

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SU190013-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller und Oberrichterin lic. iur Bertschi sowie der Gerichtsschreiber  
MLaw Orlando

## Urteil vom 19. Februar 2020

in Sachen

**Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,**

Untersuchungsbehörde und Berufungsklägerin

sowie

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Untersuchungsbehörde

gegen

1. **A.**\_\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Beschuldigte und Berufungsbeklagte

1 ab 6. Juni 2019 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw UZH X.\_\_\_\_\_

2 verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw UZH X.\_\_\_\_\_

betreffend **Übertretung des Spielbankengesetzes**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 5. März 2019 (GA180017)**

**Strafverfügungen:**

Die Strafverfügungen der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) vom 17. Oktober 2018 sind diesem Urteil beigeheftet (Urk. 3/07 063 ff. und Urk. 3/07 084 ff.).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 24 S: 23 f.)

1. Der Einsprecher A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG.
2. Der Einsprecher B.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG.
3. Der Einsprecher A.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit einer Busse von Fr. 2'000.00.
4. Der Einsprecher B.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit einer Busse von Fr. 1'400.00.
5. Die Bussen sind zu bezahlen.
6. Die mit Verfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission vom 22. Mai 2017 beschlagnahmten Gegenstände (1 Tischautomat "Vegas Multigame" [1], inkl. Schlüssel, und 1 Tischautomat "Vegas Multigame" [2], inkl. Schlüssel) werden eingezogen und der Eidgenössischen Spielbankenkommission zur Vernichtung überlassen.
7. Die mit Verfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission vom 22. Mai 2017 beschlagnahmten Fr. 100.00 werden zuhanden der Bundeskasse eingezogen.
8. Der Einsprecher A.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, dem Bund als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 4'050.00 zu bezahlen.

9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf Fr. 1'200.00.
10. Die Kosten gemäss Ziffer 9 werden den Einsprechern je zur Hälfte auferlegt.
11. Die Kosten gemäss Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission (Nr. 62-2017-080/04/zir) vom 17. Oktober 2018 in Höhe von Fr. 5'385.00 werden dem Einsprecher A.\_\_\_\_\_ auferlegt.
12. Die Kosten gemäss Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission (Nr. 62-2017-080/03/zir) vom 17. Oktober 2018 in Höhe von Fr. 5'025.00 werden dem Einsprecher B.\_\_\_\_\_ auferlegt.
13. Über die Kosten gemäss Ziffer 9 stellt die Gerichtskasse Rechnung, während über die den Einsprechern von der Eidgenössischen Spielbankenkommission auferlegten Kosten die Eidgenössischen Spielbankenkommission Rechnung stellt.
14. [Mitteilungen]
15. [Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

- a) Der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK):  
(Urk. 40 S. 2 f.)
  1. Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 sowie 8 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 5. März 2019 sind aufzuheben.
  2. A.\_\_\_\_\_ ist schuldig zu sprechen der Durchführung und Zurverfügungstellung von Spielbankenspielen, ohne die dafür notwendige Konzession zu besitzen, gemäss Art. 130 Absatz 1 Buchstabe a BGS.
  3. B.\_\_\_\_\_ ist schuldig zu sprechen der Durchführung und Zurverfügungstellung von Spielbankenspielen, ohne die dafür notwendige Konzession zu besitzen, gemäss Art. 130 Absatz 1 Buchstabe a BGS.

4. A.\_\_\_\_\_ ist zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 70.00, ausmachend CHF 4'200.00, sowie zu einer Busse in der Höhe von CHF 1'050.00 zu verurteilen.
5. Der Vollzug der Geldstrafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.
6. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt A.\_\_\_\_\_ die Busse schuldhaft nicht, so ist an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Tagen festzusetzen.
7. B.\_\_\_\_\_ ist zu einer Geldstrafe von 56 Tagessätzen zu CHF 100.00, ausmachend CHF 5'600.00, sowie zu einer Busse in der Höhe von CHF 1'400.00 zu verurteilen.
8. Der Vollzug der Geldstrafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.
9. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt B.\_\_\_\_\_ die Busse schuldhaft nicht, so ist an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen festzusetzen.
10. A.\_\_\_\_\_ ist zu verurteilen, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 32'438.00 zu bezahlen.
11. B.\_\_\_\_\_ ist zu verurteilen, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 600.00 zu bezahlen.
12. Diese Verurteilungen sind im Strafregister einzutragen.

Eventualiter:

1. Die Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 5. März 2019 sind aufzuheben.
2. A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Organisation von Glücksspielen ausserhalb von Spielbanken gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.
3. B.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Organisation von Glücksspielen ausserhalb von Spielbanken gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.
4. A.\_\_\_\_\_ ist zu einer Busse von Fr. 11'500.– zu verurteilen.
5. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt A.\_\_\_\_\_ die Busse von CHF 11'500.00 schuldhaft nicht, ist die Ersatzfreiheitsstrafe nach Rechtskraft des Bussenentscheides und nach dem Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse gestützt auf Art. 10 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 91 VStrR festzusetzen.
6. B.\_\_\_\_\_ ist zu einer Busse von Fr. 11'500.– zu verurteilen.
7. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt B.\_\_\_\_\_ die Busse von CHF 11'500.00 schuldhaft nicht, ist die Ersatzfreiheitsstrafe nach Rechtskraft des Bussenentscheides und nach dem Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse gestützt auf Art. 10 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 91 VStrR festzusetzen.
8. A.\_\_\_\_\_ ist zu verurteilen, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 32'438.00 zu bezahlen.
9. B.\_\_\_\_\_ ist zu verurteilen, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 600.00 zu bezahlen.
10. Diese Verurteilungen sind im Strafregister einzutragen.

b) Des Verteidigers der Beschuldigten:

(Urk. 45 S. 2)

1. Es sei die Berufung der Eidgenössischen Spielbankenkommission mit Haupt- und Eventualantrag abzuweisen, soweit auf diese im Detail überhaupt einzutreten ist;
2. es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht Vorinstanz) vom 5. März 2019 vollumfänglich zu bestätigen;
3. es sei dieses Berufungsverfahren nach dem einfachen Schriftenwechsel d.h. mit Eingang der Berufungsantwort abzuschliessen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten Eidgenössische Spielbankenkommission/Staat.

---

**Erwägungen:**

**I. Prozessgeschichte**

1. Mit unbegründetem Strafbescheid vom 25. April 2018 wurden sowohl der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschuldiger 1; Strafbescheid Nr. 62-2017-080/02/Zir; Urk. 3/07 033 ff.) als auch der Beschuldigte B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschuldiger 2; Strafbescheid Nr. 62-2017-080/01/Zir, Urk. 3/07 028 ff.) von der Eidgenössischen Spielbankenkommission (nachfolgend: ESBK) der Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken für schuldig befunden und je zu einer Busse von Fr. 11'500.– sowie zur Bezahlung von Ersatzforderungen verurteilt. Die Verfahrenskosten wurden ausgangsgemäss den beiden Beschuldigten anteilmässig auferlegt.

2. Gegen die vorgenannten Strafbescheide liessen die Beschuldigten mit Eingabe vom 28. Mai 2018 Einsprache erheben. Der Vertreter der Beschuldigten,

Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_, stellte die Anträge, die Strafbescheide seien aufzuheben und eventualiter seien die Bussen und Ersatzforderungen zu kürzen. Sub-eventualiter wurde die gerichtliche Beurteilung beantragt (Urk. 3/07 038 ff., Urk. 3/07 051 ff.).

Daraufhin ergingen die Strafverfügungen vom 17. Oktober 2018 der ESBK, mit welchen u.a. die Begehren um gerichtliche Beurteilung abgewiesen und im übrigen die hiervor genannten Strafbescheide bestätigt und den Beschuldigten wiederum die Verfahrenskosten auferlegt wurden (Strafverfügungen Nr. 62-2017-080/03/Zir und Nr. 62-2017-080/04/Zir; Urk. 3/07 063 ff. und Urk. 3/07 084 ff.). Die Beschuldigten verlangten innert gesetzlicher Frist (Art. 72 Abs. 1 VStrR) die gerichtliche Beurteilung der gegen sie ergangenen Strafverfügungen (Urk. 3/08 001, Urk. 03/08 004). Die ESBK hielt an den Strafverfügungen fest und überwies die Akten am 21. November 2018 gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VStrR zwecks gerichtlicher Beurteilung zuhanden des Bezirksgerichtes Zürich an die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Urk. 1 und Urk. 2).

3. Mit eingangs wiedergegebenem Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 5. März 2019 wurden die Beschuldigten der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 2'000.– (Beschuldigter 1) bzw. Fr. 1'400.– (Beschuldigter 2) bestraft. Die Vorinstanz entschied über die beschlagnahmte Barschaft sowie diverse Gegenstände und verpflichtete den Beschuldigten 1 zur Bezahlung einer Ersatzforderung von Fr. 4'050.–. Ausgangsgemäss setzte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsregelungen (Urk. 24 S. 24.).

4. Gegen dieses Urteil meldete die ESBK rechtzeitig Berufung an (Urk. 20/1; Urk. 21). Am 9. April 2019 ging dem hiesigen Gericht die Berufungserklärung fristgerecht ein (Urk. 25; vgl. Urk. 20/1). Die Beschuldigten sowie die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürichs verzichteten auf eine Anschlussberufung (Urk. 30 und Urk. 31). Mit Beschluss vom 24. Mai 2019 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und der ESBK Frist angesetzt, um ihre Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 35). Mit Eingabe vom 31. Mai 2019 ersuchte die

ESBK um eine Fristerstreckung, welche ihr am 4. Juni 2019 gewährt wurde (Urk. 37). Sodann liess der Beschuldigte 1 mit Eingabe vom 7. Juni 2019 beantragen, es sei ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ eine amtliche Verteidigung zu bestellen (Urk. 38 S. 2). Am 8. Juli 2019 ging der hiesigen Kammer die Berufungsbegründung der ESBK ein (Urk. 40). Mit Präsidialverfügung vom 11. Juli 2019 wurde dem Beschuldigten 1 Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ als amtlicher Verteidiger mit Wirkung ab 6. Juni 2019 bestellt (Urk. 41). Ferner wurde die Berufungsbegründung der ESBK (Urk. 40) mit vorgenannter Präsidialverfügung den Beschuldigten, der Vorinstanz und der Oberstaatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 42 f.). Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (Urk. 43), reichte der Vertreter der Beschuldigten nach einmalig erstreckter Frist mit Eingabe vom 12. August 2019 seine Berufungsantwort ein (Urk. 45; vgl. Urk. 44). Die Oberstaatsanwaltschaft liess sich innert Frist nicht vernehmen. Eine Berufungsreplik erfolgte nicht und von keiner Partei wurden Beweisergänzungen beantragt. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2019 reichte der amtliche Verteidiger des Beschuldigten 1 seine Honorarnote ein (Urk. 50). Das vorliegende Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Umfang der Berufung und Kognition**

1. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 80 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID/JOSITSCH, StPO-Praxiskommentar, Art. 402 N 1; vgl. auch Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

2. Bilden ferner – wie im vorliegenden Fall – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhaltes sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO).

2.1. Betreffend den *Sachverhalt* hat das Berufungsgericht dabei nur zu prüfen, ob dieser durch die Vorinstanz offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, festgestellt wurde. Relevant sind dabei klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, wie namentlich Versehen, Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Beweislage auf der einen und der Urteilsbegründung auf der anderen Seite. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Gesamthaft gesehen sind Konstellationen relevant, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., Art. 398 N 12 f.; BSK StPO-EUGSTER, Art. 398 N 3; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_696/2011 vom 6. März 2012, E. 2.1). 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 erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt nicht (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4 mit Hinweisen). Das Berufungsgericht darf und muss sich in Sachverhaltsfragen auf eine Willkürprüfung beschränken und hat keine erneute Beweiswürdigung vorzunehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B\_696/2011 vom 6. März 2012, E. 4.1).

2.2. Weiter wird das angefochtene Urteil auf *Rechtsverletzungen* bei der durch die Vorinstanz vorgenommenen rechtlichen Würdigung überprüft. Dabei liegt keine Einschränkung der Überprüfungsbefugnis vor; sämtliche Rechtsfragen sind mit freier Kognition zu prüfen, und zwar nicht nur materiellrechtliche, sondern auch prozessuale (vgl. HUG/SCHWEIDEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO-Kommentar, Art. 398 N 23). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die ESBK geltend macht, das vorinstanzliche Urteil sei rechtsfehlerhaft, da die Anwendbarkeit von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS nicht geprüft worden sei. Diese Rüge der Rechtsverletzung fällt in den Bereich der beschränkten Kognition im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO, weshalb entgegen dem Antrag der Verteidigung (Urk. 45 S. 2) auf die Berufung einzutreten ist.

2.3. 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).

3. Die ESBK ficht mit ihrer Berufung die Schuldsprüche wegen der Übertretung des Spielbankengesetzes (Dispositivziffern 1 und 2), die ausgefallten Bussen (Dispositivziffern 3 und 4) sowie die dem Beschuldigten 1 auferlegte Ersatzforderung (Dispositivziffer 8) an. Unangefochten und in Rechtskraft erwachsen ist damit die Einziehung der mit Verfügung der ESBK vom 22. Mai 2017 beschlagnahmten Gegenstände sowie der beschlagnahmten Barschaft (Dispositivziffern 6 und 7) sowie das Kostendispositiv (Dispositivziffern 9 bis 13), was vorab mittels Beschluss festzuhalten ist. Im Übrigen ist zu überprüfen, ob die von der ESBK gegen den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vorgebrachten Beanstandungen von der oben dargelegten Überprüfungsbefugnis gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO gedeckt sind und – gegebenenfalls – ob der angefochtene vorinstanzliche Entscheid auf willkürlicher Sachverhaltsfeststellung oder auf Rechtsverletzungen beruht.

### **III. Anwendbares Prozessrecht**

1. Gemäss Art. 57 Abs. 1 SBG ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (Verwaltungsstrafrechtsgesetz; nachfolgend VStrR) anwendbar (vgl. auch Art. 1 VStrR), welches sowohl materielle (Verwaltungsstrafrecht; Art. 2 ff. VStrR) als auch prozessuale Bestimmungen (Verwaltungsstrafverfahren; Art. 19 ff. VStrR) beinhaltet.

2. Nach Art. 80 Abs. 1 VStrR können gegen Entscheide der kantonalen Gerichte die Rechtsmittel der StPO ergriffen werden. 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.

## **IV. Anwendbares materielles Recht**

### **1. Übergangsrecht**

Per 1. Januar 2019 ist das neue Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz; nachfolgend: BGS) in Kraft getreten. Die Übergangsbestimmungen in diesem Gesetz betreffen die Strafbestimmungen nicht. Dementsprechend kommen in Anwendung von 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 – die den Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen fanden gemäss Strafverfügungen im Tatzeitraum Januar 2017 bis März 2017 statt –, das neue Gesetz nur anzuwenden ist, wenn es gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB das mildere ist.

### **2. Urteil der Vorinstanz / Parteistandpunkte**

2.1. Im Rahmen der Ermittlung des anwendbaren Rechts subsumierte die Vorinstanz den Anklagesachverhalt unter den Übertretungstatbestand von Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS. In einem zweiten Schritt erwog sie, dass sowohl Art. 131 Abs. Abs. 1 lit. a BGS als auch Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG für die Übertretung einen Strafraum von Busse bis zu Fr. 500'000.– vorsehen. Aufgrund der demnach gleichen Strafandrohung erweise sich das neue Recht nicht als milder und das Spielbankengesetz (nachfolgend: SBG) bleibe anwendbar (Urk. 24 S. 5).

2.2. Die ESBK stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe das neue Recht nicht zutreffend angewandt. Vorliegend seien die den Beschuldigten vorgeworfenen Tathandlungen nicht unter den Übertretungstatbestand nach Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS, sondern unter den Vergehenstatbestand nach Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS zu subsumieren (Urk. 40 S. 4). Somit seien die beiden Beschuldigten unter Anwendung des BGS wegen einer Widerhandlung gegen Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS zu einer Geldstrafe inkl. Verbindungsbusse zu verurteilen, während sie mit den Strafverfügungen und dem Urteil der Vorinstanz wegen einer Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG – mithin einer Übertretung – zu einer Busse verurteilt worden seien. Infolgedessen stünden sich im konkreten Fall eine Busse und eine bedingte Geldstrafe gegenüber. Unter Hin-

weis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 134 IV 82, E. 7.3) schloss die ESBK, dass in einer solchen Konstellation die bedingte Geldstrafe die mildere Sanktion sei, weshalb das BGS als das mildere Recht anzuwenden und dem Urteil zugrunde zu legen sei (Urk. 40 S. 13).

2.3. Die Verteidigung hält den Vorbringen der ESBK unter Verweis auf das vorinstanzliche Urteil entgegen, der Strafraumen der vorliegend einschlägigen Normen, Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG und Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS, sei gleich, mithin sei die Bestimmung des BGS nicht milder, womit das SBG anwendbar bleibe. Zudem sei die rechtliche Qualifikation eines Sachverhalts als Vergehen für die beschuldigte Person ohne jeden Zweifel schwerwiegender als die Qualifikation als Übertretung. Die Anwendung von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS sei deshalb ausgeschlossen. Ferner sei eine Busse allein milder als eine mit Geldstrafe kombinierte Busse. Zusammenfassend sei das SBG das mildere Recht und somit im vorliegenden Fall anwendbar (Urk.45 S. 16).

### 3. Lex mitior

3.1. Ob das neue Gesetz im Vergleich zum alten milder ist und deshalb gestützt auf Art. 2 Abs. 2 StGB ausnahmsweise zur Anwendung gelangt, beurteilt sich nach dem Grundsatz der konkreten Methode. Dabei ist 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 wegkommt (BGE 126 IV 5 E. 2c m.w.H.). Gesetzesänderungen können dabei die Strafbarkeit im Allgemeinen, aber auch die einschlägige Strafnorm betreffen. Sofern feststeht, dass die Strafbarkeit des zur Last gelegten Verhaltens unter neuem Recht fortbesteht, sind die gesetzlichen Strafraumen bzw. Sanktionen zu vergleichen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_115/2011 vom 26. Juli 2011, E. 3.5; BGE 134 IV 82 E. 6.2.1 m.w.H.). Massgebend ist, welches die nach dem Gesetz gefundene, objektiv günstigere Rechtslage darstellt, nicht etwa der subjektive Gesichtspunkt, welche Sanktion dem Täter persönlich als vorteilhafter erscheint. Da die Schwere der Rechtsfolgen und der damit verbundene Vorwurf entscheiden, kann es bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen auf den Täter ankommen (BGE 134 IV E. 6.2.2).

3.2. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG wird mit Haft oder Busse bis zu Fr. 500'000.– bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt. Glücksspiele sind dabei Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Art. 3 Abs. 1 SBG). Glücksspielautomaten wiederum sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft (Art. 3 Abs. 2 SBG). Dass der angeklagte Sachverhalt unter den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG fällt, ist unbestritten. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

3.3. Mit dem neuen Geldspielgesetz (BGS) werden die meisten Handlungen, die bisher durch das SBG unter Strafe gestellt waren, übernommen (Art. 130 ff. BGS; vgl. Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz, BBl 2015, S. 8387-8534, S. 8496). So fallen grundsätzlich alle Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, in den Geltungsbereich des BGS (Art. 1 Abs. 1 BGS i.V.m. Art. 3 lit. a BGS). Auch die Spielkategorien innerhalb der Geldspiele sind weitgehend gleich wie in der bisherigen Regelung im SBG, auch wenn einige Präzisierungen und Änderungen vorgenommen wurden (vgl. Art. 3 BGS i.V.m. Art. 3 SBG; Botschaft a.a.O., S. 8387-8534, S. 8406 f.).

3.4. Gemäss Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele oder Grossspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt. Spielbankenspiele sind dabei jene Geldspiele, die einer eng begrenzten Anzahl Personen offenstehen; ausgenommen sind die Sportwetten, die Geschicklichkeitsspiele und die Kleinspiele (Art. 3 lit. g BGS). Zu den Spielbankenspielen im Sinne von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS zählen insbesondere die Spielautomatenspiele, soweit sie keine Grossspiele darstellen, indem sie mehr als tausend Personen pro Ziehung offenstehen (Botschaft a.a.O., S. 8387-8534, S. 8407). Grossspiele sind Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele, die automatisiert oder interkantonal oder online durchgeführt werden

(Art. 3 lit. e BGS). Der Botschaft zum Bundesgesetz über Geldspiele ist sodann zu entnehmen, dass die Veranstaltung von Spielbankenspielen ohne Konzession oder von Grossspielen ohne Bewilligung ein Vergehen ist, während die Veranstaltung von Kleinspielen ohne Bewilligung, mit denen eindeutig ein geringeres Gefahrenpotential verbunden ist, einer Übertretung entspricht (Botschaft a.a.O., S. 8497) und dass der Übertretungstatbestand einen Auffangtatbestand darstellt, welcher Spiele erfasst, die nicht unter den Tatbestand des Verbrechens oder Vergehens fallen (Botschaft a.a.O., S. 8500).

3.5. Vorliegend wird den Beschuldigten in der Anklage vorgeworfen, Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert zu haben durch Anbieten zweier Geräte mit je 43 als Glücksspiele bzw. Glücksspielautomaten qualifizierten Spielen im Lokal C.\_\_\_\_\_ in der Zeit vom 23. Januar 2017 bzw. 6. Februar 2017 bis 24. März 2017. Diese in der Anklage umschriebenen Glücksspiele sind entsprechend den vorstehenden Erwägungen als Spielbankenspiele im Sinne von Art. 130 Abs. 1 lit a BGS zu qualifizieren. Abweichend von der Vorinstanz fallen die in der Anklage umschriebenen Glücksspiele nach neuem Recht somit nicht unter den Auffangtatbestand der Übertretung im Sinne von Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS.

3.6. Somit ist festzuhalten, dass die Widerhandlungen gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG gemäss Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS weiterhin unter Strafe gestellt werden. Sodann sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Ermittlung des milderen Rechts die gesetzlichen Strafraumen bzw. Sanktionen der betreffenden Straftatbestände einander gegenüberzustellen (BGE 134 IV 82 E. 6.2.1, vgl. hievor Ziffer IV.3.1).

3.7 Wie hievor aufgezeigt (Ziffer IV.3.2), wird gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, welcher eine Übertretung darstellt, mit Haft oder Busse bis zu Fr. 500'000.– bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt. Nach Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS wird wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt.

3.8. Die mutmasslichen Taten haben sich unter altem Recht (SBG) abgespielt. Für den Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens ist die Strafandrohung des alten Rechts deutlich günstiger (vgl. auch Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 16. April 2019, Geschäfts-Nr. BE.2018.19, E. 4.4). Zumal den Beschuldigten unter neuem Recht eine Bestrafung wegen eines Vergehens droht, wird ihnen zudem ein schwerwiegender Vorwurf als nach altem Recht (SBG) gemacht, gemäss welchem den Beschuldigten eine Bestrafung wegen einer Übertretung drohte. Die Schlussfolgerung, dass eine Sanktionierung nach Art. 130 Abs. 1 lit. 1 BGS nicht milder ist als nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, steht ferner auch im Einklang mit dem vom Gesetzgeber intendierten Zweck der Schärfung der Strafnormen im BGS (Botschaft a.a.O., S. 8497). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das SBG das mildere Gesetz ist und somit gestützt auf Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 2 Abs. 2 StGB zur Anwendung gelangt.

3.9 Die Berufung der ESBK ist somit nach dem Dargelegten in Bezug auf die Anträge, die Beschuldigten seien gestützt auf das BGS zu verurteilen und es sei eine Geldstrafe auszufällen, abzuweisen.

## **V. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

1. Dem Beschuldigten 1 wird zusammengefasst vorgeworfen, dem Beschuldigten 2 vom 23. Januar 2017 bis zum 24./25. März 2017 den Tischautomaten 1 sowie vom 6. Februar 2017 bis zum 24./25. März 2017 zusätzlich den Tischautomaten 2 zur Verfügung gestellt und in dessen Lokal aufgestellt zu haben, in der Absicht, diese Tischautomaten Dritten zum Spiel anzubieten. Auf den zwei Geräten seien insgesamt 43 verschiedene mit Verfügung der ESBK qualifizierte Glücksspiele (Art. 3 Abs. 1 SBG) oder Glücksspielautomaten (Art. 3 Abs. 2 SBG) installiert gewesen. Aufgrund der Tatsache, dass auf den beiden Geräten mehrheitlich Glücksspiele installiert gewesen seien, welche sonst in Casinos angeboten würden, habe es der Beschuldigte 1 mindestens für möglich halten müssen, das Anbieten von Glücksspielen organisiert zu haben. Indem der Beschuldigte 1 dem Beschuldigten 2 vorerwähnte Geräte zur Verfügung gestellt habe – ohne diese vorweg der ESBK zur Prüfung vorgelegt zu haben –, regelmässig mit die-

sen Geräten Erträge generiert und Gewinne ausbezahlt sowie an diesen Kreditlösungen vorgenommen habe, habe er sich des Organisierens von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a schuldig gemacht (Urk. 3/07 085 ff.).

2. Dem Beschuldigten 2 wird seinerseits vorgeworfen, als Geschäftsführer und Patentinhaber des Lokals C.\_\_\_\_\_ seinen Gästen die zwei vorgenannten Geräte mit den darauf installierten Glücksspielen oder Glücksspielautomaten zum Spielen zur Verfügung gestellt haben. Allfällige aus dem Glücksspiel resultierende Gewinne seien von ihm aus der Kasse respektive – wenn zu wenig Geld vorhanden gewesen sei – vom Beschuldigten 1 ausbezahlt worden. Zum Kontrollzeitpunkt hätten sich in der Kasse des Automaten 2 Fr. 100.– befunden und die andere Kasse sei leer gewesen. Die Kassen seien jeweils am Montag vom Beschuldigten 1 geleert worden und der Beschuldigte 2 hätte vom Beschuldigten 1 pauschal Fr. 600.– pro Monat als Platzmiete erhalten sollen. Auch der Beschuldigte 2 habe es zumindest für möglich gehalten, durch seine Handlungen Glücksspiele zur Verfügung gestellt zu haben. Mithin habe auch er sich des Organisierens von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a schuldig gemacht (Urk. 3/07 064).

3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich der Anklagesachverhalt gestützt auf die Aussagen der Beschuldigten und von D.\_\_\_\_\_ sowie E.\_\_\_\_\_, welche zum Kontrollzeitpunkt gemäss Rapport der Stadtpolizei Zürich vom 30. April 2017 (act. 3/01 003 ff.) an den Automaten spielten, erstellen liesse. Einzig die Zeitdauer (23. Januar 2017 bis zum 24./25. März 2017), während der die Spielautomaten im Restaurant C.\_\_\_\_\_ in Betrieb gewesen seien, werde von den Beschuldigten bestritten. Diesbezüglich kam die Vorinstanz zum Ergebnis, dass zu Gunsten der Beschuldigten davon ausgegangen werden müsse, dass Glücksspiele bzw. Glücksspielautomaten im Lokal C.\_\_\_\_\_ seit Montag, 20. März 2017, während einer Dauer von fünf Tagen angeboten worden seien (Urk. 24 S. 15).

4.1. Gemäss Eventualantrag der ESBK seien die von der Vorinstanz ausgesprochenen Schuldsprüche wegen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz i.S.v. Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG zu bestätigen. Im Rahmen der von ihr beanstande-

ten Strafzumessung sowie in Bezug auf die beantragten Ersatzforderungen rügte sie die Sachverhaltserstellung der Vorinstanz. Entgegen der Vorinstanz sei nicht auf einen Betriebszeitraum der Spielautomaten von lediglich fünf Tagen abzustellen (Urk. 40 S. 8 und S. 19). Die ESBK unterliess es hingegen, substantiiert darzulegen, dass und inwiefern die vorinstanzlichen Erwägungen zur Sachverhaltserstellung willkürlich respektive bundesrechtswidrig seien, weshalb eine diesbezügliche Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils ausser Betracht fällt. Gemäss der ESBK habe sich die Vorinstanz bei der Beweiswürdigung primär auf die unglaubhaften Aussagen der beiden Beschuldigten abgestellt. Die ESBK ihrerseits begnügt sich damit, hinsichtlich der Betriebsdauer der Spielautomaten auf die Ausführungen in den Strafverfügungen zu verweisen. Zusammenfasst sei gemäss technischer Analyse erstellt, dass der Spielautomat 1 seit dem 23. Januar 2017 und der Spielautomat 2 seit dem 6. Februar 2017 bis zum Kontrolltag am 24. März 2017 in Betrieb gewesen sei (Urk. 40 S. 19; Urk. 3/07 068). Beide Zähler, also sowohl der Lang- als auch der Kurzzeitzähler (Urk. 03/05 019) müssten bei beiden Geräten jeweils vor dem 23. Januar 2017 bzw. vor dem 6. Februar 2017 auf Null gestanden sein, weil beide Zählerstände vor der jeweilig ersten Kreditlöschung identisch gewesen seien (Urk. 40 S. 19). Es sei somit zur Eruiierung des Gesamterlöses aus der Spieltätigkeit auf den Langzeitzähler abzustellen (Urk.3/07 068).

4.2. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz in ihrer Sachverhaltserstellung in Willkür verfallen wäre. So hielt sie fest, dass gestützt auf die technische Analyse der Spielautomaten zwar feststehe, dass der Spielautomat 2 seit dem 6. Februar 2017 und der Spielautomat 1 seit dem 23. Januar 2017 in Betrieb gewesen sei. Hingegen erwog die Vorinstanz sodann zu Recht, dass aufgrund der eruierten Betriebszeit nicht darauf geschlossen werden könne, dass die beiden Spielautomaten während diesem Zeitraum im Restaurant C. \_\_\_\_\_ bereitgestellt worden wären, zumal der technischen Auswertung keinerlei Angaben zum konkreten Ort, an welchem die Automaten eingesetzt worden sind, zu entnehmen seien (Urk. 3/05 019; Urk. 3/05 025).

4.3. Der technischen Analyse ist zu entnehmen, dass der angegebene Betriebszeitraum der in den aktiven Logdateien dokumentierten Zeitspanne entspricht (Urk. 3/05 020). Daraus kann nicht unversehens auf eine Benutzung der Spielautomaten in besagtem Lokal geschlossen werden. Zudem folgert die Vorinstanz richtig, dass aufgrund der Aussage des Beschuldigten 1, dass es sich bei den Spielautomaten um solche aus zweiter Hand gehandelt habe (Prot. I S. 22), nicht auszuschliessen sei, dass die Spielautomaten auch an anderen Örtlichkeiten eingesetzt worden sein könnten (Urk. 24 S. 14). Auch geht die Vorinstanz in ihrer Aussagenwürdigung der beiden Zeugen D.\_\_\_\_ sowie E.\_\_\_\_ nicht fehl, wenn sie festhält, aus deren Aussagen könne nicht auf eine längere Betriebsdauer der Spielautomaten im Lokal C.\_\_\_\_ geschlossen werden (Urk. 24 S. 15). Der Zeuge E.\_\_\_\_ sagte aus, einen Spielautomaten in erwähntem Lokal zum ersten mal am Tag der Kontrolle gesehen zu haben (Urk. 15 S. 15). Der Zeuge D.\_\_\_\_ gab zwar an, bereits vor dem Kontrollzeitpunkt am 24. März 2017 Spielautomaten im Lokal gesehen zu haben (Urk. 16 S. 4). Hingegen konnte er nicht mit Sicherheit bestätigen, dass es sich bei den Spielautomaten, die er vor dem 24. März 2017 gesehen habe, um einen derjenigen gehandelt habe, auf welchem er am Kontrolltag gespielt habe (Urk. 16 S. 4). Da der Beschuldigte 2 selber einräumte, bereits schon einmal Automaten in seinem Lokal aufgestellt zu haben, auf denen Videospiele hätten gespielt werden können oder auch ganz profane Spiele (sogenannte Zangenspiele) angeboten habe (vgl. Prot. I S. 16), ist eben gerade nicht auszuschliessen, dass der Zeuge D.\_\_\_\_ diese Automaten gesehen hat. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz, für die Ermittlung der Betriebsdauer könne nicht zuungunsten der Beschuldigten lediglich auf die in der technischen Analyse ermittelten Daten abgestellt werden (Urk. 24 S. 14 f.), ist demnach nicht zu beanstanden. Beide Beschuldigten gaben an, die Spielautomaten seien an einem Montag aufgestellt worden (Prot. I S. 14; Prot. I S. 22). Da auch die letzte Rücksetzung des Kurzzeitzählers auf den Montag, den 20. März 2017, fällt (Urk. 3/05 019; 3/05 025), ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz zugunsten der Beschuldigten von einem Einsatz der Spielautomaten bis zum Tag der Polizeikontrolle am 24. März 2017, mithin von fünf Kalendertagen, ausgeht (Urk. 24 S. 15). Zusammen-

fassend ist festzuhalten, dass die Sachverhaltserstellung der Vorinstanz nicht zu beanstanden und dem Urteil zugrunde zu legen ist.

5. Nach Art. 3 Abs. 1 SBG 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 die beschuldigte Person nur bestraft werden, wenn sie entweder 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 (Urteil des Bundesgerichts 6B\_466/2011, 6B\_467/2011 vom 12. März 2012, E. 4.3.1).

5.1. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz hält einer Willkürprüfung ohne weiteres stand. In rechtlicher Hinsicht ergeben sich keine Probleme, den eingeklagten Sachverhalt unter den Tatbestand des Organisierens von Glücksspielen ausserhalb einer konzessionierten Spielbank gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG zu subsumieren. Die Tathandlung führten die Beschuldigten gemeinsam aus: Mittäter ist, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgeblicher Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt. Das blosses Wollen der Tat genügt zur Begründung von Mittäterschaft nicht. Der Mittäter muss vielmehr bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung der Tat auch tatsächlich mitwirken. Daraus folgt aber nicht, dass Mittäter nur ist, wer an der eigentlichen Tatausführung beteiligt ist oder sie zu beeinflussen vermag. Dass der Mittäter bei der Fassung des gemeinsamen Tatentschlusses mitwirkt, ist nicht erforderlich. Es ge-

nügt, dass er sich später den Vorsatz seiner Mittäter zu eigen macht. Konkludentes Handeln reicht aus (BGE 135 IV 152 E. 2.3.1 S. 155; BGE 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; BGE 125 IV 134 E. 3a S. 136 mit Hinweisen).

5.2. Wie die Vorinstanz richtigerweise festhielt, darf die entsprechende Qualifizierung als Glücksspielautomaten vom Strafgericht nicht überprüft werden (Urk. 24 S. 16; BGE 138 IV 106, E. 5.3.2). Der Beschuldigte 1 hat die Spielautomaten, auf welchen als Glücksspiele bzw. Glücksspielsautomaten i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG qualifizierte Spiele installiert waren, gemäss eigenen Aussagen erworben und im Restaurant des Beschuldigten 2, mithin ausserhalb einer konzessionierten Spielbank, aufgestellt und eingerichtet (Prot. S. 21). Der Beschuldigte 2 hat sein Lokal zur Verfügung gestellt, um die Spielautomaten einer unbeschränkten Anzahl potentieller Spieler zugänglich zu machen und hätte dafür vom Beschuldigten 1 Fr. 600.– monatlich erhalten sollen (Prot. S. 13 f.). Indem der Beschuldigte 2 ermöglichte, die Spielautomaten einer unbeschränkten Anzahl Personen zugänglich zu machen, hat er bei der Organisation von Glücksspielen massgeblich mitgewirkt. Insofern ist die rechtliche Würdigung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wenn sie von einem wesentlichen Tatbeitrag des Beschuldigten 2 und infolgedessen von einer mittäterschaftlichen Tatbegehung ausgeht (Urk. 24 S. 17). Ferner ist unbestritten, dass durch das Bereitstellen der Spielautomaten Dritten, welche einen Spieleinsatz geleistet haben, ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde (Prot. I S. 15, S. 23). Durch vorgenannte Handlungen haben die Beschuldigten Dritten das Spielen von Glücksspielen im Restaurant C.\_\_\_\_\_ ermöglicht. Der objektive Tatbestand gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG ist ohne weiteres erfüllt.

5.3. Im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand stellten die Beschuldigten in Abrede, gewusst zu haben, dass auf den Spielautomaten Glücksspiele installiert gewesen seien (Prot. I S. 14, S. 23). Der Beschuldigte 1 sei davon ausgegangen, dass es sich bei den Spielen um Unterhaltungsspiele gehandelt habe (Prot. I S. 23). Er habe aber gewusst, dass gegen die Leistung eines Spieleinsatzes die Auszahlung eines Gewinnes möglich sei (Prot. I S. 23). Es erschliesst sich nicht, weshalb der Beschuldigte 1 davon ausgegangen sein soll, dass für das Spielen

von reinen Unterhaltungsspielen ein Gewinn in Aussicht gestellt werden sollte. Diese Annahme ist lebensfremd. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass eine Gewinnauszahlung – nach geleistetem Speileinsatz – entweder von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt oder dem Zufall geschuldet ist. Die Aussage des Beschuldigten 1 ist als reine Schutzbehauptung zu werten. Ferner ist aktenkundig, dass der Beschuldigte 1 bereits wegen einer Übertretung des Spielbankengesetzes vorbestraft ist (Urk. 26) und auch in ein Verwaltungsstrafverfahren, welches eingestellt wurde, involviert war, bei welchem ihm das Aufstellen von Glücksspielautomaten vorgeworfen wurde (Urk. 18/1). Infolgedessen hätte der Beschuldigte 1 betreffend die Fragestellung, ob ein Glücksspiel vorliegt oder nicht, sensibilisiert sein müssen und es erscheint deshalb als wenig glaubhaft, dass er vorliegend nicht davon ausgegangen ist, dass es sich um Glücksspiele gehandelt hat. Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte 1 zumindest in Kauf nahm, dass auf den Spielautomaten Glücksspiele installiert waren. Wie vorstehend erwähnt, wusste der Beschuldigte 1, dass mit den Spielautomaten ein Gewinn erzielt werden kann. Der subjektive Tatbestand ist damit ebenfalls erfüllt.

5.4. Auf die Ausführungen der Vorinstanz betreffend das Vorliegen des subjektiven Tatbestands beim Beschuldigten 2 kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 24 S. 18; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere deutet bereits der Umstand, dass der Beschuldigte 2 einräumte, Videospiegelgeräte in seinem Restaurant angeboten zu haben, für deren Bereitstellung er zum betreffenden Zeitpunkt keine Gegenleistung von einem Dritten erhalten habe, er hingegen vorliegend für die Spielautomaten monatlich Fr. 600.– vom Beschuldigten 1 hätte erhalten sollen, darauf hin, dass der Beschuldigte 2 in Kauf nahm, Glücksspiele ohne die erforderliche Bewilligung anzubieten. Diese Annahme wird zusätzlich dadurch bestärkt, zumal der Beschuldigte 1 einräumte, dass er auch kleinere Gewinne ausbezahlt hätte (Prot. I S. 15), was für Spielautomaten ausschliesslich dann Sinn macht, wenn auf diesen Glücksspiele oder Geschicklichkeitsspiele gespielt werden können. Diese Unterscheidung kann aufgrund des zu beurteilenden Zufallselementes im Einzelfall äusserst schwierig sein. Der Beschuldigte muss sich aber betreffend den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG im Klaren darüber sein, ob ein Ge-

winn bzw. ein geldwerter Vorteil in Aussicht steht bzw., ob es sich überhaupt um ein Geldspiel handelt, was vorliegend der Fall ist. Ferner ist – wie beim Beschuldigten 1 – aufgrund der Tatsache, dass der Beschuldigte 2 in ein weiteres Verfahren verwickelt war (Einstellungsverfügung vom 11. Dezember 2017), welches den Tatvorwurf des Aufstellens von Glücksspielautomaten (im Zeitraum vom 1. März 2012 bis zum 24. Mai 2010) zum Gegenstand hatte (Urk. 18/2), darauf zu schliessen, dass der Beschuldigte 2 vorliegend zumindest in Kauf nahm, Glücksspiele anzubieten. Der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt.

5.5. Der Beschuldigte 2 gab ferner an, nicht gewusst zu haben, dass er für das Bereitstellen der Spielautomaten eine Bewilligung gebraucht hätte (Prot. I S. 16). Sinngemäss beruft er sich auf einen Rechtsirrtum. Ein Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB in Verbindung mit Art. 2 VStrR liegt vor, wenn der Täter nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, das heisst, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt. Vermeidbar ist ein Rechtsirrtum regelmässig, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte Zweifel haben müssen. Falls Anlass zu Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens besteht, hat sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen Behörde zuvor näher zu informieren (Urteil des Bundesgerichts 6B\_393/2008 vom 8. November 2008 mit Hinweis auf BGE 129 IV 6 E. 4.1 S. 18).

5.6. Der Beschuldigte 2 führte vor Vorinstanz aus, der Beschuldigte 1 habe die Spielautomaten in seinem Lokal aufgestellt (Prot. I S. 13). Er habe mit Letzterem nicht darüber gesprochen, was sich auf den Spielautomaten befinden würde, sondern habe nur an das Geld gedacht, das er für das Aufstellen der Spielautomaten erhalten hätte. Betreffend einer Bewilligung wisse er nichts (Prot. S. 14 u. 16). Es ist nicht glaubhaft, dass er nicht um die Bewilligungserfordernis für die Spielautomaten gewusst hat, zumal der Beschuldigte 2 – wie bereits vorstehend erwähnt – aufgrund mindestens eines weiteren Verfahrens betreffend das Aufstellen von Glücksspielautomaten mit der betreffenden Bewilligungserfordernis im Zusammenhang mit Spielautomaten konfrontiert war. Die Aussage des Beschuldigten 2 ist als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Vorliegend kann sich der Be-

schuldigte nicht auf einen schuldausschliessenden Rechtsirrtum berufen. Selbst wenn – entgegen vorstehenden Ausführungen – davon ausgegangen würde, der Beschuldigte 2 habe tatsächlich nicht um die Bewilligungspflicht gewusst, hätte sich der Beschuldigte 2 als Geschäftsführer eines Restaurants bei der zuständigen Behörde über die Qualifikation des Spielautomaten und über das Erfordernis einer Bewilligung informieren müssen, was er nicht tat. Gemäss eigenen Aussagen des Beschuldigten 2 stand für ihn lediglich sein eigener Profit im Vordergrund. Würde zugunsten des Beschuldigten 2 von einem Rechtsirrtum ausgegangen werden, so wäre dieser vermeidbar gewesen (Art. 21 Satz 2).

5.7. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Die Beschuldigten 1 und 2 haben sich der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz i.S.v. Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG schuldig gemacht.

## **VI. Strafzumessung**

1. Die ESBK hat die Beschuldigten je mit Fr. 11'500.– gebüsst (Urk. 3/07 080 S. 18; Urk. 3/07 104 S. 21). Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten 1 zu einer Busse von Fr. 2'000.– und den Beschuldigten 2 zu einer Busse von Fr. 1'400.– (Urk. 24 S. 24). Die ESBK hält in ihrer Berufungserklärung fest, sie halte an ihren gemäss Strafverfügungen verhängten Bussen von insgesamt jeweils Fr. 11'500.– für die Beschuldigten fest (Urk.40 S. 18). Im Wesentlichen führt sie aus, die Vorinstanz habe Art. 8 VStrR rechtsfehlerhaft angewandt. Gemäss Art. 8 VStrR seien Bussen bis zu Fr. 5'000.– nach der Schwere der Widerhandlung und des Verschuldens zu bemessen, wobei andere Strafzumessungsgründe nicht berücksichtigt werden müssten. Die Vorinstanz habe nach der Prüfung der objektiven und subjektiven Tatschwere eine Einsatzstrafe von unter Fr. 2'000.– festgesetzt und entgegen Art. 8 VStrR die Täterkomponenten bei der Strafzumessen trotzdem berücksichtigt (Urk. 40 S. 14, S. 16). Ebenso rechtsfehlerhaft sei, wenn die Vorinstanz ausführt, dass den finanziellen Verhältnissen der Beschuldigten innerhalb des hohen Strafrahmens eine entscheidende Komponente zukommen würde. Entgegen der Vorinstanz seien nicht die finanziellen Verhältnisse, sondern die Schwere des Verschuldens massgeblich, um innerhalb des Strafrah-

mens die zu verhängende Einsatzstrafe festzusetzen. Sofern die Täterkomponenten zu berücksichtigen seien, könnten diese als strafferhöhende oder gegebenenfalls strafmindernde Komponenten die Höhe der Einsatzstrafe beeinflussen (Urk. 40 S. 15). Ferner seien empfindliche Bussen – im vier- oder fünfstelligen Bereich – durch die Vorgabe des Strafrahmens von einer Busse bis Fr. 500'000.– gewollt. Bescheidene wirtschaftliche Verhältnisse seien nur begrenzt strafmildernd zu berücksichtigen (Urk. 40 S. 15).

2. Vorliegend reicht der gesetzliche Strafrahmen von Haft oder Busse bis Fr. 500'000.–. Anzumerken ist, dass die Haftstrafe bei der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches abgeschafft wurde, wobei der Gesetzgeber offensichtlich versäumte, das Spielbankengesetz entsprechend zu revidieren.

Gemäss der Spezialbestimmung in Art. 8 VStrR sind Bussen bis zu Fr. 5'000.– nach der Schwere der Widerhandlung und des Verschuldens (also aufgrund der Tatkomponente) zu bemessen. Andere Strafzumessungsgründe (und damit insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Täters bzw. die Täterkomponente) müssen zwar nicht – aber dürfen – berücksichtigt werden (EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, S. 71 f.). Gemäss Art. 106 Abs. 3 StGB bemisst das Gericht die Busse je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB i.V.m. Art. 2 VStrR).

3. Die ESBK führte zur Strafzumessung betreffend die objektive Tatschwere aus, im Restaurant C.\_\_\_\_\_ seien zwei Automaten aufgestellt und betrieben worden, die ausschliesslich die darauf installierten Spielbankenspiele mit multipltem Spielangebot und unterschiedlichen Spielarten angeboten hätten. Diese Spiele seien deutlich sozialschädlicher als klassische Spielautomaten mit bloss einem Spiel. Beide Beschuldigte – insbesondere der Beschuldigte 1 – hätten davon in beträchtlichem Ausmass finanziell profitiert. Die objektive Tatschwere könne damit nicht mehr als leicht bezeichnet werden. Entgegen der Vorinstanz sei nicht strafmindernd zu berücksichtigen, dass die Spielautomaten nur fünf Tage – was wie hievor (Ziffer VI.4.) aufgezeigt die ESBK bestritt – in Betrieb gewesen seien (Urk. 40 S. 8). Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere zog die ESBK in Erwä-

gung, dass die Spielautomaten mit einer Einstiegsseite getarnt gewesen seien. Dadurch hätten die Spielautomaten als harmlose Geräte für den Gebrauch von Social Media bzw. Internet in Erscheinung treten sollen. Dies wirke sich bei beiden Beschuldigten als leicht strafe erhöhend aus. Betreffend den Beschuldigten 1 sei weiter leicht strafe erhöhend zu berücksichtigen, dass er die Spielautomaten zu Eigentum erworben und sie dem Beschuldigten 2 angeboten habe. Damit habe er selbstständig, aus eigenem Antrieb und mit erhöhter krimineller Energie gehandelt (Urk. 40 S. 8). Bezüglich der Täterkomponente sei beim Beschuldigten 1 die einschlägige – und im Strafregister eingetragene – Vorstrafe (Urk. 26) sowie auch die Verurteilung zu einer nicht eintragungspflichtigen Busse wegen Aufstellens zweier Glücksspielautomaten (Urk. 40 S. 17 u. S. 9) strafe erhöhend zu berücksichtigen. Ebenso falle in Bezug auf den Beschuldigten 2 strafe erhöhend ins Gewicht, dass er bereits in drei Verfahren betreffend das Betreiben von Glücksspielautomaten im Restaurant C.\_\_\_\_\_ von der ESBK zu nicht eintragungspflichtigen Bussen vorurteilt worden sei (Urk. 40 S. 17 u. S. 9). Ferner sei bei beiden Beschuldigten nicht von einem Geständnis auszugehen, welche eine Strafminderung rechtfertigen würde (Urk. 40 S. 17).

4. Zur objektiven Tatschwere ist einleitend festzuhalten, dass die Vorinstanz die kurze Dauer, während der die Spielautomaten aufgestellt waren, zu Recht als zulässiges Strafzumessungskriterium bei der objektiven Tatschwere berücksichtigt hat. Der Schutzzweck von Art. 56 SBG besteht hauptsächlich darin, sozial-schädliche Auswirkungen des Spielbetriebs (Spielsucht) vorzubeugen (vgl. Art. 2 SBG und Botschaft des Bundesrates zum Spielbankengesetz vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 145, 156 ff.). Artikel 56 Abs. 1 lit. a SBG sanktioniert *den Betrieb* von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken und stellt – im Unterschied zu Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG, welcher das *Aufstellen* eines Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebes unter Strafe stellt – ein Dauerdelikt dar. Bei einer unter Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG zu subsumierenden Handlung wird das betroffene Rechtsgut während der gesamten Dauer des Betriebes beeinträchtigt. Die Schwere der Verletzung des Rechtsgutes bzw. die objektive Tatschwere ist somit bei

Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG aufgrund der Dauer des Betriebes der Automaten sowie auch anhand der Sozialgefährlichkeit der betreffenden Spiele zu bewerten.

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Spielautomaten potentiellen Spielern gestützt auf den erstellten Sachverhalt während einer verhältnismässig kurzen Zeitdauer von lediglich fünf Tagen im Restaurant C.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestanden sind (Urk. 24 S. 19). Dass der Betrieb der Spielautomaten nicht auf Initiative der Beschuldigten eingestellt wurde – wie dies von der ESBK vorgebracht wurde (Urk. 40 S. 8) – ist in diesem Bezug ohne Belang, da für die Beurteilung des Ausmasses der Rechtsgutverletzung die Betriebsdauer der Spielautomaten massgeblich ist. Weiter ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen der ESBK und der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass sich auf den Spielautomaten eine Vielzahl von als Glücksspiele bzw. Glücksspielautomaten qualifizierte Spiele installiert waren (Urk. 03/05 017), weshalb die Vorinstanz zu Recht erwog, dass im multiplen Spielangebot ein erhöhtes Suchtpotential zu erblicken sei, da es die Spieler aufgrund der angebotenen Vielfalt von Glücksspielen zu einer längeren Spieldauer und einem dadurch höheren Spieleinsatz verleiten würde (Urk. 24 S. 19). Beide Spielautomaten verfügen gemäss Fotoaufnahmen und technischem Prüfbericht über einen Noteneinzug (Urk. 3/05 018; Urk. 3/05 024). Ferner geht aus den technischen Prüfberichten hervor, dass bis zu Fr. 200.– eingesetzt werden konnten (Urk. 3/05 019; Urk. 3/05 025), was eine hohe Sozialschädlichkeit in sich birgt. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Automaten im Restaurant C.\_\_\_\_\_ einem unbeschränkten Personenkreis offen standen, anders als etwa in einem Vereinslokal. Der Schutz der potentiellen Spielenden und der Gesellschaft vor den Gefahren der Spielsucht war damit erheblich beeinträchtigt. Ein weiterer Zweck des SBG ist der Schutz ökonomischer bzw. fiskalischer Interessen des Staates am Angebot an Glücksspielen einzig in konzessionierten Spielbanken. Dazu ist auszuführen, dass sich anlässlich der polizeilichen Kontrolle Fr. 100.– in der Kasse des Spielautomaten 2 befanden (Polizeirapport Urk. 3/01 005). Gemäss technischem Prüfbericht konnte während der vorliegend massgeblichen Zeitdauer (20. März 2017 bis 24. März 2017) mit den Spielautomaten ein Gewinn von Fr. 4'150.– generiert werden (Urk. 3/05 019; Urk. 3/05 025), was auch von der Verteidigung anerkannt wurde (Urk. 17 S. 19). In Berücksichtigung der kurzen

Zeitdauer, während welcher die Spielautomaten aufgestellt waren, handelt es sich dabei durchaus nicht um einen vernachlässigbaren Gewinn. Hingegen wurden die fiskalischen Interessen des Staates dadurch nicht in bedeutendem Ausmass beeinträchtigt. Gesamthaft betrachtet erscheint die objektive Tatschwere betreffend beide Beschuldigte als nicht mehr leicht.

Betreffend die subjektive Tatkomponente hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass beide Beschuldigte aus finanziellen Motiven gehandelt haben (Urk. 24 S. 20). So gab der Beschuldigte 1 an, gehofft zu haben, mit den Erträgen aus den Spielautomaten seine Schulden reduzieren zu können (Prot. S. 23). Der Beschuldigte 2 habe im Hinblick auf das Aufstellen der Spielautomaten lediglich an die ihm vom Beschuldigten 1 in Aussicht gestellte monatliche Entschädigung von Fr. 600.– gedacht (Prot. S. 14 u. 18). Mit einer monatlichen Platzmiete von Fr. 300.– pro Gerät erscheint der finanzielle Vorteil weder besonders gross noch vernachlässigbar. Ferner ist betreffend die Rollenverteilung der Beschuldigten festzuhalten, dass zwar beide einen massgeblichen Tatbeitrag leisteten, der Beschuldigte 1 mit dem Erwerb der Spielautomaten, deren Lieferung in das Lokal des Beschuldigten 2 und das dortige Aufstellen der Geräte sowohl bei der Organisation und Durchführung der Tathandlung massgeblich mitwirkte, während der Beschuldigte 2 durch das Zurverfügungstellen seines Lokals nicht als Initiant für das Aufstellen der Spielautomaten handelte, sondern zu seinen Gunsten davon auszugehen ist, dass er sich eher aus Opportunitätsüberlegungen – ohne grossen Aufwand Zusatzeinnahmen generieren zu können – an der Tat beteiligte. Sodann ist aus den Aussagen des Beschuldigten 2, er habe lediglich an seine Platzmiete von Fr. 600.– monatlich gedacht, abzuleiten, dass die übrigen Einnahmen aus den Spielautomaten dem Beschuldigten 1 zugflossen wären, womit dessen finanzielles Interesse am Betrieb der Spielautomaten überwog. Ferner ist zwar zutreffend, dass die Glücksspiele auf den Spielautomaten mit einer Einstiegsseite für eine scheinbare Nutzung von Social Media bzw. des Internets getarnt waren. Hingegen lässt sich nicht erstellen, dass der Beschuldigte 1 oder der Beschuldigte 2 diese Einstiegsseiten eigens als Verschleierungsmassnahme programmiert haben. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Spielautomaten vom Beschuldigten 1 mit dieser Programmierung gekauft wurden, weshalb diese nicht zulasten der Be-

schuldigten gereichen darf. Nach dem Ausgeführten ist die subjektive Tatschwere des Beschuldigten 1 als gerade nicht mehr leicht und die subjektive Tatschwere des Beschuldigten 2 als noch leicht zu qualifizieren.

5. In Anbetracht des weiten Strafrahmens und unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatschwere sowie der von der Vorinstanz bereits dargelegten Täterkomponenten (Urk. 24 S. 21 f.) erscheinen die von der Vorinstanz ausgefallten Bussen von Fr. 2'000.– betreffend den Beschuldigten 1 und von Fr. 1'400.– betreffend den Beschuldigten 2 als angemessen. Die vorinstanzliche Strafzumessung ist weder rechtsfehlerhaft noch ist die Vorinstanz in Willkür verfallen, oder überschritt das ihr zustehende Ermessen.

6. Die Umwandlung einer Busse in Haft wegen einer Übertretung im Anwendungsbereich des VStrR richtet sich auch nach dem Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches nach Art. 10 VStrR und nicht nach Art. 106 StGB. Diese Bestimmung sieht ein von den allgemeinen Bestimmungen des StGB abweichendes Sonderregime betreffend Umwandlung einer Busse in Haft vor, soweit sie nicht eingebracht werden kann (Art. 10 Abs. 1 VStrR). Insbesondere gelten ein starrer Umwandlungsschlüssel von einem Tag Haft pro Fr. 30.– Busse und eine Obergrenze von maximal drei Monaten (Art. 10 Abs. 3 VStrR). Diese Ordnung gilt, wie das Bundesgericht mit einlässlicher Begründung festgehalten hat, für die Bussenumwandlung auf Grundlage des VStrR nach wie vor und ist nicht von der Neuregelung der Ersatzfreiheitsstrafe per Anfang 2007 abgelöst worden (BGE 141 IV 407).

Gestützt auf Art. 91 VStrR ist eine Ersatzfreiheitsstrafe allerdings nicht schon mit heutigem Urteil, sondern erst in einem allfälligen Nachverfahren, d.h. nach Rechtskraft des Bussenentscheides und nach dem Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse, festzusetzen, wobei zur Umwandlung der Richter, der die Widerhandlung beurteilt hat oder zur Beurteilung zuständig gewesen wäre, zuständig ist.

7. In Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides ist der Beschuldigte 1 mit einer Busse von Fr. 2'000.–, der Beschuldigte 2 mit einer Busse von Fr. 1'400.– zu bestrafen.

## **VII. Ersatzforderung**

1. Die ESBK rügt im Zusammenhang mit der geltend gemachten Ersatzforderung wiederum, es könne entgegen der Vorinstanz nicht auf einen Betriebszeitraum der Spielautomaten von lediglich fünf Tagen abgestellt werden (vgl. hievorige Ziffer VI.4.1). Entsprechend sei der Beschuldigte 1 nicht nur zu einer Ersatzforderung von Fr. 4'050.– zu verurteilen, was den in jenem Zeitraum erwirtschafteten Gewinn entspreche (Gewinn während des Zeitraums vom 20. März 2017 bis 24. März 2017 abzüglich der beschlagnahmten Barschaft von Fr. 100.–, welche sich in einer Gerätekasse befand). Massgebend für die Berechnung der Ersatzforderung sei, dass gemäss technischer Analyse der Spielautomat 1 seit dem 23. Januar 2017 und der Spielautomat 2 seit dem 6. Februar 2017 bis zum Kontrolltag am 24. März 2017 in Betrieb gewesen sei (Urk. 40 S. 19; Urk. 07 068). In dieser Zeitdauer sei gemäss den Zählständen der Spielautomaten ein Gewinn von Fr. 65'476.– erzielt worden (Urk. 40 S. 19). Aus wirtschaftlichen Gründen sei diese Ersatzforderung gegenüber dem Beschuldigten 1 um die Hälfte zu reduzieren und dieser sei somit zu verpflichten, dem Bund Fr. 32'438.– als Ersatzforderung zu bezahlen. Entsprechend der gemäss technischer Analyse erwiesenen längeren Betriebszeit sei auch davon auszugehen, dass der Beschuldigte 2 mindestens eine Platzmiete von Fr. 600.– erhalten habe. Demnach sei er zu einer Ersatzforderung im Umfang von Fr. 600.– an den Bund zu verpflichten (Urk. 40 S. 20).

2. Gemäss Art. 70 f. StGB in Verbindung mit Art. 2 VStR verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind, bzw. erkennt auf eine Ersatzforderung des Staates, sofern die betreffenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind. Die Vermögenseinziehung bzw. Ersatzforderung erfolgt ohne Rücksicht auf die Schuld bzw. Strafbarkeit einer bestimmten Person (BSK StGB I-BAUMANN, 3. A., Art. 70/71 N 18).

3. Betreffend die Betriebsdauer der beiden Spielautomaten kann auf die Erwägungen in Ziffer VI.4.1 f. verwiesen werden. Mit der Vorinstanz ist im Zeitraum vom 20. März 2017 bis zum 24. März 2017 von einem Gewinn von Fr. 4'150.– auszugehen. Davon ist der am 24. März 2017 beschlagnahmte und eingezogene Kasseninhalt von Fr. 100.– (Spielautomat 2; Urk. 3/01 005) abzuziehen. Der Beschuldigte 1 ist damit zu verpflichten, dem Bund eine Ersatzforderung von Fr. 4'050.– zu bezahlen.

4. Ferner lässt sich nicht erstellen, dass der Beschuldigte 2 bereits eine Platzmiete vom Beschuldigten 1 erhalten hat, weshalb der Beschuldigte 2 mit der Vorinstanz nicht zu einer Bezahlung einer Ersatzforderung zu verpflichten ist.

### **VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 97 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 428 Abs. 1 StPO). Unterliegt die Untersuchungsbehörde, trägt der verfahrensführende Kanton bzw. Bund die Kosten (SCHMID, StPO Praxiskommentar, a.a.O., Art. 428 N 3).

Nachdem die ESBK mit ihren Anträgen vollumfänglich unterliegt, hat die Gerichtsgebühr ausser Ansatz zu fallen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der kantonale Richter darf dem Bund keine Kosten auferlegen. Der Kanton hätte die Verfahrenskosten vielmehr in Anwendung von Art. 98 Abs. 1 VStrR auf administrativem Weg vom Bund zurückzufordern. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 98 Abs. 1 VStrR sind Gebühren (inklusive Gerichtsgebühren) aber von der Rückforderung ausgenommen (BGE 105 IV 152, vgl. auch EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 287 f.).

2. Die Entschädigung von Nachteilen bzw. Aufwendungen, die der beschuldigten Person *im gerichtlichen Verfahren entstanden* sind, richtet sich nach der StPO (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 289, vgl. auch BGE 115 IV 156 E. 2 a). Die Kosten der amtlichen Verteidigung stellen ebenfalls Bestandteile der Verfahrenskosten dar (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO), welche grundsätzlich auf die

Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 135 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 422 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a StPO). Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach den (kantonalen) Anwaltstarifen nach dem Zeitaufwand, der für die Verteidigung der beschuldigten Person aufgewendet wurde (Art. 135 Abs. 1 StPO und Art. 138 Abs. 1 StPO). Die Bemühungen des Anwaltes müssen im Umfang aber den Verhältnissen entsprechen, d.h. sachbezogen und angemessen sein. Die Verteidigungskosten müssen mithin in einem vernünftigen Verhältnis zur Komplexität bzw. Schwierigkeit des Falles und zur Wichtigkeit der Sache stehen. Unnötige und übersetzte Kosten sind nicht zu entschädigen, wobei auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Verteidigerbezugs abgestellt werden muss (BSK StPO-WEHRENBURG/FRANK, Art. 429 N 15 f.).

3. Im Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger des Beschuldigten 1, Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_, Aufwendungen von Fr. 7'000.– (inkl. Barauslagen; Urk. 50 S. 3) geltend. Für die Verteidigung des Beschuldigten 2 weist der Verteidiger keine separaten Aufwendungen aus. Der Verteidiger weist darauf hin, die geltend gemachten Aufwendungen würden in erster Linie auf die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 1 als Haupttäter entfallen (Urk. 50 S. 2). Zumal sich beide Beschuldigten gegen den identischen Tatvorwurf zu verteidigen hatten, welchem überdies der gleiche Sachverhaltskomplex zugrunde liegt, ist nicht ersichtlich, dass dem Verteidiger neben der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten 1 zusätzliche Aufwendungen für die Verteidigung des Beschuldigten 2 angefallen sein könnten. Vorliegend erscheint der vom Verteidiger ausgewiesene Aufwand von ca. 23 Stunden in Berücksichtigung der Komplexität bzw. Schwierigkeit des Falles als angemessen. Gemäss § 3 AnwGebV beträgt die Gebühr bei amtlichen Rechtsvertretungen in der Regel Fr. 220.– pro Stunde. Es liegen keine sachlichen Gründe vor, welche es rechtfertigen würden, im vorliegenden Verfahren von diesem Stundenansatz abzuweichen. Der Komplexität und Schwierigkeit des Falles wurde bereits bei der Prüfung des Arbeitsaufwandes gebührend Rechnung getragen. Der amtliche Verteidiger ist mit Fr. 5'501.20 aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 5. März 2019 bezüglich der Dispositivziffern 6-7 (Einziehung von Gegenständen und einer Barschaft) und Dispositivziffern 9-13 (Kostendispositiv bzw. Kostenauflage) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.
2. Der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.
3. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit einer Busse von Fr. 2'000.–.
4. Der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit einer Busse von Fr. 1'400.–.
5. Die Bussen sind zu bezahlen.
6. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, dem Bund als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 4'050.– zu bezahlen.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
8. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ wird mit Fr. 5'501.20 aus der Gerichtskasse entschädigt.

9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung (vierfach) für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Eidgenössische Spielbankenkommission
- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz
- die Eidgenössische Spielbankenkommission (mit Rechtskraftstempel)
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie der Urk. 26 und 27.

10. Rechtsmittel:

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  
II. Strafkammer

Zürich, 19. Februar 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Orlando