

BStGer SK.2015.1 vom 19. November 2015

Bundesstrafgericht, 2015-11-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_SK.2015.1

FR: TPF SK.2015.1 du 19 novembre 2015

IT: TPF SK.2015.1 del 19 novembre 2015

Regeste

Umwandlung einer verwaltungsstrafrechtlichen Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 10 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 36 Abs. 1 StGB)

Erwägungen

E. 10

März 2014 das Schlussprotokoll erstellt (pag. 1 290 007, ...-018). Mit Strafbescheid vom 9. Mai 2014 wurde A. der unbefugten Entgegennahme von Publikumsseinlagen gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG, begangen ab dem 31. März 2011 bis zum 12. September 2012, schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe von 170 Tagessätzen à Fr. 170.–, bedingt erlassen auf eine Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Verbindungsbusse von Fr. 6'800.– verurteilt und es wurden ihm die Verfahrenskosten von Fr. 2'070.– überbunden (pag. 1 100 013; ...- 019). A. erhob gegen den Strafbescheid keine Einsprache, weshalb dieser in Rechtskraft erwachsen ist (pag. 1 100 005).

- 3 - B. Mit Einschreiben des EFD vom 16. Juli 2014 wurde A. zur Bezahlung der Busse von Fr. 6'800.– und den Verfahrenskosten von Fr. 2'070.– aufgefordert (pag. 1 100 031). Die Rechnung konnte A. nicht zugestellt werden und wurde dem EFD nach ungenutzt verstrichener Abholfrist retourniert (pag. 1 100 034). Das Schreiben vom 16. Juli 2014 wurde A. ergänzt durch ein Mahnschreiben vom 20. August 2014 per A-Post erneut zugestellt (pag. 1 100 035). Mit Einschreiben vom

E. 15

Oktober 2015 hiess die Beschwerdekammer die Beschwerde gut und hob die Verfügung der Strafkammer vom 14. April 2015 auf (pag. 1 960 044; ...051). K. Die Bundesanwaltschaft und das EFD machten keine weiteren Eingaben und stellten keine weiteren Anträge.

- 5 - Die Einzelrichterin erwägt: 1. Prozessuales 1.1 Gemäss Art. 50 Abs. 1 Satz 2 FINMAG ist das EFD verfolgende und urteilende Behörde bei Widerhandlungen gegen die Finanzmarktgesetze, zu welchen auch das Bankengesetz (BankG) gehört (Art. 1 lit. d und d FINMAG). Das EFD hat den Strafbescheid wegen einer Widerhandlung gegen das BankG erlassen, womit eine Widerhandlung gegen die Strafbestimmung eines Finanzmarktgesetzes Gegenstand des Strafbescheids bildet. Hält das EFD die Voraussetzungen für eine Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme für gegeben, so untersteht die strafbare Handlung der Bundesgerichtsbarkeit. In diesem Fall überweist das EFD die Akten der Bundesanwaltschaft zuhanden des Bundesstrafgerichts (Art. 50 Abs. 2 FINMAG). Das Bundesstrafgericht ist daher sachlich zuständig. 1.2 Gemäss Art. 50 Abs. 1 Satz 1 FINMAG ist für Widerhandlungen gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes oder der Finanzmarktgesetze das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (Verwaltungsstrafrechtsgesetz, VStrR; SR 313.0) anwendbar, soweit das FINMAG oder

die Finanzmarktge- setze nichts anderes bestimmen. Für das gerichtliche Verfahren vor dem Bun- desstrafgericht gelten die Vorschriften der StPO, sofern die Art. 73–81 VStrR nichts anderes bestimmen (Art. 82 VStrR). 1.3 Bei der Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe handelt es sich um einen selbststän- digen nachträglichen richterlichen Entscheid gemäss Art. 363 ff. StPO (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1297 f.). Gemäss Art. 365 Abs. 1 StPO entscheidet das Gericht in diesen Ver- fahren normalerweise gestützt auf die Akten, kann aber auch eine Verhandlung anordnen. Vorliegend erweist sich das Verfahren gestützt auf die Akten als spruch- reif. Es ist deshalb ohne Verhandlung aufgrund der Akten zu entscheiden. 1.4 Umstritten ist bei selbstständigen nachträglichen richterlichen Entscheiden die Rechtsform des Entscheids (HEER, Basler Kommentar, Schweizerische Strafpro- zessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 365 StPO N. 4). Es stellt sich die Frage, ob ein Urteil in der Sache i.S.v. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 StPO ergeht oder ob der Ent- scheid nach Art. 365 StPO als Beschluss bzw. als Verfügung, mithin als Entscheid i.S.v. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 StPO, zu qualifizieren ist. a) Vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom

E. 17

Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) hat das Bundesgericht

- 6 - das Verfahren zur Umwandlung einer nicht bezahlten Busse in Haft in ständiger Praxis nicht als Vollzugsverfahren, und den Entscheid darüber nicht als Vollzugs- entscheid, sondern als einen den Bussenentscheid ergänzenden Sachentscheid betrachtet. Dies spricht dafür, diesen als materiellen Entscheid und damit als Urteil im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 StPO zu bezeichnen, insbesondere im Verwal- tungsstrafrecht, wird hier der Umwandlungsentscheid doch nicht von der primär materiell erkennenden Verwaltungsbehörde, sondern separat vom Richter getrof- fen (Art. 91 Abs. 2 VStrR, bzw. im Bereich der Finanzmarktaufsicht Art. 50 Abs. 2 FINMAG). Die oben erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung verfolgte in- dessen vorwiegend den Zweck, gegen den Umwandlungsentscheid die Nichtig- keitsbeschwerde, welche gegen reine Vollzugsentscheide nicht gegeben war, zu ermöglichen, ein Gesichtspunkt, der unter der Herrschaft des BGG keine Rolle mehr spielt, steht doch nach dessen Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG gegen Entscheide über den Vollzug von Strafen die Beschwerde in Strafsachen offen (siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_365/2007 vom 9. Januar 2008, E. 3.3.2). b) Mit Urteil 6B_1021/2014 vom 3. September 2015 (zur Publikation vorgesehen) hat das Bundesgericht die in der Lehre kontrovers diskutierte und von den Kanto- nen und dem Bundesstrafgericht in heterogener Praxis (vgl. E. 3 des Urteils) be- antwortete Frage nach der Rechtsform im sog. Nachverfahren ergehender Ent- scheid der Klärung zugeführt. Es erwog, dass sich der Gesetzgeber im Zusam- menhang mit den nachträglichen gerichtlichen Entscheidungen gemäss Art. 363 ff. StPO – ungeachtet ihrer inhaltlichen Tragweite – bewusst unmissverständ- lich dafür ausgesprochen hat, dass es sich bei diesen um beschwerdefähige Be- schlüsse bzw. Verfügungen handelt. Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Ent- scheidung bildet ein formaler Urteilsbegriff, welcher von der Lehre schon vor In- krafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung vertreten worden war und der auch der geltenden StPO zugrunde liegt, wenn man Art. 80 ff. StPO nicht iso- liert, sondern im strafprozessualen Kontext liest. Diese Sichtweise hat sich das Bundesgericht zu eigen gemacht, nachdem es verschiedene – in der Lehre min- derheitlich vertretene – Bedenken an der geschilderten Argumentation gemessen und verworfen hat. Als Urteile haben demnach nur solche Sachentscheide zu gel- ten, in denen umfassend über Schuld

oder Unschuld, bei einem Schuldspruch zu- dem über die Sanktion und die Nebenfolgen entschieden wird. Nachträgliche richterliche Anordnungen haben nicht diesen umfassenden Inhalt. Sie sind (bloss) ur- teilsähnlich. Auch wo nachträgliche richterliche Entscheide Sachentscheide be- treffen, mit welchen über eine materielle Straffrage befunden wird (zum Beispiel im Rahmen der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme), ergeht kein neues umfassendes Sachurteil im Sinne von Art. 80 ff. StPO. Es besteht viel- mehr bereits ein rechtskräftiges Strafurteil, das durch die nachträgliche richterliche Entscheidung (lediglich) modifiziert wird (Urteil des Bundesgerichts 6B_1021/2014

- 7 - vom 3. September 2015 E. 4.2 – E. 4.7). c) Vorliegend steht ein Gesuch um Umwandlung einer verwaltungsstrafrechtlichen Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe zur Beurteilung. Das Verfahren mündet somit zwar in einem materiellen Befund über eine strafrechtliche Sanktion. Nicht zur Dis- position steht jedoch die Erkenntnis über Schuld und Unschuld als deren Abbild sich die gegebenenfalls zu modifizierende Sanktion präsentiert. Weil sich der Ent- scheid nach der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung mithin dem sog. formalen Urteilsbegriff entzieht, hat er als Beschluss bzw., da er von der Ein- zelrichterin getroffen wird, als Verfügung zu ergehen (Art. 80 Abs. 1 StPO). 2. Umwandlung 2.1 a) Hat der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt, so ordnet die Vollzugsbehörde gemäss Art. 90 Abs. 1 und Art. 2 VStrR in Verbindung mit Art. 35 Abs. 3 StGB die Betreuung an, wenn daraus ein Ergebnis zu erwarten ist. Liegt ein Pfändungsverlustschein (Art. 115, 149 SchKG) vor oder durfte aufgrund der offenkundigen Aus- sichtslosigkeit von der Betreuung abgesehen werden, wird gemäss Art. 91 Abs. 1 bzw. Art. 10 VStrR die Busse in Haft bzw. in Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt. b) Kann eine Busse nicht eingebracht werden, so wird diese in Haft (bzw. Frei- heitsstrafe) umgewandelt, wobei Fr. 30.– einem Tag Umwandlungsstrafe gleich- zusetzen sind (Art. 10 Abs. 3 VStrR). Die Umwandlungsstrafe darf die Dauer von drei Monaten nicht übersteigen. Für die Umwandlungsstrafe kann der bedingte Strafvollzug gemäss Art. 42 (vormals Art. 41) StGB gewährt oder die Umwandlung ausgeschlossen werden, wenn der Verurteilte nachweist, dass er schuldlos aus- serstande ist, die Busse zu bezahlen (Art. 10 Abs. 1–3 VStrR). Solche Umstände können eintreten, wenn sich die finanziellen Verhältnisse des Verurteilten nach Urteilsfällung ohne sein Zutun abrupt verändern, etwa durch Eigentumsverlust auf- grund einer Naturkatastrophe, schwerer Krankheit oder Verlust der Arbeitsstelle (so zutreffend das EFD, pag. 1 100 008). Insgesamt muss sich der Verurteilte un- verschuldeterweise in einer Notlage befinden, die in der fiktiven Annahme, dass sie bereits im Urteilszeitpunkt bestanden habe, zu einer massgeblich tiefer berech- neten Tagessatzhöhe geführt hätte (CIMICHELLA, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Zürcher Diss., Bern 2006, S. 256). 2.2 Der Gesuchsgegner hat die Busse von Fr. 6'800.– trotz mehrmaliger Aufforderung nicht bezahlt. Vorliegend konnte von einer Betreuung abgesehen werden, da sich eine solche aufgrund offener Betreibungen in der Höhe von insgesamt Fr. 248'260.30 offenkundig als aussichtslos erwiesen hätte.

- 8 - Das EFD bringt im Gesuch vom 19. Dezember 2014 vor, bei Erlass des Strafbescheids seien die derzeitigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Gesuchsgegners bekannt gewesen. Ihnen sei im Rahmen der Strafzumessung ausreichend Rechnung getragen worden, soweit dies bei Verweigerung jeglicher Kooperation des Gesuchsgegners möglich gewesen sei. Er habe weder geltend gemacht, noch nachgewiesen, dass er in unverschuldeter Weise nicht in der Lage gewesen sei, die Busse zu bezahlen (pag.

1 100 008; Gesuchs-Ziff. 22). Im Strafbescheid vom 9. Mai 2014 hatte das EFD hinsichtlich der Strafzumessung erwo-gen, dass der Tagessatzberechnung des (seinerzeit) Beschuldigten ein jährliches Einkommen von Fr. 100'000.–, ausmachend monatlich Fr. 8'333.30, zugrunde zu legen sei. Zur Ermittlung dieses Betrages stützte es sich auf die seinerzeit jüngste rechtskräftige (Ermessens-) Taxation, welche für das Steuerjahr 2011 erstellt worden war. Abzüglich des Pauschalabzuges von 25 % sowie eines Unterstützungsbeitrages für die nicht erwerbstätige Ehefrau des Beschuldigten von 15 %, ermittelte das EFD eine Tagessatzhöhe von Fr. 170.– (pag. 1 100 017 f.; Strafbescheids-Ziff. 22).

2.3 Der Gesuchsgegner hat von seinem vorübergehend mandatierten Rechtsvertreter im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege diverse Unterlagen zu seiner finanziellen Situation ins Recht legen lassen. Damit ist im Folgenden in einem ersten Schritt zu klären, welches hypothetische Einkommen dem Gesuchsgegner gegenwärtig angerechnet werden kann. Sodann ist zu klären, ob ihn ein Verschulden daran trifft, mit diesem Einkommen die ihm mit Strafbescheid vom 9. Mai 2014 auferlegte Busse nicht bezahlt zu haben.

a) Auf der Einkommensseite stehen dem Gesuchsgegner monatlich Fr. 1'678.– aus seinem AHV-Anspruch zur Verfügung (pag. 1 201 019). Sodann verfügt er über diverse Konten, teilweise lautend auf seine Einzelfirma C.. Aus den eingereichten Kontoauszügen geht hervor, dass dem Gesuchsgegner im Frühjahr 2015 darauf lediglich zu vernachlässigende Beträge zur Verfügung standen. Freilich nicht zu übersehen ist indes, dass der Gesuchsgegner auf die beiden auf die Einzelfirma lautenden Konten bei der Bank D. regelmässig teilweise bedeutende Bareinzahlungen tätigt. So sind auf dem Konto 1 innert gut drei Monaten Einzahlungen bzw. eine Gutschrift von insgesamt € 883.35 eingegangen (pag. 1 201 040). Auf dem Konto 2 gingen im vergleichbaren Zeitraum Bareinzahlungen im Betrage von Fr. 1'650.– ein (pag. 1 201 039). Zu einem Teil flossen die einbezahlten Beträge sodann in verschiedenen Stückelungen per E-Banking Auftrag auf Konten, die auf A. lauten (pag. 1 201 039). Auf welche, lässt sich den eingereichten Unterlagen nicht entnehmen. Der Bankauszug des in Euro geführten Kontos weist aus, dass die erwähnte Gutschrift von einem Konto "C." der Bank E. eingegangen ist, mithin von einem Konto über welches der Beschuldigte wohl verfügt,

- 9 - welches er aber in der eigens für das eingangs erwähnte Gesuchsverfahren erstellten Aufstellung nicht ausgewiesen hat (pag. 1 201 032). Mit Blick auf die Bareinzahlungen drängt sich die Vermutung auf, dass der Gesuchsgegner einen Teil seines Lebensunterhaltes aus unregelmässigen Einkünften aus seiner Einzelfirma bestreitet. Das monatliche Mittel der Bareinzahlungen ist ihm somit als Einkommen anzurechnen. Ob der Gesuchsgegner einen Anspruch auf Leistungen gemäss dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) hat, ist nicht aktenkundig. Angesichts der mit Eingabe vom 9. April 2015 geschilderten Situation ist ein Anspruch jedoch nicht zum Vornherein auszuschliessen, womit dem Gesuchsgegner auch diesbezügliche allfällige Einnahmen anzurechnen sind. Der Gesuchsgegner verfügte gemäss Veranlagungsverfügung von 2011 sodann über ein steuerbares Vermögen von Fr. 381'700.–. Wieviel davon zum heutigen Zeitpunkt vorhanden ist, lässt sich schwer abschätzen. Tatsache ist, dass diesbezüglich bloss zwei Aktiven ins Gewicht fallen: Einerseits die Liegenschaft Z., welche beinahe vollständig belehnt ist und als nicht leicht liquidierbarer Sachwert ohnehin nicht in die Strafzumessung Eingang findet (DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3.Aufl., Basel 2013, Art. 34 StGB N. 63). Andererseits lag ein Vermögensbestandteil von Fr. 600'000.– in Wertschriften vor (EFD pag. 050 0023). Es ist davon auszugehen, dass dieses Aktivum

mit der Liquidation der Gesellschaften, an welchen der Gesuchsgegner beteiligt war, seit Beendigung des verwaltungsstrafrechtlichen Verfahrens nicht mehr besteht. Sinngemäss wird dies vom Gesuchsgegner auch geltend gemacht (pag. 1 201 001). Auf Seite der Einkünfte stehen dem Gesuchsgegner für seinen Lebensaufwand und jenen seiner Frau – zu seinen Gunsten ausgehend von einer Euro-Franken Parität – unter Einbezug allfällig zu beantragender Ergänzungsleistungen monatlich hypothetisch rund Fr. 3'000.– zur Verfügung. Auf der Bedarfsseite hat der Gesuchsgegner seinen Grundbedarf zuzügl. Krankenversicherungsprämien und Leistungsabrechnungen zu decken. Um Prämienverbilligungen hat er nach Ausführungen seines damaligen Rechtsvertreters nicht ersucht, weshalb die geltend gemachten Kosten nicht vollständig zu berücksichtigen sind (pag. 1 201 013). Den Hypothekarzins sowie die Nebenkosten der Liegenschaft bestreitet der Gesuchsgegner nicht selbst (pag. 1 201 012). Steuern bezahlt er offenbar keine. Somit ist ihm diesbezüglich ein Pauschalabzug von lediglich 20 % zu gewähren. Die Ehefrau des Gesuchsgegners ist nach wie vor nicht erwerbstätig (pag. 1 201 011). Es ist diesbezüglich der übliche Unterstützungsabzug von 15 % vorzunehmen.

- 10 - b) Damit ist festzustellen, dass die dem Strafbescheid zugrunde liegenden Bemessungsgrundlagen signifikant von der derzeitigen hypothetischen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners abweichen. Dieser Umstand ist indes nicht als vom Gesuchsgegner verschuldet zu qualifizieren. Wie sich den Vorakten entnehmen lässt, lagen dem EFD zwar effektiv keine anderen rechtskräftigen Zahlen zum Einkommen des Beschuldigten vor, als die verwendete Veranlagungsverfügung für das Steuerjahr 2011 (EFD pag. 050 0016; ...-0032). Es hat auch nicht zu vertreten, dass sich der Beschuldigte seiner Mitwirkungspflicht im steuerlichen Veranlagungsverfahren seit geraumer Zeit beharrlich entzieht und seit dem Steuerjahr 2012 aus ungeklärten Gründen (selbst ermessensweise) nicht mehr taxiert worden ist. Unabhängig davon können für die Bemessung der Tagessatzhöhe nach dem klaren gesetzlichen Wortlaut indes einzig die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils sein (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 StGB). Vorliegend erscheint zumindest fraglich, ob die Veranlagung für das Steuerjahr 2011 die finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners bei Erlass des Strafbescheids am 9. Mai 2014 noch zutreffend abbildete. Das Schlussprotokoll erhellt, dass mit Wirkung ab 18. März 2013 der Konkurs über die Gesellschaften eröffnet worden war, an denen der Beschuldigte beteiligt war, aus denen er sein Einkommen bezog und in welchen sein Vermögen lag (pag. 1 290 011). Damit dürfte sich die finanzielle Situation des Gesuchsgegners bei Ausfällung des Strafbescheides bereits ähnlich prekär präsentiert haben wie heute; wovon im Übrigen das EFD Kenntnis gehabt zu haben behauptet (pag. 1 100 008; Gesuchs-Ziff. 22 Satz 1). Trotz des Fehlens einer aktuellen Veranlagungsverfügung hätte es im Urteilszeitpunkt nicht übersehen dürfen, dass der Beschuldigte nicht mehr dasselbe (stattliche) Einkommen zu erzielen vermochte wie im Steuerjahr 2011, als er einen Grossteil seines Einkommens mutmasslich aus der sich als illegal zu erweisenden Tätigkeit als Finanzintermediär generierte. Nicht beigeplichtet werden kann dem EFD deswegen, wenn es festhält, es hätten die im Urteilszeitpunkt massgeblichen Parameter in die Strafzumessung Eingang gefunden. Bei näherem Hinsehen ist der Gesuchsgegner schon bei Ausfällung der Verbindungsbusse nicht (mehr) in der Lage gewesen, diese zu bezahlen. Dass er es auch zum jetzigen Zeitpunkt nicht ist, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. c) Art. 10 Abs. 2 VStrR sieht den Ausschluss der Umwandlung nur im Fall der unverschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit zur Bezahlung der Busse vor. Namentlich in Betracht fallen der unvorhergesehene

Arbeitsplatzverlust oder Ausgaben aufgrund von Krankheit oder Unfall der verurteilten Person oder von ihr wirtschaftlich abhängiger Personen (EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 80; mit Verweis auf Art. 49 Ziff. 3 aStGB: HAURI, Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Bern 1998, S. 26; hinsichtlich Art. 36 StGB: CIMICHELLA, a.a.O., S. 255 f.). Aus offensichtlichen Gründen

- 11 - beschlägt die Norm nicht auch die vorliegende Konstellation, in welcher eine (unverschuldete) ursprüngliche Unmöglichkeit vorliegt, deren Ursachen nicht in äusseren Fremdeinflüssen liegen. Eine andere Betrachtungsweise liefe darauf hinaus, dass de facto jede mit einer verwaltungsstrafrechtlichen (Verbindungs-) Busse belegte verurteilte Person durch Nichtbezahlen eine auf den Strafzumessungspunkt beschränkte und gesetzlich nicht vorgesehene Inhaltskontrolle ihres Strafbescheides erzwingen könnte. Dies wäre mit dem Institut der materiellen Rechtskraft nicht vereinbar. Es oblag dem Gesuchsgegner gegen den Strafbescheid ein Rechtsmittel zu ergreifen, was er unterliess (pag. 1 100 005). Das Umwandlungsverfahren darf nicht dazu führen, das rechtskräftige Geldstrafenurteil in Wiedererwägung zu ziehen (DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 36 StGB N. 22). Die Voraussetzungen der Art. 91 Abs. 1 bzw. Art. 10 Abs. 2 VStrR zur Umwandlung der Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe sind somit gegeben. Nachdem der gesamte Bussenbetrag von Fr. 6'800.– ausstehend ist, ist bei einem Umwandelungssatz von einem Tag Freiheitsentzug pro Fr. 30.– Bussenbetrag und unter Berücksichtigung der Höchstdauer von drei Monaten Freiheitsentzug (Art. 10 Abs. 3 VStrR) die Umwandlungsstrafe auf 90 Tage Freiheitsstrafe festzusetzen. 3. Vollzug 3.1 Gemäss Art. 10 Abs. 2 VStrR sind die Bestimmungen über den bedingten Strafvollzug gemäss Art. 42 StGB (vormals: Art. 41 aStGB) auch auf die Umwandlungsstrafe anwendbar, wobei die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht zulässig ist, wenn der Verurteilte die Widerhandlung vorsätzlich begangen hat und wenn zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen sind, seit er wegen einer Widerhandlung gegen das gleiche Verwaltungsgesetz verurteilt wurde, und diese Widerhandlung nicht eine blosser Ordnungswidrigkeit war. Die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs nach StGB sind erfüllt, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die Gewährung setzt nach neuem Recht nicht mehr die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er sich nicht bewähren werde. Der Strafaufschub ist deshalb im Normalfall die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf; er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 S. 1979, 2049; BGE 134 IV 82 E. 4.2; 134 IV 1 E. 4.4.2). Bei der Prüfung, ob der

- 12 - Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen, namentlich der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit sowie aller wesentlichen weiteren Tatsachen, die günstige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1). 3.2 Bei der Prüfung der Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VStrR ist folgende Besonderheit zu beachten: Für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs verweist Art. 10 Abs. 2 VStrR auf den inzwischen revidierten Art.

41 aStGB, der generelle Voraussetzungen normierte, unter denen ein bedingter Strafvollzug gewährt werden konnte. Das StGB sah früher in Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 aStGB auch die Möglichkeit des bedingten Vollzugs der Umwandlungsstrafe vor. Mit Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB haben sich allerdings die Voraussetzungen zur Gewährung eines bedingten Strafvollzugs geändert und sind neu in Art. 42 StGB zu finden, weshalb das Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen (Art. 10 Abs. 2 VStrR und Art. 42 StGB) zwischenzeitlich als ungeklärt gelten musste. Da das neue Sanktionensystem des StGB den bedingten Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr ausdrücklich erwähnt, schlossen Teile der Lehre darauf, dass der bedingte Strafvollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe auch im Verwaltungsstrafrecht nicht mehr gewährt werden sollte (zum Ganzen: EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 80). Inzwischen hat das Bundesgericht mit Urteil 6B_600/2015 vom 10. September 2015 (zur Publikation vorgesehen) betont, es sei kein Grund dafür ersichtlich, weshalb Art. 10 VStrR, der bis zum Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches auch bei pekuniären Strafen wegen Vergehen (damals noch als "Bussen" bezeichnet) Anwendung fand, nach der Revision bei pekuniären Strafen wegen Vergehen (heute: "Geldstrafen") nicht mehr und stattdessen nur noch bei pekuniären Strafen wegen Übertretungen (heute stets noch: "Bussen") anwendbar sein soll. Es hielt fest, Art. 10 VStrR gelte auch bei Geldstrafen wegen Vergehen im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht, da der altrechtliche Begriff der "Busse" i.S.v. von Art. 10 VStrR neurechtlich nicht nur die Busse für Übertretungen, sondern auch die Geldstrafe für Vergehen erfasst habe (Urteil des Bundesgerichts 6B_600/2015 vom 10. September 2015 E. 3.5.1). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 VStrR ist damit vorliegend die Gewährung des bedingten Vollzuges zu prüfen.

3.3 Der Gesuchsgegner hat die Widerhandlung gegen Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG vorsätzlich begangen (pag. 1 100 019). Hingegen zeigt ein Blick auf seinen Strafregisterauszug, dass er innerhalb der Frist von 5 Jahren gemäss Art. 10 Abs. VStrR

- 13 - nicht bereits einmal wegen einer Widerhandlung gegen das BankG bestraft worden ist (pag. 1 221 002). Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 10 Abs. 2 VStrR ist somit nicht zum Vornherein ausgeschlossen. Die Würdigung der Umstände für die Beurteilung, ob die Strafe i.S.v. Art. 42 StGB bedingt oder unbedingt auszusprechen ist, ergibt Folgendes: Der Gesuchsgegner ist Ersttäter. Als erstmaliger Delinquent kann ihm mit Blick auf die nicht übermässig hohe Anzahl Tagessätze die Chance der Bewährung nicht per se vorenthalten werden. Sodann ist auch nicht davon auszugehen, der Gesuchsgegner werde trotz seines fortgeschrittenen Alters und seiner zahlreichen ärztlich ermittelten körperlichen Beeinträchtigungen (pag. 1 960 037) neuerlich die notwendigen Strukturen aufbauen, um als Finanzintermediär Publikumseinlagen entgegen zu nehmen oder andere Widerhandlungen gegen das BankG zu begehen. Nichts Derartiges ergibt sich auch aus dem Gesellschaftszweck seiner neu gegründeten Einzelfirma (pag. 1 960 009). Demgegenüber hat der Gesuchsgegner nach der Tat weder Einsicht in das Unrecht seines Verhaltens, noch Reue gezeigt. Vielmehr sieht er sich selbst als Opfer einer ungerechtfertigten Intervention, womit er nicht nur seine Überzeugung, im Recht zu sein zum Ausdruck bringt, sondern auch die Unwilligkeit, sein eigenes Handeln in Frage zu stellen (pag. 1 201 001; ...027). In Würdigung sämtlicher Umstände überwiegt die Wahrscheinlichkeit zukünftigen straffreien Verhaltens des Gesuchsgegners.

Gegen die Gewährung des bedingten Vollzuges bringt das EFD unter zutreffendem Hinweis auf die Praxis der Strafkammer des Bundesstrafgerichts zusammenfassend vor, die

Verbindungsbusse trage dazu bei, das unter spezial- und general- präventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Es sei stossend, wenn sich der Verurteilte dem Vollzug einer (unbe- dingten) Busse entziehen könne, indem er diese nicht bezahle und stattdessen eine bedingte Freiheitsstrafe erhalte (pag. 1 100 009 f.). Dieses Argument entbehrt aufgrund der vorliegend singulären Konstellation der Grundlage: Dem Drohpoten- tial der Verbindungsbusse kann legitimerweise nur dort durch Androhung einer Er- satzfreiheitsstrafe Nachachtung verschafft werden, wo sie gemeinsam mit der be- dingten Geldstrafe eine dem Verschulden des Täters angemessene Strafe bildet. Sie soll nicht zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermögli- chen (SCHNEIDER/GARRÉ, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 42 StGB N. 105 namentlich mit Verweisen auf BGE 134 IV 1 E. 4.5.2 sowie 134 IV 52 E. 5.2). Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus Folgendes: Wäre die Geldstrafe des Gesuchsgegners mit einer Tagessatzhöhe bemessen worden, die seinen tatsächlichen finanziellen Verhältnissen im Urteilszeitpunkt entsprochen hätte, wäre die Verbindungsbusse entsprechend niedriger ausgefallen bzw. die für den Fall der Nichtbezahlung angedrohte Ersatzfreiheitsstrafe kürzer. So läuft der

- 14 - Gesuchsgegner hingegen Gefahr, einen längeren Freiheitsentzug zu durchlaufen, als nach den tatsächlichen Verhältnissen im Urteilszeitpunkt gerechtfertigt gewe- sen wäre. Der sich aus dem Abstellen auf die Veranlagungsverfügung von 2011 ergebende überschüssende Teil der Ersatzfreiheitsstrafe kann nämlich nicht, wie sinngemäss vorgebracht, mit der obstruktiven Haltung des Gesuchsgegners in der verwaltungsstrafrechtlichen Untersuchung begründet werden (pag. 1 100 008; Ge- suchs-Ziff. 22 Satz 2). Als Ausfluss des nemo tenetur-Grundsatzes brauchte er sich als Beschuldigter zu seinen finanziellen Verhältnissen nicht zu äussern (ENG- LER, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 113 StPO N. 4). Dies entbindet die urteilende Behörde jedoch nicht da- von, eine einigermaßen zuverlässige Tagessatzberechnung vorzunehmen. Stellt der Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe (zumindest teilweise) eine zusätzliche Strafe dar, lässt er sich auch durch spezialpräventive Motive nicht mehr rechtfertigen. Somit geht im vorliegenden Einzelfall zwar die ausgesprochene Sanktion ihres Drohcharakters verlustig. Umso stossender wäre es aber, den Gesuchsgegner mittels Inhaftierung eine Busse abgelten zu lassen, die er bereits bei der Ausfäl- lung unverschuldeterweise zu einem überwiegenden Teil nicht zu leisten im Stande war; mithin ihm deswegen im Widerspruch zur materiellen Rechtslage die Freiheit zu entziehen. Sein Interesse an der Ausübung des Rechts auf persönliche Freiheit überwiegt vor diesem Hintergrund das öffentliche Interesse an der spezi- alpräventiven Wirkung der Verbindungsbusse. Ihr bewährungsweiser Aufschub ist angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen hinzunehmen.

Die Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen ist somit bedingt zu vollziehen, bei einer Probezeit von 2 Jahren. Schliesslich sei der Gesuchsgegner darauf hingewiesen, dass mit der vollständigen Bezahlung der Busse deren Umwandlung in eine Er- satzfreiheitsstrafe auch nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides dahinfällt und der bei Nichtbewährung gegebenenfalls anzuordnende Vollzug vermieden werden kann (Art. 10 Abs. 4 VStrR). 4. Verfahrenskosten Gemäss Art. 97 Abs. 1 VStrR bestimmen sich die Kosten des gerichtlichen Ver- fahrens und deren Verlegung, vorbehältlich Art. 78 Abs. 4, nach den Art. 417 – 428 StPO. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Gesuchsgegner als unter- legene Partei die Gerichtskosten zu tragen. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.–

festzusetzen (Art. 73 StBOG i.V.m. Art. 5 und 7 Abs. 1 lit. a des Reglements des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren [BStKR, SR 173.713.162]).

- 15 - Die Einzelrichterin verfügt: 1. Die mit Strafbescheid des eidgenössischen Finanzdepartementes vom 9. Mai 2014 gegen A. ausgefallte Verbindungsbusse von Fr. 6'800.– wird in 90 Tage Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 2 Jahren. 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden A. auferlegt.

Eine vollständige schriftliche Ausfertigung wird zugestellt an

■ Bundesanwaltschaft, Rechtsdienst ■ Eidgenössisches Finanzdepartement, Rechtsdienst
■ A.

Die Einzelrichterin Die Gerichtsschreiberin

Nach Eintritt der Rechtskraft mitzuteilen an

■ Bundesanwaltschaft als Vollzugsbehörde (vollständig)

- 16 - Rechtsmittelbelehrung

Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Gegen Verfügungen und Beschlüsse sowie die Verfahrenshandlungen der Strafkammer des Bundesstrafgerichts als erstinstanzliches Gericht, ausgenommen verfahrensleitende Entscheide, kann innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. b und Art. 396 Abs. 1 StPO; Art. 37 Abs. 1 StBOG). Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Verteidigung innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts führen (Art. 135 Abs. 3 lit. a und Art. 396 Abs. 1 StPO; Art. 37 Abs. 1 StBOG). Mit der Beschwerde können gerügt werden: a. Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung; b. die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts; c. Unangemessenheit (Art. 393 Abs. 2 StPO).

Beschwerde an das Bundesgericht Gegen verfahrensabschliessende Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts kann beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, innert 30 Tagen nach der Zustellung der vollständigen Ausfertigung Beschwerde eingelegt werden (Art. 78, Art. 80 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG). Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Versand: 24. November 2015

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