

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.54 vom 17. Dezember 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-12-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2015.54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2015.54)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.54 du 17 décembre 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.54 del 17 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) unterliegt das angefochtene Urteil der Berufung an das Appellationsgericht. Die Berufungskläger sind vom angefochtenen Urteil berührt und haben ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie zur Berufungserhebung legitimiert sind (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die Berufungen sind nach Art. 399 StPO form- und fristgemäss angemeldet und erklärt worden. Es ist daher auf sie einzutreten. Zuständiges Berufungsgericht ist gemäss § 18 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur StPO in Verbindung mit § 73 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes der Ausschuss des Appellationsgerichts.

1.2 Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind der Schuldspruch von A\_\_\_\_ wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise und mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts, der Freispruch von A\_\_\_\_ von den Vorwürfen des Diebstahls (evtl. der Hehlerei) bezüglich Ziff. A.4 der Anklageschrift sowie der mehrfachen Fälschung von Ausweisen bezüglich Ziff. A.5 der Anklageschrift, der Freispruch von B\_\_\_\_ von den Vorwürfen des Diebstahls, der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs bezüglich Ziff. A.3 der Anklageschrift, des Diebstahls (evtl. der Hehlerei) bezüglich Ziff. A.4 der Anklageschrift sowie des mehrfachen (teilweise versuchten) Diebstahls, der mehrfachen Sachbeschädigung und des mehrfachen Hausfriedensbruchs bezüglich Ziff. B. 1 ■ 5 der Anklageschrift, die Einziehung der Ausweispapiere und von deponierten Gegenständen betreffend A\_\_\_\_ und die Entschädigungen der amtlichen Verteidigung.

### **E. 2**

2.1 Der Berufungskläger bemängelt nach wie vor die Verwertung der Aussagen des Belastungszeugen D\_\_\_\_. Seinen Ausführungen kann jedoch nicht gefolgt werden. Was die angebliche Verletzung seines rechtlichen Gehörs bei der Einvernahme von D\_\_\_\_ am 10. Juni 2011 (Akten S. 3235) betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass sich der damals noch nicht vertretene Berufungskläger zur fraglichen Zeit auf der Flucht befand, weshalb eine Teilnahme an der Befragung faktisch gar nicht möglich war. Ein entsprechendes Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen, auch an denjenigen von allfälligen Mitangeschuldigten und Zeugen/Auskunftspersonen, wurde denn auch erstmals nach seiner Verhaftung vom 3. Oktober 2013 am 15. Oktober 2013 durch den damaligen amtlichen Verteidiger lic. iur. [...] gestellt. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann bei dieser Situation keine Rede sein. Zum geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrecht von D\_\_\_\_ aufgrund von Schwägerschaft ist festzuhalten, dass Schwägerschaft nur mit dem Ehegatten einer Person, mit der jemand verwandt ist, nicht aber mit den Verschwägerten des Ehepartners besteht (Vest/Horber, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 168 N 9; Donatsch, in:

Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 168 N 26). Die Ehefrau des Berufungsklägers, B\_\_\_\_, ist die Schwester von E\_\_\_\_, der Ehefrau von D\_\_\_\_. Somit ist D\_\_\_\_ lediglich der sogenannte ■Schwippschwager■ des Berufungsklägers und hat er nach dem Gesagten kein Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. c StPO. Im Übrigen könnte sich der Berufungskläger als beschuldigte Person ohnehin nicht auf eine Verletzung des Zeugnisverweigerungsrechts berufen, selbst wenn auch seinem Schwippschwager ein solches grundsätzlich zustehen sollte. Denn mit dem Zeugnisverweigerungsrecht soll nicht ein Beschuldigter vor belastenden Aussagen geschützt werden, sondern dem Zeugen der Konflikt erspart werden, sich zwischen der aktiven Mitwirkung an der Überführung eines ihm nahe stehenden Beschuldigten einerseits und einer strafbaren falschen Zeugenaussage andererseits entscheiden zu müssen.

2.2 Des Weiteren verlangt der Berufungskläger die Anhörung von F\_\_\_\_. Darauf kann allerdings in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden. Denn wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Urteil S. 23), hat F\_\_\_\_ Aussagen deponiert, auf welche nicht abgestellt werden kann. Seine Aussagen offenbaren, dass er nur gewillt ist, so viel zuzugeben, wie er wegen seiner Festnahme gleich nach der Tat zugeben muss. Die Schilderung der gesamten übrigen Tatumstände strotzt vor Unwahrheiten und Gedächtnislücken, weshalb F\_\_\_\_ als Entlastungszeuge unbrauchbar ist.

### **E. 3**

3.1 Beide Berufungskläger haben zu den ihnen vorgeworfenen Straftaten zum Nachteil der Confiserie [...] grösstenteils geschwiegen. Einzig der Berufungskläger A\_\_\_\_ hat versucht eine Erklärung abzugeben, weshalb er von D\_\_\_\_ belastet werde (vgl. Protokoll der Hauptverhandlung, Akten S. 5620). Seiner Meinung nach soll D\_\_\_\_ das gesagt haben, was der Verfahrensleiter habe hören wollen. Diese Erklärung ist alles andere als überzeugend, da es nicht unbedingt ratsam ist, gegen ältere, erfahrenere, vorbestrafte Personen auszusagen, wenn diese Belastungen nicht der Wahrheit entsprechen. Diesbezüglich kann auch auf die Aussage von F\_\_\_\_ verwiesen werden, wonach man Mittäter in Balkankreisen nicht nennen sollte (Akten S. 3216). Vorliegend sind zudem der Berufungskläger und D\_\_\_\_ familiär verbunden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass D\_\_\_\_ sehr wohl die Wahrheit gesagt hat. Seine Aussage wäre für sich alleine betrachtet noch nicht geeignet, einen Schuldspruch zu untermauern. Insbesondere darf diese Aussage ■ wie die Vorinstanz korrekt bemerkt hat ■ nicht gegen die Berufungsklägerin verwendet werden. Die Belastung des Berufungsklägers durch D\_\_\_\_ wird jedoch von zahlreichen weiteren Indizien getragen, die zusammen genommen ein überzeugendes Bild abgeben, wie die beiden Straftaten zum Nachteil der Confiserie [...] abgelaufen sind. Auf die diesbezüglichen ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz kann in allen Teilen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts ist in Bezug auf A\_\_\_\_ der Vorinstanz ohne weitere Bemerkungen zu folgen. In Bezug auf B\_\_\_\_ hat die Vorinstanz deren Tatbeitrag zu Recht als Mittäterschaft qualifiziert. Es ist ihr darin zu folgen, dass die Berufungsklägerin einen massgeblichen Einfluss auf das konkrete Tatgeschehen ausgeübt und so wesentlich zum Gelingen der Tat beigetragen hat. Auch wenn das blosse ■Schmierestehen■ normalerweise als Gehilfenschaft qualifiziert wird, ist dies nicht zwingend. Wenn der entsprechende Tatbeitrag für die Tatbestandserfüllung wichtig ist, begründet er Mittäterschaft. Dies hat das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden (vgl. BGer 6S.206/2005 vom 27. Oktober 2005). Auch im vorliegenden Fall

war B\_\_\_\_\_ mehr als nur eine untergeordnete Gehilfin beim Aufpassen. Sie war von Anfang an in den Tatplan eingebunden. Bei der Rekrutierung von D\_\_\_\_\_ und F\_\_\_\_\_ war sie aktiv beteiligt. Wie wichtig ihre Rolle als Aufpasserin war, zeigt der sofortige Abbruch der Straftat am Freitagabend, als sie durch die Anwohnerin [...] gestört wurde. Beide Berufungskläger sind somit des versuchten Diebstahls, der versuchten Sachbeschädigung, des versuchten Hausfriedensbruchs, des Diebstahls, der qualifizierten Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs schuldig zu sprechen.

3.2 In Bezug auf den am 14. Dezember 2011 verübten Einbruch zum Nachteil der Familie [...] versucht der Berufungskläger, die in der Wohnung gefundene Blutspur mit seiner DNA damit zu begründen, dass er an diesem Tag kurz vor der Tat im Hauptbahnhof Zürich von einem ■Jugo namens G\_\_\_\_\_■ geschlagen worden sei, wobei sein Blut auf den Handschuh des G\_\_\_\_\_ und dann in die Wohnung [...] gelangt sei (vgl. Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, Akten S. 5621; Akten S. 3609, 3624). Mit der Vorinstanz ist dieser Erklärungsversuch als derart absurd zu bezeichnen, dass nicht weiter darauf einzugehen ist. Der in diesem Zusammenhang erfolgte Schuldspruch wegen Diebstahls, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs ist nicht zu beanstanden. Das Gleiche gilt für die Zusprechung der durch die Versicherung der Geschädigten eingereichten Schadenersatzforderung.

3.3 Betreffend die Münchner Delikte ist im vorliegenden Verfahren zwar nur die Berufungsklägerin B\_\_\_\_\_ angeklagt. Dennoch hat die Vorinstanz zu Recht vorfrageweise geprüft, ob der Berufungskläger A\_\_\_\_\_ eine Handlung begangen hat, die tatbestandsmässig und rechtswidrig war, und erst danach eine mögliche Teilnahme von B\_\_\_\_\_ untersucht. In den Fällen von Ziff. B. 1 bis 5 der Anklageschrift ist sie zum Schluss gekommen, dass die Beweislage zu dürftig sei, um eine Täterschaft von A\_\_\_\_\_ nachzuweisen, weshalb B\_\_\_\_\_ in diesen Fällen freigesprochen wurde. Dies ist unangefochten geblieben. In den übrigen Fällen von Ziff. B.6 bis B.10 ist die Beweislage erdrückend und kann nur dahin interpretiert werden, dass A\_\_\_\_\_ direkt an diesen fünf Einbrüchen beteiligt war. Insbesondere der Fall B.10 den Juwelier [...] betreffend liefert zahlreiche Indizien, die gesamthaft betrachtet ein klares Bild der Täterschaft und des Tatvorgehens liefern. Auch hierfür kann vollumfänglich auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf den detaillierten Schlussbericht des Kriminalkommissariats München (Akten S. 5198) verwiesen werden.

Die Verteidigung der Berufungsklägerin B\_\_\_\_\_ ist der Auffassung, dass das der Berufungsklägerin vorgeworfene Anmieten von Wohnungen und das Verbringen von einigen Ferientagen in München in keinem Zusammenhang mit allfälligen durch den Berufungskläger verübten Straftaten stehen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Berufungsklägerin hatte spätestens seit anfangs Juni 2011 davon Kenntnis, dass ihr Ehemann seinen Lebensunterhalt nicht auf legale Weise verdient. Die vorgeschobenen Geschichten betreffend Schwarzarbeit als Sanitärinstallateur oder Besitzer einer Bar in seiner Heimat finden in den Akten keine Stütze und müssen als Schutzbehauptung abgetan werden. Die Berufungsklägerin war durchaus auch aktiv in die Tätigkeiten ihres Ehemannes eingebunden, so beispielsweise bei der Beschattung eines möglichen weiteren Opfers am 3. Oktober 2013 in der Gegend von Reinach (Akten S. 2377). Sie half überdies mit, den gestohlenen Schmuck möglichst gut zu verkaufen. Die Nähe zu ihrem delinquierenden Ehemann, ihre Vorkenntnisse aus dem Einbruch in die Confiserie [...], das Fehlen einer legalen Einkommensquelle sowie das Anmieten der Wohnungen unter falschem Namen offenbaren, dass die Berufungsklägerin genau wusste, zu welchem Zweck sich der Berufungskläger jeweils in München aufhielt. Die durch die Berufungsklägerin

angemieteten Wohnungen dienten ihm als Ausgangspunkt und Rückzugsmöglichkeit und insbesondere auch zur Lagerung des notwendigen Einbruchmaterials und des Diebesguts. Insofern waren sie ein wichtiger Bestandteil bei der Umsetzung des jeweiligen Tatplans. Das Anmieten dieser Wohnungen ist deshalb von der Vorinstanz zu Recht als Gehilfenschaft qualifiziert worden. Wie aus der Regelmässigkeit der Delinquenz des Berufungsklägers zu schliessen ist, hat er die Münchner Delikte in der Art eines Berufes zur Erzielung von Einkünften für seinen Lebensunterhalt ausgeübt. Die Berufungsklägerin B\_\_\_ ist somit der Gehilfenschaft zu gewerbsmässigem Diebstahl schuldig zu sprechen. Die damit im Zusammenhang stehenden Zivilforderungen sind mit der Vorinstanz auf den Zivilweg zu verweisen.

#### E. 4

Bei der Strafzumessung kann bezüglich des Berufungsklägers A\_\_\_ auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Es ist festzuhalten, dass ihn im Rahmen der Vermögensdelinquenz ein erhebliches Verschulden trifft. Bei den vorliegenden Einbrüchen handelt es sich nicht mehr um Gelegenheitsdiebstähle von Bagatelldarakter, sondern um professionell vorbereitete und durchgeführte schwere Straftaten. F\_\_\_ und D\_\_\_ wurden für ihre Teilnahme am [...]Einbruch rechtskräftig zu je 2 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Dieses Urteil kann ohne Weiteres als Ausgangspunkt für die Strafzumessung des Berufungsklägers A\_\_\_ genommen werden. Angesichts seiner Rolle als treibende Kraft drängt sich eine Reduktion der Ausgangsstrafe keinesfalls auf. Hinzu kommt der Einbruchdiebstahl in Zürich, bei welchem ein hoher Deliktsbetrag resultierte und der eine Erhöhung der Ausgangsstrafe um 9 Monate angemessen erscheinen lässt. Schliesslich hat sich der Berufungskläger A\_\_\_ noch wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthaltes zu verantworten. Das diesbezügliche Verschulden muss ebenfalls als hoch bezeichnet werden. Nach seiner früheren (einschlägigen) Delinquenz war er mit einer Einreisesperre belegt worden. Dies hat A\_\_\_ in keinster Weise gekümmert. Absolut uneinsichtig und dreist ist er mit anderer Identität in die Schweiz eingereist und hat hier wiederum massiv delinquent. Aus diesem Grund ist eine Erhöhung der Strafe um weitere 6 Monate angezeigt. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe von 3¼ Jahren ist somit zu bestätigen.

Auch bei B\_\_\_ ist für die Delikte im Zusammenhang mit dem [...]Einbruch von einer Strafe von rund 2 Jahren auszugehen. Wie oben dargelegt worden ist, muss sie als Mittäterin gelten, die von Anfang an in den Plan eingeweiht gewesen ist. Beim ersten Versuch konnten die Täter allein wegen ihrer Warnung rechtzeitig die Flucht ergreifen. Bei B\_\_\_ kommen noch die Münchner Delikte hinzu. Hier war ihr Tatbeitrag allerdings eher von untergeordneter Bedeutung. Bei der Förderung des rechtswidrigen Aufenthaltes handelt es sich schliesslich verschuldensmässig um einen krassen Fall, hat die Berufungsklägerin doch den rechtswidrigen Aufenthalt einer mit einer Einreisesperre belegten und somit in der Schweiz in besonderem Mass unerwünschten Person gefördert. Bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils waren dem Strafgericht nicht alle Vorstrafen von B\_\_\_ bekannt. Aus unbekanntem Gründen wurde ein Urteil des Strafgerichts Genf vom 10. Juli 2007 im der Vorinstanz vorliegenden Strafregisterauszug (Akten S. 221) nicht aufgeführt. Mit diesem Entscheid wurde B\_\_\_ der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig erklärt und zu 3 Jahren und 8 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. In jenem Verfahren hatte sie 135 Tage in Untersuchungshaft verbracht. Es muss deshalb festgehalten werden, dass sich auch die Berufungsklägerin B\_\_\_ trotz Vorstrafen

und ausgestandener längerer Untersuchungshaft nicht von der Begehung weiterer Delikte hat abhalten lassen, was auf eine erhebliche Unbelehrbarkeit schliessen lässt. Dennoch erweist sich die erstinstanzlich ausgesprochene Freiheitsstrafe von 3½ Jahren als zu hoch und berücksichtigt insbesondere zu wenig die untergeordnete Rolle der Berufungsklägerin in den Münchner Fällen. Vielmehr erscheint eine Erhöhung der Ausgangsstrafe von 2 Jahren um sechs und drei Monate auf 2¾ Jahre Freiheitsstrafe dem Verschulden der Berufungsklägerin angemessen. Bei dieser Strafhöhe wäre ein teilbedingter Vollzug theoretisch möglich. Es müssten jedoch wegen des obgenannten Urteils des Strafgerichts Genf vom 10. Juli 2007 besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB vorliegen. Dies ist angesichts der krassen Unbelehrbarkeit der Berufungsklägerin, die sich auch nicht durch 135 in Untersuchungshaft verbrachte Tage sowie einer aus dem Jahr 2009 stammenden weiteren Verurteilung von den vorliegend zu beurteilenden Straftaten hat abhalten lassen, nicht der Fall. Die Strafe ist deshalb unbedingt auszusprechen. Was die erstinstanzlich noch vollziehbar erklärte, von der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich am 2. November 2009 unter Einrechnung von 7 Tagen Untersuchungshaft bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu CHF 30.■, Probezeit 3 Jahre, betrifft, so sind inzwischen seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen, weshalb ein Widerruf nicht mehr angeordnet werden darf.

#### **E. 5**

Hinsichtlich der Nebenpunkte (Beschlagnahmen und Kostenentscheid) ist auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil zu verweisen. Da beide weiterhin zu langdauernden Freiheitsstrafe verurteilt werden, ist auch kein Raum für die von ihnen beantragte Genugtuung wegen Überhaft. In diesem Zusammenhang ist noch festzuhalten, dass B\_\_\_\_\_ am 22. September 2015 an die Genfer Behörden zwecks Verbüsung der dortigen Strafe überstellt wurde.

#### **E. 6**

Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend hat der Berufungskläger A\_\_\_\_\_ die ihn betreffenden Kosten vollumfänglich zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Berufungsklägerin B\_\_\_\_\_ obsiegt teilweise bei der Strafzumessung, was beim Kostenentscheid zu berücksichtigen ist. Nicht berücksichtigt wird hingegen der im Berufungsverfahren neu ausgesprochene Verzicht auf den Widerruf der bedingten Vorstrafe, ist die Frist von drei Jahren seit Ablauf der Probezeit doch erst nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils eingetreten (Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO). Die amtlichen Verteidiger der Berufungskläger sind entsprechend dem von ihnen geltend gemachten Aufwand aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO hat die beschuldigte Person, die zu den Verfahrenskosten verurteilt wird, dem Gericht die der Verteidigung bezahlte Entschädigung zurückzuzahlen, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Diese Rückzahlungspflicht bezieht sich jedoch, wie sich aus Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO ergibt, nicht auf die Entschädigung für Aufwendungen der Verteidigung in den Punkten, in welchen ein Berufungskläger obsiegt. Da die Berufungsklägerin im Umfang von rund 15 % (wohlwollend geschätzt) obsiegt hat, umfasst die Rückerstattungspflicht im Falle ihrer wirtschaftlichen Besserstellung bloss 85 % des zugesprochenen Honorars.