

**Titel:**

**Zur notwendigen Verteidigung bei einem Geständnis des Angeklagten**

**Normenkette:**

StPO § 140, § 141, § 252, § 344 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Bei einem einfach gelagerten Schuldvorwurf, der sich auf ein Geständnis des Angeklagten gründet, scheidet ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 2 StPO wegen Schwierigkeit der Sachlage regelmäßig auch dann aus, wenn das Amtsgericht den Angeklagten ohne nachvollziehbare Begründung freispricht und die Staatsanwaltschaft sich hiergegen mit dem Rechtsmittel der Berufung wendet. (Rn. 8 – 11)

2. Die Verfahrensrüge, mit der geltend gemacht wird, dass in der Berufungshauptverhandlung kein Verteidiger mitgewirkt hat, obwohl ein Fall der notwendigen Verteidigung wegen Schwierigkeit der Rechtslage nach § 140 Abs. 2 StPO vorgelegen habe, weil ein Verwertungsverbot nach § 252 StPO in Betracht komme, setzt jedenfalls in Fällen, in denen der Tatrichter von „spontan“ gemachten Angaben des Zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen ausgeht, einen Vortrag voraus, aus dem sich die konkrete Aussagesituation ergibt.

3. Eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation, die die Bestellung eines Pflichtverteidigers wegen Schwierigkeit der Sachlage nach § 140 Abs. 2 StPO erforderlich machen könnte, ist nicht gegeben, wenn der Angeklagte ein Geständnis abgelegt hatte. (Rn. 13)

**Schlagworte:**

Revision, Revisionsgrund, Berufung, Berufungshauptverhandlung, Freispruch, Sachrüge, Verfahrensrüge, Darlegungsmangel, Verteidigung, notwendig, Pflichtverteidigung, Pflichtverteidiger, Wahlverteidiger, Rechtslage, schwierig, Verwertungsverbot, Beweisverwertungsverbot, Verlesungsverbot, Vernehmung, Belehrungspflicht, Spontanäußerung, Zeugnisverweigerung, Zeugnisverweigerungsrecht, Mutter, Polizeibeamter, Aussage-gegen-Aussage-Konstellation, Aussagesituation, Ermittlungsverfahren, Beweiskonstellation, Geständnis, Betäubungsmittel, Marihuana, Besitz, Straferwartung, Freiheitsstrafe, kurz, Schuldumfang, Bewährungswiderruf, Akteneinsicht, notwendige Verteidigung, Rechtsmittel, Aussage - gegen Aussage

**Fundstellen:**

NStZ 2022, 381

LSK 2021, 42659

**Tenor**

I. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 29.07.2021 wird als unbegründet verworfen.

II. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

**Gründe**

A.

1

Das Amtsgericht hat den Angeklagten am 15.04.2021 vom Vorwurf des Besitzes von Betäubungsmitteln (10g Marihuana) aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Auf die hiergegen von der Staatsanwaltschaft eingelegte Berufung hat das Landgericht mit Urteil vom 29.07.2021 den Angeklagten unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung wegen „vorsätzlichen unerlaubten“ Besitzes von Betäubungsmitteln schuldig gesprochen und gegen ihn deswegen eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten verhängt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt.

B.

I.

**2**

Das Landgericht hat festgestellt, dass der Angeklagte am 29.01.2020 in seiner Wohnung zum Zwecke des Eigenkonsums 10 g Marihuana-Blüten mit einem THC-Gehalt von 4% aufbewahrte, ohne die für den Umgang mit Betäubungsmitteln erforderliche Erlaubnis besessen zu haben.

II.

**3**

Die Berufungskammer hat ihre Überzeugung im Wesentlichen auf ein im Ermittlungsverfahren abgelegtes und am Schluss der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht wiederholtes Geständnis des Angeklagten, der in der Berufungshauptverhandlung den Tatvorwurf pauschal abgestritten und sich nicht weiter geäußert hatte, gestützt. Für die Richtigkeit dieser Einlassung hat das Landgericht indiziell unter anderem auch die auf eigene Initiative „spontan“ gemachten Angaben der Mutter des Angeklagten, die in der Berufungshauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, gegenüber einem Polizeibeamten herangezogen.

C.

**4**

Die Nachprüfung des angefochtenen Berufungsurteils deckt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

**5**

Die erhobenen Verfahrensrügen haben keinen Erfolg.

**6**

1. Die Beanstandung, dass dem Angeklagten für die Berufungshauptverhandlung kein Pflichtverteidiger beigeordnet wurde, dringt nicht durch.

**7**

a) Zwar scheidet die Rüge - entgegen der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft - nicht bereits am fehlenden Vortrag, dass in der Berufungsverhandlung kein (Wahl-)Verteidiger mitgewirkt hat. Dies ergibt sich hinreichend aus der Rechtfertigungsschrift, in der unter anderem ausgeführt wird, wie ein „etwaiger Verteidiger“ agiert hätte. Hieraus lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass ein Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung nicht anwesend war und die Rüge, mit der der Sache nach der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 i.V.m. § 140 Abs. 2 StPO geltend gemacht wird, hierauf abzielt.

**8**

b) Die Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge machte die Mitwirkung eines Verteidigers indes nicht erforderlich im Sinne des § 140 Abs. 2 StPO. Dies ist grundsätzlich erst bei einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe anzunehmen (vgl. nur OLG Braunschweig, Beschluss vom 29.09.2021 - 1 Ws 210/21; KG, Beschluss vom 13.12.2018 - 3 Ws 290/18; OLG Hamm, Beschluss vom 11.02.2020 - III-5 RVs 6/20, jew. bei juris; KK-StPO/Willnow 8. Aufl. § 140 Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt StPO 64. Aufl. § 140 Rn. 23a m.w.N.). Die Berufungskammer hat lediglich eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten verhängt. Eine höhere Strafe war auch unter Berücksichtigung der Vorstrafen des Angeklagten in Anbetracht des Tatvorwurfs und des hieraus ersichtlichen Schuldumfangs nicht zu erwarten. Dass im Falle der Verurteilung ein Bewährungswiderruf hinsichtlich einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten drohte, ändert ebenfalls nichts, zumal bei einer Addition der beiden Strafen die Jahres-Grenze noch nicht erreicht wird.

**9**

c) Von einer schwierigen Sachlage kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Vielmehr waren ausweislich der Gründe des Berufungsurteils sowohl der dem Angeklagten zur Last gelegte Sachverhalt als auch die Nachweisbarkeit denkbar einfach gelagert.

**10**

aa) Letztlich ging es allein darum, ob das vom Angeklagten im Ermittlungsverfahren abgelegte und nach der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht wiederholte Geständnis, zur Tatzeit 10g

Marihuana-Blüten besessen zu haben, glaubhaft ist. Der Hinweis in der Gegenerklärung, der Akteninhalt belaufe sich auf „über 500 Seiten“, ist aus der Luft gegriffen. Bis zur Berufungshauptverhandlung befanden sich weniger als 90 Blätter in der Akte, mittlerweile sind es etwas mehr als 150 Blätter.

#### 11

bb) Der Umstand, dass das Amtsgericht zu einem Freispruch gelangt war, ändert nichts. Zwar wird in Judikatur und Schrifttum vertreten, dass in solchen Fällen in der Regel die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 2 StPO anzunehmen sind (vgl. nur KG, Beschluss vom 25.09.2020 - 1 Ws 52/20; OLG Hamm, Beschluss vom 05.09.2017 - III-1 Ws 411/17, bei juris; Meyer-Goßner/Schmitt § 140 Rn. 27 m.w.N.). Dieser Auffassung ist im Grundsatz auch zuzustimmen. Allerdings liegen hier derart gewichtige Besonderheiten vor, dass von einem Ausnahmefall ausgegangen werden muss. In Anbetracht des vom Angeklagten im Ermittlungsverfahren abgelegten und überdies nach Schluss der Beweisaufnahme vor dem Amtsgericht wiederholten Geständnisses handelt es sich um eine völlig einfach gelagerte Beweiskonstellatation, bei der das freisprechende Erkenntnis durch das Amtsgericht nicht mehr nachvollziehbar ist.

#### 12

cc) Soweit die Revision geltend macht, zur Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen und zur sachdienlichen Befragung der Zeugen bedurfte es der Aktenkenntnis, die nur dem Verteidiger nach § 147 Abs. 1 StPO zustehe, geht dies mit Blick auf § 147 Abs. 4 StPO, der ein Einsichtsrecht des Beschuldigten vorsieht, an der seit 01.01.2018 geltenden Rechtslage (vgl. BGBl. I 2017, 2208) vorbei. Unabhängig davon wird bereits nicht dargetan, welche konkreten Erkenntnisse die Akteneinsicht für die sachgerechte Verteidigung des Angeklagten insbesondere unter Berücksichtigung der beiden vom Angeklagten abgelegten Geständnisse hätte erbringen sollen. Die diesbezüglichen Bezugnahmen auf die Zeugen H. und T. durch die Revision, ohne dass deren Aussagen wiedergegeben werden, lassen eine Beurteilung dieser Frage durch den Senat nicht zu.

#### 13

dd) Von einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellatation (zu den Voraussetzungen vgl. zuletzt BayObLG, Beschluss vom 12.07.2021 - 202 StRR 76/21 bei juris) kann entgegen der Revision schon deswegen nicht ausgegangen werden, weil das Landgericht die Verurteilung maßgeblich gerade auf die Geständnisse des Angeklagten gestützt hat. In der Berufungshauptverhandlung hat er nur pauschal den Tatvorwurf als solchen bestritten, aber nicht dazu Stellung genommen, ob er die Geständnisse auch abgelegt hatte.

#### 14

d) Soweit die Revision wegen der Schwierigkeit der Rechtslage im Hinblick auf die Verwertbarkeit der Angaben der Mutter des Angeklagten gegenüber der Polizei, denen die Berufungskammer zusätzliche indizielle Bedeutung für die Richtigkeit „des Geständnisses“ beigemessen hat, nach § 252 StPO die Mitwirkung eines Verteidigers gemäß § 140 Abs. 2 StPO für geboten hält, wird die Verfahrensrüge den Begründungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht gerecht. Denn es unterbleibt ein konkreter Vortrag dazu, ob überhaupt ein Verwertungsverbot nach § 252 StPO inmitten stand. Zwar entspricht es gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass aus dieser Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus nicht nur ein reines Verlesungsverbot, sondern grundsätzlich ein umfassendes Verwertungsverbot hinsichtlich der Aussagen eines vor der Hauptverhandlung vernommenen zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen herzuleiten ist, wenn die Beweisperson - wie hier - von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung Gebrauch macht (st.Rspr. seit BGH, Urt. v. 15.01.1952 - 1 StR 341/51 = BGHSt 2, 99; zuletzt BGH, Urt. v. 11.08.2021 - 6 StR 84/21 bei juris; 30.06.2020 - 3 StR 377/18 = NJW 2020, 3537 = NSTz 2020, 741 = StraFo 2020, 493 = JR 2021, 223; Beschluss vom 25.08.2020 - 2 StR 202/20 = NSTz 2021, 58 = StraFo 2021, 30). Allerdings trägt die Revision nicht vor, wie die Aussagesituation im Rahmen der Angaben der Mutter des Angeklagten im Ermittlungsverfahren konkret war. Ausführungen hierzu sind schon deswegen erforderlich, weil es sich bei Spontanäußerungen, von denen die Berufungskammer ausgegangen ist, nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht um eine Vernehmung handelt, sodass sich die Frage nach einem Verwertungsverbot in einem derartigen Fall gar nicht stellte (vgl. nur BGH, Beschluss vom 23.10.2012 - 1 StR 137/12 = StraFo 2012, 505 = StV 2013, 135 = NSTz 2013, 247; Urt. vom 14.06.2005 - 1 StR 338/04 = NSTz-RR 2005, 268 = StraFo 2005, 380 = wistra 2005, 351 = StV 2005, 536; Beschluss vom 30.03.2007 - 1 StR 349/06 = StV 2007, 401 = StRR 2007, 188 = NSTz 2007, 652; Urt. v. 10.02.2000 - 4 StR 616/99 = BGHSt 46, 1 = EBE/BGH 2000, 90 = NJW 2000, 1277 = StraFo 2000, 159 = wistra 2000, 229 = Rpfleger 2000, 350 = BGHR StPO § 252 Verwertungsverbot 16 = NSTz

2001, 49 = StV 2003, 602; Urt. V. 25.03.1998 - 3 StR 686/97 = StV 1998, 360 = NJW 1998, 2229 = Rpfleger 1998, 365 = BGHR StPO § 252 Verwertungsverbot 14 = BGHR StPO § 344 Abs. 2 S. 2 Beweisanspruchsrecht 5). Mangels konkreten Vortrags der Revision bleibt offen, ob eine Vernehmung und nicht lediglich ohne weiteres verwertbare Spontanäußerungen der Mutter anlässlich ihrer Angaben gegenüber dem Polizeibeamten, die im Übrigen auch keine Belehrungspflicht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO ausgelöst hätten, vorgelegen hatten. Wegen dieses Darlegungsmangels kann der Senat nicht beurteilen, ob nach Sachlage überhaupt ein Verwertungsverbot in Betracht kam, mit der Folge, dass auch die Frage der Schwierigkeit der Rechtslage aufgrund des Revisionsvortrags nicht beurteilt werden kann. Soweit in der Gegenerklärung behauptet wird, die „Vernehmungssituation“ sei in der Rechtfertigungsschrift „hinreichend geschildert“ worden, trifft dies nicht zu. Vielmehr unterbleiben jegliche Ausführungen, welche die Beurteilung zuließen, dass es sich um eine „Vernehmung“ im Rechtssinne und eben nicht um - wie vom Landgericht angenommen - „spontane“ Angaben gehandelt hat, die aus eigener Initiative der Zeugin und ohne gezielte Nachfrage der Ermittlungsbeamten erfolgt sind (vgl. hierzu nur BGH, Beschluss vom 23.10.2012 - 1 StR 137/12 a.a.O.).

#### 15

e) Neben der Sache liegt der Revisionsvortrag, mit dem die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage wegen einer ärztlichen Verordnung der Einnahme von Cannabis begründet werden soll. Denn ausweislich der Urteilsgründe spielt dies schon deswegen keine Rolle, weil die ärztliche Verordnung erstmals ab Mai 2020, mithin deutlich nach dem Tatgeschehen im Januar 2020, erfolgt war. Es ist damit schlechterdings abwegig, dass der Angeklagte der Auffassung gewesen sein konnte, die Drogen im Januar 2020 mit Blick auf eine erst Monate später erfolgte medizinische Verordnung rechtmäßig zu besitzen.

#### 16

f) Schließlich folgt die Schwierigkeit der Rechtslage auch nicht mit Blick auf ein von der Revision geltend gemachtes „mögliches Verwertungsverbot gemäß § 141a StPO“, weil gegen diese Bestimmung nicht verstoßen wurde. Zwar lag dem Angeklagten, als er im Ermittlungsverfahren das Geständnis abgelegt hatte, zunächst ein Verbrechen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Last, sodass die formellen Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO zum damaligen Zeitpunkt in Betracht kamen. Allerdings verbietet § 141a Satz 1 StPO Vernehmungen im Ermittlungsverfahren vor Bestellung eines Pflichtverteidigers nur dann, wenn die Prämissen des § 141 Abs. 1 oder 2 StPO erfüllt sind, was hier eindeutig nicht der Fall war. Nach § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO ist nämlich nur dann ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn der Beschuldigte dies nach Belehrung ausdrücklich beantragt. Wie die Revision selbst vorträgt, wurde der Betroffene über seine Rechte in Bezug auf die Bestellung eines Pflichtverteidigers belehrt und war gleichwohl zur Aussage bereit, ohne einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO anzubringen. Bei dieser Sachlage stellte sich die Frage der Verwertbarkeit des Geständnisses nach § 141a StPO von vornherein nicht, nachdem auch ein Fall des § 141 Abs. 2 Satz 1 StPO ersichtlich nicht vorlag.

#### 17

2. Die Rüge der Verletzung des § 252 StPO ist aus den dargelegten Gründen unzulässig.

#### II.

#### 18

Auch die Nachprüfung der angefochtenen Berufungsentscheidung aufgrund der Sachrüge deckt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

#### 19

1. Der Schuldspruch wegen Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG wird von den tatsächlichen Feststellungen, die ihrerseits auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung beruhen, getragen.

#### 20

2. Der Rechtsfolgenausspruch ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Insbesondere wird auch die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe von unter 6 Monaten nach § 47 Abs. 1 StGB rechtsfehlerfrei begründet. Mit Blick auf die erheblichen Vorstrafen des Angeklagten auch wegen einschlägiger Taten und sein Bewährungsversagen lag ein Absehen von einer Bestrafung nach § 29 Abs. 5 BtMG derart fern, dass die Nichterörterung dieser Bestimmung durch den Tatrichter keinen durchgreifenden Rechtsfehler darstellt.

Schließlich ist die sorgfältige Begründung der Berufungskammer zur Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung frei von Rechtsfehlern.

D.

**21**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO.