

# Hinweispflicht des Gerichts in Bezug auf Einziehung von Taterträgen?

Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19 und Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19\*

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen\*\*

*Kommt eine Einziehung von Taterträgen bzw. deren Wert gem. §§ 73, 73c StGB in Betracht, wird diese Rechtsfolge aber weder in der Anklageschrift noch im Eröffnungsbeschluss klaggestellt, so stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Hauptverhandlung ein richterlicher Hinweis erteilt werden muss. Während der 1. Strafsenat aus der Neufassung des § 265 StPO gefolgert hat, dass ein solcher Hinweis erforderlich ist, will der 5. Strafsenat in einem Anfragebeschluss davon abweichen und lehnt eine Hinweispflicht ab. Der Beitrag legt dar, warum der Beschluss des 5. Strafsenats nicht zu überzeugen vermag und dass der 1. Strafsenat zu Recht an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält.*

## I. Einführung

Durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“<sup>1</sup> wurde u.a. auch § 265 StPO mit Wirkung zum 24.8.2017 reformiert. Die Vorschrift regelt in erster Linie, unter welchen Voraussetzungen das Gericht einen Hinweis zu erteilen hat, um den Angeklagten vor Nachteilen für seine Verteidigungsstrategie zu bewahren und ihm so die Chance einer effektiven Verteidigung zu erhalten. So ist nach (dem unverändert gebliebenen) § 265 Abs. 1 StPO ein richterlicher Hinweis notwendig, wenn das Gericht in Betracht zieht, den Schuldspruch auf andere Vorschriften zu stützen als auf diejenigen, die in der Anklageschrift (in der Fassung des Eröffnungsbeschlusses) zugrunde gelegt worden waren. Während nach § 265 Abs. 2 StPO a.F.

\* BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19 ist online abrufbar unter

[juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2b2b593d0de6ed42f8afefba3e68c85f&nr=98968&pos=0&anz=2&Blank=1.pdf](https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2b2b593d0de6ed42f8afefba3e68c85f&nr=98968&pos=0&anz=2&Blank=1.pdf)

sowie veröffentlicht in HRRS 2019 Nr. 1054 sowie NStZ 2019, 748 m. Anm. Börner; dazu Abraham, HRRS 2020, 51. BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19 ist online abrufbar unter

[juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7c80dba3adcd82b459dbecc407c9b5b0&nr=101078&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf](https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7c80dba3adcd82b459dbecc407c9b5b0&nr=101078&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf)

sowie veröffentlicht in HRRS 2019 Nr. 1228 = NStZ-RR 2020, 25.

\*\* Der Verf. ist Akad. Rat a.Z. an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt dem Inhaber der Professur sowie Frau Wiss. Mit. Jeannine Ann Boatright, Herrn Wiss. Mit. Maximilian Hartwig sowie Herrn Wiss. Mit. Dennis Klein herzlich für wertvolle Anmerkungen.

<sup>1</sup> Gesetz v. 17.8.2017 = BGBl. I 2017, S. 3202.

ein gerichtlicher Hinweis und Gelegenheit zur Verteidigung nur dann erforderlich waren, „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“, geht § 265 Abs. 2 StPO n.F. darüber hinaus. Nun soll entsprechend verfahren werden, wenn

1. sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen,
2. das Gericht von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage abweichen will oder
3. der Hinweis auf eine veränderte Sachlage zur genügenden Verteidigung des Angeklagten erforderlich ist.“

Relevant ist insoweit insbesondere, dass § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nunmehr von der Anordnung einer „Maßnahme“ spricht, nicht mehr von der Anordnung „einer Maßregel der Besserung und Sicherung“. Während mit letzteren gem. § 61 StGB nur die Maßnahmen gem. §§ 63–70b StGB gemeint sind, geht der Begriff „Maßnahmen“ gem. § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB darüber hinaus, indem er außerdem die Einziehung und die Unbrauchbarmachung (§§ 73 ff. StGB) erfasst.

Im Gegensatz zur Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (§§ 74 ff. StGB) steht die Einziehung von Taterträgen (§ 73 StGB) bzw. deren Wert (§ 73c StGB) nicht im Ermessen des Gerichts („ordnet [...] an“). Das durch die Tat erlangte bzw. dessen Wert muss obligatorisch eingezogen werden.

Die Erweiterung des § 265 Abs. 2 StPO wirft die Frage auf, ob der Angeklagte auf eine obligatorische Einziehung oder Wertersatzeinziehung hingewiesen werden muss, wenn dieser rechtliche Aspekt – wohl aber die zugrunde liegenden Tatsachen – weder in der Anklageschrift noch im Eröffnungsbeschluss deutlich wird. Für eine solche Hinweispflicht haben sich zunächst der 2. Strafsenat des OLG Koblenz<sup>2</sup>, der 1. Strafsenat des BGH<sup>3</sup> sowie mehrere Stimmen in der Literatur<sup>4</sup> ausgesprochen. Anderer Auffassung ist aber nun der

<sup>2</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 OLG 6 Ss 28/18 = NJW 2018, 2505 m. Anm. Habetha.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 6.12.2018 – 1 StR 186/18 = wistra 2019, 409.

<sup>4</sup> Habetha, NJW 2018, 2506; Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 46. Ed., Stand: 1.5.2020, § 73 Rn. 86; Kuckein/Bartel, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 265 Rn. 16a; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung

5. Strafsenat des BGH, der sich durch den Beschluss des 1. Strafsenats an seiner Entscheidung gehindert sieht und deshalb bei diesem (sowie allgemein bei den übrigen *Senaten*) anfragt, ob er an seiner Rechtsauffassung festhält (§ 132 Abs. 3 GVG).<sup>5</sup> Der 1. Strafsenat hat inzwischen erklärt, an seiner bisherigen Linie festzuhalten und ist dem Anfragebeschluss des 5. Strafsenats entgegengetreten.<sup>6</sup> Der Linie des 1. Strafsenats neigt auch der 4. Strafsenat zu; dessen Rechtsprechung steht der beabsichtigten Entscheidung des 5. Strafsenats jedoch nicht entgegen.<sup>7</sup> Auch der 2. Strafsenat hat inzwischen mitgeteilt, dass seine Rechtsprechung nicht entgegensteht.<sup>8</sup>

## II. Die Argumentation des Anfragebeschlusses des 5. Strafsenats im Überblick

Der Anfragebeschluss führt im Wesentlichen vier Argumente für seine Rechtsauffassung an, die hier vorab grob skizziert werden sollen:

1. Entstehungsvoraussetzung der Hinweispflicht sei „der nachträgliche Eintritt der relevanten Anknüpfungstatsachen“.<sup>9</sup> Es würde die Grenze des Gesetzeswortlauts überschreiten, legte man den Passus „sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben“ so aus, dass auch eine erst spätere abweichende rechtliche Bewertung bereits zuvor bekannter Tatsachen erfasst wäre.<sup>10</sup> Bei einer solchen Lesart käme „der Wendung ‚erst in der Verhandlung‘ kein eigenständiger Anwendungsbereich [zu]“.<sup>11</sup>

2. Soweit die Rechtsprechung in Bezug auf Maßregeln der Besserung und Sicherung hiervon abweiche, sei dies nicht auf die Einziehung übertragbar.<sup>12</sup> Insbesondere handle es sich bei der Einziehung von Taterträgen bzw. deren Wert um „naheliegende[] Rechtsfolgen“, die „auch im Bewusstsein der Rechtsgemeinschaft verankert[]“ seien, weshalb der Angeklagte davon grundsätzlich nicht überrascht werden könne bzw. dürfe und sich entsprechend selbst informieren müsse.<sup>13</sup>

3. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Gesetzgebungsgeschichte der Reform des § 265 StPO.<sup>14</sup>

4. Auch „der den Hinweispflichten innewohnende Zweckgedanke“ gebiete keinen Hinweis auf die obligatorische Einziehung von Taterträgen (bzw. deren Wert).<sup>15</sup> § 265 StPO sei – „in Abgrenzung zu den umfassenderen Gewährleistungs-

gehalten des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren“ – keine Generalklausel, die den Angeklagten „vor jeglicher Überraschung“ schütze, sondern beschränke sich gerade auf die „tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer drohenden Verurteilung [...], die vom zugelassenen Anklagesatz abweichen“.<sup>16</sup>

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass „[a]ngesichts dessen“ auch der Fair-trial-Grundsatz keine Hinweispflicht nach sich ziehe.<sup>17</sup>

## III. Würdigung der Argumentation

Diese Argumentation des *Senats* vermag nicht zu überzeugen.<sup>18</sup> Vielmehr ist der Antwort des 1. Strafsenats<sup>19</sup> beizupflichten.

### 1. Wortlaut

Das erste Argument des *Senats* betrifft den Wortlaut des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Der *Senat* versteht „Umstände“ als „Anknüpfungstatsachen“.<sup>20</sup> Diese Lesart ist freilich nicht zwingend. Der Begriff des „Umstandes“ ist in der StPO nicht legaldefiniert und wird zudem uneinheitlich gehandhabt. So wird er beispielsweise in § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO („Umstände, auf welche die Ablehnung [eines erkennenden Richters wegen Besorgnis der Befangenheit] gestützt wird“) im Sinne von „Tatsache“ zu verstehen sein.<sup>21</sup> Wenn hingegen § 263 Abs. 2 StPO davon spricht, dass die Abstimmung über die Schuldfrage „auch solche vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen“ umfasst, ist damit die Gesamtbeurteilung gemeint, die gleichermaßen die Beweiswürdigung über das historische Geschehen sowie dessen rechtliche Würdigung umfasst, weil eine Aufspaltung der (verbindlichen) Abstimmung in einzelne Sach- und Rechtsfragen unzulässig ist.<sup>22</sup>

Klarzustellen ist, dass jenseits einer Legaldefinition<sup>23</sup> selbst ein in der übrigen StPO einheitliches Begriffsverständnis keine „sprachliche Bindungswirkung“ entfalten könnte; die Bedeutung des Begriffs muss immer in Bezug auf den konkreten Kontext seiner Verwendung im Rahmen der spezi-

mit GVG und EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 265 Rn. 26.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 15.1.2020 – 4 ARs 15/19 = BeckRS 2020, 1972.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 15.1.2020 – 2 ARs 236/19 = BeckRS 2020, 1798.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 19.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 19.

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 19.

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 23 ff.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 29.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 22.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 31.

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 32.

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 33.

<sup>18</sup> So im Ergebnis auch *Börner*, NStZ 2019, 752.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19.

<sup>20</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 19 (*Hervorhebung* nur hier).

<sup>21</sup> *Conen/Tsambikakis*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 25 Rn. 14.

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Miebach*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 263 Rn. 6 m.w.N.

<sup>23</sup> Dazu *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 138 ff. m.w.N.

fischen Vorschrift ermittelt werden.<sup>24</sup> Gezeigt werden sollte lediglich, dass der Begriff „Umstände“ keineswegs eindeutig vorgeprägt ist. Vielmehr lässt der Wortlaut isoliert betrachtet jedenfalls die Lesart zu, dass auch eine Veränderung der rechtlichen Bewertung erfasst ist.<sup>25</sup> Bereits der historische Gesetzgeber hat sich bewusst für diese Formulierung (vgl. insoweit § 264 Abs. 2 RStPO) und gegen eine andere Wendung wie bspw. „Tatsachen oder Beweismittel“ (z.B. § 174 Abs. 2 StGB, bereits § 172 Abs. 2 RStPO) entschieden.

Gegen eine solche Lesart wendet der *Senat* ein, die rechtliche Bewertung des Sachverhalts, wie er sich in Anklageschrift bzw. Eröffnungsbeschluss darstellt, könne jedenfalls kein „vom Strafgesetz besonders vorgesehene[r]“ Umstand sein.<sup>26</sup> Auch diese Lesart erscheint zu eng, ergibt doch eine abweichende rechtliche Bewertung sich gerade aus dem Strafgesetz bzw. besteht darin, dass das Gericht gerade das macht, was vom Strafgesetz vorgesehen ist.<sup>27</sup> Die Begrenzung auf „besonders“ vorgesehene Umstände hat hingegen mit dem hiesigen Problem nichts zu tun und kann insoweit keine Aussagekraft entfalten. Sie betrifft in erster Linie die strafbarkeitserhöhenden Umstände und beschränkt die Hinweispflicht insoweit auf solche, die gesetzlich vertypt sind (wie z.B. Qualifikationsmerkmale); hingegen soll nicht jedes Mal ein richterlicher Hinweis ergehen müssen, wenn ein neuer Aspekt zur Sprache kommt, der allgemein strafschärfend berücksichtigt werden kann.<sup>28</sup>

Auch dass die Umstände sich „ergeben“ müssen, spricht nicht dagegen, eine nachträglich andere Bewertung vorzunehmen. Vielmehr ist der Gesetzgeber gerade von der ganz ursprünglichen Formulierung „wenn erst in der Verhandlung solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände behauptet werden“<sup>29</sup> (§ 264 RStPO) abgerückt<sup>30</sup> und hat sich für eine offenere Variante entschieden, die ein Entstehen der

Umstände ausreichen lässt, das vom Vortrag der Verfahrensbeteiligten unabhängig ist.<sup>31</sup>

Schließlich wendet der *Senat* ein, der Wendung „erst in der Verhandlung“ käme kein eigenständiger Zweck mehr zu, wenn es für die Annahme einer Hinweispflicht nicht erforderlich sei, dass neuer Subsumtionsstoff hinzukommt.<sup>32</sup> Auch dieses Argument ist trügerisch: Anders als § 265 Abs. 1 StPO spricht § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht unmittelbar von der „gerichtlich zugelassenen Anklage“. Ob der Verweis „Ebenso ist zu verfahren“ zu Beginn des § 265 Abs. 2 StPO sich nur auf die Rechtsfolge des vorangegangenen Absatzes bezieht (Hinweispflicht und Gelegenheit zur Verteidigung), mithin eine Rechtsfolgenverweisung darstellt, oder auch dessen Tatbestandsmerkmale einbezieht (Rechtsgrundverweisung), ergibt sich nicht auf den ersten Blick. Vor diesem Hintergrund hat auch bei Zugrundelegung der Lesart, dass ein „Umstand“ auch eine abweichende rechtliche Würdigung sein kann, das Merkmal „erst in der Verhandlung“ eine eigenständige Funktion: Es stellt klar, dass der Bezugspunkt der Vergleichsbetrachtung die Anklageschrift in der Form ist, die sie durch den Eröffnungsbeschluss erhalten hat. Damit grenzt das Merkmal die Vorschrift von § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO ab: Erkennt das Gericht bereits im Zwischenverfahren, dass in der Anklageschrift auf bestimmte Rechtsfolgen nicht eingegangen wird, und stellt es dies im Rahmen des die Anklage abändernden Eröffnungsbeschlusses richtig, so ist der Angeklagte bereits mit der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses über den neuen Umstand informiert und kann seine Verteidigung darauf einstellen, weshalb es keines weiteren Hinweises im Rahmen der Hauptverhandlung bedarf.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Wortlautargumente des *Senats* nicht durchgreifen.

### 2. Systematik

Auch die Systematik vermag die Auslegung des *Senats* nicht zu stützen.

#### a) Verhältnis von § 265 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StPO

Entgegen der früheren Rechtsprechung<sup>33</sup> sowie einzelner Literaturstimmen<sup>34</sup>, auf die der *Senat* sich stützt,<sup>35</sup> stellt das Verhältnis von § 265 Abs. 1 StPO und § 265 Abs. 2 [Nr. 1] StPO sich nicht dergestalt dar, dass Abs. 1 die Änderung rechtlicher und Abs. 2 die Änderung tatsächlicher Aspekte betrifft. Vielmehr bezieht Abs. 1 sich auf den Schuldspruch, während Abs. 2 Nr. 1 Elemente des Rechtsfolgenausspruchs

<sup>24</sup> Dazu *M. Wagner* (Fn. 23), Rn. 53, 215 ff. m.w.N. Dies verkennt *Abraham* (HRRS 2020, 51 [54]), wenn er auf §§ 16, 46 StGB hinweist.

<sup>25</sup> So explizit und zutreffend bspw. BGH, Urt. v. 27.9.1951 – 3 StR 596/51 = BGHSt 2, 85 (86 f.); *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 265 Rn. 24.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 21; insoweit zustimmend *Abraham*, HRRS 2020, 51 (53 f.).

<sup>27</sup> A.A. *Abraham*, HRRS 2020, 51 (54), der im Ergebnis aber ebenfalls eine Hinweispflicht im Wege der analogen Anwendung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO bejaht.

<sup>28</sup> Dazu bspw. *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 265 Rn. 41 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> *Hervorhebung* nur hier.

<sup>30</sup> Art. 2 Nr. 23 des Ausführungsgesetzes zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24.11.1933 = RGBl. I 1993, S. 1000 (1002).

<sup>31</sup> A.A. *Stuckenberg* (Fn. 28), § 265 vor Rn. 1: keine sachliche Änderung.

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 19.

<sup>33</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.1980 – 4 StR 172/80 = BGHSt 29, 274 (279).

<sup>34</sup> *Wachsmuth*, Das Recht des Angeklagten auf Orientierung, 2008, S. 140.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 15.

zum Gegenstand hat.<sup>36</sup> Eine Abs. 1 identisch nachgebildete Formulierung des § 265 Abs. 2 [Nr. 1] StPO wäre nicht möglich gewesen, weil die Formulierung auf die Anklageschrift Bezug nimmt, die aber z.B. keine Aussagen zur Strafhöhe trifft.<sup>37</sup>

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Angeklagte in Bezug auf die Rechtsfolgen in geringerem Umfang Anspruch auf Information durch das Gericht zur Gestaltung seiner Verteidigung haben sollte als in Bezug auf den Schuldspruch. Daher spricht das systematische Verhältnis zwischen § 265 Abs. 1 und Abs. 2 [Nr. 1] StPO dafür, den Aufklärungsumfang identisch zu gestalten. In Bezug auf § 265 Abs. 1 StPO ist aber anerkannt, dass auch eine gegenüber der Anklage in der Form des Eröffnungsbeschlusses abweichende rechtliche Wertung eine Mitteilungspflicht auslöst. Entsprechendes muss dann aber auch für § 265 Abs. 2 [Nr. 1] StPO gelten („Ebenso ist zu verfahren“).

Zwar ist es zutreffend, dass durch die Einführung der § 265 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 StPO n.F. das beschriebene systematische Verhältnis der ursprünglichen Absätze 1 und 2 nicht mehr „in Reinform“ verwirklicht ist. Allerdings hat der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt; in den Gesetzgebungsmaterialien zur Neufassung finden sich keine entsprechenden Äußerungen.<sup>38</sup> Daher kann der Einführung der beiden neuen Nummern nicht entnommen werden, dass das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 Nr. 1 sich anders darstellen soll, als dies in Bezug auf die vormaligen Abs. 1 und Abs. 2 zweckmäßig war. Nichtsdestotrotz wäre es systematisch sinnvoller gewesen, entweder Abs. 2 Nr. 1 in Abs. 1 einzugliedern oder – aufgrund der angesprochenen Formulierungsschwierigkeit vorzugswürdig – die alte Struktur beizubehalten und die neuen Abs. 2 Nrn. 2 und 3 stattdessen einem eigenständigen Abs. 3 zuzuweisen.

#### b) Verhältnis von § 265 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 StPO

Als weiteres Argument führt der *Senat* an, § 265 Abs. 3 StPO nehme auf § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO Bezug; da in Bezug auf Abs. 3 anerkannt sei, dass nur neue Tatsachen, nicht aber eine neue rechtliche Bewertung geeignet sei, die Pflicht zur Aussetzung des Verfahrens auszulösen, müsse dies im Umkehrschluss auch für § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO gelten.<sup>39</sup>

Dabei handelt es sich freilich um eine *petitio principii*. Diese Auffassung gründet auf der Annahme, dass „Umstände“ im Rahmen des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nur Tatsachen sein können. Darüber hinaus ist dieser Schluss noch nicht einmal zwingend: Es wäre sogar denkbar, auch unter Zugrundelegung der Ansicht, dass ein „Umstand“ gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO auch eine nachträglich andere rechtliche Bewertung sein kann, die Aussetzungspflicht gem. § 265 Abs. 3 StPO enger zu verstehen und auf neue Tatsachen zu

reduzieren, weil mit der Aussetzung ein deutlich intensiverer Eingriff in das Verfahren verbunden ist als mit der bloßen Hinweiserteilung.

Tatsächlich sprechen aber die besseren Gründe dafür, auch im Rahmen des § 265 Abs. 3 StPO konsequent ein weites Verständnis zugrunde zu legen:<sup>40</sup> Die abweichende rechtliche Bewertung löst ebenso wie neues Tatsachenmaterial – sicherlich häufig sogar intensiver – das Bedürfnis des Angeklagten aus, seine Verteidigung umzugestalten, weshalb eine Verfahrensaussetzung erforderlich werden kann.<sup>41</sup>

Zugegebenermaßen führt diese Auffassung zu einem Wertungswiderspruch: Da § 265 Abs. 3 StPO sich ausschließlich auf § 265 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StPO bezieht, hat dies zur Folge, dass die strengere Vorschrift des § 265 Abs. 3 StPO greift, wenn von der rechtlichen Würdigung im Eröffnungsbeschluss abgewichen wird. In dem Fall des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO hingegen, wenn von einer im Zuge der Hauptverhandlung geäußerten vorläufigen rechtlichen Bewertung abgewichen wird, ist lediglich § 265 Abs. 4 StPO anwendbar, obwohl der Bezugszeitpunkt für den Angeklagten häufig keinen Unterschied machen dürfte. In den relevanten Fällen wird aber auch nach § 265 Abs. 4 StPO das Verfahren auszusetzen sein, weshalb die praktische Bedeutung des unterschiedlichen Anwendungsbereichs von § 265 Abs. 3 und Abs. 4 StPO insoweit gering sein dürfte.

#### 3. Entstehungsgeschichte

Der *Senat* führt aus, die Gesetzgebungsmaterialien ergäben „keinen Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber den Tatbestand erweitern wollte, der zum Entstehen einer Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO (§ 265 Abs. 2 StPO aF) führt“.<sup>42</sup> „Im Gegenteil“ habe der Gesetzgeber den Streit, ob auf die Möglichkeit eines Fahrverbots (§ 44 StGB) hinzuweisen ist, gesehen und „unmissverständlich zum Ausdruck gebracht“<sup>43</sup>, dass „vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände“ i.S.d. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO „nur noch solche im Sinne des § 44 Absatz 1 Satz [3] StGB [sein können], bei deren Vorliegen das Fahrverbot ‚in der Regel anzuordnen‘ ist“<sup>44</sup>.

Die Äußerung des Gesetzgebers betrifft die Frage, ob mit der Öffnung des Anwendungsbereichs des Fahrverbots für alle Delikte das Fahrverbot so „unspezifisch“ geworden ist, dass es genauso wie bei jedem nicht-vertypten Strafschärfungsgrund grundsätzlich keines speziellen Hinweises bedarf. Richtigerweise ist dies nicht der Fall, weshalb von einer allgemeinen Hinweispflicht auszugehen ist.<sup>45</sup> Über die Frage, ob ein „Umstand“ i.S.d. § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO auch eine

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Velten* (Fn. 25), § 265 Rn. 24; darauf Bezug nehmend, aber unentschieden nun BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 12.

<sup>37</sup> Zutreffend *Velten* (Fn. 25), § 265 Rn. 24; zust. BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 12.

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/11277, S. 36 ff.

<sup>39</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 20.

<sup>40</sup> A.A. *Abraham*, HRRS 2020, 51 (58).

<sup>41</sup> So *Velten* (Fn. 25), § 265 Rn. 56 m.w.N.

<sup>42</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 22.

<sup>43</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 22.

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/11277, S. 37.

<sup>45</sup> So *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 36. Ed., Stand: 1.1.2020, § 265 Rn. 33; *Kuckein/Bartel* (Fn. 4), § 265 Rn. 16a.

nachträglich abweichende Beurteilung der Rechtslage sein kann, ist damit freilich nichts ausgesagt.<sup>46</sup>

In den Gesetzgebungsmaterialien finden sich keine Hinweise auf die Rechtsprechung, die die Grundlage der Entscheidung des *1. Strafsenats* bildet. Folglich kann ihnen auch nicht entnommen werden, dass durch die neue Gesetzesfassung diese Rechtsprechung gänzlich verworfen oder jedenfalls nicht auf die Einziehung übertragen werden soll. Die genetische Auslegung trägt folglich zur Lösung des Problems nichts bei.

#### 4. Telos

Da Wortlaut und Systematik der Vorschrift die weite Lesart des OLG Koblenz sowie des *1. Strafsenats* des BGH zulassen, ist entscheidend, ob Sinn und Zweck des § 265 StPO es gebieten, auch in solchen Fällen von einer Hinweispflicht auszugehen, in denen Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss zwar alle subsumtionserheblichen Tatsachen, aber keinen Hinweis darauf enthalten, dass daraus obligatorisch eine Einziehung folgt. Insoweit führt der *5. Strafsenat* in seinem Anfragebeschluss im Wesentlichen vier Aspekte ins Feld:

##### a) Keine Vergleichbarkeit mit den Maßregeln der Besserung und Sicherung

Wie der *Senat* selbst referiert, haben bereits zur alten Rechtslage verschiedene *Strafsenate* des BGH entschieden, dass auch ohne Hinzukommen neuer Tatsachen ein richterlicher Hinweis erforderlich ist, wenn die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung in Betracht kommt, diese Rechtsfolge aber weder in der Anklageschrift noch im Eröffnungsbeschluss als solche benannt ist.<sup>47</sup> Der *1. Strafsenat* hat diese Rechtsprechung mit der Erweiterung des § 265 Abs. 2 StPO auf die übrigen „Maßnahmen“ i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB und somit auch auf die Einziehung übertragen,<sup>48</sup> in der Sache zu demselben Ergebnis waren zuvor bereits *Senate* des OLG Koblenz<sup>49</sup> und des OLG Hamburg<sup>50</sup> gekommen.

Der *5. Strafsenat* wendet gegen diese Übertragung nun ein, die Einziehung sei nicht mit den Maßregeln der Besserung und Sicherung vergleichbar.<sup>51</sup> Maßregeln der Besserung und Sicherung seien zwar präventiv, wiesen aber aufgrund der mit ihnen verbundenen Eingriffstiefe strafähnlichen Charakter auf, während der Einziehung von Taterträgen bzw.

deren Wert keine solche strafähnliche Wirkung, sondern vielmehr kondiktionsähnlicher Charakter zukomme.<sup>52</sup> Anders als bei den meisten Maßregeln der Besserung und Sicherung stehe dem Gericht bei der Einziehung gem. §§ 73, 73c StGB kein Ermessen zu, auch sei insoweit keine Wahrscheinlichkeitsprognose zu treffen.

Dass hieraus folge, dass die Rechtsprechung zur Hinweispflicht durch die Neufassung des § 265 Abs. 2 StPO nicht auch für die Tatertrags- und Wertersatzeinziehung gelten soll, ist freilich kaum zwingend:<sup>53</sup>

Wie der *Senat* selbst zugesteht, besteht auch bei einigen Maßregeln der Besserung und Sicherung (wie etwa §§ 63, 66 Abs. 1, 69 StGB) kein Ermessensspielraum des Gerichts hinsichtlich der Anordnung. Bekanntermaßen ist auch die Prämisse, die Einziehung von Taterträgen bzw. deren Wert wirke nicht strafähnlich, in der Literatur nicht unbestritten: Insbesondere das Bruttoprinzip hat zur Folge, dass im Einzelfall die Wirkung der Einziehung die Grenzen der Kondition überschreiten und damit strafähnlichen Charakter annehmen kann.<sup>54</sup> Ohne diese Auffassung der Literatur explizit zu teilen, betont auch der *1. Strafsenat* zutreffend, dass die Einziehung hoher Geldbeträge „gravierende negative Konsequenzen für den Angeklagten haben“ kann.<sup>55</sup>

Entscheidend dürfte jedoch sein, dass das Gesetz selbst in § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht zwischen verschiedenen Maßregeln differenziert, sondern gerade für alle einheitlich diese Hinweispflicht etabliert.<sup>56</sup> Konsequenterweise müsste der *5. Strafsenat* daher eigentlich der Rechtsprechung der anderen *Senate* generell unter dem Gesichtspunkt widersprechen, dass eine Hinweispflicht gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nur durch erst in der Hauptverhandlung neu auftauchendes Tatsachenmaterial ausgelöst werden kann. In diese Richtung argumentiert der *Senat* schließlich auch, wenn er den Begriff „Umstände“ als „neue Anknüpfungstatsachen“ lesen möchte (dazu s.o. 1.). Der Grund, warum der *Senat* diesen Weg nicht geht, sondern versucht, trotz des einheitlichen Wortlauts innerhalb von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO zu differenzieren, dürfte weniger darin liegen, dass ihn diese Lösung mehr überzeugt, sondern schlichtweg in taktischen Überlegungen bestehen: Hätte der *1. Strafsenat* erklärt, an seiner Entscheidung nicht festhalten zu wollen und der Binnendifferenzierung des *5. Strafsenats* folgen zu wollen, hätte es damit vermutlich sein Bewenden gehabt. In der Sache weicht der *Senat* auch von der Rechtsprechung der übrigen *Senate* ab, legt dies aber nicht deutlich offen. Damit war vermutlich beabsichtigt, eine größere Diskussion zu vermeiden.

<sup>46</sup> Ähnlich BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 14.

<sup>47</sup> Bspw. BGH, Urt. v. 27.9.1951 – 3 StR 596/51 = BGHSt 2, 85 (86 f.); BGH, Urt. v. 12.3.1963 – 1 StR 54/63 = BGHSt 18, 288 (289); BGH, Beschl. v. 1.8.2017 – 4 StR 178/17 = BeckRS 2017, 121722.

<sup>48</sup> BGH, Beschl. v. 6.12.2018 – 1 StR 186/18 = wistra 2019, 409.

<sup>49</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 OLG 6 Ss 28/18 = NJW 2018, 2505 m. Anm. *Habetha*.

<sup>50</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 5.4.2018 – 1 Rev 7/18, Rn. 18 = wistra 2018, 438 (440).

<sup>51</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 26 ff.

<sup>52</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 27.

<sup>53</sup> Dazu auch zutreffend BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 18.

<sup>54</sup> Vgl. exemplarisch *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 73 ff. Rn. 15 ff. m.w.N.

<sup>55</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 23.

<sup>56</sup> Dies betont auch BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 11, 13; vgl. auch *Abraham*, HRRS 2020, 51 (57).

*b) Naheliegende und daher vorhersehbare Rechtsfolge*

Besonders bedenklich ist das Argument des *Senats*, die Einziehung (des Wertes) von Taterträgen sei eine „naheliegender[] Rechtsfolge[]“, über die der Angeklagte sich selbst informieren müsse.<sup>57</sup> Diese Behauptung mag für einfach gelagerte Fälle zutreffen; so wird es den einfachen Ladendieb nicht überraschen, wenn er das Diebesgut zurückgeben muss. Tatsächlich ist aber nur ein Teil der Einziehungsentscheidungen so überschaubar:<sup>58</sup> So ist etwa in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren oftmals nur schwer zu ermitteln, in welcher Höhe dem Angeklagten tatsächlich unberechtigterweise Vermögenswerte zugeflossen sind. Ähnliche Probleme stellen sich bei der Wertersatzeinziehung gem. § 73c StGB: Ist der Tatertrag nicht mehr vorhanden, ist der Gegenstandswert häufig nur schwer zu bestimmen. Können keine genaueren Feststellungen getroffen werden, ist gem. § 73d Abs. 2 StGB eine Schätzung zulässig. Mag in solchen Fallgestaltungen das „Ob“ der Rechtsfolge der Einziehung auch dem Angeklagten abstrakt einleuchten, wird der *Umfang* der Einziehung sich keineswegs pauschal aus der bloßen Sachverhaltsdarstellung in der Anklageschrift ergeben. Nur weil dort beschrieben ist, welche Zahlungen im Rahmen eines komplexen Kontenflechts getätigt wurden, ist daraus nicht ohne weiteres erkennbar, welcher Anteil davon „durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt“ ist.

Als Belege für eine Informationsobliegenheit des Angeklagten in Bezug auf solch „naheliegende Rechtsfolgen“ verweist der *Senat* auf zwei ältere Entscheidungen des 4. *Strafsenats*. Die eine<sup>59</sup> betraf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte gem. § 32 StGB a.F., die andere<sup>60</sup> die Anordnung eines Fahrverbots gem. § 25 StVG im Einspruchsverfahren gegen einen Bußgeldbescheid. Dabei handelte es sich aber um Nebenstrafen bzw. Nebenfolgen, die von § 265 Abs. 2 StPO a.F. gerade nicht erfasst waren. Mochte man vor dem 24.8.2017 hieraus e contrario schließen können, dass eine Informationsobliegenheit des Angeklagten insoweit besteht, so kann eine solche Aussage dem Gesetz nicht mehr ohne weiteres entnommen werden.

War bereits die Auslegung des alten Verfallrechts komplex und vielfach umstritten, so hat dies durch die Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung<sup>61</sup> keine Vereinfachung erfahren. Vielmehr ist seither die Zahl der höchstrichterlichen Judikate bspw. zum Begriff des „Erlangten“ deutlich angestiegen. Von aus dem „allgemeinen Rechtsbewusstsein“ heraus vorhersehbaren Rechtsfolgen kann insoweit keine Rede sein. Dies gilt selbst für den verteidigten, aber erst recht und vor allem für den unverteidigten Angeklagten.

In der Sache vermengt der *Senat* mit dem Abstellen auf das „Naheliegen“ der Rechtsfolge die Frage nach der Hin-

<sup>57</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 29.

<sup>58</sup> Zum Folgenden auch BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 21 f.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 5.3.1969 – 4 StR 610/68 = BGHSt 22, 336.

<sup>60</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.1980 – 4 StR 172/80 = BGHSt 29, 274.

<sup>61</sup> Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13.4.2017 = BGBI. I 2017, S. 872.

weispflicht mit dem revisionsgerichtlichen Prüfmaßstab des Beruhensfordernisses gem. § 337 StPO.<sup>62</sup>

*c) Obligatorische Rechtsfolge – keine Verteidigungsmöglichkeit?*

Wenn der *Senat* mehrfach betont, dass die Einziehung keine Ermessensentscheidung ist, dann will er darauf hinaus, dass der Zweck eines richterlichen Hinweises – nämlich es dem Angeklagten zu ermöglichen, seine Verteidigung anzupassen – nicht erreicht werden kann, wenn die Rechtsfolge ohnehin eintritt. Führt man diesen Gedanken konsequent weiter, wäre § 265 StPO insgesamt zu weiten Teilen obsolet – so ist auch beispielsweise die Anwendung eines einschlägigen Deliktstatbestandes obligatorisch.<sup>63</sup> *Börner* weist darüber hinaus zutreffend darauf hin, dass in einer Gesamtschau mit den flankierenden verfahrensrechtlichen Vorschriften die Rechtsfolge der Einziehung keineswegs so zwingend ist, wie die Ausführung des *Senats* vermuten lassen, weil dem Gericht bspw. gem. § 421 StPO im Einzelfall bei Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Ermessen zusteht, von der Einziehung abzusehen.<sup>64</sup> Darüber hinaus räumt auch das materielle Einziehungsrecht teilweise ein Ermessen ein (vgl. §§ 73 Abs. 3, 73b Abs. 3 StGB).<sup>65</sup>

Zudem verkürzt der *Senat* unberechtigterweise den Blick auf das „Ob“ der Entscheidung.<sup>66</sup> Denn gerade im Falle von Wertersatzeinziehung kann der Angeklagte durch eine detaillierte Einlassung die Chance haben, z.B. eine der Höhe nach zu seinen Lasten ausfallende Schätzung (§ 73d Abs. 2 StGB) zu vermeiden. Der Umstand allein, dass die Einziehung als solche obligatorisch angeordnet werden muss, bedeutet nicht, dass keine Verteidigungsmöglichkeiten in Bezug auf den Gegenstand bzw. den Umfang der Einziehung bestehen.

Darüber hinaus sieht auch das Gesetz es nicht als notwendig an, dass aus der neuen Information eine konkrete Verteidigungsmöglichkeit erwachsen muss. Denn von § 265 Abs. 2 [Nr. 1] StPO ist jedenfalls der Fall erfasst, dass erst in der Hauptverhandlung neue *Tatsachen* bekannt werden, die eine strengere Rechtsfolge nach sich ziehen können. Auch wenn der Angeklagte diese Tatsache selbst im Rahmen der mündlichen Verhandlung wahrnehmen kann und insoweit Kenntnis von ihr hat, ist er dennoch gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO auf die Rechtsfolge hinzuweisen.<sup>67</sup> Daher ist nicht ersichtlich, warum ihm die Tatsachenkenntnis aus der Anklageschrift ohne Kenntnis ihrer Rechtsfolgen weiterhelfen soll, er im Rahmen der Hauptverhandlung aber separat darauf hingewie-

<sup>62</sup> Zutreffend BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 21.

<sup>63</sup> Zutreffend *Abraham*, HRRS 2020, 51 (58); *Börner*, NSStZ 2019, 752.

<sup>64</sup> *Börner*, NSStZ 2019, 752.

<sup>65</sup> Darauf zutreffend hinweisend BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 18.

<sup>66</sup> In diese Richtung auch *Börner*, NSStZ 2019, 752, mittels Vergleichs zum selbstständigen Einziehungsverfahren gem. § 435 StPO; vgl. auch BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 20.

<sup>67</sup> Klarstellend *Velten* (Fn. 25), § 265 Rn. 24.

sen werden muss.<sup>68</sup> Auch diese Überlegungen gelten in besonderem Maße für den unverteidigten Angeklagten. Die Differenzierung zwischen obligatorischer oder Ermessensentscheidung ist daher als Unterscheidungskriterium gänzlich ungeeignet.<sup>69</sup>

### d) Keine umfassende Normierung von fair-trial-Erwägungen in § 265 StPO

Abschließend argumentiert der *Senat*, § 265 StPO sei – „in Abgrenzung zu den umfassenderen Gewährleistungsgehalten des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren“ – „keine Generalklausel zum Schutze des Angeklagten vor jeglicher Überraschung“, sondern sichere „den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren jedoch nur insoweit, als dem Angeklagten die Möglichkeit gegeben werden soll, sich mit den tatsächlichen und rechtlichen [sic!] Grundlagen einer drohenden Verurteilung auseinanderzusetzen, die vom zugelassenen Anklagesatz abweichen“.<sup>70</sup>

Die vom *Senat* als Beleg angeführte Entscheidung<sup>71</sup> des Bundesverfassungsgerichts passt freilich nicht recht: Zum einen ist das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz und legt daher nicht in erster Linie das Strafverfahrensrecht aus. Zum anderen lag die konkrete Fallgestaltung anders: Der Vorsitzende hatte den Angeklagten nicht *vor dessen Einlassung* darauf hingewiesen, dass bei einer bestimmten Aussage der Tatvorwurf sich als materiell-rechtlich schwerer darstellen würde als bislang angenommen. Verfahrensgegenständlich war die Frage, ob im Unterbleiben dieses Hinweises ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu sehen ist.

Die ebenfalls zitierte Entscheidung des *4. Strafsenats*,<sup>72</sup> aus der die zitierten Sätze weitgehend entnommen sind, stützt den Anfragebeschluss insoweit, als sie davon ausgeht, dass eine (hier: analoge) Anwendung des § 265 Abs. 2 StPO a.F. eine Veränderung des *Tatsachenmaterials* voraussetzt. Die Begründung dafür, dass § 265 StPO keine „Generalklausel“ sei, schließt der *4. Strafsenat* aber vor allem daraus, dass die Vorschrift nur auf Abweichungen vom zugelassenen Anklagesatz beschränkt sei.

Unter der Ägide des neugefassten § 265 Abs. 2 StPO n.F. ist dieses Argument mit Blick bspw. auf dessen Nr. 2 – die gerade nicht auf Anklagesatz oder Eröffnungsbeschluss abstellt – überholt. Zum Ausdruck kommt vielmehr, dass der Angeklagte auf Veränderungen gegenüber der bislang kommunizierten Einschätzung der Sach- oder Rechtslage reagieren können muss.

<sup>68</sup> Zutreffend *Velten* (Fn. 25), § 265 Rn. 24; zustimmend BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 16.

<sup>69</sup> So auch BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 18; *Börner*, NStZ 2019, 752.

<sup>70</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19, Rn. 32 (*Hervorhebung* nur hier).

<sup>71</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.12.2005 – 2 BvR 1769/04 = BeckRS 2012, 56150.

<sup>72</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.1980 – 4 StR 172/80 = BGHSt 29, 274.

Damit soll freilich nicht behauptet werden, § 265 StPO müsse als einfachgesetzliches Einfallstor für jegliche Fair-trial-Überlegungen fungieren. Solches ergibt sich auch nicht aus höherrangigem Recht. § 265 StPO ist zu weiten Teilen vorkonstitutionelles Recht und kann daher nicht als einfachgesetzliche Ausprägung von Art. 103 Abs. 1 GG angesehen werden, zumal die Aussagen beider Vorschriften sich nur teilweise überschneiden.<sup>73</sup>

Nichtsdestotrotz sprechen nach dem Gesagten sowie im Lichte der Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. a IPbPR<sup>74</sup> die besseren Gründe dafür, zumindest das Potenzial des § 265 StPO auszureizen und nicht zu versuchen, mit zweifelhaften Erwägungen eine Entscheidung des Gesetzgebers in der Sache teilweise rückgängig zu machen.<sup>75</sup>

### 5. Folgenbetrachtung

Der Anfragebeschluss des *5. Strafsenats* scheint von der Sorge motiviert zu sein, das Vergessen eines notwendigen Hinweises auf die – in Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss entweder übersehene oder zumindest versehentlich verschwiegene – Rechtsfolge der Einziehung könnte dazu führen, dass zahlreiche Urteile aufgehoben werden könnten und dadurch aufgrund eines „kleinen formalen Fehlers“ Verfahren neu aufgerollt werden müssten.<sup>76</sup> Insoweit erinnern die argumentativen Bemühungen des *Senats* stark an die Diskussion über die Notwendigkeit einer pauschalen „Negativmitteilung“, dass keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben.

Aus demselben Grund wie in der dortigen Diskussion<sup>77</sup> erweisen seine Bedenken sich aber als nicht gerechtfertigt: Anders als der Verstoß gegen die Pflicht zur Verfahrensaussetzung<sup>78</sup> (§ 265 Abs. 3 und 4 StPO) begründet die Verletzung der Hinweispflicht gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung gem. § 338 Nr. 8 StPO, sondern lediglich einen relativen Revisionsgrund i.S.d. § 337 StPO.<sup>79</sup> Dann setzt die Aufhebung des Urteils aber voraus, dass es auf dem Verfahrensfehler beruht. In den Fällen, in denen tatsächlich keine sinnvolle Verteidigung in Bezug auf die Einziehung möglich gewesen wäre, ist das aber nicht der Fall.<sup>80</sup>

Damit verbunden ist ein zweiter Aspekt: Teilweise hat die Rechtsprechung bereits § 265 Abs. 2 StPO a.F. analog ange-

<sup>73</sup> Zutreffend *Stuckenberg* (Fn. 28), § 265 Rn. 6 m.w.N.

<sup>74</sup> So auch *Habetha*, NJW 2018, 2506.

<sup>75</sup> So auch BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 15.

<sup>76</sup> Ähnlich *Börner*, NStZ 2019, 752.

<sup>77</sup> Vgl. v.a. BGH, Urt. v. 23.7.2015 – 3 StR 470/14 = NStZ 2016, 221; *H. Schneider*, in: Hannich (Fn. 4), § 243 Rn. 123 ff.

<sup>78</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 24.6.1998 – 5 StR 120/98 = NStZ 1998, 530; BGH, Beschl. v. 2.2.2000 – 2 StR 537/99 = NJW 2000, 1350.

<sup>79</sup> Bspw. *Norouzi*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Fn. 22), § 265 Rn. 72 ff. m.w.N.

<sup>80</sup> A.A. wohl *Habetha*, NJW 2018, 2506.



wandt.<sup>81</sup> In solchen Fällen solle dann aber kein förmlicher (d.h. v.a. zu protokollierender) Hinweis erforderlich sein, sondern es sei ausreichend, wenn der Angeklagte durch den „Gang der Hauptverhandlung“ über den veränderten rechtlichen oder sachlichen Gesichtspunkt informiert werde.<sup>82</sup> In der Sache handelte es sich dabei freilich um keine analoge Anwendung des § 265 StPO im technischen Sinne; Zweck der Analogie ist es gerade, bei interessensgleichen Voraussetzungen auch die identischen Rechtsfolgen auszulösen. Dieses Vorgehen der Rechtsprechung entsprach vielmehr der Anwendung einer aus verfassungs- und menschenrechtlichen Grundsätzen abgeleiteten Hinweispflicht gerade jenseits des § 265 StPO, die unter weniger strengen Voraussetzungen ausgelöst wird, aber auch weniger strenge Rechtsfolgen nach sich zog.

Mit der Einbeziehung der Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB in den Anwendungsbereich der Hinweispflicht gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO verschieben sich freilich auch die formellen Anforderungen an die Hinweiserteilung: Ebenso wie in den übrigen Fällen des § 265 StPO ist in Bezug auf die Rechtsfolge der Einziehung ein förmlicher Hinweis notwendig, der zu protokollieren ist und daher auch an der positiven und negativen Beweiskraft des Protokolls gem. § 274 StPO teilnimmt. Eine Revisionsbegründung kann sich daher darauf stützen, dass im Hauptverhandlungsprotokoll nicht enthalten ist, dass nachträglich ein Hinweis über die Rechtsfolge der Einziehung ergangen ist. Sofern der *Senat* aus diesem Grund erst recht befürchten sollte, dass eine Hinweispflicht ein ständiges Einfallstor für Revisionen sein sollte, ist dem in Bezug auf die Zulässigkeit zuzustimmen; das ändert aber nichts daran, dass eine entsprechende Revision nicht immer begründet sein wird. Entweder hätte überhaupt keine Verteidigungsmöglichkeit bestanden<sup>83</sup> (s.o.) oder es kann im Wege des Freibeweises geklärt werden, dass der Angeklagte – wenn auch nicht förmlich – hinreichend informiert worden war, weshalb das Urteil nicht auf dem fehlenden (förmlichen) Hinweis i.S.d. § 337 StPO beruhen kann.<sup>84</sup>

#### IV. Fazit

Der Anfragebeschluss des 5. *Strafsenats* scheint ein bemühter Versuch zu sein, grundlosen Befürchtungen zu begegnen. Seine Begründung ist in sich widersprüchlich und in der Sache nicht überzeugend. Es ist daher zu begrüßen, dass der 1. *Strafsenat* an seiner Rechtsprechung festhält. Auch bleibt abzuwarten, ob der 5. *Strafsenat* eine Divergenzvorlage an den *Großen Senat für Strafsachen* unternehmen wird, wobei

der 1. *Strafsenat* insoweit bereits Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Vorlage geäußert hatte.<sup>85</sup>

Die Ausdehnung der Hinweispflichten gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO auch auf die Einziehung ist ein richtiger Schritt zu einer effektiven Verteidigungsmöglichkeit des Angeklagten angesichts der Komplexität dieser Maßnahme. Entgegen bereits gefestigten Lesarten des Gesetzestextes sollten Einschränkungen unterbleiben, die unter keinem Gesichtspunkt zu überzeugen vermögen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die vorstehenden Ausführungen sinngemäß auch für die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten gem. §§ 74 ff. StGB gelten.<sup>86</sup> Insoweit ist die Notwendigkeit eines gerichtlichen Hinweises sogar noch dringlicher, weil ihr im Einzelfall auch nach Auffassung der Rechtsprechung<sup>87</sup> Straf- oder zumindest strafähnlicher Charakter zukommen kann.<sup>88</sup>

<sup>81</sup> V.a. BGH, Beschl. v. 8.5.1980 – 4 StR 172/80 = BGHSt 29, 274.

<sup>82</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 23.11.2000 – 1 StR 429/00 = bei *Becker*, NStZ-RR 2001, 257 (263 f. Nr. 23); BGH, Beschl. v. 10.1.2001 – 5 StR 422/00 = bei *Becker*, NStZ-RR 2002, 97 (98 f. Nr. 32); weitere Nachweise bei *Norouzi* (Fn. 79), § 265 Rn. 53.

<sup>83</sup> Vgl. auch BGH, Urt. v. 21.11.1991 – 1 StR 552/90 = NStZ 1992, 292 (293).

<sup>84</sup> Zutreffend *Norouzi* (Fn. 79), § 265 Rn. 53.

<sup>85</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 ARs 14/19, Rn. 25.

<sup>86</sup> Zutreffend bspw. *Rosenau* (Fn. 4), § 265 Rn. 26; zur Unbrauchbarmachung vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 63. Aufl. 2020, § 265 Rn. 20a.

<sup>87</sup> Exemplarisch BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – 3 StR 470/11 = NStZ-RR 2012, 169.

<sup>88</sup> Dazu bspw. *Lindemann*, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2017, StGB Vor §§ 73 ff. Rn. 5; *Eser/Schuster* (Fn. 54), Vor §§ 73 ff. Rn. 19 ff., jeweils m.w.N.