Abs. 2 Ziffer 3 JuG). Gemäss einer am 27. November 2013 vom Verfasser des Entwurfes für ein neues Justizgesetz erteilten Auskunft, ist denn auch der Erlass einer Ausnahmeregelung i.S.v. Art. 127 Abs. 5 letzter Teilsatz StPO zu keinem Zeitpunkt ein Thema gewesen. Es ist somit festzustellen, dass der Kanton Appenzell Ausserrhoden von seiner Kompetenz zum Erlass einer Ausnahmeregelung keinen Gebrauch gemacht hat.

Anzufügen ist, dass es bei dieser Sachlage nicht zulässig ist, aus Art. 2 Anwaltsgesetz eine Ausnahmeregelung abzuleiten. Gemäss dieser Bestimmung, die seit dem 1. Juli 2005 in Kraft ist und die im Gefolge der Schaffung des Justizgesetzes keine Änderung erfahren hat, steht das Recht zur berufsmässigen Vertretung den Anwälten zu. Im Umkehrschluss muss allgemein gelten, dass zur nichtberufsmässigen Vertretung vor den Gerichten auch Laien, d.h. nicht in einem Anwaltsregister eingetragene Personen zugelassen sind. Ein solcher Umkehrschluss stellt jedoch keine Ausnahmeregelung i.S.v. Art. 127 Abs. 5 letzter Teilsatz StPO dar, jedenfalls dann nicht, wenn der historische Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich so gewollt hat. Kommt hinzu, dass Art. 2 Anwaltsgesetz unter dem Titel „Vorbehaltene Tätigkeit“ steht, wohingegen für die Ausnahmen ein eigener Artikel (Art. 3) geschaffen worden ist. Hätte der Kanton Appenzell Ausserrhoden von seiner Ausnahmekompetenz gemäss Art. 127 Abs. 5 letzter Teilsatz StPO Gebrauch machen wollen, hätte er Art. 3 Anwaltsgesetz entsprechend ergänzen müssen. Dies ist aber nicht geschehen.

Erwähnt sei schliesslich, dass der Vorsitzende der 1. Abteilung des Obergerichts der vorliegenden Rechtsauffassung zugestimmt hat.

Es fehlt somit im Kanton Appenzell Ausserrhoden eine Norm, die Nichtanwälte als Strafverteidiger in Übertretungsstrafsachen zulassen würde. Der vom Beschuldigten als Verteidiger gewählte E. ist nicht Anwalt. Nach Art. 127 Abs. 5 StPO ist E. von einer Tätigkeit als Verteidiger ausgeschlossen.

OGer, 29.11.2013

3617

Verletzung des Anklagegrundsatzes (Art. 9 und Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO). Die blosse Auflistung von Täterschaft, Ort, Zeit, geschädigter Person und Deliktsgut genügt nicht. Damit das Qualifikationsmerkmal der Bandenmässigkeit zur Anwendung gelangen kann, ist es erforderlich, dass in der Anklageschrift konkret dargelegt wird, welche Mittäter (mindestens zwei) sich zur Verübung welcher Straftaten (mehr als zwei) zusammengeschlossen haben.

Sachverhalt:

Der Beschuldigte verübte im Zeitraum von März 2008 bis Ende 2010 diverse Einbruchdiebstähle, hauptsächlich in Gewerbebetriebe, zusammen mit verschiedenen Mittätern in unterschiedlicher Zusammensetzung und vereinzelt alleine. Im Zeitraum von November 2008 bis Mitte 2011 kam es zu verschiedenen Tätlichkeiten und einfachen Körperverletzungen, die der Beschuldigte wiederum entweder alleine oder mit weiteren Personen verübte. Dem Beschuldigten werden weiter drei Waffendelikte, Drohung, verschiedene Strassenverkehrsdelikte, Betäubungsmitteldelikte, Raufhandel, Raub, Gewalt und Drohung gegen Beamte sowie Betreibungsdelikte vorgeworfen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor dem Kantonsgericht war umstritten, ob das Anklageprinzip bezüglich des Merkmals der Bandenmässigkeit verletzt worden war. […]

1.2 […]

1.3 […]

1.4 Die Staatsanwaltschaft erhob erstmals am 28. Juli 2011 Anklage gegen den Beschuldigten beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden. Aufgrund verschiedener Mängel, u.a. wegen Verletzung des Anklageprinzips, wurden die Akten des Verfahrens mit Zirkularbeschluss vom 31. Oktober 2011 an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zurückgewiesen, wobei auch die Rechtshängigkeit an die Staatsanwaltschaft rückübertragen wurde. Hinsichtlich der Bandenmässigkeit wurden in der mit Datum vom 27. Juni 2012 eingereichten (ergänzten) Anklageschrift allerdings keine Änderungen oder Verbesserungen vorgenommen.

In der überarbeiteten Anklageschrift findet sich in einer Art Einleitung die Formulierung „der Beschuldigte hat mehrfach jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung weggenommen, um sich damit unrechtmässig zu bereichern, wobei er teilweise als Mitglied einer Bande handelte, die sich zur fortgesetzten Verübung von Diebstahl zusammengefunden hatte, indem er zusammen mit den nachgenannten (separat verfolgten) Mittätern aufgrund gemeinsamer Planung und meist durch gleich massgebliches, arbeitsteiliges Zusammenwirken bei der Tatausführung sowie aufgrund eines mit den Mittätern gefassten Entschlusses, inskünftig gemeinsam Diebstähle zu verüben, an den folgenden Daten und Orten zum Nachteil der nachstehend aufgeführten Geschädigten die folgenden Straftaten beging.“ Darauf folgt eine Auflistung der einzelnen bandenmässigen Diebstähle, bei denen je Täterschaft, Datum, Ort, geschädigte Person sowie das Deliktsgut angegeben werden.

1.5 Der Anklagegrundsatz wird in Art. 9 StPO festgehalten. Er verteilt die Aufgaben zwischen den Untersuchungs- bzw. Anklagebehörden einerseits und den Gerichten andererseits. Er bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens und bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeschuldigten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Konkretisiert

wird der Anklagegrundsatz zur Hauptsache durch die Anforderungen, welche an die Anklageschrift gestellt werden. Diese hat eine doppelte Bedeutung. Sie dient einmal der Bestimmung des Prozessgegenstandes (Umgrenzungsfunktion) und sie vermittelt andererseits dem Angeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen (Informationsfunktion), wobei die beiden Funktionen von gleichwertiger Bedeutung sind (BGE 133 IV 235 E. 6.2). Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden (Umgrenzungsfunktion; Immutabilitätsprinzip). Letztere muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt damit zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). In der Anklage sind im Übrigen namentlich die Umstände aufzuführen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (Urteil BGer 6B_899/2010, E. 2.3). Die Anforderungen an die Anklageschrift werden in Art. 325 StPO konkretisiert. Danach hat die Anklageschrift u.a. möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung zu bezeichnen. Je schwerer ein Tatvorwurf wiegt, desto höhere Anforderungen sind an die Umschreibungsdichte der Anklage zu stellen (*Heimgartner/Niggli*, Schweizerische Strafprozessordnung: Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, N 49 zu Art. 9). Die Schilderung des Tathergangs hat sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandselemente zu enthalten. Die objektiven Merkmale sind ausnahmslos mit Sachverhaltsbehauptungen zu umschreiben, wogegen bei den subjektiven Tatbestandselementen die Anforderungen deutlich geringer sind (*Nathan Landshut* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 10 ff. zu Art. 325). Stellt sich heraus, dass der Anklagegrundsatz verletzt wurde, wird die Anklage gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO in der Regel zurückgewiesen. Wird im Anschluss keine dem Anklagegrundsatz genügende Rechtsschrift eingereicht, wird das Verfahren eingestellt. Die Verletzung des Anklagegrundsatzes führt folglich in der Regel weder zu Nichteintretensbeschlüssen noch zu Freisprüchen (*Heimgartner/Niggli*, a.a.O., N 62 zu Art. 9).

1.6 Für einen einfachen Diebstahl beträgt die Strafdrohung gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Wenn der Dieb den Diebstahl als Mitglied einer Bande ausführt, wird er mit Frei-

heitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft (Art. 139 Ziff. 3 StGB).

Wird dem Beschuldigten die qualifizierte Begehungsform einer Straftat (z.B. Raub unter Offenbarung besonderer Gefährlichkeit) vorgeworfen, so sind in der Anklageschrift die Umstände, aufgrund derer die Qualifikation angenommen wird, genau anzugeben (*Christian Josi*, „Kurz und klar, träf und wahr“ - die Ausgestaltung des Anklageprinzips in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: ZStrR 127/2009, S. 93; *Nathan Landshut*, a.a.O., N 15 zu Art. 325; *Heimgartner/ Niggli*, a.a.O., N 29 zu Art. 325).

Gemäss dem Bundesgericht sind in der Anklage namentlich die Umstände aufzuführen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören (Urteil BGer 6B_899/2010, E. 2.3). Weiter muss aus der Anklage erkennbar sein, inwiefern die inkriminierte Handlung den objektiven und subjektiven Tatbestand der angerufenen strafrechtlichen Normen erfüllt. Die blosse Auflistung der (angeblich) erfüllten Tatbestände kann auch eine kurz zu fassende Tatumschreibung nicht ersetzen (Urteil BGer 6B_899/2010, E. 2.5). Gemäss einem neuesten Entscheid (Urteil Bundesgericht 6B_254/2013 vom 1. Juli 2013 E. 1.2) hat die Anklage die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Bei Kollektivdelikten ist massgebend, dass die Umstände die Verbrechenseinheit erkennen lassen. Welche einzelnen Handlungen der beschuldigten Person vorgeworfen werden, ist weniger wichtig. Letztlich geht es darum, dass die beschuldigte Person nicht überrascht oder überrumpelt und ihr ermöglicht wird, sich effektiv zu verteidigen. Den Vorwurf, der Täter habe zahlreiche Tatbestände „bandenmässig mit namentlich bezeichneten Mittätern“ begangen, hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem es um Betäubungsmitteldelikte ging, genügen lassen (Urteil BGer 6B_254/2013, E. 1.3).

Nach Marcel Alexander Niggli und Christof Riedo ist der Begriff der Bandenmässigkeit – mit Blick auf den Zweck der Qualifikation und die massive Strafdrohung – eng auszulegen (*Niggli/Riedo*, StGB II, Basler Kommentar, Basel 2013, 3. A., N 122 zu Art. 139; Urteil BGer 6P.104/2004, E. 3). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist Bandenmässigkeit gegeben, „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.“ Es macht hierbei keinen Unterschied, ob zwei oder mehr Täter vorhanden sind; entscheidend ist einzig der ausdrücklich oder konkludent manifestierte Wille, im oben erwähnten Sinn zusammen zu wirken (BGE 135 IV 158 E. 3; Urteil BGer 6P.104/2004, E. 3). Demgegenüber vertritt ein Teil der Lehre die Auffassung, die besondere Gefährlichkeit der Bandenmässigkeit rühre daher, dass es den einzelnen Mitgliedern aufgrund eines Gruppendrucks erschwert werde, aus der deliktischen Tätigkeit auszusteigen. Sie sieht das

Qualifikationsmerkmal der Bandenmässigkeit erst bei mindestens drei Bandenmitgliedern als erfüllt an (*Niggli/Riedo*, a.a.O., N 125 ff. zu Art. 139 mit weiteren Hinweisen). Ferner ist verlangt, dass sich die Bande „zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat". Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die verschiedenen Bandenmitglieder sich darüber einig sein müssen, dass sie in Zukunft gemeinsam **mehrere solcher Delikte** und nicht bloss eine weitere Straftat begehen wollen (*Niggli/Riedo*, a.a.O., N 128 ff. zu Art. 139 mit weiteren Hinweisen).

Mit Blick auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Juli 2013 (Urteil BGer 6B_254/2013, E. 1.2 und 1.3) könnte man versucht sein, die blosse Auflistung von Täterschaft, Ort, Zeit, geschädigter Person und Deliktsgut in den Anklageschriften vom 28. Juli 2011 resp. vom 27. Juni 2012 genügen zu lassen. Umso mehr als der Beschuldigte durch einen erfahrenen Strafverteidiger vertreten ist, der aufgrund des Sachverhalts durch den Vorwurf der Bandenmässigkeit nicht überrascht worden sein dürfte. Auf der andern Seite hat das Qualifikationsmerkmal „Bandenmässigkeit" eine massive Erhöhung der Strafdrohung zur Folge und die Anforderungen an das Anklageprinzip sind deshalb zu recht hoch anzusetzen. Um prüfen zu können, ob die oben erwähnten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, hätte die Staatsanwaltschaft nach Meinung des Obergerichts deshalb **konkret** darlegen müssen, **welche Mittäter** (mindestens zwei) sich zur Verübung **welcher Straftaten** (mehr als zwei) zusammengeschlossen haben.

Weiter ergibt sich auch die Erfüllung des **subjektiven Tatbestands** nicht aus der Anklage. Wohl ist der Staatsanwaltschaft beizupflichten, dass Straftäter vor ihrem deliktischen Tun normalerweise keine Gründungsversammlungen abzuhalten pflegen; anhand der zeitlichen Abfolge, denselben Beteiligten, dem gleichen Vorgehen und den örtlichen Gegebenheiten bei verschiedenen Deliktsserien liesse sich aber ohne Mühe ein gleichgearteter Wille der Beteiligten darlegen. So haben zum Beispiel bei der Deliktsserie vom 17. auf den 18. April 2008 dieselben drei Beteiligten (F., A. und K.) an derselben Strasse (…-gasse in W.) in einer Nacht vier Einbruchdiebstähle resp. -versuche dazu gemacht.

Die Analyse der einzelnen Deliktsserien anhand dieser Merkmale und deren Aufzeigen ist nach dem oben Gesagten jedoch klar Aufgabe der Staatsanwaltschaft und nicht des Gerichts.

1.7 Zusammenfassend hat die Staatsanwaltschaft den Anklagegrundsatz verletzt und es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Strafverfolgung in Bezug auf den Vorwurf der Bandenmässigkeit eingestellt hat. Der Antrag gemäss Ziffer 2 der Anschlussberufung ist demzufolge abzuweisen.

OGer, 09.12.2013