148. 1. Hat die Wegnahme von Feldfrüchten in gewinnstüchtiger Absicht im Sinne des §. 45 der preuß. Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 13. April 1856 den rechtlichen Charakter des Diebstahlsvergehens im Sinne des St. G. B.'s, sodaß darauf alle Vorschriften des St. G. B.'s über Diebstahl, also auch die Bestimmungen des §. 244 St. G. B.'s über Rückfall Anwendung finden?

¹ Vgl. Allg. Verfügung des Kgl. preuß. Justizministers v. 16. November 1879 betr. die Mitwirkung der Organe der Justizverwaltung bei der Geschäftsverteilung §. 2. (S. M. Bl. S. 454.)

2. Greift die durch §. 394 St.P.D. dem Revisionsgericht erteilte Befugnis, auf das niedrigste Maß einer nicht absolut bestimmten Strafe zu erkennen, auch da Platz, wo das Strafgesetz die Verhängung einer geringeren Strafe von dem Vorhandensein mildernder Umstände abhängig macht?

II. Straffenat. Urtr. v. 19. Oktober 1880 g. B. Rep. 2076/80.

I. Landgericht Braunsberg.

Der erste Richter hatte gegen die Mitangeklagte Z. den Thatbestand eines einfachen Diebstahls und zugleich deren zweimalige Vorbestrafung wegen Diebstahles festgestellt, trotzdem aber gegen sie nur den §. 242, nicht auch den §. 244 St.G.B.'s zur Anwendung gebracht, weil die eine Vorbestrafung nur wegen Wegnahme von Feldfrüchten in gewinnfächtiger Absicht auf Grund des §. 45 der preuß. Feldpolizeiordnung vom $\frac{1. \text{Novbr. } 1847}{13. \text{April } 1856}$ und des §. 242 St.G.B.'s erfolgt war.

Im übrigen aus den Gründen:

„Der erste Richter hat insbesondere aus der Bezugnahme auf §. 45 der preuß. Feldpolizeiordnung rechtlich gefolgert, daß es sich bei der beregten Vorbestrafung nur um eine Übertretung gegen die Feldpolizeiordnung gehandelt, welche lediglich wegen der festgestellten Wegnahme in gewinnfächtiger Absicht mit den Folgen, d. h. den Strafen des Diebstahls belegt worden sei, ohne daß dadurch jene Übertretung den Charakter des Vergehens des Diebstahles im Sinne der §§. 242. 244 St.G.B.'s angenommen hätte.

Diese Ansicht, zufolge welcher die aus §. 45 verhängten Diebstahlsstrafen von den Rückfallsbestimmungen des §. 244 St.G.B.'s nicht betroffen werden, ist rechtsirrtümlich und verletzt, wie die Revision der Königlichen Staatsanwaltschaft zutreffend rügt, den §. 244 a. a. D. durch Nichtanwendung.

Die in den §§. 41—43 der preußischen Feldpolizeiordnung charakterisierten einfachen Feldsrevel sind allerdings nicht unter den Begriff eines gemeinen Diebstahles gebracht, vielmehr als besondere Straffälle qualifiziert und mit selbständigen Strafen bedroht. Auf diese finden daher auch nur die Vorschriften dieses Specialgesetzes, nicht die allge-

meinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches über den Diebstahl Anwendung.

Einführungsges. zum St.G.B. §. 2; vgl. Art. II des Einführungsges. zum preuß. St.G.B.

Für die §§. 41—43 der Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 — welche im allgemeinen den §§. 41—43 in der Fassung des Gesetzes vom 13. April 1856 entsprachen, während der neue 2. Absatz des §. 45 dieses Gesetzes:

„Wenn in den Fällen der §§. 41—43 eine Wegnahme in gewinnfüchtiger Absicht stattgefunden hat, so kommen die Strafen des Diebstahls zur Anwendung“,

in der Feldpolizeiordnung von 1847 fehlte — hatte dies auch Art. III des Gesetzes betreffend einige Ergänzungen des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 22. Mai 1852 ausdrücklich vorgeschrieben. Denn dieser Artikel verordnete im ersten Absätze, daß die Bestimmungen der §§. 215—224. 349 Nr. 3 des preuß. St.G.B.'s auf Entwendungen von Früchten und anderen Bodenerzeugnissen, welche durch die Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 mit Strafe bedroht seien, keine Anwendung finden sollten. Die §§. 215—224 und 349 Nr. 9 a. a. O. sind die den Diebstahl betreffenden Vorschriften, und speciell der dem §. 244 St.G.B.'s entsprechende §. 219 a. a. O. enthielt die Strafbestimmungen über den im wiederholten Rückfalle begangenen Diebstahl.

Wird jedoch in den Fällen der §§. 41—43 der Feldpolizeiordnung in der Fassung des Gesetzes vom 13. April 1856 über die dort vorgesehenen Thatbestandsmerkmale hinaus eine Wegnahme in gewinnfüchtiger Absicht konstatiert, so tritt damit notwendig die Strafthat aus dem Rahmen dieser einfachen Feldfrevel heraus und nimmt nunmehr wieder den Charakter eines gemeinen Diebstahles im Sinne des Strafgesetzbuches an, auf welchen dann konsequenter Weise alle über den Diebstahl im Strafgesetzbuch getroffenen Bestimmungen, also auch die Rückfallvorschrift des §. 244 a. a. O., Anwendung finden.

Dies ist der einfache logische Sinn des oben angezogenen zweiten Absatzes des §. 45 der Feldpolizeiordnung, wie er sich aus dem Geiste, Zwecke und Wortlaute, wie aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt.

Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des preuß. Landtages von 1855/56. Haus der Abgeordneten Bd. 3 S. 146 flg.; Goldammer, Arch. f. preuß. Strafr. Bd. 3 S. 863 und Bd. 4 S. 144.

Die erstrichterliche Ansicht, daß die in gewinnstüchtiger Absicht begangene Entwendung von Früchten und anderen Bodenerzeugnissen zwar mit der Strafe des Diebstahles belegt werde, im übrigen aber eine bloße Übertretung der Feldpolizeiordnung, ein einfacher Feldfrevel, bleibe, hat demnach in dem §. 45 a. a. O. keinen Halt.

Eine Stütze für die oben entwickelte Auffassung bietet auch die Verordnung vom 25. Juni 1867, betreffend das Strafrecht und das Strafverfahren in den im Jahre 1866 mit der preussischen Monarchie vereinigten Landesteilen (preuß. G. S. von 1867 S. 921 flg.) dar. Der Art. III dieser Verordnung, welcher unter §§. 1—4 die §§. 41—43 und 45 der vorallegierten preuß. Feldpolizeiordnung auführt, schreibt vor, daß auf die in diesen gesetzlichen Bestimmungen unter Strafe gestellten Feldfrevel die Vorschriften der §§. 215—224, 349 Art. 3 und 7 (und §. 281) des preussischen St. G. B.'s insoweit zur Anwendung kommen sollten, als auf dieselben in jenen Bestimmungen selbst verwiesen werde.

Da nun der mit §. 45 Abs. 2 der Feldpolizeiordnung übereinstimmende §. 4 Abs. 2 Art. III a. a. O. auf die Strafen des Diebstahles verweist, so ist damit die Anwendung aller im Art. III erwähnten Diebstahlsvorschriften des Strafgesetzbuches, also auch des den rückfälligen Diebstahl betreffenden §. 219 des preuß. St. G. B.'s, an dessen Stelle jetzt §. 244 des St. G. B.'s getreten, geboten.

Damit ist eine authentische Interpretation des §. 45 der Feldpolizeiordnung gegeben.

Die hier entwickelte Auffassung ist bereits in dem Erkenntnisse des Reichsgerichts vom 13. Mai 1880 wider R. (D. 1168/80) vertreten.

Das neue preussische Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 (preuß. G. S. v. 1880 S. 230 flg.) ist für die Entscheidung der vorliegenden Sache ohne Einfluß.

Aus diesen Gründen muß das angefochtene Urteil unter Aufrechterhaltung der oben im Eingange hervorgehobenen erstrichterlichen Feststellungen, welche den Thatbestand eines im wiederholten Rückfalle begangenen einfachen Diebstahles im Sinne der §§. 242, 244 St. G. B.'s enthalten, aufgehoben werden.

Diese Aufhebung des Urteils erfolgt zwar nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf die dem Urteile zu Grunde liegenden Feststellungen; trotzdem aber ist das Revisionsgericht nicht

in der Lage, gemäß §. 394 St.P.D. sofort in der Sache selbst zu entscheiden. Denn es liegt nicht der gesetzliche Fall vor, daß ohne weitere thatsächliche Erörterung auf eine absolut bestimmte oder in Übereinstimmung mit dem Antrage der Staatsanwaltschaft auf die gesetzlich niedrigste Strafe erkannt werden könnte. Der einfache im wiederholten Rückfalle verübte Diebstahl wird nach §. 244 St.G.B.'s mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren und beim Vorhandensein mildernder Umstände mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft. Die hier angedrohte Strafe ist mithin nicht nur nicht absolut bestimmt, sondern hängt auch davon ab, ob mildernde Umstände vorhanden seien oder nicht. Das — übrigens von der Staatsanwaltschaft beantragte — Strafminimum von 3 Monaten Gefängnis hätte also nur verhängt werden können, wenn der erste Richter die lediglich in das thatsächliche Gebiet fallende Feststellung, daß mildernde Umstände vorhanden, getroffen hätte. Zu einer solchen thatsächlichen Feststellung ist der Revisionsrichter nicht befugt, da dessen Aufgabe regelmäßig in der rechtlichen Beurteilung der Sache, nicht in der rein thatsächlichen Würdigung des Straffalles besteht. Von dieser beschränkten Kompetenz bildet aus Zweckmäßigkeitsgründen die Befugnis des Revisionsgerichts auf das gesetzliche Strafminimum zu erkennen, falls es dieses Strafmaß in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft für angemessen erachtet, eine Ausnahme. Diese Befugnis darf eben deshalb, weil sie eine ausnahmsweise ist, nicht auf die thatsächliche Feststellung mildernder Umstände erstreckt werden.

Deshalb muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen werden.“