

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 1156

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 1156, Rn. X

**BGH 2 StR 43/16 - Beschluss vom 20. September 2016 (LG Frankfurt a. M.)**

**(Wohnungs-)Einbruchsdiebstahl (Versuchsbeginn erst mit unmittelbarem Ansetzen zur Tathandlung des Grunddelikts).**

**§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Bei Qualifikationstatbeständen wie auch bei Tatbeständen mit Regelbeispielen ist grundsätzlich auf das Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes abzustellen. Daraus folgt, dass sich bei § 244 StGB wie bei § 243 StGB gleichermaßen die einheitlich zu beantwortende Frage stellt, ob mit den festgestellten Tathandlungen zur Wegnahme im Sinne von § 22 StGB angesetzt ist.**

**2. Nach diesen Maßstäben stellen weder das Eindringen in den Garten über das Gartentor noch ein „Zuschaffenmachen“ vor der Terrassentür ein unmittelbares Ansetzen dar, wenn im Haus noch nach Stehenswertem gesucht werden soll.**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27. August 2015

a) im Fall II.3 sowie in den Gesamtstrafenaussprüchen, soweit es die Angeklagten K. und X. betrifft,

b) im Fall II.4, soweit es den Angeklagten X. betrifft, mit den jeweiligen Feststellungen aufgehoben.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

3. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in vier Fällen, davon in einem Fall wegen Versuchs, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und den Angeklagten X. wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in drei Fällen, davon in einem Fall wegen Versuchs unter Einbeziehung weiterer Einzelstrafen aus einer anderen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es die Angeklagten freigesprochen. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind die Rechtsmittel offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die Verurteilung wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls im Fall II.3 der Urteilsgründe hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach den getroffenen Feststellungen ist nicht dargetan, dass die Angeklagten im Sinne von § 22 StGB bereits unmittelbar zur Verwirklichung des Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB angesetzt haben.

a) Bei Qualifikationstatbeständen wie auch bei Tatbeständen mit Regelbeispielen ist grundsätzlich auf das Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes abzustellen (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 22, Rn. 36 mN). Daraus folgt, dass sich bei § 244 StGB wie bei § 243 StGB gleichermaßen die einheitlich zu beantwortende Frage stellt, ob mit den festgestellten Tathandlungen zur Wegnahme im Sinne von § 22 StGB angesetzt ist (vgl. im Zusammenhang mit § 244a StGB BGH NSTZ 2015, 207).

Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung besteht in einem Verhalten des Täters, das nach seiner Vorstellung in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte zur - vollständigen - Tatbestandserfüllung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet. Diese Voraussetzung kann schon gegeben

sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt; regelmäßig genügt es allerdings, wenn der Täter ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht. Es muss aber immer das, was er zur Verwirklichung seines Vorhabens unternimmt, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand in Beziehung gesetzt werden (st. Rspr.; vgl. BGH NSTZ 2015, 207).

b) Nach diesen Maßstäben haben die Angeklagten noch nicht - wie es für einen Versuch des § 242 StGB notwendig ist - zum Gewahrsamsbruch angesetzt. Das Eindringen in den Garten über das Gartentor reicht nicht aus. Zum einen sollte nach der Vorstellung der Angeklagten nicht im Garten, sondern in dem durch weitere Sicherungen geschützten Haus auf dem Grundstück nach Stehlenswertem gesucht werden (vgl. OLG Hamm MDR 1976, 155). Zum anderen ergibt sich aus den Feststellungen nicht, ob das Gartentor nach seiner Funktion als wesentlicher Schutz des Hauses anzusehen ist oder etwa durch einfaches Öffnen oder Übersteigen überwunden werden konnte. So ist nicht dargelegt, dass schon in dem Eindringen auf das Grundstück ein Ansetzen zum Gewahrsamsbruch liegt. 5

Aber auch das weitere Vorgehen der Angeklagten belegt noch keinen Versuchsbeginn. Ein „Zuschaffenmachen“ vor der Terrassentür gibt - da es insoweit auch an der Mitteilung des Tatplans der Angeklagten fehlt - keinen konkreten Hinweis dafür, ob schon zur Wegnahme, einem unmittelbar bevorstehenden Einwirken auf fremden Gewahrsam, angesetzt ist. Dies gilt auch für das „Anleuchten des Rollos“; auch hier ermöglichen es die Feststellungen des Landgerichts nicht nachzuvollziehen, ob schon zum Gewahrsamsbruch unmittelbar angesetzt ist oder ob nach dem Tatplan der Angeklagten weitere Zwischenschritte erforderlich sind, bis es schließlich zu einem Einwirken auf den Gewahrsam des Gebäudeinhabers, der durch Geräusche im Zusammenhang mit dem Gartentor auf das Eindringen in seinen Garten aufmerksam geworden ist, kommen kann. 6

Die Sache bedarf deshalb insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung. 7

2. Auch die Verurteilung im Fall II.4 der Urteilsgründe hält, soweit der Angeklagte X. betroffen ist, rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme des Landgerichts, er habe sich an dem Diebstahl des nach dem Einbruch am 25. Mai 2014 entwendeten Kraftfahrzeugs beteiligt, wird von den Feststellungen nicht getragen. Dass der Angeklagte X. drei Tage nach der Tat „wahrscheinlich“ Beifahrer gewesen ist, als das Fahrzeug bei einer Geschwindigkeitskontrolle auffällig geworden und in diesem Zusammenhang ein Lichtbild angefertigt worden ist, ist kein tragfähiges Indiz für eine Beteiligung an der Tage zuvor erfolgten Wegnahme des Fahrzeugs. Dies gilt selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass der Angeklagte K. Täter (und Fahrer des PKW) gewesen ist und beide zusammen in der Vergangenheit Diebstahlstaten begangen hätten. Eine nur „wahrscheinliche“ Mitfahrt in einem Kraftfahrzeug vermag - auch angesichts vormaliger Beteiligung an anderen Einbruchsdiebstählen - keine ausreichende Grundlage für die Mitwirkung an dessen Wegnahme zu vermitteln. 8

3. Der Wegfall der Verurteilungen in den Fällen II.3 und II.4 entzieht den Gesamtstrafenaussprüchen die Grundlage. 9