihm der vorgenannte Umstand aus der Anklageschrift bekannt war und in der Hauptverhandlung durch die Geschädigten bestätigt wurde. Soweit die Revision vorbringt, er hätte die Fesselung der Tatopfer bei einem entsprechenden Hinweis bestreiten können, ist ebenfalls sicher auszuschließen, dass die Strafkammer angesichts der übereinstimmenden Angaben der Geschädigten und des am Tatort sichergestellten Klebebands zu einem anderen Beweisergebnis gekommen wäre. **Im Übrigen entspricht es der höchstrichterlichen Rspr., dass ein zur Fesselung bestimmtes Klebeband ein sonstiges Werkzeug oder Mittel nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB darstellt** (s. [BGH, Urt. v. 04.08.2016 – 4 StR 195/16, BeckRS 2016, 15757]; MüKoStGB/Sander, 4. Aufl., § 250 Rn. 40 m.w.N.).

[15] **Allerdings kommt in Betracht**, dass der Angeklagte – wie er mit seiner Gegen-erklärung vorgetragen hat – nach entsprechendem Hinweis den verbleibenden milderen Tatvorwurf **ingeräumt** und das Landgericht unter Berücksichtigung des Geständnisses **auf eine niedrigere Freiheitsstrafe erkannt hätte. Für das Beruhen kommt es nicht darauf an, ob die Möglichkeit einer derartigen Einlassung naheliegt. Wie auch sonst genügt es vielmehr, dass sie nicht mit Sicherheit auszuschließen ist** (st.Rspr.; s. BGH, Beschl. v. 07.09.1977 – 3 StR 299/77; v. 16.02.1989 – 1 StR 24/89, BGHR StPO § 265 Abs. 1 Hinweispflicht 5; v. 06.12.2018 – 1 StR 186/18, BGHR StPO § 265 Abs. 2 Nr. 1 Umstände 1). So liegt es hier.“

**Ergebnis:** Die Revision hat mit der Verfahrensrüge Erfolg. Das angefochtene Urteil wird **im Strafausspruch** mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten, an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen.

OStA Dr. Jost Schützeberg