90. Ist der Thatbestand des Diebstahles zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen hatte (St.G.B. §. 243 Ziff. 7), ausgeschlossen, wenn sich der Dieb zur Nachtzeit eingeschlichen und sofort nach dem Einschleichen gestohlen hat?

Ferriensenat. Ur. v. 11. August 1880 g. S. Rep. 2180/80.

I. Landgericht Altenburg.

Aus den Gründen:

„Der Angeklagte hat zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, welches er in diebischer Absicht betreten hatte, einen Diebstahl verübt.

Er ist deshalb mit Rücksicht auf die erlittenen Vorbestrafungen aus §. 242 in Verbindung mit §. 244 St.G.B.'s verurteilt. Der Staatsanwalt hatte Anwendung des §. 243 Nr. 7 beantragt. Das Landgericht erachtet dieselbe um deswillen für ausgeschlossen, weil das Einschleichen und der Diebstahl in einem Zuge verübt seien, während der Thatbestand des §. 243 Nr. 7 nach Ansicht des Landgerichts erfordert, daß zwischen dem Einschleichen und dem Stehlen ein Zeitraum inneliege.

Zu dieser Ansicht nötigt zunächst die von dem landgerichtlichen Urteile geltend gemachte sprachliche Fassung des §. 243 Nr. 7 nicht. Der Satz lautet so:

„Wenn der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird.“

Diese Fassung legt allerdings bezüglich des Diebes, welcher sich verborgen hatte, die Auslegung nahe, daß hier vorausgesetzt ist, zwischen der Verbergung und der Ausführung des Diebstahles liege eine Thatfache inne, welche der Ausführung des Diebstahles vorherging, der Verbergung nachfolgte. Der Dieb hatte sich verborgen, um verborgen zu sein; er verweilte verborgen im Gebäude, um den Diebstahl demnächst auszuführen. Daß bei der Zusammenziehung des Satzes das Hilfszeitwort neben dem „eingeschlichen“ ausgelassen ist, kann aber ebensowohl in einer sprachlichen Ungenauigkeit als auf einer bewußten Absicht beruhen. In jenem Falle würde das Hilfszeitwort in anderer Form zu ergänzen sein. Eine solche sprachliche Ungenauigkeit ist in der ganz ähnlichen Fassung des §. 250 Nr. 4 St.G.B.'s nachzuweisen:

„Wenn der Raub zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude begangen wird, in welches sich der Thäter zur Begehung eines Raubes oder Diebstahles eingeschlichen oder sich gewaltsam Eingang verschafft oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte.“

Es ist unmöglich, hier aus der sprachlichen Fassung zu schließen, der Raub dürfe nicht unmittelbar, nachdem sich der Räuber gewaltsam Eingang verschafft habe, ausgeführt sein. Damit wird aber auch die Zurückbeziehung des „hatte“ in derselben Zeitform auf das weiter zurückstehende „eingeschlichen“ ausgeschlossen, eine solche Zurückbeziehung ist also auch in § 243 Nr. 7 nicht notwendig. Daß der Abfassung des

Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund längst vorhergegangene badische Strafgesetzbuch hatte in §. 385 die beiden in Rede stehenden Qualifikationen in besonderen Sätzen neben einander aufgeführt; und hier findet sich in der That eine Fassung mit verschiedenen Zeitformen für jede einzelne Qualifikation:

„. 8) wenn der Dieb zur Verübung der That zur Nachtzeit in ein fremdes bewohntes Gebäude oder den dazu gehörigen Hofraum eingeschlichen oder eingedrungen ist; oder

9) wenn sich der Dieb zur Verübung eines nächtlichen Diebstahles in einem fremden bewohnten Gebäude oder dem dazu gehörigen geschlossenen Hofraum verborgen hatte.“

Auch aus den Motiven zum deutschen Strafgesetzbuch läßt sich eine Entscheidung für eine engere Auslegung nicht gewinnen. Dieselben nehmen zur Rechtfertigung dieser Bestimmung Bezug auf die gemachten Erfahrungen und auf die Gesetzgebungen anderer deutscher Staaten. Nun mag immerhin angenommen werden, daß diesen Gesetzgebungen Anlaß zu den entsprechenden Bestimmungen hauptsächlich der Fall gegeben hat, wo der Dieb die Tageszeit benutzt hat, um sich ungehindert in das bewohnte Gebäude einzuschleichen, dort zu verbergen und dann unter dem Schutze der Nacht in dem Gebäude zu stehen. Auf diesen Fall geht auch die Begründung, welche das preussische Obertribunal in seiner Plenarentscheidung vom 22. Januar 1872 dem Gesetze unterschiebt:

„Der bei den gegenwärtigen Kulturverhältnissen der Regel nach erfolgende Verschluss des Wohnhauses für die Dauer der Nacht giebt faktische und strafrechtlich garantierte Sicherheit gegen den von außen eindringenden Dieb, da dieser erst durch Einbruch, Einsteigen oder Nachschlüssel den Verschluss wirkungslos macht; er ist aber machtlos demjenigen Diebe gegenüber, der eine verschlussfreie Zeit zum diebischen Einschleichen benutzt oder, nachdem er ohne diebische Absicht hineingelangt ist, mit dieser Absicht sich im Wohnhause versteckt.“¹

Indessen, wenn damit auch der Hauptfall der Anwendung der vorliegenden Bestimmung getroffen ist, so haben doch nur wenige der in den Motiven angezogenen deutschen Gesetzgebungen einen so unzweideutigen Ausdruck gewählt, daß sich auch der Thatbestand auf diesen Fall beschränkte. So das hannoversche Gesetz vom 20. April 1857,

¹ Oppenhoff, Rechtspr. Bd. XIII S. 67.

das thüringische Strafgesetzbuch Art. 221 Nr. 4, das sächsische Strafgesetzbuch von 1855 Art. 278 Nr. 4, während andere deutsche Strafgesetzbücher, unter anderen das oben angezogene badische, eine umfassendere Bestimmung deutlich getroffen haben.

Nun sind schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft verschiedene Ansichten über die Abgrenzung dieses Thatbestandes aufgestellt und man hat sich auch für die eine oder für die andere Ansicht auf die Fassung der deutschen Strafgesetze bezogen. Bei solcher Sachlage durfte man erwarten, das deutsche Strafgesetzbuch würde der engeren Fassung der erst angezogenen Gesetze gefolgt sein, wenn es eine ähnliche Beschränkung des Thatbestandes gewollt hätte.

Umgekehrt läßt sich annehmen, daß, weil eine allgemeinere Fassung gewählt ist, auch der Fall von der härteren Bestrafung nicht ausgeschlossen bleiben sollte, wenn sich der Dieb zur Nachtzeit in diebischer Absicht eingeschlichen hat. Dagegen läßt sich auch nicht die Entstehungsgeschichte der vorliegenden Bestimmung geltend machen.

Der erste Entwurf des deutschen Strafgesetzbuches hatte die Qualifikationen des preußischen Strafgesetzbuches §. 217 aufgenommen. Danach galt es (Nr. 6) als erschwerender Umstand, wenn der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude begangen wird. Aus der Abweichung der gegenwärtigen Bestimmung ergibt sich indessen mehr nicht, als daß nicht jeder Diebstahl als qualifizierter bestraft werden soll, welcher in einem bewohnten Gebäude zur Nachtzeit begangen wird. Nun bleiben aber auch bei der hier angenommenen weiteren Auslegung diejenigen Fälle von der Bestrafung aus §. 243 Nr. 7 ausgeschlossen, in denen der Dieb sich in dem Gebäude, in welchem er zur Nachtzeit gestohlen hat, befand, ohne daß er in dasselbe in diebischer Absicht eingetreten ist und ohne daß er sich in gleicher Absicht dort verborgen hat — unter anderem also Fälle, in denen Mitbewohner des Hauses gestohlen haben — und in gleicher Weise bleiben unqualifiziert die Fälle, in denen der Dieb in diebischer Absicht eingetreten ist, ohne einzuschleichen und ohne sich zu verbergen.

Der Verschluß ist nicht das einzige Mittel, welches dazu angewendet wird, Diebe von dem Eindringen in bewohnte Gebäude fern zu halten. Das Einschleichen, heimliche Eintreten richtet sich vorzugsweise gegen solche Mittel, welche angewendet werden, das unbemerkte Eintreten zu verhindern und diese Mittel können angewendet

und überwunden werden bei Nacht wie bei Tage. Eine Strafbestimmung, welche gegen das diebische Einschleichen, um bei Nacht zu stehlen, gerichtet ist, hat also einen ebenso guten Sinn, wenn sie gegen das nächtliche Einschleichen, wie wenn sie gegen das Einschleichen bei Tag angewendet wird.

Ist aber dieser Fall des Einschleichens zur Nachtzeit unter das Gesetz zu ziehen, so fehlt es an einem zureichenden Grunde, den Dieb, welcher, nachdem er sich zur Nachtzeit in diebischer Absicht in ein bewohntes Gebäude eingeschlichen hat, die ihm gebotene Gelegenheit zu stehlen sofort benützt, geringer zu strafen, als denjenigen, welcher im gleichen Falle noch einige Zeit wartet, um dann zu stehlen.

Auch in solchem Falle liegt die erhöhte Gefahr vor, welche dadurch begründet wird, daß sich eine Person, welche zum Aufenthalte in dem bewohnten Gebäude nicht berechtigt ist, während der Nachtzeit in demselben in diebischer Absicht befindet und so stiehlt. Diese Gefahr ist es aber, welche die höhere Strafbarkeit aller der Fälle begründet, welche unter dem §. 243 Nr. 7 zu subsumieren sind.

Bei der anderweiten Verhandlung ist zu erörtern und zu entscheiden, ob die in dem vorderrichterlichen Urtheile bisher nicht zur Erörterung gezogenen anderen begrifflichen Momente des Einschleichens im vorliegenden Falle gegeben sind.“