

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2014.25 vom 11. September 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-09-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2014.25](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2014.25)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2014.25 du 11 septembre 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2014.25 del 11 settembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Berufung gegen das Urteil des Strafdreiergerichts vom 13. Dezember 2013 wurde form- und fristgerecht angemeldet, erklärt und begründet (Art. 399 Abs. 1 und 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0). Zuständiges Berufungsgericht ist gemäss § 18 Abs. 1 Einführungsgesetz StPO (EG StPO; SG 257.100) in Verbindung mit § 73 Ziff. 1 Gerichtsorganisationsgesetz (GOG; SG 154.100) ein Ausschuss des Appellationsgerichts.

1.2 Nach der Praxis des Appellationsgerichts wird auf die Berufung auch eingetreten, wenn die Vorladung zur Berufungsverhandlung dem Berufungskläger nicht persönlich zugestellt werden kann und dieser mit Publikation im Kantonsblatt vorgeladen werden muss (AGE SB.2013.115 vom 7. Januar 2015 E. 1.1; SB.2013.61 vom 7. Mai 2014 E. 1.3; SB.2012.93 vom 30. Oktober 2013 E. 1.3). Erscheint bloss dessen Verteidigung zur Berufungsverhandlung, wird gemäss neuerer Rechtsprechung stets ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt, wobei die Verhandlung im Unterschied zum erstinstanzlichen Verfahren sofort, ohne Ansetzung eines weiteren Termins, stattfindet (Art. 367 StPO in sinngemässer Anwendung gemäss Art. 379 StPO; AGE SB.2013.115 vom 7. Januar 2015 E. 1.1; SB.2013.82 vom 6. Januar 2015 E. 1.1; SB.2013.37 vom 16. September 2014 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 133 I 12 E. 6 S. 14 ff.; BGer 6B\_1080/2009 vom 22. Juni 2010 E. 3.3; 6B\_876/2013 vom 6. März 2014 E. 2.3 f.). Gemäss Art. 368 Abs. 1 StPO ist die in Abwesenheit verurteilte Person darauf aufmerksam zu machen, dass sie innert 10 Tagen beim Gericht, welches das Urteil gefällt hat, eine neue Beurteilung verlangen kann. Hinzuweisen ist zudem auf Art. 368 Abs. 3 StPO, wonach das Gericht ein Gesuch um neue Beurteilung abweist, wenn die beurteilte Person ordnungsgemäss vorgeladen worden, aber der Hauptverhandlung unentschuldig ferngeblieben ist (vgl. Rechtsmittelbelehrung).

1.3 Der anlässlich der Berufungsverhandlung gestellte Nichteintretensantrag der Staatsanwaltschaft wird damit begründet, dass der Beschuldigte, wie schon vor der ersten Instanz, erneut nicht erschienen ist. Hingewiesen wird auch auf die Ergebnisse der heutigen Befragung, wonach die Verteidigung seit dem Untersuchungsverfahren mit dem Beschuldigten keinen Kontakt mehr gehabt und von ihm keine Instruktionen für die Berufung erhalten habe. Auch habe dem Beschuldigten die Verfügung des Instruktionsrichters vom 25. Juni 2014 nicht zugestellt werden können, mit der er zur Stellungnahme zum Wechsel der amtlichen Verteidigung aufgefordert worden sei.

Die Verteidigerin des Berufungsklägers macht geltend, sie habe das Mandat von ihrer Bürokollegin übernommen, welche im Untersuchungs- und Strafverfahren mit dem

Beschuldigten Kontakt gehabt habe. Da dieser den Tatvorwurf bestreite, habe die Verteidigung in seinem Interesse Berufung geführt.

1.4 Das erstinstanzliche Urteil ist im Abwesenheitsverfahren ergangen. Seither hatte weder die damalige noch die heutige amtliche Verteidigerin mit dem Berufungskläger Kontakt. Bei dieser Ausgangslage fragt es sich, ob auf die Berufung mangels einer Prozessvoraussetzung gemäss Art. 403 Abs. 1 lit. c StPO nicht einzutreten ist, da die Instruktion des Verteidigers im Hinblick auf die wirksame Interessenwahrung des Beschuldigten als Prozessvoraussetzung betrachtet werden könnte (AGE SB.2012.73 vom 13. November 2014). Allenfalls könnte die Berufung gemäss Art. 407 Abs. 1 lit. c StPO auch als zurückgezogen gelten, weil der Beschuldigte nicht vorgeladen werden konnte (OGER OW AS 14/002 und AS 14/006 vom 9. Januar 2015, in: CAN 2015 Nr. 44 S. 123).

Beide Fragen sind zu verneinen. Sowohl das Nichteintreten infolge fehlender Instruktion als auch die Rückzugsfiktion bei unmöglicher Vorladung sind mit dem Institut der notwendigen Verteidigung in casu nicht vereinbar. Der Berufungskläger wurde erstinstanzlich zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. Gemäss Art. 130 lit. b StPO muss er im Strafverfahren zwingend verteidigt werden. Die Verfahrensleitung hat diese sog. notwendige Verteidigung sicherzustellen (Art. 131 StPO) und hat zu diesem Zweck gegebenenfalls die amtliche Verteidigung anzuordnen (Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die notwendige Verteidigung bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens zu gewährleisten (BGE 129 I 281 E. 4.3 S. 287), was insbesondere der Rückzugsfiktion bei unentschuldigtem Fernbleiben gemäss Art. 407 Abs. 1 lit. a entgegensteht (BGer 6B\_876/2013 vom 6. März 2014 E. 2.4.1 mit Hinweis auf BGer 6B\_37/2012 vom 1. November 2012 E. 4). Daher ist weder ein Nichteintreten noch eine Abschreibung der Berufung zufolge Rückzugs angebracht.

1.5 Zum Verteidigungswechsel ist auszuführen, dass der Berufungskläger mit Vollmachtsformular vom 26. September 2012 (Akten S. 42) die erste wie auch die zweite Verteidigerin, die damals beide im gleichen Büro arbeiteten, je einzeln und mit Substitutionsermächtigung bevollmächtigt hat. Es kann daher nicht gesagt werden, für die Wahl der zweiten Verteidigerin habe keine Grundlage bestanden. Zwar ist es richtig, dass die Verfügung des Instruktionsrichters betreffend Verteidigungswechsel nur der Verteidigerin, nicht aber dem Beschuldigten selber zugestellt werden konnte und dass dessen Stellungnahme ausgeblieben ist. Weder das eine (Zustellung) noch das andere (Stellungnahme) ist jedoch eine zwingende Voraussetzung für den Verteidigungswechsel (vgl. Art. 87 Abs. 3 und 4 StPO für die Zustellung an die Verteidigerin und Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StPO für die Anordnung der amtlichen Verteidigung bei Untätigkeit des Beschuldigten). Insgesamt ist das Gericht im vorliegenden Fall überzeugt, dass die wirksame Interessenwahrung und Vertretung des Beschuldigten im Berufungsverfahren gewährleistet ist. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

## **E. 2**

Die Verteidigung macht geltend, der Berufungskläger habe seine Tat stets bestritten. Er habe sich bei den Befragungen auf Englisch nicht präzise ausdrücken können, da seine Muttersprache Portugiesisch sei. Die Vorinstanz hätte kein Abwesenheitsverfahren durchführen dürfen, weil die Beweislage nicht hinreichend klar sei und der Beschuldigte nicht ausreichend Gelegenheit gehabt habe, sich zu den ihm vorgeworfenen Straftaten zu äussern. Das Verfahren gegen den mutmasslichen Haupttäter der Vergewaltigung sei sistiert

worden. Daher sei die Haupttat nicht erwiesen und es könne kein Schuldspruch gegen einen Mitbeschuldigten erfolgen. Bezüglich der Schändung seien zwar DNA- und Spermaspuren am Slip der Privatklägerin festgestellt worden, daraus könne aber nicht auf eine Schändung geschlossen werden. Diesbezüglich umschreibe die Anklage keinen konkreten Lebensvorgang, womit der Anklagegrundsatz verletzt sei. In der Berufungsverhandlung hat die Verteidigung zudem ergänzt, die Busse für den Konsum von Cannabis sei inzwischen verjährt. Bezüglich der Strafzumessung wird darauf hingewiesen, dass das Aufenthaltsrecht des Berufungsklägers in der Schweiz am 20. Januar 2013 geendet habe, weshalb ihm eine Flucht nicht vorgeworfen werden könne.

### **E. 3**

3.1 Ein Abwesenheitsverfahren kann gemäss Art. 366 Abs. 4 StPO nur stattfinden, wenn die beschuldigte Person im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern, und die Beweislage ein Urteil ohne ihre Anwesenheit zulässt. Ist eine Übersetzung notwendig, so hat diese gemäss Art. 68 Abs. 2 StPO in einer der beschuldigten Person verständlichen Sprache zu erfolgen.

Der Berufungskläger ist im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens dreimal einvernommen worden. Die Verteidigung räumt denn insoweit auch ein, das rechtliche Gehör sei ihm ■ in quantitativer Hinsicht zwar ausreichend gewährt ■ worden. Indessen hätten sprachliche Schwierigkeiten dazu geführt, ■ dass sich der Berufungskläger nicht in seiner Muttersprache und damit nicht ausreichend sprachlich präzise und unmittelbar ausdrücken konnte ■. Die Befragung erfolgte jeweils unter Beizug eines Englisch-Dolmetschers und in Anwesenheit der damaligen Verteidigerin. Der Beschuldigte bestätigte jeweils, die Übersetzung zu verstehen und der Befragung folgen zu können (Akten S. 418, 428/429, 656). Erst im Anschluss an die letzte Einvernahme vom 29. Mai 2013 gab der Berufungskläger an, er habe sich wegen eines persönlichen Umstandes gestresst gefühlt. Weder er noch seine Verteidigung hatten einer Englisch-Übersetzung je opponiert, und gemäss Aktennotiz der einvernehmenden Beamtin habe auch die damalige Verteidigerin ausgeführt, auch sie habe die Verteidigungsgespräche in englischer Sprache geführt (Akten S. 664).

Die Verteidigung führt in der Berufungsbegründung aus, der Beschuldigte spreche ■ zwar ausgezeichnet Englisch ■, doch seine Muttersprache sei Portugiesisch. Der nachträgliche pauschale Einwand, der Beschuldigte sei zu Unrecht nicht auf Portugiesisch befragt worden und das Beweisergebnis sei damit ■ verfälscht ■ worden, lässt sich nachweislich nicht mit relevanten Verständigungsschwierigkeiten begründen. In den Einvernahmen ging es um die Beschreibung, was sich in jener Nacht in der Wohnung des Beschuldigten abgespielt hatte. Dafür reichten die Englischkenntnisse des Beschuldigten, der aus London in die Schweiz gezogen war, aus. Der Beschuldigte hat denn auch nicht dargelegt, was er im Falle einer Befragung auf Portugiesisch anders geäußert hätte. Der Anspruch auf Übersetzung in eine dem Beschuldigten verständliche Sprache wurde jedenfalls gewährt.

3.2 Ebenfalls formelle Aspekte berührt der Vorwurf, die Tathandlung der Schändung sei in der Anklageschrift nicht mit hinreichender Klarheit geschildert worden. Dem ist ebenfalls nicht zu folgen. Für den eigentlichen Schändungsvorgang gibt es keine Tatzeugen. Dass ein solcher stattgefunden haben muss, ergibt sich hingegen aus den DNA-Spuren, insbesondere den Spermaresten, welche an der Unterhose des Opfers erhoben wurden. Diese konnten dem Berufungskläger zugeschrieben werden. Das Opfer bestreitet, im Zustand des

Bewusstseins sexuelle Handlungen mit dem Berufungskläger vollzogen zu haben. Der Berufungskläger wiederum behauptet, mit dem Opfer einvernehmlich und bei Bewusstsein Sexualverkehr gehabt zu haben. Die Staatsanwaltschaft war somit gar nicht in der Lage, die sexuellen Handlungen präziser zu beschreiben, als dies in der Anklageschrift geschehen ist.

Die Vorinstanz hat die Aussagen des Opfers zu Recht als im Kerngehalt gleichbleibend, authentisch, sich durch Detailreichtum auszeichnend, eigene Gefühle, Gedanken und Interaktionen schildernd gewertet. Die Aussagen erfüllen die Realitätskriterien in jeder Hinsicht und sind auch von ihrer Logik her stimmig. Hinweise für Falschbelastungsmotive sind nicht auszumachen. Den Umstand, dass das Opfer den Sachverhalt erst mehrere Tage nach dem Vorfall beanzeigt hat, bezeichnet auch der Berufungskläger als nachvollziehbar. Die gleichen Erklärungen lassen sich auch dafür finden, dass sich das Opfer trotz körperlicher Beschwerden erst am 24. August 2012 in ärztliche Konsultation begab. Dass das Opfer sich nach der erfolgten Vergewaltigung noch am Ort des Geschehens schlafen gelegt hat, erscheint zunächst als ungewöhnlich, wird vom Opfer jedoch nachvollziehbar geschildert (Scham, Verdrängung). Insbesondere lässt sich die grosse Müdigkeit mit dem nachfolgenden an Bewusstlosigkeit gemahnenden Schlaf erklären. Geringfügige Ungenauigkeiten, wann das Opfer genau in den Schlaf gefallen ist, berühren das Kerngeschehen nicht und vermögen die Glaubhaftigkeit der Opferaussagen nicht ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Die Vorinstanz durfte zusammengefasst davon ausgehen, dass der Sachverhalt gemäss Anklageschrift erstellt ist.

3.3 Die Verteidigung beanstandet des Weiteren die rechtliche Subsumption als Gehilfenschaft zu Vergewaltigung. Auch diesem Einwand ist nicht zu folgen: Der Tatvorwurf gründet nicht auf dem Untätigbleiben des Berufungsklägers, dessen Strafbarkeit eine Garantenstellung voraussetzen würde. Der Berufungskläger hat vielmehr mit dem Reichen des Kondoms insofern einen Tatbeitrag geleistet, als er den Haupttäter in seinem Tatentschluss bestärkt hat.

In der Berufungsverhandlung wird weiter eingewandt, der Annahme von Gehilfenschaft stehe der Umstand entgegen, dass die Haupttat bisher nicht beurteilt worden sei. Der Haupttäter sei unbekanntes Aufenthalts, weshalb das Verfahren gegen ihn sistiert worden sei. Nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät der Teilnahmehandlung setzt die Beurteilung der Gehilfenschaft indes keinen Schuldspruch des Haupttäters voraus. Wie das Strafgericht zutreffend ausführt, hängt die Strafbarkeit des Gehilfen von der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Haupttäters ab (BGE 129 IV 124 E. 3.2 S. 126; 74 IV 72 S. 74). Eine Verurteilung des Haupttäters ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn die Haupttat hinreichend gewiss ist (BGer 6B\_1021/2013 vom 29. September 2014 E. 6.2; 6P.124/2004 vom 25. Februar 2005 E. 5.2). Der für den Haupttäter relevante Sachverhalt wurde durch das Strafgericht aufgrund einer überzeugenden Ausagewürdigung erstellt und rechtlich als Vergewaltigung gewürdigt (vorinstanzliches Urteil S. 15 E. 2.2). Dass keine Spermaspuren des Haupttäters gefunden wurden, lässt sich durch die Benutzung des Präservativs leicht erklären. Der Haupttäter musste nicht zwangsläufig weitere DNA-Spuren hinterlassen, auch wenn er ■ wie das Opfer glaubt ■ den Slip zerrissen hat. Andererseits kann das Zerreißen des Slips auch auf einer nachträglichen Interpretation des Opfers beruhen, welches zum Zeitpunkt seiner Aussage noch nicht wusste, was ihm im Schlaf geschehen war. Nach dem Gesagten steht der Umstand, dass gegen den Haupttäter derzeit noch kein Strafurteil ergehen konnte, dem Vorwurf der Gehilfenschaft des Berufungsklägers nicht entgegen.

3.4 Hinsichtlich der Übertretung von Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (Busse CHF 300.■) wurde das erstinstanzliche Urteil mit Berufungserklärung vom 17. März 2014 nicht angefochten. Da jedoch eine Verjährung behauptet wird und diese von Amtes wegen zu berücksichtigen wäre (Trechsel/Capus, in: Trechsel/ Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar Strafgesetzbuch, 2. Auflage 2013, vor Art. 97 N 7 mit Hinweisen, vgl. überdies Art. 404 Abs. 2 StPO), ist die Frage zu behandeln. Die Ausführungen im Plädoyer beziehen sich nicht auf das vorliegend anwendbare Berufungsverfahren, sondern auf den Sonderfall der Neubeurteilung eines Abwesenheitsurteils nach Art. 368 StPO. Sie sind also nicht einschlägig. Massgebend ist hier Art. 97 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 104 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0), wonach die Verjährung nicht mehr eintritt, sobald ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist. Die Übertretung wurde am 10./11. August 2012 begangen und am 13. Dezember 2013 durch das Strafgericht beurteilt. Damit ist das erstinstanzliche Urteil vor Ablauf der massgeblichen Verjährungsfrist von 3 Jahren ergangen (Art. 109 StGB). Diese Übertretung ist nicht verjährt.

#### **E. 4**

Hinsichtlich der Strafzumessung (2 ½ Jahre, davon 15 Monate mit bedingtem Vollzug) ist das Strafgericht von einem sehr schweren Verschulden ausgegangen, unter anderem weil der Berufungskläger die Gutgläubigkeit des Opfers ausgenützt und krass egoistisch und niederträchtig gehandelt habe. Er habe eine falsche Fürsorglichkeit vorgespielt, um sich am bereits verletzten schlafenden Opfer nochmals zu vergehen. Anschliessend habe er sich seiner Verantwortung durch Flucht entzogen.

Auszugehen ist von der hier massgeblichen Strafdrohung für Vergewaltigung von einem bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 190 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 StGB). Straferhöhend ist nach zutreffender Ansicht der Vorinstanz die Deliktsmehrheit (Schändung), strafmindernd die Teilnahmeform der Gehilfenschaft zu berücksichtigen. Die ausgefallte Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren entspricht einem Viertel der Höchststrafe. Der Berufungskläger hat das Vertrauen des Opfers, das ihm in seine Wohnung gefolgt war, aus eigensüchtigen Gründen ausgenutzt. Er hat sich später nicht um die Folgen der Tat gekümmert. Dass er vor der gerichtlichen Beurteilung seiner Anklage möglicherweise wegen Problemen mit dem Aufenthaltsstatus an einen unbekanntem Ort abreiste, darf als Zeichen der Verantwortungslosigkeit gewertet werden, auch wenn die Flucht vor einer Verurteilung für ihn nicht das einzige Motiv gewesen sein mag. Jedenfalls wird dadurch das Mass des Verschuldens im untersten Viertel des Strafrahmens nicht in Frage gestellt. Die Strafe ist daher als angemessen zu bestätigen.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Berufung in Abwesenheit des Berufungsklägers abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind dessen ordentliche Kosten gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO dem Berufungskläger aufzuerlegen. Der ersten amtlichen Verteidigerin ist für ihre Tätigkeit im Berufungsverfahren mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 25. Juni 2014 eine Entschädigung von CHF 704.55 zugesprochen worden, weshalb im vorliegenden Urteil bloss noch über die Entschädigung seit dem Verteidigungswechsel zu befinden ist. Für deren Bemessung kann auf die Honorarnote abgestellt werden, wobei unter Berücksichtigung der heutigen Berufungsverhandlung insgesamt 7 Stunden zum Ansatz von CHF 200.■ und die Fotokopien zum üblichen Ansatz abgegolten werden (10 Kopien

zu CHF 0.25), je zuzüglich Mehrwertsteuer.

Der Privatklägerin ist antragsgemäss eine Parteientschädigung zulasten des Berufungsklägers auszurichten, wobei auf die Honorarnote ihrer Vertreterin abgestellt werden kann. Aufgrund der Eingabe der Privatklägerin vom 9. September 2015 gilt ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 29. September 2014, das bloss vorsorglich gestellt und im weiteren Verfahren nicht begründet wurde, als zurückgezogen.

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