

handlung in einer Suchtklinik stellte, obwohl dies vom behandelnden Psychiater sehr empfohlen worden war. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist auf die Anordnung einer stationären Massnahme zu verzichten, wenn die Bereitschaft dazu fehlt (Trechsel, a.a.O., N 5 zu Art. 44 StGB). So war denn der Berufungsbeklagte auch im Januar 1996 aus der Klinik Beverin ausgetreten, ohne die Austrittsverhältnisse zu regeln und ohne eine Therapieverlängerung in Betracht zu ziehen (Psychiatrisches Kurzgutachten, act. 15). Unter diesen Umständen konnte nicht von vornherein angenommen werden, dass die Vorinstanz eine stationäre Massnahme verhängt hätte, was sie angesichts der mangelnden Motivation des Berufungsbeklagten auch nicht tat. Im übrigen hatte der Berufungsbeklagte die Anordnung einer stationären Massnahme vor der Vorinstanz nicht einmal beantragt, sodass er den Richterspruch durch seinen freiwilligen Anstaltsaufenthalt nicht antizipieren konnte. Aus diesen Gründen kann die Dauer des erwähnten Aufenthaltes in der Psychiatrischen Klinik Waldhaus nicht auf die Dauer der Strafe angerechnet werden.

SB 45/96

Urteil vom 9. Oktober 1996

31 - Busse; Umwandlung in Haft (Art. 49 StGB). Der Richter darf eine Busse nicht schon im Bussenurteil in Haft umwandeln, sondern erst nach erfolgloser Eintreibung der Busse und nachdem dem Verurteilten Gelegenheit gegeben worden ist, den Nachweis unverschuldeter Nichtbezahlung zu erbringen. Solange ein mittelloser Verurteilter eine Freiheitsstrafe oder Massnahme verbüsst, darf die Busse grundsätzlich nicht umgewandelt werden, ehe er Gelegenheit gehabt hat, in der Freiheit dem Erwerb nachzugehen oder die Busse durch freie Arbeit abzuverdienen.

Erwägungen:

2. Aus den Akten ergibt sich, dass dem Berufungskläger mit Strafmandat vom 17./19. April 1996 eine 30tägige Frist zur Bezahlung der ausgefallenen Busse angesetzt worden war; dabei war bereits im Strafmandatsverfahren darauf hingewiesen worden, dass nichteinbringliche Bussen unverzüglich in Haft umgewandelt würden. Dieses Strafmandat ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Darauf und somit auf die Frage, ob das darin ausgesprochene Strafmass vor dem Gesetz standhält, kann also nicht mehr zurückgekommen werden. Da der Berufungskläger die im

Strafman- dat gegen ihn ausgefällte Busse in der Folge nicht bezahlte, erliess der Kreis- präsident, ohne nochmalige vorherige Anhörung des Berufungsklägers, das

angefochtene Umwandlungsurteil. Seiner Vernehmlassung kann entnommen werden, dass er die Durchführung eines Betreibungsverfahrens, offensichtlich wegen Mittellosigkeit des Berufungsklägers, für nicht opportun hielt; ferner vertritt er die Ansicht, der Berufungskläger hätte ohne entsprechende Aufforderung, also von sich aus, den Nachweis unverschuldeter Nichtleistung erbringen müssen und ohne dass ihm nochmals mitgeteilt werde, dass die Busse umgewandelt werde, falls er sich nicht innert bestimmter Frist anerbiete, jenen Beweis zu führen. Da sich der Berufungskläger also während drei Monaten nicht gerührt habe, sei die Umwandlung ohne weiteres zu Recht und unmittelbar erfolgt. Dieses vom Kreispräsidenten eingeschlagene Vorgehen hält einer näheren Prüfung nicht Stand.

3. a. Die Umwandlung nichtbezahlter Bussen in Haft nach Art. 49 Ziff. 3 StGB ist keine Vollzugsmassnahme, sondern ein das Bussenurteil ergänzender materieller Entscheid (BGE 74 IV 60). Die Umwandlung steht ausschliesslich dem Richter zu. Nach der Vorschrift von Art. 49 Ziff. 3 StGB kann der Richter die Umwandlung ausschliessen, wenn der Verurteilte ausserstande ist, die Busse zu bezahlen. Weil dies mitunter bereits bei der Ausfällung der Busse feststehen kann, ermächtigt das Gesetz den Richter ausdrücklich, die Umwandlung schon im Urteil auszuschliessen. Umgekehrt ist in der Regel dagegen die Busse zunächst nach Art. 49 Ziff. 1 und 2 StGB einzutreiben, und nur wenn dies nicht zum Ziel führt, darf die Umwandlung angeordnet werden. Dabei hat der Richter zu prüfen, ob das Vollstreckungsverfahren vorschriftsgemäss durchgeführt wurde und der Verurteilte nicht den Nachweis unverschuldeter Nichtbezahlung erbringt; ferner stellt sich bei einer Umwandlung die Frage, ob für die Umwandlungsstrafe nicht der bedingte Strafvollzug zu gewähren ist (Art. 49 Ziff. 3 letzter Satz). Daraus folgt ohne weiteres, dass die Umwandlung erst nach erfolgloser Betreuung des Verurteilten angeordnet werden kann (BGE 74 IV 60; PKG 1984 Nr. 33). Würde sie schon im Urteil endgültig verfügt, so würde dem Verurteilten in unzulässiger Weise der Nachweis abgeschnitten, dass eine später eingetretene unverschuldete Notlage ihm die Bezahlung verunmögliche. Damit soll nicht gesagt werden, dass der Richter den Verurteilten vor der Umwandlung stets einvernehmen müsse. Es genügt, wenn er ihm Gelegenheit gibt, den Nachweis unverschuldeter Nichtleistung zu erbringen, z. B. indem er ihm mitteilt, dass die Busse umgewandelt werde, falls er sich nicht innert bestimmter Frist anerbiete, jenen Beweis zu führen. Dagegen darf es der Richter nicht darauf ankommen lassen, ob der Verurteilte von sich aus den Nachweis zu erbringen begehrt (BGE 74 IV 60f). Dies erfordert schliesslich auch

der aus Art. 4 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher im Umwandlungsverfahren ebenfalls zu beachten ist (St. Trechsel, Kurzkommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 1989, N. 13 zu Art. 49 StGB mit Hinweisen auf die Praxis).

b. In BGE 77 IV 81 hat das Bundesgericht diese Grundsätze präzi- siert. Demnach steht das Gesetz auf dem Boden, dass der Verurteilte zuerst Gelegenheit haben muss, die Busse zu bezahlen oder abzuverdienen. Wenn der Mittellose daher eine Freiheitsstrafe oder Massnahme zu verbüssen hat, darf die Busse grundsätzlich nicht umgewandelt werden, ehe der Verurteil- te Gelegenheit erhalten hat, in Freiheit dem Erwerbe nachzugehen oder die Busse in freier Arbeit abzuverdienen. Der Mittellose wäre sonst ohne sein Verschulden schlechter gestellt als der Bemittelte, was dem Sinne von Art. 49 Ziff. 3 Abs. 2 StGB widersprechen würde. Dabei ist bei einem Ver- urteilten, der im Strafvollzug steht, zu vermuten, er sei ausserstande, eine Busse zu bezahlen; es besteht in einem solchen Fall also die Vermutung sei- ner Mittellosigkeit (St. Trechsel, a.a.O., N.7 zu Art. 49 StGB). Bloss wenn der Verurteilte zum vornherein den Willen nicht hat, nach Wiedererlangen der Freiheit die Busse zu bezahlen oder abzuverdienen, oder wenn mit Si- cherheit zu erwarten ist, dass ihm die Tilgung auf diese Weise trotz guten Willens nicht vor Eintritt der Verjährung möglich sein wird, brauche der Richter mit der Umwandlung nicht zuzuwarten. Dabei ist von einer Ver- jähungsfrist für Bussen von 5 Jahren (Art. 73 Ziff. 1 StGB) seit dem Bus- senurteil (BGE 105 IV 15) auszugehen.

4.a. Indem der Kreispräsident dem Berufungskläger vor der Um- wandlung der Busse in Haft nicht einvernommen, respektive diesen nicht aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben hat, den Nachweis zu führen, dass die Nichtbezahlung der Busse unverschuldet erfolgte, hat er den An- spruch des Berufungsklägers auf rechtliches Gehör im Umwandlungsver- fahren verletzt. Der Kreispräsident hätte dem Berufungskläger mindestens mitteilen müssen, er werde die Busse in Haft umwandeln, falls er sich nicht innert Frist anbiete, den Beweis zu führen, dass er unverschuldeterweise nicht in der Lage sei, die Busse zu entrichten.

Daran ändert auch nichts, dass bereits im Strafmandat ausdrücklich darauf hingewiesen wird, nichteinbringliche Bussen würden unverzüglich in Haft umgewandelt. Dieser Hinweis vermag nämlich den Anforderungen, welche an die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Umwandlungsverfah- ren zu stellen sind, nicht Genüge zu leisten. Insbesondere enthält der be- treffende Hinweis im Strafmandat nämlich gerade keine Aufforderung an den Berufungskläger, den erwähnten Beweis der unverschuldeten Notlage zu erbringen. Damit ist dieser Hinweis für das später folgende Umwand- lungsverfahren bedeutungslos. Die Umwandlung erfolgte also in Verletzung des

rechtlichen Gehörs des Berufungsklägers und das angefochtene Umwandlungsurteil ist aufzuheben.

b. Der Hinweis im Strafmandat, wonach die Busse bei Uneinbringlichkeit unverzüglich in Haft umgewandelt werde, erweist sich aber auch aus einem anderen Grunde als bedeutungslos. Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 StGB er-

mächtigt den Richter nämlich nur, die Umwandlung einer Busse in Haft bereits im Urteil auszuschliessen. Umgekehrt verlangen das Gesetz und die Praxis dagegen, die Busse zunächst nach Art. 49 Ziff. 1 und 2 StGB einzutreiben, und nur, wenn dies nicht zum Ziel führt, darf die Umwandlung angeordnet werden. Bei dieser Umwandlung hat der Richter zu prüfen, ob das Vollstreckungsverfahren vorschriftsgemäss durchgeführt wurde und der Verurteilte nicht den Nachweis unverschuldeter Nichtbezahlung erbringt; ferner stellt sich bei einer Umwandlung die Frage, ob für die Umwandlungsstrafe nicht der bedingte Strafvollzug zu gewähren ist (Art. 49 Ziff. 3 letzter Satz). Die Umwandlung darf also erst nach erfolgloser Betreuung des Verurteilten angeordnet werden und kann nicht bereits im Urteil selbst vorgesehen werden. Der im Strafmandat enthaltene Hinweis, dass die Busse bei Uneinbringlichkeit unverzüglich umgewandelt werde, ist somit auch deshalb bedeutungslos, weil eine Betreuung gegen den Berufungskläger nie eingeleitet respektive durchgeführt worden ist; der betreffende Hinweis im Strafmandat kann somit keine Beachtung finden, weil er Art. 49 Ziff. 3 Abs. 2 StGB widerspricht. Auch aus diesem Grunde ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

c. Der Kreispräsident hat vor dem Erlass des Umwandlungsurteils aber auch weder geprüft, ob das Vollstreckungsverfahren vorschriftsgemäss durchgeführt worden war, noch ob der Berufungskläger den Nachweis unverschuldeter Nichtbezahlung erbracht hat. Auch insofern hat er gegen Art. 49 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB verstossen. Zum einen darf die Umwandlung nach dem Gesagten nämlich erst nach erfolgloser Betreuung des Verurteilten angeordnet werden und zum andern hat der Kreispräsident dabei ausser acht gelassen, dass bei einem sich im Strafvollzug befindlichen Verurteilten die Vermutung der Mittellosigkeit zum tragen kommt. Mittellosigkeit beziehungsweise die Nichtbezahlung einer Busse infolge Verbüssung einer Freiheitsstrafe, die den Mittellosen hindert, dem Verdienste nachzugehen, schliessen regelmässig die Umwandlung einer Busse in Haft aus.

d. Es liegen umgekehrt aber auch keine Umstände vor, welche darauf hindeuten, dass der Berufungskläger zum Vornherein nicht den Willen hat, nach Wiedererlangen der Freiheit die Busse zu bezahlen oder abzuverdienen; auch deutet nichts mit der hierzu notwendigen Sicherheit darauf hin, dass zu erwarten ist, dem Berufungskläger werde die Tilgung auf diese Weise trotz guten Willens nicht vor Eintritt der Verjährung möglich sein. Der Berufungskläger hat im Gegenteil in seiner Berufungsschrift glaubhaft ausgeführt, bereits vor dem Wiedererlangen der Freiheit, die Busse aus Mitteln des Peculiums

abtragen zu wollen. Ausserdem ist der Berufungskläger nicht mehr im Vollzug. Es bleibt somit auch noch reichlich Zeit, die Busse vor der Verjährung zu bezahlen oder abzuverdienen. Die Busse verjährt, wie erwähnt, gemäss Art. 73 Ziff. 1 StGB in fünf Jahren seit der Ausfällung, da sie

hier nicht Übertretungsstrafe ist, für die Art. 109 StGB in Betracht fiele. Nur wenn sich im Verlaufe der Zeit zeigen sollte, dass voraussichtlich trotzdem die Busse nicht vor Eintritt der Verjährung eingebracht werden kann, so könnte die Busse noch in Haft umgewandelt werden. Zur Zeit besteht noch kein berechtigter Anlass zur Umwandlung. Der Kreispräsident hat also auch in dieser Hinsicht das Umwandlungsverfahren von Art. 49 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB nicht eingehalten. Das angefochtene Urteil muss auch aus diesem Grunde aufgehoben werden.

SB 96
56

Urteil vom 16. Oktober 1996

- 32 - Berufung; Zulässigkeit der Zugrundelegung einer anderen rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft als Berufungsklägerin** (Art. 98 Abs. 2 lit. b, Art. 125 Abs. 4 und Art. 146 Abs. 1 StPO) (**Erw. 1**).
- **Falschbeurkundung** (Art. 251 Ziff. 1 StGB); **Erleichterung der rechtswidrigen Einreise** (Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG). **Die Erstellung eines inhaltlich unwahren Mietvertrages durch den Vermieter (Umschreibung des Mietobjektes als 3-statt als 2-Zimmer-Wohnung) zur Ermöglichung des Familiennachzugs eines Ausländers erfüllt weder den Straftatbestand der Falschbeurkundung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB noch - wie der Kassationshof des Bundesgerichts auf Nichtigkeitsbeschwerde des Vermieters hin erkannte - den Tatbestand der Erleichterung der rechtswidrigen Einreise gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG (Erw. 2, 3).**

Erwägungen:

1. Der Untersuchungsrichter beantragte im vorinstanzlichen Verfahren die Verurteilung des Angeklagten wegen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB. In der Berufung der Staatsanwaltschaft wird nunmehr eventualiter die Verurteilung wegen Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 ANAG beantragt. Der Berufungsbeklagte sieht darin unter Verweis auf PKG 1979 Nr. 29 eine unzulässige Ausdehnung der Strafanträge im Rechtsmittelverfahren, weshalb auf den Eventualantrag nicht einzutreten sei.

Die Staatsanwaltschaft ist das oberste kantonale Strafverfolgungs-

organ. Sie ist verpflichtet, die materielle Wahrheit zu erforschen sowie das richtige Recht durchzusetzen. Daraus folgt ihre Befugnis, Berufung einzulegen, falls sie bei pflichtgemässer Überprüfung eines Urteils zum Schlusse gelangt, dieses verletze formelles oder materielles Recht. Dies gilt nach stän-