

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU180044-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und
lic. iur. B. Gut sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. H. Kistler

Urteil vom 10. September 2019

in Sachen

Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,

Verwaltungsbehörde und Berufungsklägerin

sowie

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht,
vom 5. September 2018 (GC180007)**

Strafverfügung:

Die Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission vom 25. April 2018 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 2/7/25 ff.)

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 18 S. 14 f.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Ersatzforderung des Bundes wird abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Dem Beschuldigten wird für seine anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 5'640.75 (inkl. MWSt) zugesprochen.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) der Eidgenössischen Spielbankenkommission (Urk. 26):

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 5. September 2018 sei aufzuheben.
2. Der Beschuldigte A._____ sei der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Artikel 56 Absatz 1 Buchstaben a und c SBG schuldig zu sprechen.
3. A._____ sei zu einer Busse von Fr. 19'850.– zu verurteilen.

4. A._____ sei zur Zahlung einer Ersatzforderung von Fr. 50.– zu verurteilen.
 5. Die Kosten des Verfahrens seien A._____ aufzuerlegen.
- b) des Beschuldigten (Urk. 36):
1. Es sei die Berufung abzuweisen.
 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Staatskasse resp. der Eidgenössischen Spielbankenkommission.
- c) der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Urk. 40):
- Verzicht auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte
 - 1.1. Zum Verfahrensgang bis zum Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht in Strafsachen, vom 5. September 2018 kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen in diesem verwiesen werden (Urk. 18 S. 3).
 - 1.2. Mit Schreiben vom 9. November 2018 meldete die Eidgenössische Spielbankenkommission (nachfolgend ESBK) fristgerecht Berufung an (Urk. 16). Nach Ausfertigung und Zustellung des begründeten Urteils folgte mit Eingabe vom 16. November 2018 innert Frist die Berufungserklärung (Urk. 20). Der Beschuldigte erhob weder Berufung noch Anschlussberufung.
 - 1.3. Mit Beschluss vom 7. Januar 2019 wurde in Anwendung von Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO das schriftliche Verfahren angeordnet und der ESBK Frist zur Erstattung der schriftlichen Berufungsbegründung angesetzt, welche am 30. Januar 2019 fristgemäss einging (Urk. 26). Die Berufungsantwort des Beschuldigten datiert vom 1. April 2019 (Urk. 36). Mit Eingabe vom 25. April 2019 erstattete die

ESBK die Berufungsreplik, worauf am 8. Mai 2019 die Berufungsduplik einging (Urk. 41; Urk. 45). Die Vorinstanz hat – wie die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 30; Urk. 40).

1.4. Am 10. September 2019 erging das nachfolgende Urteil.

2. Prozessuales

2.1. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Die Berufungsinstanz überprüft den vorinstanzlichen Entscheid bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen üblicherweise frei (Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO). Bildeten jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen wird das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft, ob es rechtsfehlerhaft ist oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist.

Relevant sind dabei klare Versehen bei der Sachverhaltsermittlung wie namentlich Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zur Akten- und Beweislage. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Gesamthaft gesehen dürften regelmässig Konstellationen relevant sein, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 398 N 12f.; BSK StPO-EUGSTER, 2. Aufl. 2014, Art. 398 N 3a). Willkür bei der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür nicht (BGE 138 I 305 E. 4.3 mit Hinweisen). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher auch dann noch nicht willkürlich, wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte. Es ist somit zu überprüfen, ob das vorinstanzliche Urteil im Bereich der zulässigen Kognition Fehler aufweist.

2.2. Die urteilende Instanz muss sich ferner nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr kann sich das Gericht auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Vorbringen der Parteien beschränken (BGE 141 IV 249; BGE 138 IV 81 E. 2.2; BGE 136 I 229 E. 5.2).

2.3. Gemäss Art. 57 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz; nachfolgend SBG) ist das Verwaltungsstrafrechtsgesetz vom 22. März 1974 (nachfolgend VStrR) anwendbar (vgl. auch Art. 1 VStR), welches sowohl materielle (Verwaltungsstrafrecht; Art. 2 ff. VStrR) als auch prozessuale Bestimmungen (Verwaltungsstrafverfahren; Art. 19 ff. VStrR) beinhaltet. Gegen Entscheide der kantonalen Gerichte können die Rechtsmittel der StPO ergriffen werden (Art. 80 Abs. 1 VStrR). Darüber hinaus regelt Art. 82 VStrR, dass für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten die entsprechenden Vorschriften der StPO gelten, soweit die Artikel 73-81 VStrR nichts anderes bestimmen.

2.4. Per 1. Januar 2019 ist sodann das neue Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz; nachfolgend BSG) in Kraft getreten. Die Übergangsbestimmungen in diesem Gesetz betreffen die Strafbestimmungen nicht. Dementsprechend kommen nach Art. 2 VStrR die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zur Anwendung, weshalb auf Fälle, welche sich wie der vorliegende vor dem 1. Januar 2019 zugetragen haben, das neue Gesetz nur anzuwenden ist, wenn es gemäss Art. 2 StGB das mildere ist.

Ob das neue Gesetz im Vergleich zum alten milder ist, beurteilt sich nicht nach einer abstrakten Betrachtungsweise, sondern in Bezug auf den konkreten Fall (Konkrete Vergleichsmethode). Grundsätzlich müssen in erster Linie die rechtlichen Bedingungen der streitigen Straftat geprüft werden. Ist das Verhalten sowohl nach altem als auch nach neuem Recht strafbar, muss ein Vergleich der insgesamt zu gewärtigenden Sanktionen vorgenommen werden. Der Richter hat die Tat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht (hypothetisch) zu prüfen und durch Vergleich der Ergebnisse festzustellen, nach welchem der beiden Rechte der Täter besser fährt. Massgeblich sind alle anwendbaren Strafzumessungsregeln. Der Richter hat deshalb den Sachverhalt in umfassender Weise sowohl

nach dem alten als auch nach dem neuen Recht zu beurteilen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen (BGer 6B_115/2011 vom 26. Juli 2011 E. 3.5).

3. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

3.1. Dem Beschuldigten wird die Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken sowie das Aufstellen von Glückspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs zwischen dem 1. Juli 2014 und dem 7. Oktober 2015 im Lokal B._____ an der C._____ -Strasse ... in D._____, Zürich, vorgeworfen. Dadurch habe er sich der Übertretungen im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG schuldig gemacht.

3.2. Der Beschuldigte räumte im Hauptverfahren ein, dass er das Aufstellen der Spielautomaten erlaubt habe. Er sei aber davon ausgegangen, dass es sich um Unterhaltungsspiele gehandelt habe, zumal die Platzmiete lediglich Fr. 50.– bzw. Fr. 100.– betragen und der erste Automatenhersteller ihm zugesichert habe, dass diese Geräte legal seien. Seine Zustimmung habe er schliesslich erteilt, nachdem er auch in anderen Restaurants solche Automaten gesehen habe. Er habe weder mit den Automaten gespielt noch je Geld aus den Automaten genommen oder einen Gewinn ausbezahlt. Er sei ohnehin nicht im Besitz eines Schlüssels für die Automaten gewesen und hätte den Betrag aus eigener Kasse vorschliessen müssen. Die Auszahlung von Gewinnen sei aber auch nicht vereinbart gewesen (Urk. 18 S. 3 f.).

3.3. Nach Art. 3 Abs. 1 des Spielbankengesetzes sind Glücksspiele Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Gemäss Urteil des Bundesgerichts 6B_466/2011 vom 16. März 2012 handelt es sich beim Merkmal des In-Aussicht-stehens eines Gewinns als Definitionselement des Glücksspiels um ein Tatbestandsmerkmal von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, welches daher vom Vorsatz oder von der Fahrlässigkeit des Beschuldigten erfasst sein muss. Wegen vorsätzlicher Widerhandlung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG oder wegen fahrlässigen Handelns gemäss Art. 56 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG kann der Beschuldigte nur bestraft werden, wenn er ent-

weder wusste und in Kauf nahm oder bei der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können, dass für das Spielen an den beschlagnahmten Automaten ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht stand (BGer 6B_466/2011, 6B_467/2011 E. 4.3.1).

3.4. Die Vorinstanz kam im Urteil vom 5. September 2018 zum Schluss, dass ein vorsätzlicher Verstoss gegen Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG nicht vorliege (Urk. 18 S. 9). Es sei weder bewiesen, dass der Beschuldigte gewusst habe, dass auf den Automaten um Geld gespielt worden sei noch, dass er davon Kenntnis genommen habe, dass auf den Automaten sogenannte Walzenspiele installiert gewesen seien (Urk. 18 S. 9). Ferner sei weder konkret behauptet noch bewiesen, dass der Beschuldigte die Auszahlung von Gewinnen in Aussicht gestellt oder je Gewinne ausgezahlt bzw. er sein Personal angewiesen habe, Gewinne auszuzahlen (Urk. 18 S. 7).

Dass und inwiefern diese Feststellungen und Erwägungen der Vorinstanz willkürlich respektive bundesrechtswidrig seien, wird von der ESBK nicht dargelegt und ist daher nicht zu prüfen. Die Vorinstanz wies sodann zutreffend darauf hin, dass dem Beschuldigten die fahrlässige Erfüllung des Tatbestandes nicht vorgeworfen werde, weshalb es sich auch erübrigt, hierauf einzugehen (Urk. 2/7/36 und 38 f.).

3.5. Den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG betreffend bringt die ESBK vor, dass ein Wissen um die Qualifikation der Geräte bzw. der darauf installierten Spiele als Glückspielautomaten vom Tatbestand nicht vorausgesetzt werde. Es sei gerade Sinn und Zweck der Vorführpflicht gemäss Artikel 61 Abs. 1 VSBG, dass durch die ESBK entsprechende Abklärungen im Hinblick auf die Qualifikation vorgenommen werden könnten. Somit sei die Frage, ob der Beschuldigte mit der Möglichkeit rechnete oder rechnen musste, dass verbotene Glücksspiele darauf installiert seien, nicht Voraussetzung der Tatbestandsmässigkeit (mit Verweis auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SU160053 vom 12. Juni 2017, E. V/4; Urk. 26 S. 6).

3.6. Grundsätzlich trifft es zu, dass der Beschuldigte nicht zu wissen braucht, was alles auf dem Automaten installiert ist bzw. ob es sich beim Automaten um

einen Geschicklichkeits- oder einen Glückspielautomaten handelt. Diese Unterscheidung kann aufgrund des zu beurteilenden Zufallselementes im Einzelfall äusserst schwierig sein. Der Beschuldigte muss sich aber auch betreffend den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG im Klaren darüber sein, ob ein Gewinn bzw. ein geldwerter Vorteil in Aussicht steht bzw., ob es sich überhaupt um ein Geldspiel handelt. Art. 56 Abs. 1 lit. c spricht zwar auch von Spielsystemen, womit der Gesetzgeber vermutungsweise der in diesem Bereich zu erwartenden dynamischen Entwicklung hat Rechnung tragen wollen. Es erhellt aber sowohl aus der Botschaft zum Spielbankengesetz als auch aus der schliesslich in Art. 61 Abs. 1 VSBG normierten Vorführpflicht, dass Gegenstand des Gesetzes stets nur Geldspiele, also Spiele, bei denen ein Gewinn oder ein geldwerter Vorteil in Aussicht steht, sein können (so auch die Definition der Geldspiele in Art. 3 des neuen BGS; BBl 1997 III 146 ff.). Entscheidend ist, dass ein Gewinn bzw. ein geldwerter Vorteil lockt, nicht, ob das Spiel nur gegen Geld gespielt werden kann, zumal auch blosse Unterhaltungsspiele gegen Gebühr angeboten werden. Damit wird auch das In-Aussicht-stehen eines Gewinns vom Tatbestand nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG vorausgesetzt.

In der Untersuchung wurden keinerlei strafprozessual verwertbare Zeugeneinvernahmen durchgeführt. Deshalb kann dem Beschuldigten seine Behauptung, es sei nie ein Gewinn ausbezahlt worden, nicht widerlegt werden.

Wusste der Beschuldigte somit nicht, dass auf den Automaten um einen Gewinn gespielt wurde bzw. ein geldwerter Vorteil in Aussicht stand, so kann er auch gestützt auf Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG nicht verurteilt werden. Das Wissen um das Vorliegen eines Geldspieles wird entgegen dem Wissen um die Qualifikation als Geschicklichkeits- oder Glückspielautomat sehr wohl vom Tatbestand nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG vorausgesetzt. Dieses Wissen konnte dem Beschuldigten gemäss vorinstanzlicher Feststellung nicht nachgewiesen werden und eine Rüge seitens der ESBK, welche im Rahmen der auf Willkür beschränkten Kognition zu prüfen wäre, wurde hiergegen nicht erhoben. Fahrlässigkeit wurde auch diesen Tatbestand betreffend nicht angeklagt. Der vorinstanzliche Freispruch ist deshalb zu bestätigen.

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass sich an diesem Ergebnis auch nach neuem Recht bzw. nach dem Geldspielgesetz nichts ändern würde. Nach Art. 3 BGS handelt es sich bei Geldspielen um Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht. Auch hier handelte es sich somit beim In-Aussicht-stehen eines Gewinns um ein Tatbestandsmerkmal der entsprechenden Strafbestimmung nach Art.131 Abs. 1 lit. a BGS, welches vom Vorsatz des Beschuldigten umfasst sein muss.

4. Ersatzforderung / Kosten- und Entschädigungsfolge

Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Urteil betreffend die Regelung der Ersatzforderung sowie die Kosten- und Entschädigungsfolge zu bestätigen (Dispositivziffer 2 bis 4).

Die Kosten für das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dem Beschuldigten ist für seine Aufwände im Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 2'201.25 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse auszurichten.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Die Ersatzforderung des Bundes wird abgewiesen.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 3 und 4) wird bestätigt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 2'201.25 aus der Gerichtskasse zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und den Beschuldigten
- die ESBK
- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)

7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 10. September 2019

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Volken

lic. iur. H. Kistler