

## Entscheidungsanmerkung

### Zur Hinweispflicht (§ 265 StPO) bei der Verurteilung wegen Verdeckungsmordes

#### Der Austausch der Bezugstat bei Verdeckungsmord erfordert einen gerichtlichen Hinweis. (Amtlicher Leitsatz)

StGB § 211 Abs. 2; StPO § 265 Abs. 1 und 4

BGH, Beschl. v. 12.1.2011 – 1 StR 582/10 (LG München II)<sup>1</sup>

### I. Verfahrensrechtlicher Hintergrund

Der BGH hatte als zuständiges Revisionsgericht (§ 135 Abs. 1 GVG) über eine gegen ein erstinstanzliches Urteil des LG München II eingelegte Revision der Verteidigung zu entscheiden. Das Landgericht war als Schwurgericht gem. § 74 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GVG für die Verhandlung über den angeklagten Mord in erster Instanz zuständig. Gegen landgerichtliche Urteile kann keine Berufung eingelegt werden (vgl. § 312 StPO), sondern nur Revision § 333 StPO.

Es bietet sich folgendes Prüfungsschema an:<sup>2</sup>

#### I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO
2. Zuständigkeit, §§ 116 Abs. 1, 121 Abs. 1 Nr. 1, 122 GVG (OLG gegen erstinstanzliche Urteile des Amtsgerichts und Berufungsurteile des LG) bzw. §§ 130, 135 Abs. 1, 139 Abs. 1 GVG (BGH gegen erstinstanzliche Urteile des LG und OLG)
3. Revisionsberechtigung, §§ 296 ff., 400, 401 StPO
4. Beschwer des Beschwerdeführers
5. Form der Einlegung, § 341 Abs. 1 StPO
6. Einlegungsfrist, § 341 StPO
7. Keine Rücknahme, kein Verzicht, § 302 StPO
8. Begründung, §§ 344, 345 StPO
  - a) Frist, § 345 I Abs. 1 StPO
  - b) Form, § 345 Abs. 2 StPO
  - c) Inhalt, § 344 StPO

#### II. Begründetheit, §§ 337 ff. StPO

1. Verletzung des Verfahrensrechts? – Verfahrensrügen
  - a) Fehlen von Verfahrensvoraussetzungen bzw. Vorliegen von Verfahrenshindernissen
  - b) Sonstige Verfahrensrügen
    - aa) Absolute Revisionsgründe, § 338 StPO
    - bb) Relative Revisionsgründe, § 337 Abs. 1 StPO
2. Verletzung materiellen Rechts – Sachrüge

<sup>1</sup> Beschl. abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=98079966e6b0f0cd7d09ff6f1c0fe8c6&nr=55177&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

<sup>2</sup> Vgl. die didaktischen Beiträge von Titz, JA 2002, 65; Weidemann, JA 2002, 964; ders., JA 2003, 62 und 328; ders., JA 2004, 400 und 917; Wolters/Janko, JuS 2004, 584 und 684; Weidemann, JA 2005, 637; ders., JA 2006, 373; ders., JA 2008, 129.

### II. Sachverhalt

Der Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH, die zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen ist, liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

In der im Eröffnungsbeschluss (vgl. § 203 StPO) unverändert zugelassenen Anklage (vgl. § 170 Abs. 1, 199, 200 StPO) war dem Angeklagten, der Hausmeister in einer Wohnanlage war, in der auch das spätere Opfer (die 87-jährige Frau K.), wohnte, und der sich um Frau K. kümmerte und auch Vollmacht für ihre Konten hatte, zur Last gelegt worden, er habe über 50.000 € von einem Konto des Opfers abgehoben und zu einem überwiegenden Teil vereinnahmt. Darüber hinaus habe er Schmuck und zwei Pelzmäntel erhalten oder an sich genommen. Am 23.10.2008 habe er aus einer Geldkassette des Opfers einen Betrag von 8.000 € entnommen und zur Begleichung eigener Schulden verwendet. Am 28.10.2008 habe Frau K. den Fehlbetrag festgestellt und den Angeklagten deswegen beschuldigt. Es habe sich ein Streit entwickelt, in dessen Verlauf sich der Angeklagte entschlossen habe, Frau K. zu töten, um die erhaltenen Gegenstände behalten zu können und um die unberechtigte Einnahme von Bargeld zu vertuschen. Zu diesem Zweck habe er seinem Opfer mit einem stumpfen Gegenstand zweimal von hinten auf den Kopf geschlagen. Frau K. habe diesen Angriff zwar überlebt, aber erhebliche Kopfverletzungen erlitten. Der Angeklagte habe dann überlegt, ob er Frau K. retten und ein Sturzgeschehen vortäuschen sollte, habe sich dann aber dafür entschieden, in Fortführung seines ursprünglichen Plans Frau K. zu töten. Er habe sie ins Badezimmer verbracht, in die Badewanne gelegt, Wasser in die Badewanne eingelassen und sie so lange unter die Wasseroberfläche gedrückt, bis sie schließlich ertrunken sei.

Das Landgericht stellte demgegenüber in seinem Urteil (nur) folgendes fest: Es kam am 28.10.2008 in der Wohnung des Opfers zu einer streitigen Auseinandersetzung mit dem Angeklagten, in deren Verlauf der Angeklagte Frau K. mit einem stumpfen Gegenstand zweimal von hinten auf den Kopf schlug oder sie mit dem Kopf gegen einen Gegenstand stieß. Aus Angst vor weiteren Konsequenzen entschloss er sich, das vorangegangene Geschehen zu verdecken, indem er sie tötete und dies als Unfall durch einen Sturz in die Badewanne erscheinen ließ. Er verbrachte Frau K. in die Badewanne, ließ Wasser einlaufen und drückte ihren Kopf so lange unter Wasser, bis sie ertrunken war.

### III. Der Verdeckungsmord

Gem. § 211 Abs. 2 StGB ist Mörder u.a., wer, um eine andere Straftat zu verdecken, einen Menschen tötet. Das Mordmerkmal der sog. Verdeckungsabsicht<sup>3</sup> weist eine hohe Praxisrelevanz und damit auch eine hohe Klausurrelevanz auf. In der Klausur prüft man den Tatbestand<sup>4</sup> folgendermaßen:

<sup>3</sup> Überblick bei Geppert, Jura 2004, 242; Falllösung bei Norrouzi, JuS 2005, 914; monographisch Weiß, Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand, 1997.

<sup>4</sup> Zunächst allerdings, wenn möglich (Bearbeitervermerk), Prüfung der Bezugstat, um Inzidentprüfungen zu vermeiden.

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Grundtatbestand: § 212 Abs. 1 StGB  
Erfolg, Handlung, Kausalität, objektive Zurechnung
  - b) Objektive Mordmerkmale (2. Gruppe)
2. Subjektiver Tatbestand
  - a) Vorsatz bzgl. der den objektiven Tatbestand verwirklichenden Umstände, § 15 StGB
  - b) Subjektive Mordmerkmale (1. Gruppe, 3. Gruppe)

Bzw. als Versuch:

1. Subjektiver Tatbestand
  - a) Vorstellung von der Verwirklichung des Tatbestandes (sog. Tatentschluss)
  - b) Subjektive Mordmerkmale
2. Objektiver Tatbestand: Unmittelbares Ansetzen

Die Ratio des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht (vgl. auch §§ 306b Abs. 2 Nr. 2 und 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB, insb. i.V.m. § 315b Abs. 3 StGB) liegt in der Verwerflichkeit des deliktischen Ziels der Tötungshandlung: hier wird Unrecht mit weiterem Unrecht verknüpft und somit eine besondere kriminelle Energie (und daher Gefährlichkeit) an den Tag gelegt.<sup>5</sup> Der Täter entschließt sich nach einer Tat wegen der drohenden Konsequenzen zur Tötung. Gegen die Legitimation dieses Mordmerkmals lässt sich zwar anführen, dass der Täter der Bezugstat sich in einer Konflikt- oder Affektsituation befindet und auch sonst der Gedanke der Selbstbegünstigung<sup>6</sup> unrechts- und schuld mindernd und nicht -steigernd wirkt (§§ 157 Abs. 1, 257 Abs. 3, 258 Abs. 5 StGB).<sup>7</sup> Allerdings dient die Normierung dem Rechtsgüterschutz durch Beeinflussung des Täter-Kalküls: einer Eskalation (z.B. Sexualverbrecher, ertappte Einbrecher) ist entgegenzuwirken, vgl. auch § 252 StGB; ohnehin ist der Täter selbst für die Konfliktlage zuständig (vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 StGB).<sup>8</sup>

Strittig ist, ob eine Verdeckungsabsicht bei bloß bedingtem Tötungsvorsatz denkbar ist.<sup>9</sup> Zwar erscheint die Vereinbarkeit von Absicht und *dolus eventualis* auf den ersten Blick widersprüchlich, auch ist stets eine verfassungsrechtlich restriktive Auslegung der Mordmerkmale anzumahnen. Freilich bezieht sich der Wortlaut „um [...] zu“ auf die Verdeckung (also die Tötungshandlung) als solche, nicht auf den Tötungserfolg. Auch in diesen Fällen geht der Täter über Leichen. Eine (logisch notwendige) Ausnahme besteht dann, wenn der Täter sein Verdeckungsziel nur durch eine erfolg-

reiche Tötungshandlung sicher zu erreichen weiß, z.B. wenn das Opfer den Täter kennt oder ihn zuverlässig identifizieren kann.<sup>10</sup>

Der Täter muss eine eigene oder fremde Straftat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB; nicht: Ordnungswidrigkeiten, dienstrechtliche Verfehlungen, rein sozial anstößige Verhaltensweisen<sup>11</sup>) verdecken wollen, wobei die irrige Annahme strafbaren Verhaltens ausreicht (subjektives Mordmerkmal!).<sup>12</sup> Die Schwere der Vortat ist irrelevant. Strittig ist, ob ein außerstrafrechtlicher Verdeckungszweck ausreichend ist,<sup>13</sup> z.B. das Interesse am Erhalt einer Beute oder Angst vor Rache oder Peinlichkeiten. Einerseits droht ob der Weite denkbarer außerstrafrechtlicher Konsequenzen eine gewisse Konturenlosigkeit des Tatbestandes, zumal, anders als bzgl. der Strafverfolgung (Legalitätsprinzip: §§ 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO) es hinsichtlich anderer Nachteile keinen Automatismus gibt;<sup>14</sup> andererseits gebietet der Wortlaut eine Einschränkung nicht und inwieweit Gesichtspunkte der Rechtspflege eine Rolle spielen, ist nicht unproblematisch.<sup>15</sup>

Verdeckt werden kann die Tat als solche, die Beteiligung, aber auch Umstände der Beweisbarkeit, wenn die Tatumstände noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind.<sup>16</sup> Bloße Vereitelungstötungen zur Erleichterung der Flucht o.Ä. sind hingegen nicht erfasst;<sup>17</sup> hier kommt ein sonst niedriger Beweggrund in Betracht.<sup>18</sup>

Umstritten ist die Möglichkeit eines Verdeckungsmordes durch Unterlassen.<sup>19</sup> Mittels § 13 StGB wird zwar das Unterlassungstötungsverhalten zwecks Nichtaufdeckens zum Töten zwecks Verdeckens; fraglich ist aber, ob das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht (sog. Entsprechungsklausel, Modalitätenäquivalenz).<sup>20</sup> Die h.M.<sup>21</sup> verweist darauf, dass die Entsprechungs-

<sup>10</sup> S. z.B. BGHSt 21, 283; BGH NJW 2000, 1730.

<sup>11</sup> *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 174.

<sup>12</sup> BGHSt 11, 226, 227.

<sup>13</sup> Hierzu s. etwa BGH NStZ-RR 2005, 201; zusammenfassend *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 176 ff.

<sup>14</sup> *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 178; krit. auch; *Sowada*, JZ 2000, 1035; *Eschelbach* (Fn. 7), § 211 Rn. 91.

<sup>15</sup> Gegen den „Mord als Rechtspflegedelikt“ BGHSt 41, 8 (9); BGH NStZ 1999, 615 (616); *Saliger*, ZStW 109 (1997), 202, 210; anders *Küper*, JZ 1995, 1158; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 211 Rn. 12: „weite Auslegung ist zwar mit dem Wortlaut der Verdeckungsmodalität vereinbar, doch verfehlt sie deren Qualifikationsgrund, den Schutz staatlicher Strafverfolgungsinteressen gegen massive, straffatverdeckende Eingriffe“.

<sup>16</sup> Hierzu s. BGH NJW 2005, 1203.

<sup>17</sup> BGH NStZ 1985, 166.

<sup>18</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 69.

<sup>19</sup> Hierzu s. BGH NJW 2003, 1060 = BGH NStZ 2003, 312; *Freund*, NStZ 2004, 123; *Wilhelm*, NStZ 2005, 177; *Grüne-wald*, GA 2005, 502; *Theile*, JuS 2006, 110.

<sup>20</sup> Vgl. *Arzt*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001,

<sup>5</sup> *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 211 Rn. 31.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 45, 259 (266).

<sup>7</sup> Vgl. *Hohmann*, NStZ 1993, 183; *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2011, § 211 Rn. 81.

<sup>8</sup> *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 211 Rn. 168 ff.

<sup>9</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 1039; BGH NStZ 2004, 495; *Eser* (Fn. 5), § 211 Rn. 35.

klausel bei Erfolgsdelikten nicht relevant sei; der Täter opfere ferner auch hier bewusst das Leben eines Menschen, um vor Entdeckung seines vorherigen kriminellen Unrechts sicher zu sein; eine geringere Schwere könne durch § 13 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden. Hiergegen wird angeführt, dass Verdecken als aktive Verschleierung etwas ganz Anderes sei als ein Nicht-Aufdecken: Nur bei einer aktiven Tötung liegt die besondere Skrupellosigkeit vor.<sup>22</sup> Ratio der Norm ist des Weiteren auch das staatliche Recht auf Achtung der Integrität der Beweismittel, welches bei Unterlassungsverhalten nicht missachtet wird.<sup>23</sup> Es droht schließlich eine Mehrfachverwertung von Tatsachen, da ein Gefahr begründendes Vorverhalten schon bei der Garantenstellung berücksichtigt wird (Ingenrenz).

Besonders problematisch ist die Abgrenzung der Verdeckung einer *anderen* Straftat von der bloßen Fortsetzung einer begonnenen Tat. Eine Zäsur oder eine vorherige Planung sind nämlich nicht erforderlich für die Annahme einer *anderen* Tat.<sup>24</sup> Zweifelhaft sind Konstellationen, in denen ein Täter bei körperlichen Misshandlungen durchgehenden Tötungsvorsatz aufweist.<sup>25</sup> Rechtsprechung und h.L. verneinen hier die Verdeckung einer anderen Straftat: Der Täter verdecke hier nur die Tat, die er gerade begeht.<sup>26</sup> Bei fortbestehendem Tötungsvorsatz sei nur bei deutlicher zeitlicher Zäsur eine andere Straftat anzunehmen.<sup>27</sup> Dieses Problem ist inzi- dent auch Gegenstand der hier besprochenen Entscheidung (näher unten V. und VI.).

#### IV. Die gerichtliche Hinweispflicht gem. § 265 StPO

Gem. § 265 Abs. 1 StPO darf der Angeklagte nicht auf Grund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes verurteilt werden, ohne dass er zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist. Die Norm – gesetzlich geregelter Fall der gerichtlichen Fürsorgepflicht und Ausdruck des

S. 855 (S. 857 f.); *Grünwald*, in: Geerds (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 281 (S. 290 f.).

<sup>21</sup> S. nur *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 196; *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 102.

<sup>22</sup> Oben Fn. 21.

<sup>23</sup> *Haas*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 239.

<sup>24</sup> Der BGH hat die (nicht bindenden) Erwägungen des BVerfG – BVerfGE 45, 187 (265) – zur Beschränkung auf Fälle einer im Voraus geplanten oder einkalkulierten Verdeckungstötung verworfen, BGHSt 27, 282; 28, 210; 35, 116.

<sup>25</sup> Hierzu vgl. BGH NStZ 2000, 498; BGH NStZ 2002, 253; BGH NStZ 2003, 259; BGH NJW 2003, 1060 = BGH NStZ 2003, 312; BGH NStZ-RR 2007, 111; BGH NStZ-RR 2009, 239; zusammenfassend *Fischer* (Fn. 18), § 211 Rn. 70 ff. *Freund*, JuS 2002, 640; *Freund*, NStZ 2004, 123; *Wilhelm*, NStZ 2005, 177; *Grünwald*, GA 2005, 502; *Theile*, JuS 2006, 110.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2000, 498; *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 181 f.

<sup>27</sup> BGH NStZ 2003, 259; *Geppert*, Jura 2004, 242 (244).

Grundsatzes des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG<sup>28</sup> – soll den Angeklagten vor überraschenden Entscheidungen schützen;<sup>29</sup> ein Angeklagter kann sich nur dann effektiv verteidigen,<sup>30</sup> wenn er bei seinem Prozessverhalten eine Abweichung der richterlichen Auffassung gegenüber der Anklageschrift erfährt.

Betroffen sind sowohl mildere als auch schärfere Strafgesetze.<sup>31</sup> Die Norm erfasst die Anwendung anderer oder zusätzlicher Tatbestände, aber auch eine andere Begehungs-, Beteiligungs- oder Schuldform und eine andere Beurteilung der Konkurrenzen.<sup>32</sup> § 265 StPO ist ebenfalls anzuwenden bei Änderungen bzgl. der Rauschat in § 323a StGB.<sup>33</sup>

Bei (nur ganz ausnahmsweise zulässiger, vgl. §§ 231 Abs. 2, 231a, 231b, 231c, 232, 233, 247 StPO) Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten genügt gem. § 234a StPO der Hinweis an den Verteidiger.

Gem. § 265 Abs. 2 StPO ist ebenso zu verfahren, wenn sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung rechtfertigen. Nach h.M. ist aber kein Hinweis auf die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles erforderlich,<sup>34</sup> ebenso wenig wie ein Hinweis auf ein Fahrverbot.<sup>35</sup>

Unter den Voraussetzungen des § 265 Abs. 3 und 4 StPO muss das Gericht das Verfahren aussetzen. Hierauf hat nach h.M. der Angeklagte einen Anspruch; es besteht kein Ermessen des Gerichts, ob eine Unterbrechung (vgl. § 229 StPO) ausreicht.<sup>36</sup>

Nimmt das Gericht im Vergleich zur Anklage eine Änderung eines tatsächlichen Gesichtspunktes an, so besteht nach Rspr.<sup>37</sup> und ganz h.L.<sup>38</sup> analog § 265 StPO eine Hinweis-

<sup>28</sup> BGHSt 11, 88 (91); *Engelhardt*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 265 Rn. 1.

<sup>29</sup> BGHSt 2, 371 (373); monographisch *Niemöller*, Die Hinweispflicht des Strafrichters bei Abweichungen vom Tatbild der Anklage, 1988.

<sup>30</sup> Vgl. *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 265 Rn. 2.

<sup>31</sup> Hierzu BGH NStZ 1983, 424; *Engelhardt* (Fn. 28), § 265 Rn. 12; *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 265 Rn. 4.

<sup>32</sup> Kasuistik bei *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 15.1.2011, § 265 Rn. 6 ff.; *Engelhardt* (Fn. 28), § 265 Rn. 6 ff.

<sup>33</sup> Vgl. OLG Oldenburg NJW 2009, 3669.

<sup>34</sup> BGH NJW 1959, 996; *Pfeiffer* (Fn. 31), § 265 Rn. 6.

<sup>35</sup> BGHSt 22, 336 (337); OLG Düsseldorf NZV 1994, 204.

<sup>36</sup> BGH NJW 2000, 1350; BGH NJW 2003, 1748 = BGH NStZ 2003, 444; *Kästner*, JuS 2003, 849; *Mitsch*, NStZ 2004, 395.

<sup>37</sup> BGHSt 11, 88 (91); Übersicht bei *Meyer-Göfner* (Fn. 30), § 265 Rn. 22 f.

<sup>38</sup> Vgl. nur *Meyer-Göfner* (Fn. 30), § 265 Rn. 21 ff.; *Eschelbach* (Fn. 32), § 265 Rn. 12 f.; *Engelhardt* (Fn. 28), § 265 Rn. 1.

pflicht, es sei denn der Angeklagte kann dies dem Ablauf der Verhandlung ohne weiteres selbst entnehmen.<sup>39</sup> Dem Angeklagten soll Gelegenheit gegeben werden, sich zu neuen, möglicherweise entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern und Beweisanträge zu stellen.<sup>40</sup>

Um ordnungsgemäß zu sein, bedarf der Hinweis hinreichender Konkretisierung. Dem Angeklagten und seinem Verteidiger muss – so früh wie möglich<sup>41</sup> – ermöglicht werden, seine Verteidigung auf den neuen rechtlichen Gesichtspunkt einzurichten.<sup>42</sup> Mitzuteilen sind die genauen neuen rechtlichen Würdigungen, ferner die Tatsachen, durch die das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht.<sup>43</sup> Hinweise anderer Verfahrensbeteiligter gelten nur dann, wenn sich das Gericht diese zu eigen macht.<sup>44</sup> Auch die Schlussplädoyers ersetzen den Hinweis i.S.d. § 265 Abs. 1 StPO nicht.<sup>45</sup> Allerdings macht ein Hinweis im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen nach § 200 Abs. 2 StPO den Hinweis nach § 265 StPO entbehrlich.<sup>46</sup>

Der Verstoß gegen § 265 StPO ist als sog. relativer Revisionsgrund nach § 337 StPO revisibel,<sup>47</sup> wenn das Urteil auf der Verletzung dieser Norm beruht. Dieses Beruhen ist dann anzunehmen – hier ist die Rspr. zu § 265 StPO eher großzügig im Vergleich zur Frage des Beruhens bei anderen Verfahrensverstößen –, wenn das Gericht den Angeklagten entsprechend dem geänderten Gesichtspunkt verurteilt hat, sofern nicht Verteidiger oder Angeklagter die Veränderung erörtert haben oder aus anderen Gründen sichergestellt ist, dass sich das Unterlassen des Hinweises nicht auf die Verteidigung ausgewirkt hat.<sup>48</sup>

## V. Die Entscheidung

Der BGH hat in einem Beschluss gem. § 349 Abs. 4 StPO<sup>49</sup> das Urteil des LG einstimmig aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen (vgl. § 353 StPO). Die auf eine Verletzung (s. § 337 Abs. 1 StPO) des § 265 StPO gestützte Verfahrensrüge hatte Erfolg.

<sup>39</sup> BGH NStZ 2000, 48; BGH NJW 2003, 2107 = BGH NStZ 2003, 559; BGH NStZ-RR 2006, 213. *Maier*, NStZ 2003, 674; *Engelhardt* (Fn. 28), § 265 Rn. 17.

<sup>40</sup> *Pfeiffer* (Fn. 31), § 265 Rn. 8.

<sup>41</sup> Vgl. BGHSt 23, 304; *Meyer-Göfner* (Fn. 30), § 265 Rn. 32.

<sup>42</sup> BGHSt 18, 56 (57).

<sup>43</sup> Vgl. BGH NStZ 2005, 111; BGH NStZ 2007, 116.

<sup>44</sup> BGH NStZ-RR 2002, 271; BGH NStZ 2007, 116.

<sup>45</sup> BGH NStZ-RR 2005, 376.

<sup>46</sup> BGH NStZ 2001, 162.

<sup>47</sup> Näher *Eschelbach* (Fn. 32), § 265 Rn. 54 ff.

<sup>48</sup> BGH StV 1988, 329.

<sup>49</sup> Zu den Entscheidungen im Revisionsverfahren s. *Bock*, JA 2011, 134.

### 1. Erforderlichkeit des Hinweises bei wesentlich abweichendem Tatbild

Der BGH verweist darauf, dass der Verurteilung wegen Verdeckungsmordes nach den Feststellungen ein Tatbild zugrunde liegt, das von demjenigen der Anklage wesentlich abweicht.

Der Schuldvorwurf der Anklage lautete nämlich, der Angeklagte habe eine fremde bewegliche Sache, die ihm anvertraut war, sich oder einem Dritten rechtswidrig zugeeignet und durch eine weitere Handlung aus Habgier sowie heimtückisch einen anderen Menschen getötet, um eine (andere) Straftat zu verdecken (veruntreuende Unterschlagung – § 246 Abs. 1 und 2 StGB<sup>50</sup> – in Tatmehrheit mit Mord), weil es dem Angeklagten darauf ankam, zu verhindern, dass er wegen der von ihm zuvor begangenen Unterschlagung von 8.000 € strafrechtlich belangt wird und aus diesem Grund sein Tötungsdelikt als Unfall tarnte, damit keine Nachforschungen nach dem Verbleib des Vermögens von Frau K. angestellt werden.

Das angefochtene Urteil dagegen gründet den Schuldvorwurf darauf, dass der Angeklagte eine vorausgegangene Körperverletzung verdecken wollte.

Das Landgericht hat damit die „andere Straftat“ (Bezugstat) in § 211 Abs. 2 StGB bei der Verdeckungsabsicht ausgetauscht. Dies hätte eines Hinweises nach § 265 StPO bedurft. Das Gericht, das den Schuldspruch innerhalb des Rahmens der angeklagten Tat (§ 264 StPO) auf einen gegenüber der Anklage im Tatsächlichen wesentlich veränderten Sachverhalt stützt, müsse dem Angeklagten, um ihn vor einer Überraschungsentscheidung zu schützen, zuvor grundsätzlich einen entsprechenden Hinweis erteilen. Diese Hinweispflicht diene dem schutzwürdigen Verteidigungsinteresse des Angeklagten. Sie gelte auch und gerade für wesentliche Veränderungen des dem gesetzlichen Straftatbestand zugeordneten Tatverhaltens.

### 2. Austausch der Bezugstat als wesentliche Abweichung

Die Abweichung in der Beschreibung des Tatverhaltens, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestandes gedient hat, war bei der vorliegenden Fallgestaltung wesentlich. Das Verhalten des Angeklagten, in dem die „andere Straftat“ i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB gesehen wurde, unterschied sich schon zeitlich erheblich von demjenigen, das die Anklage für tatbestandsmäßig hielt, und inhaltlich wurde ein Vermögensdelikt durch ein Körperverletzungsdelikt ersetzt. Der gebotene Schutz des Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen erfordere eine umfassende Hinweispflicht.

Der BGH führt die vergleichbare Situation bei den Delikten des Vollrausches (§ 323a StGB<sup>51</sup>) und des Vereitelns der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) an: Bereits wenn die Rauschat als lediglich objektive Bedingung der Strafbarkeit

<sup>50</sup> Zu diesem Delikt s. *Jäger*, JuS 2000, 1167; *Kudlich*, JuS 2001, 767.

<sup>51</sup> Zu diesem Delikt s. *Fahl*, JuS 2005, 1076; *Geppert*, Jura 2009, 40.

rechtlich anders beurteilt werden solle, sei ein Hinweis geboten; dies gelte erst recht, wenn die Rauschtat vollständig ausgetauscht werde. Bzgl. § 288 StGB müsse der Angeklagte darauf hingewiesen werden, dass eine andere Forderung bei § 288 StGB zugrunde gelegt werde. Der Austausch einer Forderung, deren Durchsetzung der Angeklagte vereitelt haben soll, erfordere einen gerichtlichen Hinweis.

Es liege, so der BGH, nahe, überhaupt einen entsprechenden Hinweis zu verlangen, wenn – wie hier – das Tatverhalten, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestandes dient, wesentlich von dem Anklagevorwurf abweicht. Denn Zweck des § 265 StPO sei es, dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen, und ihn vor Überraschungen zu schützen. Der Austausch der Bezugstat bei Verdeckungsmord erfordere daher einen gerichtlichen Hinweis.

### 3. Keine Entbehrlichkeit des Hinweises durch den Gang der Hauptverhandlung

Der BGH hat dahinstehen lassen, ob es statt eines besonderen Hinweises genügt, dass dem Angeklagten durch den Gang der Hauptverhandlung die Kenntnis vermittelt wird, welches Verhalten das Gericht als tatbestandsmäßig werten und zur Grundlage des Schuldvorwurfs machen will, denn im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass dem Angeklagten diese Kenntnis vom Gericht auch nicht durch den Gang der Verhandlung vermittelt worden ist.

### 3. Keine Entbehrlichkeit des Hinweises durch den Schlussvortrag des Staatsanwalts

Unerheblich sei es, dass der Staatsanwalt in seinem Schlussvortrag der Verdeckungsabsicht als neue Bezugstat eine Körperverletzung zugeordnet hat. Maßgeblich sei nämlich, dass eine andere Betrachtung nach Auffassung des Gerichts in Betracht kommt.

### 4. Keine Entbehrlichkeit des Hinweises durch einen Beschluss nach § 154 Abs. 2 StPO

Der BGH setzt sich nun mit der Frage auseinander, ob der Gerichtsbeschluss auf Grundlage des § 154 Abs. 2 StPO, mit dem das Verfahren hinsichtlich der veruntreuenden Unterschlagung von 8.000 € eingestellt wurde, den Hinweis nach § 265 StPO entbehrlich machte. Er verneint dies zunächst unter Hinweis auf den noch im Raum stehenden Vorwurf der Unterschlagung weiteren Geldes, des Schmucks und der Pelzmäntel.

Der BGH begründet die fortbestehende Hinweispflicht vor allem aber materiell-rechtlich anhand der Voraussetzungen des Verdeckungsmordes: Es wurde, so der BGH, durch diesen Beschluss nicht ersichtlich, dass das Gericht als neue Bezugstat die Körperverletzung zugrunde legen wollte. In der Anklageschrift wurden zwar die beiden Schläge angeführt, aber nicht in dem Sinne, dass sie mit Körperverletzungsvorsatz geführt wurden, sondern vielmehr bereits in Tötungsabsicht. Danach lag als „andere Straftat“ eine Körperverletzung nicht nahe. Der Annahme eines Verdeckungsmordes stehe zwar nicht entgegen, wenn sich bereits die zu verdeckende

Vortat gegen Leib und Leben des Opfers richtet und unmittelbar in die Tötung zur Verdeckung des vorausgegangenen Geschehens übergeht. Um eine andere – zu verdeckende – Straftat i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB handle es sich jedoch dann nicht, wenn der Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begehe. Dies sei dann der Fall, wenn während einer einheitlichen Tötungshandlung die Verdeckungsabsicht nur noch als weiteres Motiv für die Tötung hinzutrete.

Der Angeklagte musste nach den getroffenen Feststellungen nicht damit rechnen, das Landgericht würde als „andere Straftat“ die beiden Schläge heranziehen.

### 5. Zur Frage des Beruhens (§ 337 Abs. 1 StPO)

Der BGH konnte nicht ausschließen, dass das Urteil auf dem Rechtsfehler beruht. Er bezieht sich auf die ihn überzeugende Revisionsbegründung, in der ausgeführt wird, dass der Angeklagte, wenn er vom Gericht den entsprechenden Hinweis erhalten hätte, sich anders und wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Es könne insbesondere nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte, der in der Hauptverhandlung lediglich angegeben hat, Frau K. nicht umgebracht und keinerlei Gelder oder Gegenstände unterschlagen zu haben, seine Verteidigungsstrategie dahin geändert hätte, sich nunmehr umfänglich in der Sache einzulassen, sei es um weiterhin einen Freispruch zu erreichen, sei es auch z.B. um einen Schuldspruch „nur“ wegen Totschlags statt wegen Mordes zu erstreben, indem er Umstände vorgetragen hätte, die eine zu verdeckende „andere Straftat“ entfallen lassen. Der Verteidiger, an den sich der Hinweis nach § 265 StPO auch richte, habe ferner im Einzelnen dargelegt, was er bei einem ordnungsgemäßen Hinweis noch vorgebracht hätte.

## VI. Bewertung und Ausblick

1. Die Entscheidung ist zunächst lehrreich und klausurrelevant, weil sie vor Augen führt, wie eine strafprozessuale Zusatzaufgabe mit einem materiell-rechtlichen Gutachten verzahnt werden kann.

2. Hinsichtlich der Auslegung des § 265 StPO ist dem BGH ohne Weiteres darin zuzustimmen, die Hinweispflicht angeklagtenfreundlich zu bestimmen und nicht nur auf rechtliche, sondern auch auf tatsächliche Abweichungen zur Anklageschrift anzuwenden. Der Fall zeigt, wie wichtig eine tatsachenbezogene Hinweispflicht für die Verwirklichung des Rechts auf effektive Verteidigung<sup>52</sup> (vgl. nur Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK) ist. Hierin liegt gewissermaßen auch eine Verlängerung der Informationsfunktion der Anklageschrift (§ 200 StPO), von deren Maßgeblichkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht Angeklagter und Verteidiger – aber auch die Staatsanwaltschaft – solange ausgehen werden, wie sich das Gericht nicht abweichend geäußert hat. Völlig richtig ist es daher auch, die Schlussplädoyers unberücksichtigt zu lassen, weil diese gerade nicht die letztlich maßgebliche Meinung des Gerichts zum Ausdruck bringen.

Zweifeln kann man indes daran, ob man eine Entbehrlichkeit des Hinweises aufgrund des Gangs der Hauptverhandlung annehmen sollte: Diese vom BGH hier offen gelas-

<sup>52</sup> Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 30), § 265 Rn. 2.

sene Frage wirft in jedem Einzelfall eine Fülle von Folgefragen auf, dahingehend welche Äußerungen in welcher Deutlichkeit auf eine veränderte Annahme des Gerichts schließen lassen. Derartige Rechtsunsicherheiten sollte man durch eine strengere Bindung an die Hinweispflicht vermeiden. De lege ferenda sollte § 265 StPO hinsichtlich tatsächlicher Änderungen ergänzt werden.

Naturgemäß vage bleibt auch die Antwort darauf, wann ein vom Gericht zugrunde gelegtes Tatbild so wesentlich abweicht, dass die Hinweispflicht ausgelöst wird. An einer gerichtlichen Heimlichtuerei oder Überrumpelung besteht sicher kein schutzwürdiges Interesse, so dass eine möglichst niedrige Schwelle anzusetzen ist: Auf jede für das Urteil geplante rechtliche oder tatsächliche – subsumtionserhebliche – Abweichung von der Anklageschrift muss hinzuweisen sein. Dies erspart unklare Abgrenzungen und Rechtsunsicherheiten. Lästigkeit und Zeitverlust halten sich ohnehin in Grenzen. Eine offene Kommunikation zwischen Tatgericht und Angeklagtem dürfte auch nicht nur der Amtsaufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO<sup>53</sup>) am besten dienen, sondern sie mag überdies die Neigung des Angeklagten in verfahrensökonomisch rentabler Weise fördern, das erstinstanzliche Urteil als transparent und fair zu akzeptieren.

3. Anders als der BGH, der dies im vorliegenden Fall freilich nur inzident innerhalb § 265 StPO prüfen musste und sich in bloßem Verweis auf frühere Rechtsprechung erschöpft, kann man mit guten Gründen die Verdeckungsabsicht in § 211 Abs. 2 StGB dahingehend weiter auslegen, dass auch dann eine „andere Straftat“ verdeckt wird, wenn bereits die Bezugstat ein vorsätzliches Tötungsdelikt war, nicht nur bei zeitlicher Zäsur (s.o. III.). Zweifelhaft sind nämlich schon die Anforderungen an die Beschaffenheit einer normativ relevanten Zäsur. Darüber hinaus begünstigt man denjenigen Täter, der sein Opfer von Anfang an mit Tötungsvorsatz angreift;<sup>54</sup> sein Vorsatz müsste bei der Mordprüfung ggf. sogar in dubio pro reo unterstellt werden.<sup>55</sup> Bei der Auslegung des materiell-rechtlichen § 211 StGB liegt es nicht fern, den materiell-rechtlichen Tatbegriff zur Abschichtung von Vortat und Verdeckungsverhalten heranzuziehen: Eine versuchte Tötung und die dabei verwirklichte Körperverletzung sind als andere Straftat(en) gegenüber dem nachfolgenden seinerseits tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Tötungsverhalten anzusehen.<sup>56</sup> Der Austausch der Tötungsmotivation beinhaltet eine normativ neue Dimension (neu verwirklichtes unrechtsbegründendes subjektives Tatbestandsmerkmal<sup>57</sup>), die vorherige Handlung hat einen komplett anderen Hintergrund als die verdeckende Tötung, da diese aus Angst vor Konsequenzen erfolgt.<sup>58</sup>

Eine weitere Problematik birgt der Verdeckungsmord durch Unterlassen, sofern man dessen grundsätzliche Existenz anerkennt (s.o. III.). Einmal abgesehen von der Frage, ob eine Garantenstellung aus Ingerenz bei vorsätzlicher Risikoschaffung anzunehmen ist<sup>59</sup> (ein Erst-recht-Schluss aus der fahrlässigen Ingerenz spricht einerseits dafür, andererseits kommt dies einer durch § 211 StGB bewehrten Rücktrittspflicht gefährlich nahe), werden die Abgrenzungsschwierigkeiten der „anderen Straftat“ auf die Spitze getrieben, wenn einer mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Misshandlung ein Liegenlassen des Opfers in der Hoffnung auf ein Versterben dieses potentiellen Zeugen folgt. Selbst bei einer zeitlichen Zäsur verneint der BGH<sup>60</sup> hier – anders als bei aktiver Verdeckungstötung – eine andere Straftat: Es werde keine neue Kausalkette gesetzt, sondern nur die bisherige Tat fortgeführt. Die grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtsprechung, bei vorherigen vorsätzlichen Tötungshandlungen gelten aber auch hier. Bei zutreffender materiell-rechtlicher Betrachtungsweise liegt hier einer der (wenigen) Fälle vor, in denen auf Konkurrenzebene das Unterlassen einen eigenständigen Bedeutungsgehalt hat (hier: Verschärfung zum Mord) und also nicht (kraft materieller Subsidiarität oder Konsumtion qua mitbestrafter Begleitatt) hinter das Begehungsdelikt zurücktritt, sondern es allenfalls umgekehrt ist.<sup>61</sup> Noch einen Schritt weiter ließe sich auch Tateinheit von Begehungs- und Unterlassungsvorwurf annehmen, da unklar ist, wieso der Vorwurf vorherigen aktiven Tuns wegfallen soll. Hier ist Tateinheit aus Klarstellungsgründen angemessener.<sup>62</sup>

Zuzugeben ist, dass diese weite Auslegung des Begriffs der anderen Straftat dessen materiell-rechtlich-deklaratorische Bedeutung reduziert und den Anwendungsbereich der verfassungsrechtlich und kriminalpolitisch heiklen zwingend lebenslangen Freiheitsstrafe ausweitet. Anzunehmen ist einmal mehr eine Reform der Tötungstatbestände, die auch eine Öffnung der Rechtsfolgen des § 211 StGB umfassen sollte.<sup>63</sup>

*Prof. Dr. Dennis Bock, Jena*

<sup>53</sup> Zur Bedeutung des § 265 StPO im Lichte der Aufklärungspflicht vgl. BGHSt 28, 196 (198).

<sup>54</sup> Fischer (Fn. 18), § 211 Rn. 73.

<sup>55</sup> BGH NStZ 2002, 313; BGH NStZ 2003, 259; Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rn. 85.

<sup>56</sup> Vgl. Freund, NStZ 2004, 123 (125).

<sup>57</sup> Fischer (Fn. 18), § 211 Rn. 73.

<sup>58</sup> Vgl. Freund, NStZ 2004, 123 (126).

<sup>59</sup> Hierzu vgl. nur Theile, JuS 2006, 110.

<sup>60</sup> BGH NJW 2003, 1060.

<sup>61</sup> S. Freund, NStZ 2004, 123 (125).

<sup>62</sup> So auch Wilhelm, NStZ 2005, 177 (181).

<sup>63</sup> Vgl. nur Fischer (Fn. 18), Vor §§ 211 ff. Rn. 1; Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rn. 1; Lackner/Kühl (Fn. 15), Vor §§ 211 ff. Rn. 25.