

SO_GERICHTE BKBES.2019.8 vom 20. Dezember 2018

SO Obergericht, 2018-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_BKBES.2019.8

FR: SO_GERICHTE BKBES.2019.8 du 20 décembre 2018

IT: SO_GERICHTE BKBES.2019.8 del 20 dicembre 2018

Erwägungen

E. 2

Gegen diesen Entscheid liess A. ___ am 17. Januar 2019 Beschwerde erheben mit dem Antrag auf deren Aufhebung. Eventualiter sei Ziff. 1 des Umwandlungsentscheides teilweise aufzuheben und es sei die Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 2 Jahren, umzuwandeln. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, es hätte bereits mit dem Entscheid der ESBK vom 16. Dezember 2015 die Androhung im Entscheid-Dispositiv angefügt werden müssen, die Busse werde bei Uneinbringlichkeit in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt. Die Nichtbezahlung der Busse sei durch den Beschwerdeführer nicht schuldhaft herbeigeführt worden. Aufgrund fehlenden Vollstreckungssubstrats sei durch das Betreibungsamt ein Pfändungsverlustschein ausgestellt worden. Die Voraussetzungen für die Umwandlung seien nicht gegeben. Zudem würden die Voraussetzungen für einen bedingten Vollzug vorliegen. Der Beschwerdeführer sei innerhalb der Frist von 5 Jahren gemäss Art. 10 VStrR nicht wegen einer Widerhandlung gegen das gleiche Verwaltungsgesetz verurteilt worden und es könne ihm keine ungünstige Prognose gestellt werden. Er habe mit Eingabe vom 16. Juni 2017 beantragt, die Busse in Raten abbezahlen zu können, was von der Vorinstanz mangels rechtlicher Grundlage jedoch nicht gutgeheissen worden sei. Er sei bemüht, seinen finanziellen Verantwortungen nachzukommen und sei gewillt, seinem Leben eine positive Wende zu geben und diese auch beizubehalten. Angesichts der positiven Bewährungsaussichten wäre es stossend, ihn mittels Inhaftierung eine Busse abgelten zu lassen und seinen geregelten Lebenslauf zu zerstören.

E. 3

Mit Verfügung des Instruktionsrichters der Beschwerdekammer vom 18. Januar 2019 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt.

E. 4

Die Staatsanwaltschaft beantragte am 28. Januar 2019 die Abweisung der Beschwerde mit der Begründung, dem Beschwerdeführer seien die gesetzlichen Vorgaben bezüglich einer Umwandlung der Busse bei Nichtbezahlung hinlänglich bekannt gewesen, auch wenn sie nicht im Dispositiv aufgeführt worden seien. Es sei Aufgabe des Sachrichters, die konkreten Modalitäten im Rahmen eines Nachentscheides festzulegen. Hinsichtlich der Gewährung des bedingten Strafvollzugs könne auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Der Beschwerdeführer habe selber vorgeschlagen, die Busse in Raten zu bezahlen. Dass er nach Eintritt der Rechtskraft des Strafbescheids auch nur eine einzige

Rate bezahlt hätte bzw. dass er zu Handen der Vorinstanz dargelegt hätte, wie ihm dies möglich sei, erschliesse sich nicht aus den Akten. Es sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass er sich seit nunmehr rund drei Jahren beharrlich weigere, eine ihm rechtskräftig auferlegte Busse zu bezahlen.

E. 5

Die Eidgenössische Spielbankenkommission beantragte mit Eingabe vom 1. Februar 2019 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Rechtsgrundlage für die Umwandlung bilde Art. 91 VStrR. Dort sei die Rollenverteilung zwischen der ESBK, welche die Busse ausgesprochen habe, und dem Richter, der für die Umwandlung zuständig sei, umschrieben. Für die Umwandlung sei demnach nicht die ESBK, sondern der Richter zuständig. Für die Umwandlung selbst wäre eine entsprechende (mangels Zuständigkeit ungültige) «Anordnung» durch die ESBK im Dispositiv nicht konstitutiver, sondern lediglich deklaratorischer Natur. Dies sei der Grund, weshalb die ESBK praxisgemäss (wie auch im vorliegenden Strafbescheid) auf die Möglichkeit zur Umwandlung im Zusammenhang mit der Rechtsmittelbelehrung hinweise. Im Falle ungenügender finanzieller Verhältnisse, die bereits im Urteilszeitpunkt bestanden hätten und im Zeitpunkt des Umwandlungsentscheides weiterbeständen, habe eine Umwandlung der Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe zu erfolgen.

Der bedingte Strafvollzug sei zu Recht nicht gewährt worden. Vom Wortlaut des VStrR her sei dieser zwar möglich, es sei aber darauf hinzuweisen, dass die Deliktqualität von Verstössen gegen das Spielbankengesetz letztlich identisch sei mit jenen gegen das Lotteriegesezt. Seit dem Inkrafttreten des Geldspielgesetzes existiere diese vormalige künstliche Trennung von Lotterien und Casinospielen denn auch nicht mehr. Der Beschwerdeführer habe vor Ausstellen des Verlustscheins nie ein Begehren um Gewährung von Ratenzahlungen gestellt. Eine solche Bereitschaft habe er erst im Rahmen des Umwandlungsverfahrens erklärt, was verspätet sei. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine bedingt ausgesprochene Ersatzfreiheitsstrafe beim Beschwerdeführer den notwendigen Eindruck hinterlassen würde.

II.

1. Gemäss BGE 141 IV 396 ist gegen selbstständige nachträgliche Entscheide gemäss Art. 363 ff. Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) die Beschwerde das zulässige Rechtsmittel. Somit ist die Beschwerdekammer zur Behandlung zuständig (§ 33bis des Gesetzes über die Gerichtsorganisation, GO, BGS 125.12). Auf die rechtzeitig eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Nach Art. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR 313.0) gelten die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches für Taten, die in der Verwaltungsgesetzgebung des Bundes mit Strafe bedroht sind, soweit dieses Gesetz oder das einzelne Verwaltungsgesetz nichts anderes bestimmen. Das VStrR enthält spezielle Bestimmungen, u.a. für die Umwandlung von Bussen.

In BGE 141 IV 407 hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, nach welchen Bestimmungen sich die Umwandlung einer Busse wegen einer Übertretung richtet, deren Verfolgung und Beurteilung unter den Anwendungsbereich des VStrR fällt, d.h. ob Art. 10 VStrR massgebend ist oder ob nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches Art. 10 VStrR nicht mehr anwendbar sei und sich die Bussenumwandlung nach den Art. 333 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 5 in Verbindung mit Art.

35 und 36 StGB richte, die als neues Recht Vorrang vor Art. 10 VStrR hätten. Es kam zum Schluss, Art. 10 VStrR gelte sowohl bei Geldstrafen wegen Vergehen im Anwendungsbereich des VStrR wie auch bei Bussen wegen einer Übertretung im Anwendungsbereich des VStrR, dies gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StGB.

E. 5.1

Der Richter kann für die Umwandlungsstrafe unter den Voraussetzungen von Artikel 41 des Strafgesetzbuches (nun Art. 42) den bedingten Strafvollzug gewähren oder, sofern der Verurteilte nachweist, dass er schuldlos ausserstande ist, die Busse zu bezahlen, die Umwandlung ausschliessen. Der Ausschluss der Umwandlung oder die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind jedoch nicht zulässig, 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, die nicht eine blosser Ordnungswidrigkeit war, verurteilt worden ist (Art. 10 Abs. 2 VStrR).

E. 5.2

Der Beschwerdeführer hat die Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz zwar vorsätzlich begangen, er hat sich bis anhin indessen noch nie einer Widerhandlung gegen dieses Gesetz schuldig gemacht. Ein Ausschluss der Umwandlung oder die Gewährung des bedingten Strafvollzuges wären somit grundsätzlich zulässig.

E. 5.3

Wie erwähnt, kann der Richter nach Art. 10 Abs. 2 VStrR die Umwandlung ausschliessen, sofern der Verurteilte nachweist, dass er schuldlos ausserstande ist, die Busse zu bezahlen. Solche Umstände können eintreten, wenn sich die finanziellen Verhältnisse des Verurteilten nach Urteilsfällung ohne sein Zutun abrupt verändern, so etwa durch Eigentumsverlust aufgrund einer Naturkatastrophe, schwerer Krankheit oder eines Verlusts der Arbeitsstelle. Ein Verurteilter kann sich namentlich nicht mit einer schlechten finanziellen Lage entschuldigen, die bereits im Zeitpunkt des Urteils bestand, hat doch das Gericht bei der Strafzumessung seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lage bereits Rechnung getragen. Insgesamt muss sich der Verurteilte unverschuldeterweise in einer Notlage befinden, die in der fiktiven Annahme, dass sie bereits im Urteilszeitpunkt bestanden hätte, zu einer massgeblich tiefer berechneten Tagessatzhöhe geführt hätte. Im Falle ungenügender finanzieller Verhältnisse, die bereits im Urteilszeitpunkt bestanden und im Zeitpunkt des Umwandlungsentscheides weiterbestehen, hat somit eine Umwandlung der Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe zu erfolgen (vgl. Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2014.41 vom 16. Dezember 2015 mit Hinweisen).

Vorliegend wird eine derartige Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse weder geltend gemacht noch nachgewiesen. Die Voraussetzungen zur Umwandlung der Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe sind somit gegeben.

E. 5.4

Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Gewährung des bedingten Strafvollzuges zu Recht verweigert hat.

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer

bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides miteinzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen. Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub liegen unter neuem Recht etwas tiefer. Während früher eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nunmehr das Fehlen einer ungünstigen Prognose (Urteil 6B_133/2015 vom 4. Juni 2015, BGE 134 IV 1).

Der Beschwerdeführer ist vorbestraft. Er wurde am 17. August 2011 wegen Hinderung einer Amtshandlung und am 22. November 2011 wegen Vergehen gegen das Waffengesetz und Übertretung des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten verurteilt. Hinsichtlich der letztgenannten Verurteilung erwähnt die Eidgenössische Spielbankenkommission zu Recht, dass die Deliktsqualität von Verstössen gegen das Spielbankengesetz letztlich identisch ist mit jenen gegen das Lotteriegesetz. Diesbezüglich muss demnach von einer einschlägigen Vorstrafe ausgegangen werden, was auf eine Unbelehrbarkeit hindeutet. Im Weiteren hat der Beschwerdeführer im Verfahren vor der ESBK nie Anstalten getroffen, wenigstens einen Teil der Busse zu begleichen. Die Bereitschaft zu Ratenzahlungen äusserte er erst ■ verspätet ■ im Umwandlungsverfahren. Der Beschwerdeführer hat sich von der Busse somit nicht beeindruckt lassen und weder auf die Rechnung noch auf Mahnungen reagiert. Es kann daher in der Tat nicht davon ausgegangen werden, eine bedingt ausgesprochene Ersatzfreiheitsstrafe würde bei ihm irgendeinen Eindruck hinterlassen und ihn vor der Begehung weiterer Delikte dieser Art abhalten. Vielmehr würde er sich in seiner Ausweich- und Verzögerungstaktik bestätigt sehen. Daran ändern seine Beteuerungen, seiner finanziellen Verantwortung nun nachkommen zu wollen nichts. Das von ihm bis anhin gezeigte Verhalten lässt nur eine ungünstige Prognose zu, weshalb die Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen ist.

Mit der Umwandlungsstrafe wird der Beschwerdeführer nicht zwingend aus seinem Umfeld gerissen; ebenso wenig besteht die Gefahr eines Stellenverlusts. So kann er bei der Vollzugsbehörde ein Gesuch um Verbüssung in Halbgefangenschaft oder auf Anordnung einer elektronischen Überwachung stellen. Weiter ist er darauf hinzuweisen, dass mit der vollständigen Bezahlung der Busse deren Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe auch nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides verhindert werden kann.

E. 6

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde folglich als unbegründet und sie ist entsprechend abzuweisen.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten grundsätzlich zu Lasten des Beschwerdeführers und eine Entschädigung ist nicht auszurichten. Der Beschwerdeführer beantragt indessen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Verbeiständung.

Dieses Gesuch ist abzuweisen. Gemäss eingereichtem Gesuch erzielt der Beschwerdeführer ein Einkommen von monatlich CHF 5'409.25. Hinzuzuzählen ist ein Drittel des Einkommens seiner Tochter von monatlich CHF 850.00, d.h. CHF 283.00 (es wird vom Bruttolohn ausgegangen, dafür kein 13. Monatslohn einberechnet), was zu gesamthaften Einnahmen von CHF 5'692.00 führt. Unter Berücksichtigung des Grundbetrags für ein Ehepaar mit einem Kind (CHF 2'300.00), dem zivilprozessualen Zuschlags von 20 % (CHF 460.00), der Miete von CHF 850.00, Krankenkassenprämien von CHF 761.00 und Kosten für Telecom, inkl. den notwendigen Versicherungen für zwei Personen, von CHF 150.00 (obwohl gar nicht geltend gemacht), führt dies zu einem Einnahmenüberschuss von CHF 1'171.00. Selbst wenn die geltend gemachten Auslagen für Steuern von CHF 390.00 (deren Bezahlung nicht belegt ist) und allenfalls noch Auslagen für den Arbeitsweg einbezogen würden (was auch nicht geltend gemacht wird), ergäbe sich immer noch ein Einnahmenüberschuss von mehreren hundert Franken. Dieser erlaubt es, die Prozess- und Anwaltskosten innert einem Jahr bezahlen zu können.

Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist mit einer reduzierten Gebühr Rechnung zu tragen. Die Verfahrenskosten sind insgesamt auf total CHF 500.00 festzusetzen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens von total CHF 500.00 zu bezahlen.
4. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagenseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsache eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) und der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft im Rechtsmittelverfahren (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innert 10 Tagenseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona).

Im Namen der Beschwerdekammer des Obergerichts

Die Präsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Jeger

Ramseier

E. 10

Abs. 3 VStrR).

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