

**Titel:**

**Unmittelbares Ansetzen bei Wohnungseinbruchsdiebstahl über Balkon im 1. OG**

**Normenkette:**

StGB § 22, § 244 Abs. 1 Nr. 3

**Leitsatz:**

**Zu einem Wohnungseinbruchsdiebstahl setzt noch nicht unmittelbar an, wer - ohne Einbruchswerkzeug mit sich zu führen - erst einige wenige Leitersprossen erklimmt, um einen im ersten Obergeschoss liegenden Balkon zu erreichen und von dort aus nach Aufbrechen der Balkontür die Wohnung zum Zwecke des Diebstahls zu betreten. (Rn. 15 und 23 – 26)**

**Schlagworte:**

Wohnungseinbruchsdiebstahl, unmittelbares Ansetzen, Versuchsbeginn, Leiter, Balkon, Schutzmechanismus

**Vorinstanz:**

AG Nürnberg vom 03.03.2021 – 57 Gs 2134/21

**Tenor**

1. Auf die Beschwerde des Beschuldigten ... wird der Haftbefehl des Amtsgerichts Nürnberg vom 3. März 2021, 57 Gs 2134/21, aufgehoben.

Der Beschuldigte ist unverzüglich freizulassen.

2. Die Staatskasse hat die Kosten des Rechtsmittels und die notwendigen Auslagen des Beschuldigten zu tragen.

**Gründe**

I.

1

Am 3. März 2021 erließ der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Nürnberg gegen den Beschuldigten einen Haftbefehl, der ihm am gleichen Tag eröffnet wurde und der seitdem vollzogen wird. Darin wird dem Beschuldigten folgendes vorgeworfen:

2

In der Nacht vom 2. auf den 3. März 2021, gegen 2:20 Uhr, begab sich der Beschuldigte auf das Grundstück des Zeugen P. in der H1. Straße ... in N, wofür er das abgesperrte Gartentor überwinden musste, da er die Absicht hatte, in das dortige Wohnhaus des Zeugen einzudringen, dieses nach Stehenswertem zu durchsuchen und möglichst Hochwertiges zu entwenden. Um dieses Vorhaben in die Tat umzusetzen, nahm der Beschuldigte eine im Garten des Anwesens stehende Leiter, lehnte diese gegen die Hauswand und bestieg diese in der Absicht, sich anschließend auf den Balkon des ersten Stockwerks des Anwesens zu hangeln und von dort aus in die Wohnung einzudringen. Der Zeuge P. bemerkte diesen Vorgang jedoch, machte die Hausinnenbeleuchtung an und begab sich selbst auf den Balkon, von wo aus er den Beschuldigten aufforderte, sich zu entfernen, was dieser tat.

3

Darin sah das Amtsgericht einen versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 242, § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, §§ 22, 23 StGB) verwirklicht.

4

Mit Schriftsatz vom 8. April 2021 legte der Verteidiger des Beschuldigten Haftbeschwerde gegen den Haftbefehl ein und beantragte dessen Aufhebung. Dies begründete er damit, dass die selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten gegenüber der Polizei mangels vorangegangener Beschuldigtenbelehrung

unverwertbar seien. Weiterhin habe mangels unmittelbaren Ansetzens kein strafbarer Versuch eines Wohnungseinbruchsdiebstahls vorgelegen zu.

**5**

Am selben Tag half der Ermittlungsrichter der Beschwerde nicht ab.

**6**

Die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth trat in ihrer Zuschrift dem Beschuldigtenantrag entgegen und hat beantragt, die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen.

**7**

Die Akte wurde der Kammer am 14. April 2021 vorgelegt.

II.

**8**

Die zulässig erhobene Beschwerde ist in der Sache begründet. Nach gegebenem Ermittlungsstand besteht für das unmittelbare Ansetzen zum Wohnungseinbruchsdiebstahl, und damit für dessen Versuch, kein dringender Tatverdacht.

**9**

Ein dringender Tatverdacht im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO liegt vor, wenn auf der Grundlage der ermittelten Tatsachen angenommen werden kann, dass sich der Beschuldigte mit großer Wahrscheinlichkeit der ihm angelasteten Tat schuldig gemacht hat; bloße Vermutungen genügen dagegen nicht (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2007 - StB 34/07, juris Rn. 4). Die Voraussetzungen liegen nicht vor.

**10**

1. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung besteht in einem Verhalten des Täters, das nach seiner Vorstellung in ungestörtem Fortgang ohne weitere Zwischenakte zur vollständigen Tatbestandsverwirklichung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in die Tatbestandsverwirklichung einmündet (BGH, Beschluss vom 14. Januar 2020 - 4 StR 397/19, juris m. w. N.).

**11**

2. Diese allgemeinen Grundsätze hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 28. April 2020 (5 StR 15/20, juris) im Hinblick auf den Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl unter Auswertung der bisherigen Rechtsprechung zusammengefasst und präzisiert. Dazu hat er ausgeführt (aaO Rn. 6-8 m. w. N.):

**12**

Bei Diebstahlsdelikten ist darauf abzustellen, ob aus Tätersicht bereits die konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs auf das in Aussicht genommene Stehlgut besteht. Hierfür ist entscheidend, ob der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert ist. Ist das der Fall, reicht für den Versuchsbeginn der erste Angriff auf einen solchen Schutzmechanismus regelmäßig aus, wenn sich der Täter bei dessen Überwindung nach dem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt. Sollen mehrere gewahrsamssichernde Schutzmechanismen hintereinander überwunden werden, ist schon beim Angriff auf den ersten davon in der Regel von einem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme auszugehen, wenn die Überwindung aller Schutzmechanismen im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit paraten Mitteln erfolgen soll. Nicht erforderlich für das unmittelbare Ansetzen zur geplanten Wegnahme ist, dass der angegriffene Schutzmechanismus auch erfolgreich überwunden wird. Deshalb reicht der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen. Demnach liegt ein versuchter Diebstahl noch nicht vor, wenn der Täter lediglich einen gewahrsamssichernden Schutzmechanismus anleuchtet, um ihn zu untersuchen. Desgleichen wenn er in der Nähe des Tatorts eintrifft, aber noch nicht sogleich mit der Benutzung des bereitgelegten Einbruchswerkzeugs beginnen will, oder er sich lediglich mit Mittätern zur Rückseite des Gebäudes begibt, in das eingebrochen werden soll. Kein Versuch ist weiter anzunehmen, wenn mit zeitlicher Verzögerung erst noch umfangreiches Werkzeug herbeigeschafft werden muss, um

einen Bankautomaten aufbrechen zu können, oder wenn lediglich das Treppenhaus betreten und noch nicht auf den Wohnungsinhaber mit dem Ziel eingewirkt wird, den von ihm geschützten Gewahrsam anzugreifen. Beim Übersteigen eines Gartenzauns oder -tors mit der Absicht, in ein dahinter liegendes Haus einzubrechen, kommt es darauf an, ob Zaun oder Tor schon eine gewahrsamssichernde Funktion zukommt. Ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl ist hingegen zu bejahen, wenn der Täter das Einbruchswerkzeug bereits angesetzt hat, um damit einen Schutzmechanismus zu überwinden und anschließend in ein Gebäude zum Stehlen einzudringen.

### 13

3. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe kann im konkreten Fall ein unmittelbares Ansetzen des Beschuldigten zum Wohnungseinbruchsdiebstahl nicht hinreichend wahrscheinlich angenommen werden.

### 14

a) Zunächst ist festzustellen, dass der Ermittlungsakte nicht hinreichend klar zu entnehmen ist, von welchem Vorstellungsbild oder Tatplan der Beschuldigte bei seinem Tun ausgegangen ist.

### 15

aa) Bei seiner vorläufigen Festnahme konnte bei ihm keinerlei für einen Einbruch geeignetes Werkzeug festgestellt werden, sodass insoweit keine Schlussfolgerungen dazu möglich sind, wie er in das Haus hat eindringen wollen. Es ist ebenso wenig klar, welche Vorstellungen er in Bezug auf die zu überwindenden Hindernisse, etwa eine verschlossene Balkontür, hatte. Bei lebensnaher Betrachtung wird davon auszugehen sein, dass er mit einer verschlossenen Balkontür schon deshalb rechnen musste, weil in der Tatnacht leichter Frost (ca. minus drei Grad Celsius) herrschte, wie archivierten Wetteraufzeichnungen für Nürnberg im Internet entnommen werden kann. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte und mangels erkennbarer Möglichkeit zum Beweis des Gegenteils kann daher nicht zum Nachteil des Beschuldigten angenommen werden, er sei davon ausgegangen, bereits mit dem Übersteigen des Zauns oder des Gartentors sei ein ungehinderter Zugriff auf die im Haus vermuteten Wertsachen gegeben.

### 16

bb) Aus dem Fehlen jedweden Einbruchswerkzeugs bei der Festnahme kann nicht gefolgert werden, der Beschuldigte habe zuvor keines bei sich gehabt und habe angenommen, er werde auch ohne dieses in das Haus eindringen können. Denn der Beschuldigte wurde erst eine Viertelstunde nach dem vermeintlichen Einbruchversuch von der Polizei aufgegriffen, sodass er zwischenzeitlich mögliches Werkzeug entsorgt haben kann. Der Zeuge P. äußert sich nicht dazu, ob er irgendwelches Werkzeug beim Beschuldigten gesehen hat.

### 17

cc) Ein Plan, wie der Beschuldigte im Einzelnen hat vorgehen wollen oder womit er bei weiterer Tatbegehung gerechnet hat, ergibt sich auch nicht aus seiner Äußerung gegenüber den Polizeibeamten kurz nachdem er von einer Polizeistreife betroffen wurde.

### 18

Dem liegt zugrunde, dass der Beschuldigte gegenüber den Polizeibeamten, die ihn gegen 2:35 Uhr unweit des vermeintlichen Tatorts aufgegriffen haben, zugegeben hat, er habe über eine Leiter in das Haus einsteigen und sich dort umschauchen wollen. Er habe nämlich einen Tipp bekommen, dass es da vielleicht was zu holen gebe. Seitdem schweigt der Beschuldigte. Das vom Beschuldigten unterschriebene, bei der Akte befindliche Formblatt mit verschiedenen Belehrungen, auch über das Schweigerecht, weist einen handschriftlichen Eintrag der Uhrzeit mit „5:05 Uhr“ des 3. März 2021 auf. Zudem ist auf dem Formblatt folgende Alternative angekreuzt: „Ich bin zudem mündlich belehrt worden“. Wann diese mündliche Belehrung erfolgt sein soll, ergibt sich aus der Akte nicht. Eine telefonische Rücksprache des Kammervorsitzenden am 15. April 2021 bei dem Verfasser des Vermerks, in dem die Aussage des Beschuldigten wiedergegeben ist (Bl. 61 d.A.), POK D., erbrachte, dass sich dieser nicht mehr daran erinnern könne, ob er - vor gut anderthalb Monaten - den Beschuldigten unmittelbar nach seinem Zugriff über das Schweigerecht belehrt hatte.

### 19

Ob sich daraus, wie die Verteidigung meint, mangels rechtzeitiger Beschuldigtenbelehrung ein Verwertungsverbot ergibt oder ob von einer verwertbaren sog. Spontanäußerung (dazu etwa BGH, Beschluss vom 9. Juni 2009 - 4 StR 170/09, juris m. w. N.) auszugehen ist, kann offenbleiben. Denn auch

bei unterstellter Verwertbarkeit der Aussage ergibt sich aus ihr nicht, dass der Beschuldigte damit gerechnet hätte, ohne die Überwindung weiterer Hindernisse (namentlich einer versperrten Balkontür) in das Haus gelangen zu können (dazu nachfolgend unter c).

## 20

b) In Übereinstimmung mit der Wertung im Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20. September 2016 (2 StR 43/16, juris Rn. 5) reicht es der Kammer für den Versuchsbeginn in objektiver Hinsicht nicht aus, dass der Beschuldigte in den das Haus umgebenden Garten über das Gartentor oder den Zaun eingedrungen ist.

## 21

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. Zum anderen konnte das - versperrte - Gartentor nicht als wesentlicher Schutz des Hauses angesehen werden. Denn es war nach den polizeilichen Feststellungen lediglich ca. einen Meter hoch, sodass der Zeuge P. vermutete, der Beschuldigte müsse darüber gesprungen sein. Die Kammer teilt weiter die Wertung des Bundesgerichtshofs im zitierten Beschluss, wonach es für einen wesentlichen Schutz des Hauses nicht ausreicht, wenn das Gartentor durch einfaches Öffnen oder - wie hier - durch einfaches Übersteigen überwunden werden kann (a.A. OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. November 1988 - 1 Ws 202/88, juris Rn. 2, das es für ausreichend erachtete, dass der Angeklagte über den Zaun gesprungen ist, zu dessen Höhe sich der Senat allerdings nicht äußerte).

## 22

Dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Juni 2017 (2 StR 14/17, juris) ist Gegenteiliges nicht zu entnehmen (anders möglicherweise BGH, Beschluss vom 28. April 2020 - 5 StR 15/20, juris Rn. 8). Dort (Urteil vom 14. Juni 2017, aaO Rn. 2) stieg der Täter über den Gartenzaun - einen Lattenzaun, zu dessen Höhe dem Urteil nichts zu entnehmen ist - auf das Grundstück und begab sich zu dem Wohnhaus, um dort einzubrechen; mehr passierte nicht. Deshalb wurde er wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls verurteilt. Der Bundesgerichtshof hatte allerdings lediglich über die zu Ungunsten der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft zu entscheiden. Diese hat ausweislich der Ausführungen im Revisionsurteil die Verurteilung wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls als solche nicht angegriffen. Daher kann aus dem - verfahrensbedingt notwendig kritiklosen - Sachbericht des Bundesgerichtshofs keine Zustimmung zu der Subsumtion der dortigen Strafkammer herausgelesen werden.

## 23

c) Ein unmittelbares Ansetzen liegt aber auch noch nicht darin, dass der Beschuldigte eine kleine Aluminiumleiter an die Hauswand gelehnt und dort auf dem Weg zum Balkon im ersten Obergeschoss die ersten Sprossen erklommen hat, wobei er mit dem Kopf bis auf die Höhe des Balkonfundaments (gemeint ist wohl die Balkonbodenplatte) - so der Zeuge P. - gelangt ist.

## 24

Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dann, wenn mehrere gewahrsamssichernde Schutzmechanismen hintereinander überwunden werden sollen, schon beim Angriff auf den ersten davon in der Regel von einem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme auszugehen, wenn die Überwindung aller Schutzmechanismen im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit paraten Mitteln erfolgen soll.

## 25

Die Lage des anvisierten Einstiegs in die Wohnung (also der Balkontür) im ersten Stockwerk, stellt für sich betrachtet gleichsam eine Schutzvorrichtung dar, die wesentlich zum Schutz des Hauses beiträgt, weil sie nur mit einigem Aufwand - etwa mittels einer Leiter - überwunden werden kann. Zur Überwindung dieses Schutzes hat der Beschuldigte unmittelbar angesetzt, als er die Leiter an die Wand gelehnt und die ersten Leitersprossen erklommen hat.

## 26

Allerdings kann der Akte nicht entnommen werden, ob der Beschuldigte - was, wie bereits angemerkt, als Vorstellungsbild naheliegt - davon ausging, unmittelbar anschließend eine verschlossene Balkontür überwinden zu müssen, oder ob er - was fernliegt - davon ausging, die Balkontür sei gar nicht verschlossen. Tatsächlich war die Tür zunächst versperrt. Das ergibt sich aus der Aussage des Zeugen P., wonach er,

nachdem er ein lautes Geräusch gehört das Licht angemacht habe, ins Wohnzimmer gegangen sei und die Balkontür geöffnet habe, um draußen nachzusehen. Legt man zugunsten des Beschuldigten zugrunde, er habe nach seinem Vorstellungsbild und tatsächlich noch die verschlossene Balkontür aufstemmen oder aufbrechen müssen, so ist durch nichts belegt, dass er dafür taugliches Werkzeug bei sich geführt hätte und damit die notwendigen Mittel parat hatte, um seinen Plan umzusetzen. Es finden sich in der Akte ebenso wenig Feststellungen zu ihrer Bauart und (Schloss) Mechanik, sodass nicht klar ist, ob die Balkontür durch schlichtes Dagegendrücken hätte aufgestoßen werden können.

## **27**

Ohnehin bestehen nach der im polizeilichen Vermerk vom 10. März 2021 wiedergegebenen Aussage des Beschuldigten Zweifel daran, dass er fest entschlossen war, einen Einbruch konsequent zu Ende zu führen. Danach hat er gegenüber den Polizeibeamten zweimal die Formulierung gebraucht - das ist im Vermerk in wörtlicher Rede gefasst - er „wollte sich in dem Haus mal umschauen“, weil es „dort vielleicht was zu holen gibt“. Die weiche, eher unentschlossene Formulierung legt den Schluss nahe, dass er bereit gewesen ist, den Versuch abzubrechen, wenn er auf Schwierigkeiten bei der Umsetzung stößt.

## **28**

4. Danach verbleibt lediglich die Möglichkeit, dass dem Beschuldigten ein Hausfriedensbruch nachgewiesen werden könnte, indem er in das befriedete Besitztum der Zeugen P. - in dessen umzäunten Garten - eingedrungen ist. Ob dies im Hinblick auf die Verwertbarkeit der selbstbelastenden Aussage des Beschuldigten gegenüber den Polizeibeamten nachweisbar ist und ob in der Strafanzeige des Zeugen auch der notwendige Strafantrag gesehen werden kann (die Strafantragsfrist ist allerdings noch offen), muss hier nicht vertieft werden. Denn auch bei unterstellter Verfolgbarkeit und wahrscheinlichem Nachweis wäre ein weiterer Vollzug der bereits rund anderthalb Monate währenden Untersuchungshaft wegen dieses Tatvorwurfs nicht mehr verhältnismäßig (vgl. § 120 Abs. 1 Satz 1 StPO).

## **29**

5. Ob sich aus der zum hiesigen Verfahren hinzuverbundenen Fallakte betreffend den Versuch eines Wohnungseinbruchsdiebstahls bei dem Anzeigerstatter M. vom 27. Februar 2021 ein dringender Tatverdacht ergibt, hatte die Kammer nicht zu prüfen. Der angegriffene Haftbefehl erstreckt sich nicht auf diesen Tatvorwurf.

III.

## **30**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 467 StPO analog.