

## A. Gutachterlicher Vermerk

Aus anwaltlicher Sicht stellt sich die Frage, ob gegen den Strafbefehl noch vorgegangen werden kann, indem fristwährend Einspruch eingelegt wird oder - im Falle des Ablaufs der Einspruchsfrist - ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig und begründet wäre. Danach sollte materiell-rechtlich geklärt werden, hinsichtlich welcher Tatvorwürfe ein Einspruch für den Mandanten positive Auswirkungen hätte. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Nichtgeltung des Verschlechterungsverbot zu beachten und ggf. der Einspruch entsprechend zu beschränken. Die hätte zur Folge, dass der Strafbefehl insoweit in Rechtskraft erwächst und dem Mandanten keine schwere Einzelstrafe droht, als die in dem Strafbefehl verhängte.

### I. Zulässigkeit eines Einspruchs gegen den Strafbefehl

#### 1. Wirksamkeit des Strafbefehls

Der Strafbefehl weist als Rechtsfolge eine zur Bewährung ausgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Monaten sowie zwei hierin aufgehende Einzelfreiheitsstrafen von je vier Monaten aus. Das ist ausweislich § 407 Abs. 2 Satz 2 StPO grundsätzlich zulässig, setzt jedoch voraus, dass der Angeschuldigte einen Verteidiger hat. Vorliegend hat sich Rechtsanwalt Richtleben jedoch erst nach Zustellung bzw. Erhalt des Strafbefehls für den bislang unverteidigten Mandanten gemeldet, so dass diese Voraussetzung bei dessen Erlass noch nicht gegeben war.

Die rechtliche Konsequenz der Festsetzung einer unzulässigen Rechtsfolge im Strafbefehl ist umstritten:

Früher wurde die Ansicht vertreten, ein Strafbefehl, in dem unzulässige Rechtsfolgen festgesetzt sind, sei unwirksam und könne nur im Falle eines Einspruchs als Verfahrensgrundlage dienen<sup>1</sup>. Da ohne eingelegten Einspruch jedoch materielle Rechtskraft nicht eintrete, könne die Staatsanwaltschaft einen neuen Strafbefehlsantrag stellen.

---

<sup>1</sup> Karlsruher Kommentar-Fischer, 5. Auflage 2003, § 409 Rn 24, 25.

Demgegenüber vertritt die wohl h.M. die Auffassung, dass die Festsetzung unzulässiger Rechtsfolgen einen Strafbefehl nicht unwirksam mache; auch nach dieser Ansicht steht der Strafbefehl nach Einspruchseinlegung als Verfahrensgrundlage zur Verfügung<sup>2</sup>.

Letztlich gelangen die beiden Ansichten nur zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn kein Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt wird, was hier nicht der Fall ist. Jedenfalls würde ein rechtzeitig eingelegter Einspruch gegen den Strafbefehl unstrittig dazu führen, dass eine Hauptverhandlung anzuberaumen ist.

## 2. Wahrung der Einspruchsfrist

Der am 7. Mai 2017 vom Amtsgericht Tiergarten ordnungsgemäß erlassene Strafbefehl ist am 16. Mai 2017 an den Zimmernachbarn des Mandanten übergeben worden. Damit wäre die gemäß § 410 Abs. 1 Satz 1 StPO zweiwöchige Einspruchsfrist möglicherweise bereits am 30. Mai 2017 abgelaufen. Dies würde jedoch voraussetzen, dass die Übergabe an den Nachbarn eine wirksame Zustellung darstellt. Insoweit verweist § 37 Abs. 1 StPO auf die entsprechenden Vorschriften der Zivilprozessordnung, nämlich die §§ 166 bis 195 ZPO.

### a) Tag der Zustellung / Fristbeginn

Unbeachtlich ist insoweit, dass auf der am 17. Mai 2017 zu den Akten des AG Tiergarten zurück gelangten Postzustellungsurkunde als Tag der Zustellung der 16. Juni 2017 angegeben ist. Zwar liegt in der unrichtigen Beurkundung des Zustelldatums ein Verstoß gegen § 182 Abs. 2 Nr. 7 ZPO. Das diesem Vorgang zugrunde liegende Versehen des Postzustellers ist jedoch offensichtlich; hier liegt der Tag der angeblichen Zustellung in der Zukunft. Dies kann die Wirksamkeit der Zustellung nicht berühren, da nur schwere Zustellungsmängel insoweit relevant sind<sup>3</sup>.

### b) Unwirksamkeit der Zustellung

hier ist eine Ersatzzustellung nach § 178 Abs. 1 ZPO erfolgt. Zu beachten ist allerdings, dass der Mandant ausweislich des Sachverhalts in einem von der Caritas betriebenen

---

<sup>2</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 409 Rn 7

Wohnheim für Suchtkranke wohnt. Dabei handelt es sich um eine Gemeinschaftseinrichtung im Sinne des § 178 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, für die Zustellungseinschränkungen gelten: Hier kann eine Ersatzzustellung wirksam nur an den Leiter der Einrichtung oder einen dazu ermächtigten Vertreter erfolgen. Die Ersatzzustellung an einen Mitbewohner, also auch an einen Zimmernachbarn, ist anders als in einem Familienverbund oder einer Privatwohnung ausdrücklich nicht vorgesehen<sup>4</sup>. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in einer Gemeinschaftseinrichtung zwischen den (in der Regel nicht „freiwillig“ zusammenlebenden und üblicherweise zahlreichen) Bewohnern nicht von einem Vertrauensverhältnis ausgegangen werden kann, das die Weitergabe einer Sendung an den Zustellungsadressaten hinreichend zuverlässig erwarten lässt. Dieses Risiko hat sich auch gerade realisiert, weil der Nachbar die Weitergabe vergessen hat. Damit liegt ein schwerer Zustellungsfehler vor; die Ersatzzustellung war hier unwirksam<sup>5</sup>.

#### c) Heilung des Zustellungsmangels

Allerdings tritt gemäß § 189 ZPO die Heilung eines Zustellungsmangels im Moment des tatsächlichen Zugangs eines Dokumentes beim Zustellungsadressaten ein. Dies gilt entgegen der früheren Rechtslage auch in den Fällen, in denen von der Zustellung der Lauf einer gesetzlichen Rechtsmittelfrist abhängt, also auch im Strafbefehlsverfahren<sup>6</sup>. Der Strafbefehl ist dem Mandanten am 5. Juni 2017 von seinem Zimmernachbarn übergeben worden und ist ihm damit tatsächlich zugegangen. Die Wirkung dieser Heilung ist entsprechend dem Wortlaut des § 189 ZPO („gilt ... in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument ... tatsächlich zugegangen ist“) der Beginn der Einspruchsfrist am 6. Juni 2017 gemäß §§ 42, 43 StPO. Damit läuft die Einspruchsfrist im Fall noch; sie endet erst am 19. Juni 2017. Der Einspruch gegen den Strafbefehl ist zulässig. Ein Wiedereinsetzungsantrag ist deshalb ausdrücklich nicht zu stellen.

---

<sup>3</sup> OLG Hamburg NJW 2006, 1685 ff.

<sup>4</sup> Meyer-Goßner StPO 50. Auflage, § 37 Rn 13

<sup>5</sup> Meyer-Goßner aaO, § 37 Rn 26

<sup>6</sup> Meyer-Goßner aaO, § 37 Rn 28

## II Begründetheit des Einspruchs gegen den Strafbefehl

Anmerkung: Es bietet sich an, zunächst die im Strafbefehl genannten Straftatbestände zu erörtern und ggf. danach weitere von der Staatsanwaltschaft übersehene Straftatbestände zu erörtern

### 1. Diebstahl, § 242 StGB (Tat vom 10. Januar 2017)

#### a) Tatbestand

Nach der unproblematisch verwertbaren Aussage des Zeugen Werthmann dürfte dem Mandanten die Begehung eines einfachen Diebstahls ohne weiteres nachzuweisen sein. Insbesondere schließt die sofortige Rückgabe des Geldscheins eine Strafbarkeit nicht aus, da mit dem Einstecken des Scheins in den eigenen Geldbeutel die Wegnahme trotz des weiteren Aufenthalts in der Gaststätte bereits vollendet war. Für einen Rücktritt vom Versuch ist hier kein Raum mehr.

#### b) Regelbeispiel (§ 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB)

Näherer Erörterung bedarf allerdings die Frage, ob vorliegend sogar ein Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB erfüllt ist. Der Mandant hat das Geld zu einem Zeitpunkt entwendet, als der Wirt einem vor der Gaststätte verunglückten Radfahrer zur Hilfe eilte. Damit dürfte im Ergebnis das Ausnutzen eines Unglücksfalls im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB vorliegen. Das Stürzen eines Radfahrers vor einer Gaststätte ist zweifelsfrei ein Unglücksfall, nämlich ein plötzlich eintretendes Ereignis, das eine erhebliche Gefahr für ein Individualrechtsgut mit sich bringt<sup>7</sup>.

Nach inzwischen wohl einhelliger Auffassung unterfällt auch derjenige der höheren Strafandrohung des § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB, der nicht unmittelbar die verunglückte Person bestiehlt, sondern die Tat zum Nachteil einer Person begeht, die einem Verunglückten zur Hilfe eilt. Schon der Wortlaut der Norm beschränkt deren Anwendungsgebiet nicht nur auf Taten zum Nachteil der verunglückten Person. Vielmehr soll nach der langjährigen BGH-Rechtsprechung die erhöhte Strafandrohung der Verminderung des

---

<sup>7</sup> Fischer, StGB 65. Auflage, § 243 Rn 21, OLG Hamm NStZ 2008,218.

Eigentumsschutzes entgegenwirken, die sich im Wesentlichen als Folge der dort genannten Umstände darstellt<sup>8</sup>.

c) Zwischenergebnis

Deshalb sollte im Interesse des Mandanten hinsichtlich dieses Tatvorwurfs kein Einspruch eingelegt werden. Damit würde der Strafbefehl bezüglich des Tatvorwurfs zu 1. rechtskräftig werden. Hierbei ist auch zu bedenken, dass das Verbot der Schlechterstellung im Strafbefehlsverfahren gerade nicht gilt<sup>9</sup>, so dass bei Einlegung eines Einspruchs mit der Verhängung einer höheren Einzelstrafe zu rechnen wäre.

2. Versuchter gemeinschaftlicher Diebstahl, §§ 242, 22, 25 Abs. 2 StGB (Tat vom 8. Februar 2017)

a) Nachweis des Tatentschlusses und des Tatplanes

Angaben zum Tatplan und Tatentschluss des Mandanten, nämlich dem beabsichtigten Überklettern des Zaunes zum Abtransport des Diebesgutes, lassen sich nur der Aussage des mittlerweile verstorbenen Mitbeschuldigten Abels entnehmen; die Angaben des Zeugen Fenger („alter Hut“) stellen insoweit nur eine reine Spekulation dar. Ob die Angaben des Abels jedoch verwertbar sind, ist zweifelhaft:

Der Mitbeschuldigte Abels wurde beim Eintreffen des Vernehmungsbeamten POM Plüschke – möglicherweise aufgrund der Schilderung des Zeugen Fenger, ein Tatzeuge sei noch vor Ort – als Zeuge belehrt und vernommen. Spätestens jedoch an dem Punkt der Vernehmung, an dem Abels angab, vor dem Baumarkt mit dem Mandanten verabredet gewesen zu sein, um sodann aufzupassen, ob dieser bei seinem weiteren Vorhaben beobachtet werde, bestand ein Anfangsverdacht auch gegen den Abels selbst zumindest hinsichtlich einer Beihilfehandlung. In diesem Moment hätte der Vernehmungsbeamte die Zeugenvernehmung beenden und den Abels unter Hinweis auf die entsprechenden Beschuldigtenrechte belehren müssen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich dieser Anfangsverdacht dem konkret tätig werdenden Vernehmungsbeamten tatsächlich offenbart hat; maßgeblich ist vielmehr die objektive Stärke des Tatverdachts. Ob die Strafverfolgungsbehörde einen solchen Grad des Verdachts auf eine strafbare

---

<sup>8</sup> BGH NStZ 1985, 215; so auch im Ergebnis Fischer aaO, § 243 Rn 21

Handlung für gegeben hält, dass sie eine Person statt als Zeugen als Beschuldigten vernimmt, unterliegt ihrer pflichtgemäßen Beurteilung.

#### b) Verwertbarkeit der Angaben des Abels

Fraglich ist allerdings, welche prozessualen Konsequenzen die unterlassene Belehrung nach §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 StPO hat. Im Verfahren gegen Abels selbst dürfte nach einhelliger Ansicht ein Verwertungsverbot eingreifen bzw. hätte ein solches bestanden (Abels ist zwischenzeitlich verstorben). Umstritten ist jedoch, ob seine Angaben gegen den Mandanten verwertet werden können.

Nach Auffassung der Rechtsprechung gilt ein Verwertungsverbot nicht im Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten zu dessen Lasten<sup>10</sup>. Der BGH zieht zur Begründung dieser Lösung eine Parallele zum Grundgedanken der Rechtskreistheorie. Teilweise wird eine Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass jedenfalls die Verwertung in einem gemeinsamen Verfahren zugleich gegen den unmittelbar Betroffenen – hier Abels – und einen Mitbeschuldigten – hier den Mandanten – nicht zulässig sein soll<sup>11</sup>. Auch nach diesem Ansatz wäre eine Verwertung jedenfalls nach erfolgter Verfahrenstrennung zulässig. Hingegen wird in der Literatur die gegenteilige Ansicht vertreten, die sich auf den Standpunkt stellt, dass auch und gerade Belehrungen notwendige Bestandteile eines fairen Verfahrens seien und eine Differenzierung der Verwertbarkeit gegenüber Mitbeschuldigten nicht erfolgen könne<sup>12</sup>.

Der Mandant müsste daher jedenfalls dahingehend beraten werden, dass mit einer Verwertbarkeit zu rechnen ist, da die Gegenansicht in der Literatur nur vereinzelt vertreten wird.

#### c) Unmittelbares Ansetzen zur Tat

Unabhängig von der Frage der Verwertbarkeit der Angaben des Abels scheidet der Tatvorwurf jedoch daran, dass vorliegend die Schwelle zum Versuchsbeginn noch nicht überschritten sein dürfte. Unter Zugrundelegung der Angaben des Zeugen Fenger dürf-

---

<sup>9</sup> Meyer-Goßner/Schmitt aaO, § 411 Rn 11

<sup>10</sup> BGH StV 1995, 231 ff. und nachfolgend BGH NJW 2002, 1279 ff.; so auch Meyer-Goßner / Schmitt aaO, § 136 Rn 20 (unter Verweis auf die nachstehende Fundstelle)

<sup>11</sup> Meyer-Goßner / Schmitt, aaO Einl. Rn 57b

<sup>12</sup> Anmerkung von Dencker u.a. zur Entscheidung BGH StV 1995, 231: StV 1995, 232 ff.

te dem Mandanten zwar das Verbringen der Kettensäge in den umzäunten Außenbereich des Praktiker-Baumarktes und das dortige Verstecken unproblematisch nachzuweisen sein. Jedoch handelte es sich insoweit um eine Vorbereitungshandlung, da wesentliche Zwischenschritte bis zum Beginn der Wegnahmehandlung erforderlich waren.

Dies verkennt das LG Potsdam, das in einem vergleichbaren Fall ein unmittelbares Ansetzen zur Tat bejaht hat<sup>13</sup>. Dieses meint, dass Grundlage der Annahme des Versuchsbeginns die Vorstellung des Täters vom weiteren Tatablauf sei. Bei Handlungen, die nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert seien und im Falle ungestörten Fortgangs ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar in die Tatbestandshandlung einmünden sollen, sei von einem unmittelbaren Ansetzen bereits auszugehen. Bei zum späteren Abtransport bereitgestellten Sachen sei darauf abzustellen, ob die endgültige Gewahrsamerlangung noch mit wesentlichen Schwierigkeiten verbunden sei. Das Gericht kommt zu der Einschätzung, dass der endgültigen Erlangung tätereigenen gesicherten Gewahrsams nach dem Tatplan keine weiteren wesentlichen Schritte mehr vorangehen mussten.

Diese Subsumtion der zutreffend zusammengefassten Voraussetzungen für ein unmittelbares Ansetzen zur Tat, ist schwer nachvollziehbar. Aus den Angaben des Zeugen Fenger ergibt sich, dass das Außengelände des Baumarktes mit einem immerhin etwa drei Meter hohen Maschendrahtzaun umgeben ist, auf dem zudem noch ein Stacheldraht angebracht ist. Sowohl das Überklettern eines solchen Zaunes als auch alternativ das Aufschneiden mit einem Bolzenschneider o.ä. stellt jedoch ein wesentliches Zugriffshindernis dar. Somit dürfte hier tatsächlich erst eine straflose Vorbereitungshandlung vorliegen, obwohl der Tatplan das sich unmittelbar anschließende Überklettern des Zaunes vorsah.

#### d) Zwischenergebnis

Daher sollte hinsichtlich dieses Tatvorwurfs in jedem Falle Einspruch eingelegt werden. Diesbezüglich ist mit einem Freispruch des Mandanten zu rechnen.

---

<sup>13</sup> LG Potsdam, NStZ 2007, 336 ff.

### 3. Die Taten vom 13. Februar 2017)

#### a) Trunkenheit im Verkehr

Der Mandant hat vorliegend stark alkoholisiert und zusätzlich unter dem Einfluss des Rauschmittels Rohypnol stehend am öffentlichen Verkehr teilgenommen. Er befand sich dabei im Zustand rauschbedingter absoluter Fahruntüchtigkeit. Zwar liegt der von der Rechtsprechung hierbei angesetzte Grenzwert<sup>14</sup> mit 1,6 Promille Blutalkoholkonzentration bei Radfahrern deutlich über demjenigen für Kraftfahrer, jedoch wurde bei dem Mandanten noch drei Stunden nach der Fahrt ein BAK-Wert von 2,1 Promille festgestellt, so dass es bei diesem eindeutigen Messergebnis einer Rückrechnung (noch) nicht bedarf. Die Blutalkoholkonzentration muss drei Stunden nach der Tat niedriger gewesen sein, als zum Tatzeitpunkt. Etwas anderes kann nur für die seltenen Fälle des Nachtrunks gelten; also des Alkoholkonsums nach der Tat. Dafür liegen hier keine Anhaltspunkte vor.

Der Strafbefehl legt dem Mandanten hinsichtlich der Fahruntüchtigkeit ein vorsätzliches Handeln zur Last. Angesichts der jedenfalls nicht einschlägigen Vorverurteilungen könnte hier argumentiert werden, dass ihm insoweit lediglich Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Ein Argumentationsschwerpunkt sollte hier wegen der nachstehenden Schuldproblematik jedoch nicht liegen.

Im Zusammenhang mit der Frage der Schuldfähigkeit des Mandanten ist spätestens an dieser Stelle eine Rückrechnung der BAK-Konzentration vorzunehmen:

Um 02.10 Uhr, also genau drei Stunden nach dem Aufgreifen durch die Polizeibeamten, wurde ein BAK-Wert von 2,1 Promille festgestellt. Der von der Rechtsprechung entwickelte Berechnungsmaßstab zur Feststellung der Tatzeit-BAK<sup>15</sup> sieht einen für den Täter günstigeren stündlichen Abbauwert von 0,2 Promille pro Stunde zuzüglich eines einmaligen Sicherheitszuschlags von weiteren 0,2 Promille vor; damit ergibt sich um 23.10 Uhr eine Blutalkoholkonzentration von 2,9 Promille. Allein dieser Wert lässt ganz erhebliche Zweifel an der Schuldfähigkeit des Mandanten aufkommen. Er liegt zwar geringfügig unter dem insoweit geltenden Richtwert der Rechtsprechung von 3,0 Promil-

---

<sup>14</sup> Fischer aaO, § 316 Rn 17



le<sup>16</sup>, jedoch treten weitere Anhaltspunkte hinzu, die auf eine Aufhebung der Schuldfähigkeit schließen lassen:

Zum einen ist der Mandant nach seinen eigenen Angaben nicht sehr „trinkfest“; es ist davon auszugehen, dass er intensiver als eine alkoholgewöhnte Person auf eine derartig hohe alkoholische Beeinflussung reagiert. Hinzu tritt außerdem die Wirkung des konsumierten Rohypnol. Zu beachten ist auch das sog. Leistungsverhalten des Mandanten zur Zeit des Aufgriffs durch die Polizei: Er selbst hat keinerlei Erinnerung an das Tatgeschehen; damit liegt ein für Schuldunfähigkeit typischer „Filmriss“ vor. Auch die Polizisten selbst schildern sein Verhalten als „halb schlafend“ und „unkoordiniert“. Hierzu passt die Schilderung seines Verhaltens, das wie in Zeitlupe erfolgte Steckenbleiben in der Straßenbahnschiene. Damit liegen gewichtige Argumente vor, die für eine vollständige Aufhebung seiner Schuldfähigkeit sprechen, von der im Zweifel auszugehen ist.

#### b) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und Körperverletzung

Es dürften nach der Fallgestaltung keine Zweifel an der Erfüllung der beiden Tatbestände liegen, die allerdings – anders als die Schilderung im Strafbefehl – in Tateinheit zueinander stehen. Die vorstehend ausgeführten Überlegungen zur Schuldfähigkeit gelten hier jedoch gleichermaßen.

#### c) Vollrausch

Als Konsequenz aus der - *in dubio pro reo* anzunehmenden – Schuldlosigkeit ist zu prüfen, ob der Mandant insoweit mit einem Freispruch rechnen kann oder sich gegebenenfalls wegen eines Vollrausches gemäß § 323a StGB verantworten muss.

##### aa) Objektiver Tatbestand

Durch den Konsum von Alkohol und Rohypnol hat sich der Mandant in einen Rausch versetzt und in diesem Zustand rechtswidrige Taten begangen, nämlich – vgl. oben – eine Trunkenheit im Verkehr sowie tatmehrheitlich dazu einen Widerstand in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung. Der Zweifelsgrundsatz wirkt sich bei der Prüfung

---

<sup>15</sup> Fischer aaO, § 316 Rn 16 unter Verweis auf § 20 Rn 12 ff.

des Tatbestandsmerkmals Rausch an dieser Stelle nicht positiv für den Mandanten aus, da ein Rausch keine Schuldunfähigkeit voraussetzt. Weiterhin müsste der Mandant nach h.M. zum Zeitpunkt der Tat wenigstens vermindert schulfähig gewesen ein, was angesichts der Fallgestaltung zu bejahen ist<sup>17</sup>.

#### bb) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht muss sich der Täter eines Vollrausches vorwerfbar, also (bedingt) vorsätzlich oder zumindest fahrlässig in den Rausch versetzt haben. Der Mandant müsste also bereits beim Rauschmittelgenuss vor Eintritt der Schuldunfähigkeit damit gerechnet bzw. es billigend in Kauf genommen haben, dass er infolge des Rauschmittelkonsums in einen Zustand des Rausches gerät. Alternativ würde es zur Annahme eines fahrlässigen Vollrausches ausreichen, dass er diese Umstände in vorwerfbarer Weise nicht bedacht hat. Ausweislich des Sachverhalts stehen die strafrechtlichen Vorbelastungen des Mandanten ohne Ausnahme in Zusammenhang mit dem Konsum von Rohypnol. Zudem wohnt er seit etwa zwei Jahren in einem Wohnheim für Suchtkranke, ist als tablettenabhängig bekannt und hat eine entsprechende Therapie begonnen. Der Rausch wurde daher auch in vorwerfbarer Weise herbeigeführt.

#### cc) Zwischenergebnis

Der Mandant hat sich lediglich wegen Vollrausches strafbar gemacht. Insoweit kann nur eine Einzelstrafe verhängt werden, was sich voraussichtlich in Anschluss an eine Hauptverhandlung positiv für den Mandanten auswirken wird.

### 4. Tat vom 2. April 2017)

#### a) Hausfriedensbruch

Hausfriedensbruch ist ein absolutes Antragsdelikt; somit ist ein wirksamer Strafantrag zur Verfolgung zwingend erforderlich, § 123 Abs. 2 StGB. Fraglich ist hier, wie der Umstand zu beurteilen ist, dass nur einer der beiden Inhaber des AUTOHAUS-PALETTI und damit wohl auch des Hausrechts einen Strafantrag gestellt hat, der andere hingegen ausdrücklich erklärt hat, an einer Strafverfolgung kein Interesse zu haben. Diese Frage ist jedoch eindeutig im Gesetz selbst geregelt: Gemäß § 77 Abs. 4 StGB kann bei

---

<sup>16</sup> Fischer aaO § 20 Rn 20

mehreren strafantragsberechtigten Personen jede den Antrag selbstständig stellen. Der durch den Zeugen Steffen Schrotkowski gestellte Strafantrag erfüllt auch die insoweit bestehenden Form- und Fristenfordernisse. Auch dürfte der Tatbestand des § 123 StGB unproblematisch erfüllt und nachweisbar sein. Insbesondere hat der Zeuge Schrotkowski auf das am Zaun deutlich angebrachte Verbotsschild hingewiesen.

#### b) Verstrickungsbruch

Zu beachten bei der weiteren anwaltlichen Vorgehensweise ist jedoch, dass das Verhalten des Mandanten nicht nur den Tatbestand des § 123 StGB erfüllt, sondern dass auch ein Verstrickungsbruch nach § 136 Abs. 1 StGB vorliegt.

Der zum Zeitpunkt der Tat auf dem Gelände des AUTOHAUS-PALETTI stehende PKW des Mandanten wurde am 23. März 2017 durch die Polizei als Beweismittel beschlagnahmt und ist damit „dienstlich in Beschlag genommen“ im Sinne der Norm. An der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme bestehen keine Zweifel (vgl. Absatz 3). Insbesondere war die Beschlagnahme nach § 94 StPO nicht deshalb rechtswidrig, weil dem Mandanten ein Vorwurf des (versuchten) Betruges nicht zu machen sein dürfte. Allein die Bitte um Untersuchung eines Fahrzeugs zur Ermittlung des Marktwertes stellt auch dann noch kein unmittelbares Ansetzen dar, wenn der erste äußere Anschein (hier in Gestalt des manipulierten Tachostandes) und die tatsächliche Beschaffenheit des Fahrzeugs (hier die viel höhere Laufleistung) auseinander fallen und dies dem „Täter“ bewusst ist. Insoweit ist die potentielle Beweisbedeutung eines Gegenstandes zum Zeitpunkt der Beschlagnahme ausreichend. Da das Beweisergebnis ungewiss und die Entwicklung eines Verfahrens nicht vorhersehbar ist, kommt es auch nicht darauf an, ob der Gegenstand später Beweismittel wird und ob er dann beweisheblich ist<sup>18</sup>.

Zwar befand sich der PKW zum Zeitpunkt des Beschädigens des Tachos auf dem Firmengelände des Autohauses. Hierdurch war die dienstliche Beschlagnahme jedoch nicht aufgehoben, denn die Beschlagnahmesituation dauerte trotz der Verbringung zur Reparatur noch an<sup>19</sup>. Indem der Mandant mehrfach mit einem Hammer auf den Tacho einschlug, ist der Tatbestand in der Variante „Beschädigen“ erfüllt.

---

<sup>17</sup> A.A. Fischer, § 323a, Rdnr. 11 c.

<sup>18</sup> Meyer-Goßner aaO, § 94 Rn 6

<sup>19</sup> Ein etwas versteckter Hinweis hierauf findet sich bei Fischer aaO, § 133 Rn 4 aE

Nach der telefonischen Anfrage beim Mandanten vor Verbringung des Wagens nach seinem Einverständnis war diesem auch bewusst, dass das Fahrzeug nach wie vor beschlagnahmt war.

c) Zwischenergebnis

Der damit im Raume stehende Verstrickungsbruch ist derselben prozessualen Tat zuzuordnen wie der begangene Hausfriedensbruch. Damit wäre für den Fall der Rechtskraft des Strafbefehlsvorwurfs zu 6. auch diese – in Tateinheit hierzu stehende – Tat davon erfasst. Zwar ist die abstrakte Strafandrohung des § 136 StGB nicht höher als die des § 123 StGB; jedoch wäre bei einer Aburteilung auch wegen Verstrickungsbruchs jedenfalls mit einer höheren Einzelstrafe, im Fall der Annahme von Tatmehrheit sogar mit einer weiteren Einzelstrafe zu rechnen. Es liegt daher im Interesse des Mandanten, diesbezüglich keinen Einspruch einzulegen.

## **B. Beratung / Weitere Vorgehensweise**

Danach erscheint es sachgerecht, den Einspruch gegen den Strafbefehl auf die Taten vom 08. Februar und 13. Februar 2017 zu beschränken. Im Schriftsatz sind dann nur Ausführungen zum unmittelbaren Ansetzen zur Tat (Tat vom 08.02.2017) und zur Schuldunfähigkeit sowie § 323 a StGB (kurz!) erforderlich (Tat vom 13.02.2017).