

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2013.117 vom 9. September 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-09-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2013.117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2013.117)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2013.117 du 9 septembre 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2013.117 del 9 settembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

betrifft lediglich eine Korrektur der in der Berufungserklärung versehentlich falsch angeführten Anklageziffern sowie eine Präzisierung des beantragten Freispruchs. Dies berührt die Modalitäten der Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO nicht.

Auf die vom Berufungskläger 2 aufgeworfenen prozessualen Fragen wird bei der Beurteilung der einzelnen Anklagepunkte einzugehen sein.

1.3 Die beiden Berufungen richten sich gegen unterschiedliche Anklagepunkte, weshalb die Berufungskläger nachfolgend getrennt beurteilt werden.

Die nicht angefochtenen Punkte des vorinstanzlichen Urteils sind unter Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu bestätigen (Art. 82 Abs. 4 StPO).

### **E. 2**

Die Vorinstanz hat die dem Berufungskläger 1 unter Ziff. I.3.1, I.3.3 und I.3.4 der Anklageschrift vom 17. April 2013 vorgeworfenen Diebstähle gemäss Anklage als mit-täterschaftlich sowie als banden- und gewerbsmässig qualifiziert und ihn wegen mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen Hausfriedensbruchs verurteilt. In tatsächlicher Hinsicht sind diese Taten unbestritten und nachgewiesen (Urteil S. 30 ff.). Der Berufungskläger 1 gibt zu, dass er seine Komplizen jeweils im Wissen um deren Einbruchpläne mit seinem eigenen Fahrzeug an die Tatorte gefahren hat und dort Schmiere gestanden ist, um sie nach verübter Tat samt Beute auch wieder wegzuchauffieren (Akten S. 1008, 1202 f.; Prot. HV S. 17 f.; VP S. 4 f.). Die Verteidigung rügt indessen die rechtliche Würdigung.

#### **E. 2.1**

2.1.1 Die Verteidigung stellt sich auf den Standpunkt, das Fahren an den Tatort und das Schmierestehen stellten keine wesentlichen Tatbeiträge dar. Wäre der Berufungskläger 1 nicht gefahren, so wäre ein anderer gefahren. Das Schmierestehen sei eher spontan zustande gekommen, als sich der Berufungskläger 1 geweigert habe, in die Liegenschaften einzudringen. Er sei ein typischer Mitläufer. Der Tatbeitrag sei nicht wesentlich. Er habe keine leitende Funktion gehabt. Er habe die Tat lediglich gefördert, und dies sei als Gehilfenschaft zu qualifizieren (vgl. auch VP S. 4 f.).

2.1.2 Mittäter ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts derjenige, der bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem

Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt (BGE 133 IV 76 E. 2.7; BSK StGB-ForsterVor Art. 24 N 7). Mittäterschaft verlangt in objektiver Hinsicht keine direkte Beteiligung an der Ausführung der konkreten Straftat.

2.1.3 Der Berufungskläger 1 irrt mit seiner Auffassung, nur weil er nicht in die Objekte eingestiegen sei, könne er für die Einbruchdiebstähle nicht verantwortlich gemacht werden (Akten S. 1008). Im konkreten Fall gilt es zu berücksichtigen, dass die drei Einbrüche jeweils zu nächtlicher Stunde verübt wurden. Die Tatorte liegen im Gundeldingerquartier, in Muttenz und in Pratteln. Es waren jeweils vier Täter am Werk. Diese äusseren Umstände setzen klar voraus, dass die Täter über ein Fahrzeug verfügen. Das Benützen eines öffentlichen Verkehrsmittels zum Erreichen der jeweiligen Tatorte ist nächtens ausgeschlossen. Die jeweiligen Distanzen schliessen auch Fussmärsche aus. Somit war es für die Ausübung dieser Straftaten wesentlich, dass ein Fahrzeug mit Fahrer zur Verfügung stand. Im Gegensatz zu Fällen, in denen ein Kollege zufällig für eine kurze Mitfahrt angeheuert wird, die Täter aussteigen lässt und dann allein weiterfährt, hat der Berufungskläger 1 seine Kollegen im Wissen um deren Absichten gezielt an die Tatorte gefahren, dort auf sie gewartet und sie mitsamt der Beute auch wieder weggefahren. Sein Tatbeitrag war deshalb in diesen drei konkreten Fällen wesentlich. Es ist zu unterstreichen, dass er nicht nur wesentliche Chauffeurdienste geleistet hat, sondern an den jeweiligen Tatorten auch gewartet hat und Schmiere gestanden ist. Es trifft zwar zu, dass in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Schmierestehen in der Regel als Beihilfe zu einer Straftat qualifiziert wird. Indem sich der Berufungskläger 1 aber in den vorliegenden Fällen zugleich als Chauffeur für die Hin- und Wegfahrt zur Verfügung gestellt hat, gehen seine Tatbeiträge über diejenigen eines Gehilfen hinaus, und er ist als Mittäter für sämtliche Straftaten verantwortlich.

2.1.4 Auch in subjektiver Hinsicht liegt Mittäterschaft vor. Es mag sein, dass der Berufungskläger 1 nicht an der ursprünglichen Entschlussfassung seiner drei Komplizen beteiligt war. Indessen wurde er spätestens im Fahrzeug in die Pläne eingeweiht und hat sich somit den Tatentschluss sukzessive zu eigen gemacht (sukzessive Mittäterschaft, vgl. BSK StGB-ForsterVor Art. 24 N 12). Er hat zugestandenermassen gewusst, dass man "Scheiss" machen werde (vgl. auch VP S. 4) und seine Dienste dafür somit bewusst bereitgestellt ■ und nicht etwa verweigert. Daher hilft ihm bezüglich der Mittäterschaft nichts, dass er von der Beute nichts haben wollte und auch nichts erhielt, ausser einer einmaligen Entschädigung von CHF 200.■ für Benzinkosten; dieser Umstand wird indessen bei der Gewerbmässigkeit und hinsichtlich der Strafzumessung zu berücksichtigen sein. Vor dem gesamten Hintergrund ändert auch die von der Verteidigung ins Feld geführte Charakterisierung des Berufungskläger 1 als typischen "Mitläufer" ebensowenig wie das Argument, dass ein anderer gefahren wäre, wenn es der Berufungskläger 1 nicht getan hätte: Letztlich ist jeder ersetzbar. Es war aber eben gerade kein anderer, der gefahren ist, sondern just der Berufungskläger 1 selber. Dazu bemerkt die Staatsanwaltschaft treffend, dass der Berufungskläger 1 zur Tatzeit als einziger nicht nur über einen Führerausweis, sondern auch über einen eigenen Personenwagen verfügt hat ■ dies im Gegensatz zu seinen Mittätern R\_\_\_\_\_ (Führerausweis ja, eigenes Auto nein), S\_\_\_\_\_ (Führerausweis nein, eigenes Auto ja), T\_\_\_\_\_ (Lernfahrausweis ja, eigenes Auto nein) und U\_\_\_\_\_ (Führerausweis ja, eigenes Auto nein). Diese tatsächlichen personellen und automobilen Ressourcen relativieren das Argument, auch ein anderer hätte fahren können, noch zusätzlich. Überhaupt dokumentiert gerade dieses Argument selber, dass der

Tatbeitrag des Chauffierens und Schmierestehens in casu so wesentlich war, dass die Tat damit steht und fällt: Wäre der Berufungskläger 1 nicht gefahren sowie Schmiere gestanden, so wäre die Tat nicht verübt worden. Damit liegt Mittäterschaft vor.

## E. 2.2

2.2.1 Die Verteidigung bestreitet die Bandenmässigkeit der drei Einbruchdiebstähle. Sie geht zutreffend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Bandenmässigkeit aus. Diese liegt vor, wenn zwei oder mehrere Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken.

Vorausgesetzt ist, dass die Abrede getroffen wird, zukünftig eine unbestimmte, jedenfalls aber grössere Anzahl von Taten zu begehen (BGE 132 IV 132, 137). Nach Auffassung der Verteidigung soll es in casu am Entschluss fehlen, eine unbestimmte, mindestens grössere Anzahl von Diebstählen zu begehen. Der Berufungskläger 1 sei einfach bei diesen drei Delikten dabei gewesen. Die Intensität des Zusammenwirkens habe aber nicht ein derartiges Ausmass erreicht, dass von einem fest verbundenen und stabilen Team gesprochen werden könne. Die in Lehre und Praxis geforderten Mindestansätze einer Organisation hätten nicht bestanden. Der Umstand allein, wonach die Täter allenfalls mehrere Straftaten begingen und sich jeweils von ihrem Zusammenwirken gewisse Vorteile versprächen, vermöge einen derartigen Vorsatz nicht zwingend zu indizieren. Bei drei Delikten könne nicht von einer eigentlichen Serie gleichartiger Straftaten ausgegangen werden, aus welcher auf eine entsprechende Abrede geschlossen werden könnte. Es sei keine Bande gewesen, der Berufungskläger habe nur "falsche Freunde" gehabt (VP S. 5).

2.2.2 Bei den drei Einbruchdiebstählen waren die Täter jeweils zu viert unterwegs, der Berufungskläger 1 in der Rolle des Chauffeurs und Aufpassers. Die inkriminierten Einbrüche haben eine gewisse Organisation und Planung vorausgesetzt. Insbesondere wären diese Straftaten kaum von einem Einzeltäter verübt worden. Der Berufungskläger 1 war jeweils auf Anfrage hin bereit, mitzuwirken. Dies nicht etwa nur ein einziges Mal, sondern bei immerhin drei Einbruchdiebstählen, und überdies auch bei der Tat im Fall der unangefochten gebliebenen Verurteilung des Beschwerdeführers 1 wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage gemäss AS I.3.2: Der Beschwerdeführer 1 hat seine Mittäter mit seinem Personenwagen zu einem Geldautomaten chauffiert, um dort mit der zuvor beim Einbruchdiebstahl im Tagesheim C\_\_\_\_\_ (AS I.3.1) erbeuteten Kreditkarte in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht Bargeld abzuheben, was ein weiteres Vermögensdelikt darstellt. Die gesamte Bande umfasste immerhin 10 Personen, die in wechselnder Besetzung die stolze Zahl von insgesamt ca. 42 Einbruchdiebstählen begingen. Diese Vielzahl der Einbrüche und Täter lässt den Schluss zu, dass diese Bande bereit war, bei jeder sich bietender Gelegenheit Beute zu machen. Dabei konnten sie sich nicht zuletzt auf die Dienste des Berufungsklägers 1 verlassen. Es spielt hinsichtlich des Organisationsgrads keine Rolle, ob dieser bei allen 42 Straftaten dabei war oder "nur" bei den vorliegend zu beurteilenden drei Einbruchdiebstählen und dem betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer 1 seine Dienste auf Anfrage tatsächlich zur Verfügung gestellt hat und dies wohl auch weiterhin getan hätte, wären nicht ein paar Wochen später zwei andere Bandenmitglieder festgenommen worden. Die von der Praxis geforderten Mindestansätze einer Organisation (etwa in der Rollen- und Aufgabenteilung) waren somit durchaus vorhanden, und die Intensität des Zusammenwirkens hatte ein derartiges Ausmass angenommen, dass nicht

mehr von einem zufälligen, lockeren Zusammenhalt gesprochen werden kann. Dass sich der Beschwerdeführer 1 dabei in schlechter Gesellschaft befand, wie die Verteidigung anmerkt, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Indessen hätte er sich dies beizeiten überlegen müssen, und an der Qualifikation der Bandenmässigkeit ändert es nichts. Zusammenfassend ist der Schuldspruch wegen bandenmässigen Diebstahls zu bestätigen.

### **E. 2.3**

2.3.1 Die Vorinstanz hat den Berufungskläger 1 auch für die Gewerbsmässigkeit der Einbruchdiebstähle verurteilt.

2.3.2 Die Verteidigung macht geltend, der Berufungskläger 1 habe für seine Hilfe lediglich eine Tankfüllung mit Benzin bezahlt bekommen. Mehr habe er nicht gewollt. Daher könne nicht angenommen werden, dass er sich damit seinen Lebensunterhalt habe finanzieren wollen.

2.3.3 Die Staatsanwaltschaft hält an der Gewerbsmässigkeit fest. Aus der Zeit und den Mitteln, die der Berufungskläger 1 für diese deliktische Tätigkeit aufgewendet habe, aus der Häufigkeit der Einzelakte und nicht zuletzt auch unter Berücksichtigung der einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten sei der Schluss zulässig, dass der Beschwerdeführer 1 an den Straftaten nicht "just for fun" mitgewirkt habe, sondern in der Erwartung von Einkünften, und dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausgeübt habe.

2.3.4 Gewerbsmässigkeit liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn der Täter die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausübt. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausübt. Wesentlich ist, dass sich der Täter darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die für ihn einen namhaften Beitrag an den Lebensunterhalt darstellen (BGE 119 IV 129, 132; 123 IV 116).

2.3.5 Der Berufungskläger 1 hat angegeben, dass er nie etwas für seine Dienste gewollt habe. Lediglich beim ersten Fall hätten seine Komplizen etwas an das Benzin bezahlt (Prot. HV S. 17 f.; VP S. 4). S. \_\_\_\_\_ weist darauf hin, dass der Berufungskläger 1 beim ersten Diebstahl CHF 200.─ erhalten habe (Akten S. 1016). Möglicherweise hat er damit den Unkostenbeitrag für das Benzin gemeint. Jedenfalls liegen keine weiteren Beweise dafür vor, dass der Berufungskläger 1 in irgendwelcher Form von der Beute profitiert hätte. Von den Einbrüchen in Muttenz und Pratteln hat er keinen Beuteanteil erhalten. Auch sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass er sich darauf eingerichtet hätte, mit seinen Dienstleistungen relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an seinen Lebensunterhalt darstellen würden. Er war nicht der professionelle Chauffeur, der rund um die Uhr zur Verfügung gestanden wäre und somit seinen Lebensunterhalt aus deliktischen Handlungen verdient hätte. Eher entsteht der Eindruck, dass der Berufungskläger 1 aus sozialen Motiven, Gutmütigkeit, Langeweile oder Abenteuerlust mitgemacht hat. Für ihn stand wohl eher im Mittelpunkt, falsch verstandene Freundschaftsdienste zu leisten, als Einkünfte für den Lebensunterhalt zu erzielen. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft sind die Vorstrafen des Berufungsklägers 1 bei der Beurteilung der Gewerbsmässigkeit der vorliegend inkriminierten Taten nicht zu berücksichtigen. Nach dem Gesagten ist der Berufungskläger 1 vom Vorwurf des gewerbsmässigen Handelns freizusprechen.

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat den Berufungskläger 1 im Anklagepunkt I.5 der Anklageschrift vom 17. April 2013 wegen gewerbsmässigen Betrugs verurteilt.

3.1 Die Verteidigung beantragt Freispruch in diesem Anklagepunkt mit der Begründung, dass der Berufungskläger 1 zwar über das Internet iPhones zum Verkauf angeboten habe, zu denen er keinen Zugang gehabt habe. Er habe dafür von den Geschädigten Vorauszahlungen angenommen. Mit dem Geld, das er eingenommen habe, habe er bei einer Person namens V\_\_\_\_\_ günstige iPhones erwerben wollen. Das habe aber nicht geklappt, und der Beschwerdeführer 1 habe dann das eingenommene Geld grösstenteils im Casino verspielt. Die Geschädigten habe er mit irgendwelchen Geschichten hingehalten. Der Berufungskläger 1 habe jedoch keine Betrugsabsichten gehabt. Es stimme nicht, dass er von Anfang an keine Lieferung der iPhones geplant hätte. Weil die Opfermitverantwortung zum Tragen komme, liege keine Arglist vor. Die Geschädigten hätten einzig aufgrund von Internetinformationen zu angeblich günstigen Mobiltelefonen hohe Geldbeträge überwiesen, ohne die Bonität des Anbieters auch nur im Ansatz zu prüfen. Ab einem Betrag von CHF 1000.■ müsse gerade auf einer Tauschplattform wie ricardo vor der Überweisung des Geldes für Mobiltelefone, die unter dem allseits bekannten Marktpreis angeboten würden, verlangt werden, dass auch sichergestellt werde, welche Ware genau gekauft werde. Dies sei die Praxis des Strafgerichts. Dazu gehöre, das Mobiltelefon entweder zu besichtigen, um sicherzustellen, dass es in gutem Zustand sei, sowie die Originalquittung und die Garantie zu verlangen, um sicherzustellen, dass es kein gestohlenen Handy sei. Wer einfach Geld überweise, ohne die angebotene Ware auch nur in Ansatz zu überprüfen, handle allzu sorglos und sei aufgrund des Grundsatzes der Opfermitverantwortung strafrechtlich nicht geschützt.

3.2 Die Vorinstanz hat sich bereits eingehend mit der Argumentation der Verteidigung auseinandergesetzt, insbesondere auch mit den Betrugsabsichten und der Opfermitverantwortung; auf die zutreffenden Erwägungen ist vollumfänglich zu verweisen (Urteil S. 32). Die Darstellung des Berufungsklägers 1, wonach er die iPhones bei einem "V\_\_\_\_\_" (oder einem "W\_\_\_\_\_" ) bestellt habe und selber Opfer der Nichtlieferung geworden sei (Prot. HV S. 20), kann nicht gehört werden. Der Berufungskläger 1 hat seinen Kunden sofortige Lieferung versprochen und vorgespiegelt, er sei bereits im Besitz der Geräte. Mit keinem Wort hat er bei Abschluss der Geschäfte erwähnt, dass er die iPhones zuerst noch bei einem Dritten besorgen müsse. Das eingenommene Geld hat er im Casino verspielt (Prot. HV S. 19; VP S. 4). Die Abwicklung der Geschäfte lässt keinen Zweifel daran offen, dass der Berufungskläger 1 seine Käufer getäuscht hat. Die Hinhaltenaktik nach Eingang des Geldes ist typisch für derartiges unredliches Geschäftsgebaren. Es stellt sich somit einzig die Frage, ob diese Täuschung arglistig erfolgt ist.

### **E. 3.3**

3.3.1 Der Tatbestand des Betrugs fusst auf dem Gedanken, dass nicht jegliches täuschende Verhalten im Geschäftsverkehr strafrechtliche Folgen nach sich ziehen soll. Dem Tatbestandsmerkmal der Arglist kommt die Funktion zu, legitimes Gewinnstreben durch Ausnutzen von Informationsvorsprüngen von der strafrechtlich relevanten verbotenen Täuschung abzugrenzen und den Betrugstatbestand insoweit einzuschränken. Dies geschieht einerseits durch das Erfordernis einer qualifizierten Täuschungshandlung. Aus der Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel muss sich eine erhöhte Gefährlichkeit ergeben, beispielsweise indem der Täter ein ganzes Gebäude von raffiniert

aufeinander abgestimmten Lügen errichtet oder sich besonderer Machenschaften und Kniffe bedient. Arglist ist aber auch schon bei einfachen falschen Angaben gegeben, wenn ihre Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, ausserdem wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung der Angaben abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde. Andererseits erfolgt die Eingrenzung des Tatbestands über die Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. Danach ist zu prüfen, ob das Opfer den Irrtum bei Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung stehenden Selbstschutzmöglichkeiten hätte vermeiden können. Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selber hätte schützen beziehungsweise den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, ist strafrechtlich nicht geschützt. Das Mass der vom Opfer erwarteten Aufmerksamkeit richtet sich nach einem individuellen Massstab. Besondere Fachkenntnisse und Geschäftserfahrung des Opfers sind dabei ebenso in Rechnung zu stellen wie beispielsweise dessen besondere Unerfahrenheit. Unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung erfordert die Erfüllung des Tatbestands indessen nicht, dass das Täuschungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehrungen trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt. Im Geschäftsverkehr darf die Opfermitverantwortung nicht dazu führen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben bedeutungslos wird. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass man seinem Geschäftspartner nicht wie einem mutmasslichen Betrüger gegenüber treten muss (BGE 135 IV 76, 78 ff.; AGE SB.2011.38 vom 16. April 2014; AS.2011.2 vom 18. April 2012; AS.2009.385 vom 24. September 2010; AS.2009.393 vom 17. September 2010; AS.2009.330 vom 25. August 2010).

3.3.2 Im Lichte der dargestellten Praxis ist das Tatbestandsmerkmal der Arglist vorliegend gegeben. Bei den iPhone-Geschäften handelt es sich nicht um Risiko- oder Spekulationsgeschäfte, bei denen die Opfer aus Gewinnsucht mitunter allzu arglos handeln. Vielmehr gehören Geschäfte über das Internet, insbesondere auch über Plattformen wie ricardo oder ebay, zum alltäglichen Konsumverhalten der Bevölkerung. Gerade weil der Kontakt zwischen Verkäufer und Käufer meist nur elektronisch zustande kommt, ist es essenziell, dass sich die Geschäftspartner nach Treu und Glauben verhalten. Es ist praxisfremd und kann von einem Kaufinteressenten etwa aus der Zentralschweiz nicht verlangt werden, beispielsweise nach Basel reisen zu müssen, um das Gerät zu begutachten und sich zu vergewissern, dass der Verkäufer tatsächlich in dessen Besitz ist, wie dies die Verteidigung vorliegend verlangt. Das Internet ermöglicht einen sehr einfachen Geschäftsverkehr auf Distanz, der von breiten Teilen der Bevölkerung genutzt wird. Voraussetzung ist allerdings ein redliches Verhalten aller Beteiligten. Bei Geschäften der vorliegenden Art, bei denen es um einige Hundert oder höchstens einige Tausend Franken geht, darf die Messlatte für die Überprüfung der Bonität der Vertragspartner nicht allzu hoch angesetzt werden, widrigenfalls alle Vorteile dieser Internetgeschäfte zunichte gemacht würden. Gerade weil solche Geschäfte ohne persönlichen Kontakt zwischen den Geschäftspartnern abgeschlossen werden, kann nicht verlangt werden, dass der Käufer von einem betrügerischen Verhalten des Anbieters ausgehen müsste. Vielmehr muss ein hoher Vertrauensschutz gelten. Wer dieses Vertrauen missbraucht, handelt arglistig, denn es kann dem Käufer nicht zugemutet werden, dass er alle erdenklichen Vorkehrungen trifft. Eine

zeitintensive Überprüfung der Erfüllungsfähigkeit des Anbieters ist dem Käufer nicht zumutbar, und der fehlende Leistungswille des Anbieters ist als innere Tatsache für ihn nicht erkennbar. Das Bundesgericht hat in einem vergleichbaren Fall ■ der Täter bot auf einer Internetauktionsplattform nicht vorhandene Mobiltelefone und Notebooks an und forderte die Gewinner der Auktion zur Vorauszahlung auf ■ ebenfalls in diesem Sinne entschieden und folgendes erwogen (BGer 6B\_147/2009 vom 9. Juli 2009 E. 1.6.1): "Die Internetauktionen stellen eine relativ neue und rasche Geschäftsart dar, welche auf gegenseitigem Vertrauen basiert. Auch wenn die Internetplattformen auf die angebotenen Sicherheitsvorkehrungen hinweisen, sind Vorauszahlungen üblich und für die praktische Bedeutung von Internetauktionen wichtig. Zudem verfügten die Beschwerdegegner in den meisten Fällen über keine Bewertungen, und es handelte sich nicht um grössere Kaufsummen. Vor diesem Hintergrund waren den Bietern der Auktionen die Überprüfung der Erfüllungsfähigkeit der Beschwerdegegner nicht zumutbar und der fehlende Leistungswille nicht erkennbar. Die Täuschung über die Vertragserfüllung stellte demnach nicht lediglich eine einfache Lüge dar." Davon ist auch vorliegend auszugehen. Arglist ist somit gegeben, und in den angeklagten Fällen ist der Schuldspruch wegen Betrugs zu bestätigen.

3.4 Die Verteidigung bestreitet das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmässigkeit nicht explizit. Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz auch zu dieser Thematik wurde bereits verwiesen. Die Voraussetzungen für die Gewerbsmässigkeit sind beim Betrugstatbestand dieselben wie für den Diebstahl und wurden vorstehend dargestellt (Ziff. 2.3.4). Vorliegend hatte es der Berufungskläger 1 darauf angelegt, in unbestimmt vielen Fällen einen möglichst hohen Betrag zu erwirtschaften. Die Häufigkeit und Intensität des Delinquierens, der erhebliche Deliktobetrag und die ausschweifende Korrespondenz anlässlich der jeweils vom Berufungskläger 1 geübten Hinhaltenaktik zeigen klar auf, dass er in der Art eines Berufes vorging, um damit einen Teil seines Einkommens zu erzielen. Damit ist auch die Gewerbsmässigkeit des Betrugs zu bestätigen.

#### **E. 4**

Die Vorinstanz hat den Berufungskläger 2 gemäss Ziff. 1.1 der ergänzenden Anklageschrift vom 16. Mai 2013 gestützt auf die im Ermittlungsverfahren gesammelten Beweismittel des Hausfriedensbruchs und des Diebstahls schuldig erklärt (Urteil S. 36 ff.).

4.1 Die Verteidigung stellt sich wie schon vor Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die Ermittlungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden (Urteil S. 37 f. [insbes. Akten S. 449-454; 636-650]) im Sinne von Art. 141 StPO nicht hätten verwertet werden dürfen, weil sie auf rechtswidrige Art erlangt worden seien. Die Polizei habe am 24. Oktober 2012 an der [...]strasse ■ dem damaligen Wohnort des Berufungsklägers 2 ■ eine Hausdurchsuchung vorgenommen (Akten S. 449). Die Hausdurchsuchung sei Folge der Anzeige von N\_\_\_\_\_ vom 29. September 2012 im Verfahren SW 2012 9 256 (vgl. Ziffer 1.3 der Anklageschrift vom 16. Mai 2013 resp. Akten S. 672 ff.) gewesen. Der Berufungskläger 2 sei verdächtigt worden, am versuchten Raub am 29. September 2012 zum Nachteil von N\_\_\_\_\_ beteiligt gewesen zu sein (Akten S. 753 ff.). Gestützt auf diesen Tatverdacht habe die Staatsanwaltschaft die Hausdurchsuchung vorgenommen (Akten S. 451 ff.). Anlässlich dieser Hausdurchsuchung seien unter anderem ein Laptop ACER MBudget und vier Schlüssel beschlagnahmt worden (Akten S. 453). Diese beschlagnahmten Gegenstände würden keinen Zusammenhang mit dem Tatverdacht des

versuchten Raubs zum Nachteil von N\_\_\_\_\_ aufweisen, es handle sich um Zufallsfunde. Neben dem allgemeinen Bericht über die Hausdurchsuchung vom 24. Oktober 2012 (Akten S. 449 f.) existiere in Verletzung von Art. 243 StPO kein separater Bericht an die Staatsanwaltschaft und auch kein Entscheid der Verfahrensleitung über deren Verwertbarkeit. Die Ausdehnungsverfügung datiere vom 14. Februar 2013 (Akten S. 566) und sei in einem viel späteren Zeitpunkt verfasst worden, abgesehen davon, dass sie keinen direkten Bezug zu den monierten Zufallsfunden nehme. Nach Art. 243 StPO müsse die Verfahrensleitung aber zeitnah zur Sicherstellung der Zufallsfunde Stellung beziehen und insbesondere darüber entscheiden, ob der Zufallsfund verwertet werden könne. Dieser Entscheid der Verfahrensleitung habe zu erfolgen, bevor die Ermittlungsbehörden gestützt auf die Zufallsfunde weitere Ermittlungen anstelle. Der Entscheid der Verfahrensleitung gemäss Art. 243 Abs. 2 StPO müsse den Parteien im Rahmen einer anfechtbaren Verfügung eröffnet werden, damit sie bereits im Rahmen des Untersuchungsverfahrens die Möglichkeit hätten, die Recht- und Verhältnismässigkeit der Verwertung eines Zufallsfundes gerichtlich anzufechten und überprüfen zu lassen. Das Fehlen des Berichts und des Entscheids nach Art. 243 StPO ■ also die formellen Mängel ■ seien deshalb gravierend und es sei eigentlich Aufgabe der Strafjustiz, Fehler der Ermittlungsbehörden zu monieren. Die diesbezügliche oberflächliche Begründung und die unkritische Haltung der Vorinstanz seien nicht nachvollziehbar. Der Hauptgrund für die Unverwertbarkeit der ■ als Zufallsfunde ■ sichergestellten Beweismittel sei jedoch inhaltlicher Natur.

Zufällig entdeckte Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stünden, dürften nur dann sichergestellt werden, wenn sie auf eine andere Straftat hinwiesen. Der von den Ermittlungsbehörden beschlagnahmte Laptop ACER MBudget und die vier Schlüssel hätten ■ im Gegensatz zu dem ebenfalls beschlagnahmten Minigrip Marihuana (vgl. Anklagepunkt Ziffer 1.4 lit b der Anklageschrift vom 16. Mai 2013) oder dem Halbtax-Abo SBB, lautend auf P\_\_\_\_\_ (vgl. act. 453 sowie Anklagepunkt Ziffer 1.2 der Anklageschrift vom 16. Mai 2013) ■ keinerlei Bezug zu einer anderen Straftat aufgewiesen. Der Hausdurchsuchungsbericht vom 24. Oktober 2012 (Akten S. 449 f.) enthalte keine Angaben zu einem Tatverdacht in Bezug auf den Laptop ACER MBudget und/oder den vier Schlüsseln. Bei den entsprechenden Zufallsfunden handle es sich um absolut verdachtsneutrale Gegenstände, die gar nicht erst hätten beschlagnahmt werden dürfen. Bereits aus diesem Grund unterlägen der Laptop ACER MBudget und die vier Schlüssel einschliesslich der sich daraus ergebenden Folgebeweise einem Beweisverwertungsverbot. Sie hätte seitens der Ermittlungsbehörden gar nie beschlagnahmt werden dürfen. Die entsprechenden Beweismittel seien deshalb aus den Strafakten zu entfernen (Art. 141 Abs. 5 StPO). Untersuchungen der Ermittlungsbehörden, so auch Hausdurchsuchungen, unterstünden dem Gebot der Verdachtssteuerung und damit dem Gebot, dass der Durchsuchungsbefehl die Zulässigkeit der Massnahme nicht nur begründen, sondern diese auch thematisch begrenzen soll (BSK StPO-Gfeller/Thormann, Art. 243). So könne es bei der Durchführung einer angeordneten Zwangsmassnahme vorkommen ■ so präzise auch im vorliegenden Fall ■, dass seitens der Ermittlungsbehörden auf Spuren oder Gegenstände gestossen werde, die mit einem anderen Delikt zusammenhingen als mit demjenigen, das die Grundlage der Zwangsmassnahme bilde. Unter dem Gesichtswinkel der Verdachtssteuerung liege dieser Fund ausserhalb des fixierten Aufklärungsziels und somit grundsätzlich auch ausserhalb des von der angeordneten Massnahme legitimierten Anwendungsbereichs. In diesem Sinne bezeichneten Gfeller/Thormann in ihrer Kommentierung die Zufallsfunde als in einer Grauzone zwischen der rechtmässig

angeordneten Zwangsmassnahme und der verbotenen Beweisausforschung liegend. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass die Ermittlungsbehörden bei der Hausdurchsuchung an der [...]strasse gehofft hätten, einen CS-Reizstoff-Spray oder ein Mobiltelefon zu finden, sichergestellt hätten sie jedoch vier Schlüssel ohne Bezug zu irgendeinem damit zusammenhängenden Verdacht. Die Ansicht der Vorinstanz, dass es nicht untersagt sei, wenn bei der Hausdurchsuchung weiteres Verdächtiges zum Vorschein komme, das der Abklärung bedürfe, diesbezüglich weitere Abklärungen zu treffen und gegebenenfalls ein neues Verfahren zu eröffnen, sei wenig stichhaltig und ihr könne deshalb nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz begründe auch nicht, inwiefern die beschlagnahmten Gegenstände verdächtig gewesen wären und inwiefern diese weiterer Abklärungen bedurft hätten. Die Vorinstanz habe die Abgrenzung zwischen dem Prinzip der materiellen Wahrheit und dem strafprozessualen Legalitätsprinzip falsch vorgenommen. Da bezüglich des beschlagnahmten Laptops ACER MBudget und der vier Schlüssel im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung überhaupt kein Tatverdacht auf strafrechtlich relevantes Verhalten vorgelegen sei, sei im vorliegenden Fall eine grundsätzlich rechtmässige Durchsuchung seitens der Ermittlungsbehörden dazu missbraucht worden, bezüglich anderer Straftaten weiter auszuforschen (sog. verpönte "fishing expedition"). Dem Durchsuchungsbefehl komme eine Begrenzungs- und Überprüfbarkeitsfunktion zu. Daraus ergebe sich, dass die durchführende Behörde bei der konkreten Ausführung der Zwangsmassnahme das Durchführungsziel zu beachten habe. So sei es ein Missbrauch, wenn anlässlich einer Durchsuchung bewusst nach Beweismitteln gesucht werde, die mit dem Tatverdacht in keinem Zusammenhang stünden. Ein entsprechender Bericht der Polizei sei deshalb wichtig, um seitens der Justiz überhaupt darüber entscheiden zu können, von welchen Annahmen und Zielen die Polizei ausgegangen sei, um die Abgrenzung zwischen verwertbarem Zufallsfund und verbotener Beweisausforschung (sog. "fishing expedition") überhaupt erst möglich zu machen. Aufgrund der bis heute in den Akten befindlichen Angaben der Ermittlungsbehörden sei von einer unzulässigen Beweisausforschung auszugehen: Wie den Akten zu entnehmen sei, sei der Bezug zur Anzeige von O\_\_\_\_\_ und dem entsprechenden Verfahren SW 2012 2 1405 einzig aufgrund der anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Schlüssel erfolgt (vgl. Bericht vom 29. Oktober 2012, 31. Oktober 2012 und 1. November 2012 [Akten S. 449 ff., 636 ff, 645 ff.]). Die aufwändigen Schlüsselabklärungen der Kriminalpolizei seien nun aber eine klassische Beweisausforschung. Die bei der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Schlüssel hätten überhaupt keinen Zusammenhang zum Tatverdacht und den Erkenntnissen der Strafverfolgungsbehörden im Zusammenhang mit dem versuchten Raub zum Nachteil von N\_\_\_\_\_. Erst aufgrund der umfangreichen Schlüsselabklärungen sei die Polizei auf O\_\_\_\_\_ gestossen und erst dann auf den von ihm vermissten und beanzeigten Laptop ACER MBudget. Hier sei seitens der Ermittlungsbehörden unzulässige Beweisausforschung betrieben worden. Die Kriterien für das Vorliegen einer "fishing expedition" seien erfüllt: Einerseits fehle es an einem entsprechenden Tatverdacht bei der Hausdurchsuchung vom 24. Oktober 2012, andererseits fehle es in Bezug auf die Zufallsfunde an einer genügenden Beweiswahrscheinlichkeit. Vorliegend sei deshalb von einem Missbrauch einer rechtmässigen Durchsuchung für eine unzulässige Beweisausforschung auszugehen. Bei den für den Berufungskläger 2 belastenden Beweismitteln handle es sich deshalb nicht um eigentliche im Rahmen von Art. 243 StPO verwertbare Zufallsfunde, sondern um Erzeugnisse einer unzulässigen Beweisausforschung. Solche unterlägen aufgrund der verdachtssteuernden Wirkung der Unschuldsvermutung einem Beweisverwertungsverbot.

Die herrschende Doktrin unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen selbständigen und unselbständigen Verwertungsverboten. Diese Unterscheidung sei aber im vorliegenden Fall nicht zentral, weil in beiden Fällen ein Verwertungsverbot zum Tragen komme. Bei Annahme eines unselbständigen Verwertungsverbots (Beweiserhebung steht im Widerspruch zum Prozessrecht) wäre das Problem der unzulässigen Beweisausforschung oder "fishing expedition" nach der Massgabe von Art. 141 Abs. 2 StPO zu lösen. Der hinreichende Tatverdacht und die Achtung der Verdachtssteuerung bei der Aus- und Durchführung einer Hausdurchsuchung seien als Gültigkeitsvorschriften zu betrachten, sodass eine Verwertung nur bei schweren Straftaten möglich wäre. Der angeklagte Hausfriedensbruch (als Antragsdelikt) und der angebliche Diebstahl in der Höhe von Fr. 9'485.05 seien jedoch keine schweren Straftaten: Die Folge sei ein Beweisverwertungsverbot der entsprechenden Beweismittel einschliesslich Folgebeweise. Bei Annahme eines selbständigen Verwertungsverbots (die Beweissammlung steht im Widerspruch zu Verfassungs- und Völkerrecht, insbesondere zur Garantie der Unschuldsvermutung) ■ und diese Lösung sei konsequenter und richtiger ■ komme Art. 141 Abs. 2 StPO nicht zur Anwendung, sondern die konkrete Folge wäre ein absolutes Verwertungsverbot mit Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 1 und 4 StPO. Die richtige prozessrechtliche Folge sei jedenfalls, dass die unzulässigen Ergebnisse der "fishing expedition" ■ in casu die vier Schlüssel und der Laptop ACER MBudget ■ aus den Strafakten zu entfernen seien, und zwar einschliesslich der Folgebeweise (Abklärungen zur Herkunft der Schlüssel, Aussagen des Angeklagten im Zusammenhang mit dem entsprechenden Beschlagnahmegut, etc.). Abgesehen von den auf unzulässige Art und Weise erhobenen Beweisen fänden sich keine Beweismittel in den Strafakten, die eine Täterschaft und/oder Schuld des Angeklagten nachweisen würden. Die Entfernung der nicht verwertbaren Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung vom 24. Oktober 2012 sowie der darauf basierenden Folgebeweise habe zur Folge, dass sich in den Akten keinerlei rechtsgültig erhobene Beweise mehr fänden, die den in der Anklageschrift vom 16. Mai 2013 geschilderten Sachverhalt nur ansatzweise beweisen könnten. Der Berufungskläger 2 habe eine Beteiligung am angeklagten Einschleichen Diebstahl vom 20./21. Februar 2012 konsequent bestritten. Deshalb spiele es auch keine Rolle, ob die Angaben des Berufungsklägers 2 an der Hauptverhandlung zu den illegal erhobenen Beweismitteln als unglaubwürdige Schutzbehauptungen zu qualifizieren seien oder nicht. Die Angaben des Berufungsklägers 2, obschon er in zeitlicher Hinsicht und bei der Wiedergabe von chronologischen Abläufen an der Hauptverhandlung ein ziemliches Durcheinander gemacht habe, seien nicht derart unplausibel, dass sie von vornherein als unwahr verworfen werden müssten. Bei korrekter Würdigung der tatsächlichen Umstände und korrekter Anwendung sei der Berufungskläger 2 vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs und des Diebstahls in Ziffer 1.1 der Anklageschrift vom 16. Mai 2013 vollumfänglich freizusprechen.

4.2 Wie schon die Vorinstanz zutreffend erwogen hat und worauf zu verweisen ist (Urteil S. 27), handelt es bei den beschlagnahmten Gegenständen um Zufallsfunde im Sinne Art. 243 StPO, nicht um eine verbotene Beweisausforschung; die von Praxis und Doktrin geforderten Voraussetzungen für die Qualifikation als verwertbare Zufallsfunde ■ Zulässigkeit der ursprünglichen Zwangsmassnahme und hypothetische Zulässigkeit der Zwangsmassnahme für das neu entdeckte Delikt (BSK StPO-Gfeller/Thormann, Art. 243 N 3, 31 ff.) ■ sind gegeben. Es liegt ein korrekter Durchsuchungs- und Beschlagnahmefehl vor (Akten S. 451), der im Verfahren gegen den Beschwerdeführer 2 wegen Verdachts auf Raub zum Nachteil von N\_\_\_\_\_ ausgestellt wurde. Aus dem formell korrekt erstellten

Beschlagnahmeverzeichnis vom 24. Oktober 2012 ergibt sich, dass neben anderen Gegenständen ein Laptop ACER und 4 Schlüssel beschlagnahmt wurden. Die umgehenden Abklärungen ergaben, dass ein Schlüssel zur Wohnung der Familie O\_\_\_\_\_ gehörte, und dass dieser Schlüssel aus dem Briefkasten des Mieters gestohlen worden war (Bericht vom 29. Oktober 2012; Akten S. 636). Mit Bericht vom 1. November 2012 stellten die Strafverfolgungsbehörden fest, dass die bisherigen Ermittlungsergebnisse darauf hindeuten, dass der Berufungskläger 2 als Täter für den Einschleichdiebstahl in die Wohnung der Familie O\_\_\_\_\_ in Frage kommen könne (Akten S. 650). Am 13. November 2012 wurde der Berufungskläger 2 zu dieser Tat befragt, wobei er allerdings die Aussage verweigert hat (Akten S. 653). Am 14. Februar 2013 hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen den Berufungskläger 2 formell auf den Einschleichdiebstahl zum Nachteil von O\_\_\_\_\_ ausgedehnt (Akten S. 566). Auf Grund dieser Aktenlage steht fest, dass ein Bericht betreffend diese Zufallsfunde erstellt und der Verfahrensleitung übermittelt wurde. Sodann hat diese die Ausdehnung des Verfahrens verfügt. Formell wurden somit die Voraussetzungen von Art. 243 Abs. 2 StPO erfüllt. Zudem steht ausser Frage, dass die vorliegende Zwangsmassnahme (Beschlagnahme) auch für das neu entdeckte Delikt hätte angeordnet werden dürfen (vgl. BSK StPO-Gfeller, Vor Art. 241-254 N 13). Ein Beschlagnahmeverbot oder verfahrensrechtliche Hindernisse bestehen vorliegend ebenfalls nicht. Erkennbar ist einzig ein geringfügiger Fehler im zeitlichen Ablauf des Ermittlungsverfahrens. Die Ausdehnungsverfügung der Verfahrensleitung stammt vom 14. Februar 2013. Die Einvernahme mit dem Beschwerdeführer 2 im Verfahren SW 2012 2 1405 wurde indes bereits am 13. November 2012 durchgeführt, zu einem Zeitpunkt also, da die formelle Ausdehnung des Verfahrens noch gar nicht vorlag. Da an diese Ausdehnungsverfügung ausser dem Tatverdacht und dem Fehlen verfahrensrechtlicher Hindernisse keine Voraussetzungen geknüpft sind, hat die Nachträglichkeit der Verfügung keine Rechtswirkungen. Es mag höchstens eine Ordnungsvorschrift verletzt worden sein, die den äusseren Ablauf des Verfahrens regelt, sonst aber keine eigenständige Bedeutung hat. Die Verfahrensleitung hätte die Ausdehnung ohne weiteres auch bereits vor der ersten Einvernahme des Beschuldigten verfügen können. Da der Beschuldigte die Aussage ohnehin verweigert hat, ist ihm kein Nachteil erwachsen. Es handelt sich somit nicht um eine verpönte "fishing expedition", sondern um einen Zufallsfund, der verwertet werden darf. Bei der Ermittlung wegen versuchten Raubs ist es entgegen der Auffassung der Verteidigung nämlich sehr wohl zulässig und angezeigt, Gegenstände aus der Wohnung des Tatverdächtigen zu beschlagnahmen, die Hinweise auf die Tat liefern können. Dazu zählen regelmässig Schlüssel, die Zugang zu konspirativen Räumlichkeiten oder Fahrzeugen verschaffen können, oder Informatikmittel wie etwa Mobiltelefone oder ein Laptop, die Kontakthinweise auf die Tat oder auf Mittäter liefern können. Es handelt sich also mitnichten um verdachtsneutrale Gegenstände. Die Ermittlungsbehörden haben denn auch nicht einfach wahllos die Wohnung geräumt in der Hoffnung, sie würden Hinweise auf eine noch unbekannte Straftat finden. Die Verteidigung wehrt sich zu Recht nicht dagegen, dass beim Beschwerdeführer 2 auch drei Mobiltelefone beschlagnahmt und diese ausgewertet wurden (Akten S. 454, 1022 f.). Der Durchsuchungs- und Beschlagnahmefehl vom 23. Oktober 2012 (Akten S. 451) enthält unter dem Titel "Durchsuchung von Aufzeichnungen (Art. 246 StPO)" denn auch ausdrücklich den Hinweis, dass "allfällige Dokumente und Datenspeicherungsanlagen, bei denen zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen", sichergestellt werden sollen. Dass damit auch ein Laptop gemeint ist, geht unmissverständlich aus der weiteren Spezifizierung

hervor: "Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen". Vor diesem Hintergrund sind diese Beweise rechtmässig erlangt und in den Akten zu belassen, ebenso wie die Folgebeweise.

4.3 In materieller Hinsicht bestreitet der Berufungskläger 2 die Tat, ohne sich allerdings mit der Begründung der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Auch vor Appellationsgericht vermochte er weder irgendwelche konkreten Hinweise auf den angeblichen "[...]" zu geben, noch die unauflösbaren Widersprüche und Ungereimtheiten zu erklären; im Gegenteil hat er sich noch weiter in Widersprüche verstrickt, indem er angab, die Jacke mit den darin befindlichen, gestohlenen Schlüsseln nie getragen zu haben (VP S. 5), während er vor Vorinstanz noch erklärt hatte, die Schlüssel beim Tragen der Jacke nicht bemerkt zu haben (Akten S. 2136). Die Verteidigung nimmt die Thematik bezeichnenderweise mit keinem Wort auf. Somit ist vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Art. 37 ff.). Der Schuldspruch wegen Diebstahls und Hausfriedensbruchs ist zu bestätigen.

## **E. 5**

Die Vorinstanz hat den Berufungskläger 2 auch wegen Diebstahls und Verletzung des Schriftgeheimnisses zum Nachteil von P\_\_\_\_\_ schuldig gesprochen (Ziff. 1.2. der Anklageschrift vom 16. Mai 2013).

5.1 Der Berufungskläger 2 macht geltend, er habe anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung den Vorwurf der Anklage bestritten. Er habe angegeben, dass er das Halbtax-Abo von P\_\_\_\_\_ in Kleinhüningen gefunden habe. Das Gegenteil könne dem Berufungskläger 2 bei korrekter Würdigung der Beweislage nicht nachgewiesen werden. Die Begründung der Vorinstanz sei wenig differenziert und ziemlich tendenziös (weil der Beschwerdeführer im Anklagepunkt 1.1 die Schlüssel aus dem Briefkasten genommen habe, habe er im Anklagepunkt 1.2 auch das Halbtax-Abo aus dem Briefkasten genommen). Bei korrekter Würdigung der Beweislage hätte der Berufungskläger 2 vom Vorwurf des Diebstahls und der Verletzung des Schriftgeheimnisses freigesprochen werden müssen. Es sei durchaus möglich, dass eine andere Person den Briefumschlag aus dem Briefkasten von P\_\_\_\_\_ gefischt und den Inhalt anschliessend weggeworfen habe, so dass der Berufungskläger 2 das entsprechende Halbtax-Abo auf dem Boden vorgefunden und an sich genommen habe. Im Gegensatz zu den Beweismitteln im Anklagepunkt 1.1 der Anklageschrift vom 16. Mai 2013 sei in diesem Anklagepunkt das anlässlich der Hausdurchsuchung aufgefundene Halbtax-Abo von P\_\_\_\_\_ als Zufallsfund verwertbar. Das anlässlich der Hausdurchsuchung zufällig aufgefundene Abonnement ■ lautend auf einen fremden Namen ■ liefere rechtsgenügende Hinweise auf eine andere Straftat und könne deshalb sichergestellt werden. Es könne ■ im Gegensatz zu den im Zusammenhang mit der Anklage in Ziffer 1.1 der Anklageschrift vom 16. Mai 2013 sichergestellten Gegenständen ■ nicht als neutral und unverdächtig angesehen werden. Der Berufungskläger 2 könnte deshalb ■ gestützt auf seine Aussagen an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ■ wegen Fundunterschlagung (Art. 137 Ziffer 2 StGB) bestraft werden, eine solche Tathandlung sei aber in der Anklageschrift vom 16. Mai 2013 ■ auch nicht eventualiter ■ angeklagt. Der Berufungskläger 2 sei deshalb gestützt auf die Regel "in dubio pro reo" vom Vorwurf des Diebstahls und der Verletzung des Schriftgeheimnisses vollumfänglich freizusprechen.

5.3 Solche ernsthaften Zweifel bestehen bei objektiver Betrachtung nicht. Aus den Akten (Verweise im Urteil S. 38) geht hervor, dass das Halbtax-Abo von P\_\_\_\_\_ aus ihrem

Briefkasten gestohlen worden ist und anlässlich der Hausdurchsuchung in der Wohnung des Berufungsklägers 2 sichergestellt wurde. Der Standpunkt des Berufungsklägers 2, er habe das Halbtaxabo irgendwo in Kleinhüningen gefunden (Prot. HV S. 14; VP S. 5) erscheint höchst unglaubwürdig: Der Berufungskläger 2 hatte zum Zeitpunkt des Diebstahls nämlich just im gleichen Haus wie P\_\_\_\_\_ gewohnt, nämlich an der [...]strasse in Basel. Wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufungsantwort zu Recht bemerkt, wird der Segen des Zufalls hier schlicht überstrapaziert. Abgesehen davon drängt es sich entgegen der Auffassung der Verteidigung und in Bestätigung der Erwägungen der Vorinstanz auf, im Entwenden von Gegenständen aus Briefkästen ein bekanntes Handlungsmuster des Berufungsklägers 2 zu erkennen, hat er doch auch die Schlüssel zur Wohnung der Familie O\_\_\_\_\_ aus deren Briefkasten gestohlen. Der Schuldspruch wegen Diebstahls und Verletzung des Schriftgeheimnisses ist zu bestätigen.

## **E. 6**

6.1 Der Berufungskläger 1 ist zusammengefasst wegen versuchten Raubs, bandenmässigen Diebstahls, gewerbsmässigen Betrugs, versuchten betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfacher Widerhandlung gegen das Waffengesetz, mehrfachen Überlassens eines Motorfahrzeugs an eine Person ohne Führerausweis, Überlassens eines nicht betriebssicheren Fahrzeugs, mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig zu sprechen. Die Vorinstanz hat bei der Strafzumessung für den Berufungskläger 1 die verschiedenen Komponenten, namentlich auch das Verschulden und die persönlichen Verhältnisse ■ insbesondere das jugendliche Alter, das die Verteidigung ins Zentrum rückt ■ zutreffend dargestellt, sodass grundsätzlich darauf zu verweisen ist (Urteil S. 39 f.). Es ist von einem Strafraumen von 180 Tagessätzen bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe auszugehen. Die Deliktmehrheit ist gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB strafscharfend zu berücksichtigen. Beim Raub ist der Versuch strafmildernd zu beachten. Im Unterschied zum vorinstanzlichen Urteil ist zusätzlich entlastend zu werten, dass nurmehr ein Freispruch vom gewerbsmässigen Diebstahl erfolgt. Zwar spielt das Zusammentreffen von Banden- und Gewerbsmässigkeit beim Strafraumen keine Rolle, da die Rechtsfolge von Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB eintritt. Bei der eigentlichen Strafzumessung kann indessen die doppelte Qualifikation im Rahmen der konkret auszufällenden Strafe berücksichtigt werden (BSK StGB-Niggli/Riedo Art. 139 N 126). Umgekehrt muss daher auch der Freispruch von einem Qualifikationsgrund zu einer Strafminderung führen.

Das Verschulden des Berufungskläger 1 bezeichnet die Vorinstanz zu Recht als schwer. Bei den iPhone-Betrügen hat er ein erhebliches Mass an krimineller Energie an den Tag gelegt. Er hat das Vertrauen von ahnungslosen Käufern massiv missbraucht und seine Hinhaltenaktik mit grosser Hartnäckigkeit betrieben, obwohl ihm klar war, dass er weder über die Geräte verfügte noch das Geld würde zurückzahlen können. Nicht übersehen werden darf auch die Tatsache, dass der finanzielle Schaden für die Geschädigten nicht unerheblich war ■ wenn er sich auch nicht in der Grössenordnung von schweren Wirtschaftsdelikten bewegt, wie die Verteidigung zutreffend anmerkt. Schliesslich fällt zu Lasten des Berufungsklägers 1 negativ ins Gewicht, dass er das ertrogene Geld verspielt hat. Auch beim versuchten Raub ist von einem unschönen und hinterhältigen Vorgehen auszugehen, indem er ein ahnungsloses Opfer in eine Falle gelockt hat. Bei den Diebstählen war der Berufungskläger 1 zwar nicht die treibende Person und hat, nachdem er von der

Beute nichts haben wollte und auch nichts erhalten hat, wirtschaftlich nicht von diesen Straftaten profitiert. Dennoch ist es bedenklich, wie schnell er sich jeweils als Chauffeur und Aufpasser zur Verfügung gestellt hat. Die übrigen Delikte offenbaren ebenfalls, dass sich der Berufungskläger 1 wenig um die Rechtsordnung kümmert, sondern seine Eigeninteressen in den Vordergrund stellt.

Der Berufungskläger 1 kann nicht auf ein allzu glückliches Vorleben zurückblicken. Sein Vater hat die Familie bald in Richtung Türkei verlassen, und der Berufungskläger 1 wuchs als Einzelkind bei der Mutter auf. Seine schulischen Leistungen blieben offenbar unter dem Durchschnitt. Er hat die Schule abgebrochen und hielt sich 1 ½ Jahre im [...] auf. Eine Lehre hat er nicht absolviert. Er arbeitete temporär auf Baustellen. Er weist als Jugendlicher Vorstrafen auf. Der Führerausweis wurde ihm auf unbestimmte Zeit entzogen. Auch unter Berücksichtigung des jugendlichen Alters des Berufungsklägers 1 und der nicht optimalen Voraussetzungen während seiner Jugend kann aber nicht übersehen werden, dass er durchaus Chancen erhalten hat, diese aber nicht zu nutzen wusste. So wurde er am 10. September 2008 vom Jugendgericht zu 60 Tagen Freiheitsentzug verurteilt, mit bedingtem Strafvollzug und einer ambulanten Behandlung. Kaum ein Jahr später hat er wieder delinquent. Er wurde deshalb vom Jugendgericht am 19. Mai 2010 zu einer unbedingten Strafe verurteilt. Kaum im Erwachsenenalter, hat er gegen das Strassenverkehrsrecht und das Betäubungsmittelgesetz verstossen. Darauf folgen die Vermögensdelikte. Der Argumentation der Verteidigung, die Zukunft des Berufungsklägers 1 soll nicht durch eine allzu hohe Strafe verbaut werden, ist zu entgegnen, dass sich der Berufungskläger 1 seine Zukunft mit seinem Verhalten selber ein Stück weit verbaut hat. Ein eigentliches Geständnis liegt zudem nicht vor. Entgegen der Auffassung der Verteidigung können bei der Strafzumessung allfällige administrative Folgen des Strafurteils ■ insbesondere ausländerrechtlicher Natur ■ grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Der Berufungskläger befindet sich derzeit im vorzeitigen Vollzug. Im Hinblick auf seine Entlassung plant er einen Neustart mit anderen Freunden als früher, was sicher zu begrüßen ist. Zweifel an einer deliktfreien Zukunft sind aber jedenfalls hinsichtlich der Betäubungsmitteldelinquenz angebracht. Nach einem Hafturlaub gab der Berufungskläger 1 eine auf Cannabis positive Urinprobe ab. Anlässlich der Verhandlung gab er dazu an, die Drogen in der Vollzugsanstalt konsumiert zu haben, nicht im Urlaub. "Drin" werde immer konsumiert, draussen sei für ihn es kein Thema. Ob dies so zutrifft, kann offen bleiben. Mit der Staatsanwaltschaft ist aber festzuhalten, dass Drogenkonsum an jedem Ort der Schweiz bei Strafe verboten ist, auch in der Strafanstalt.

Unter Berücksichtigung aller Umstände sowie des Freispruchs vom Vorwurf des gewerbsmässigen Diebstahls ist die Strafe von 3 ¾ auf 3 ¼ Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren. Die ausgestandene Haft und der vorläufige Vollzug sind anzurechnen. Die Busse ist auf CHF 500.■ zu belassen.

6.2 Der Schuldspruch der Vorinstanz betreffend den Berufungskläger 2 wegen versuchten Raubs, mehrfachen Diebstahls, Hausfriedensbruchs, Verletzung des Schriftgeheimnisses und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ist zu bestätigen. Die Vorinstanz ist bei der Strafzumessung für den Berufungskläger 2 zutreffend vom Raub ausgegangen, der mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen sanktioniert wird, wobei aufgrund des Versuchs eine Strafmilderung zu berücksichtigen ist. Strafschärfend im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB kommen die Diebstähle, der Hausfriedensbruch und die Verletzung des Schriftgeheimnisses hinzu.

Das Verschulden des Berufungsklägers 2 liegt im mittleren Bereich der Vermögensdelikte. Beim Raub hat er eher eine Nebenrolle bekleidet. Dennoch hat er sich dieser feigen Tat angeschlossen und trägt die Mitverantwortung für das sehr unschöne Erlebnis des Opfers. Während der Diebstahl zum Nachteil der P\_\_\_\_\_ noch eher im Bereich der Bagatellkriminalität anzusiedeln ist, wiegt der Einschleichdiebstahl zum Nachteil des O\_\_\_\_\_ allein schon wegen der hohen Deliktssumme recht schwer. Überdies liegt hier eine krasse Verletzung der Privatsphäre der Geschädigten vor.

Belastend wirken sich die einschlägigen Vorstrafen des Berufungsklägers 2 aus. Gemäss seinen eigenen Angaben stufte ihn der Psychiater angesichts der vielen Delikte als Jugendlicher als gemeingefährlich ein (Akten S. 6). Trotz Untersuchungshaft und Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist er aber auch als Erwachsener wieder straffällig geworden, was von erheblicher Unbelehrbarkeit zeugt.

Der Berufungskläger 2 ist in schwierigen Verhältnissen aufgewachsen. Sein Vater starb bei einem Unfall, als der Berufungskläger 2 erst 4 Jahre alt war. Die Mutter soll Alkoholprobleme gehabt haben. Wegen Problemen zu Hause kam er in das [...] und später in eine geschlossene Institution. Es gelang ihm dennoch, eine Lehre als Ziertopfgärtner zu absolvieren.

Wenn die Vorinstanz von einer Einsatzstrafe für den Raub von 18 Monaten ausgeht, so ist dies nicht zu beanstanden. Eine Reduktion von einigen Monaten drängt sich wegen des Versuchs auf; dies wird aber kompensiert durch die Diebstähle, den Hausfriedensbruch und die Verletzung des Schriftgeheimnisses, sodass eine Strafe von 18 Monaten angemessen ist. Die ausgestandene Untersuchungshaft ist anzurechnen.

6.3 Die Vorinstanz hat dem Berufungskläger 2 die Gewährung des bedingten Strafvollzuges verweigert, da keine besonders günstige Prognose gestellt werden könne.

Wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt worden ist, ist gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB der Aufschub des Vollzuges nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen.

Der Berufungskläger 2 wurde am 3. Juli 2007 zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten verurteilt. Den Einschleichdiebstahl zum Nachteil des O\_\_\_\_\_ beging der Berufungskläger 2 am 20./21. Februar 2012, also innerhalb von fünf Jahren nach der letzten Verurteilung. Folglich müssen heute für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges besonders günstige Umstände vorliegen. Wenn die Vorinstanz im August 2013 nach dem persönlichen Eindruck vor Gericht und wegen der einschlägigen Vorstrafen und dem Fehlen eines tragfähigen sozialen Netzes von einer eher ungünstigen Prognose ausgegangen ist, so ist dies nicht zu beanstanden. Seit dem vorinstanzlichen Urteil ist ein Jahr verflossen, in welchem sich der Berufungskläger 2 stabilisiert hat. Er arbeitet seit August 2013 regelmässig nachts im Lager eines [...]; anlässlich der Verhandlung vor Appellationsgericht hat er den Arbeitsvertrag aufgelegt. Er zahlt seine Schulden in Raten ab, per Ende September 2014 verbleiben nach seinen Angaben ungefähr CHF 300.■ bis 400.■; Lohnpfändung gibt es keine. Von seiner damaligen sozialen Umgebung hat er sich distanziert. Der Berufungskläger bewegt sich somit in einer festen Tagesstruktur und ist daran, die finanzielle Situation zu bereinigen. Delinquent hat er nicht mehr. Bei einer unbedingten Freiheitsstrafe würde der Berufungskläger 2 möglicherweise seine Arbeitsstelle verlieren und es bestünde die Gefahr, ihn wieder zu destabilisieren, was aus spezialpräventiver Sicht nicht wünschenswert erscheint. Insgesamt kann heute von einer

besonders günstigen Prognose ausgegangen und der bedingte Vollzug gewährt werden, allerdings unter Auferlegung einer verlängerten Probezeit von 4 Jahren. Zu erwähnen bleibt, dass der Berufungskläger 2 bereits knapp 5 Monate der Strafe in Untersuchungshaft verbracht hat, und dass eine teilbedingte Strafe nicht in Frage kommt (Markus Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen StPO, Art. 42 N 20).

#### **E. 7**

Beide Berufungskläger haben mit ihrer Berufung eine Strafmilderung erreicht, allerdings in bloss verhältnismässig geringfügigem Umfang. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Berufungskläger die Kosten zu tragen. Die amtlichen Verteidiger sind angemessen aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.