

BGE 138 IV 106

Bundesgericht (BGE), 2012-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_138_IV_106

FR: ATF 138 IV 106

IT: DTF 138 IV 106

Regeste

Regeste Organisieren oder gewerbsmässiges Betreiben von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken (Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG). Der Betrieb eines Spielautomaten ausserhalb einer konzessionierten Spielbank kann diesen Straftatbestand nur erfüllen, wenn der Automat durch Verfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben. Fehlt eine Verfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission, kann es nicht die Aufgabe des Strafrichters sein, vorfrageweise darüber zu entscheiden, ob das Gerät als Glücksspielautomat zu qualifizieren ist (E. 5.3.2).

Regeste Organisation ou exploitation par métier de jeux de hasard à l'extérieur d'une maison de jeu (art. 56 al. 1 let. a LMJ). L'exploitation d'une machine à sous hors d'une maison de jeu ne peut réaliser cette infraction que si l'automate a été qualifié comme appareil à sous servant aux jeux de hasard par une décision de la Commission fédérale des maisons de jeu, et que le recours éventuel contre cette décision n'ait pas d'effet suspensif. En l'absence de décision de la Commission fédérale des maisons de jeu, il ne peut incomber au juge pénal d'examiner à titre préjudiciel si la machine doit être qualifiée comme appareil à sous servant aux jeux de hasard (consid. 5.3.2).

Regesto Organizzazione o gestione per mestiere di giochi d'azzardo al di fuori delle case da gioco concessionarie (art. 56 cpv. 1 lett. a LCG). La gestione di un apparecchio automatico da gioco al di fuori di una casa da gioco concessionaria può adempiere questa fattispecie penale solo se l'apparecchio è stato qualificato come apparecchio automatico per i giochi d'azzardo con decisione della Commissione federale delle case da gioco e gli eventuali rimedi giuridici contro questa decisione non hanno effetto sospensivo. In mancanza di una decisione della Commissione federale delle case da gioco, non spetta al giudice penale decidere in via pregiudiziale se l'apparecchio dev'essere qualificato come apparecchio automatico per i giochi d'azzardo (consid. 5.3.2).

Erwägungen

E. 5.3

Die drei Automaten "Tropical Shop" wurden in der Zeit von März 2006 bis zum 16. Mai 2006 betrieben. In jenem Zeitraum lag noch keine Verfügung der zuständigen Behörde betreffend die Qualifizierung dieser Automaten vor. BGE 138 IV 106 S. 109

E. 5.3.1

Mit Bekanntmachung vom 7. März 2006 an die Hersteller, Inverkehrbringer, Aufsteller und Betreiber von Automaten des Typs "Tropical Shop" oder "Wondercard" teilte die ESBK mit, dass sie beabsichtige, den Automaten "Tropical Shop" (auch "Wondercard" genannt) als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 des Spielbankengesetzes vom 18.

Dezember 1998 (SBG; SR 935.52) zu qualifizieren und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die ESBK hielt in der Bekanntmachung fest, obschon ihr gemäss Art. 61 der Spielbankenverordnung vom 24. September 2004 (VSBG; SR 935.521) Geldspielautomaten vorzuführen seien, sei dies beim Automaten "Tropical Shop" bis heute nicht erfolgt. Die ESBK gab in Anwendung von Art. 29 und 30a VwVG (SR 170.021) den von der Feststellungsverfügung Betroffenen unter Ansetzung einer Frist von 30 Tagen Gelegenheit, den Entwurf der beabsichtigten Feststellungsverfügung mit deren Begründung und den Akten bei der ESBK einzusehen und dazu Stellung zu nehmen. Bei unbenutztem Ablauf der Frist werde aufgrund der Akten entschieden (BBl 2006 2689). Mit Feststellungsverfügung der ESBK vom 2. August 2006 wurden der Spielautomat "Tropical Shop" und faktisch gleiche Geräte als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG qualifiziert. Die ESBK hielt unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG fest, es sei verboten, den Glücksspielautomaten "Tropical Shop" (und andere faktisch gleiche Geräte) ausserhalb von konzessionierten Spielbanken zu betreiben. Der Beschwerde gegen die vorliegende Feststellungsverfügung wurde die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 55 VwVG entzogen. In der Rechtsmittelbelehrung wurde darauf hingewiesen, dass gegen die Verfügung innert 30 Tagen nach Eröffnung bei der für Spielbanken zuständigen Rekurskommission in Bern Beschwerde geführt werden kann (BBl 2006 6757). Gegen die Verfügung der ESBK erhoben einzelne Betroffene, welche Automaten des Typs "Tropical Shop" erworben, aufgestellt und einige davon in Betrieb gesetzt hatten, am 14. September 2006 Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken. Sie ersuchten um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Durch Verfügung des Präsidenten der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 19. September 2006 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerden superprovisorisch wiederhergestellt, jedoch ausschliesslich für die am 2. August 2006 bereits in Betrieb stehenden Spielautomaten "Tropical Shop". Mit Präsidialverfügung BGE 138 IV 106 S. 110 der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 11. Dezember 2006 wurden die Präsidialverfügung vom 19. September 2006 aufgehoben und die Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Eine dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit Urteil 2A.8/2007 vom 26. März 2007 ab.

E. 5.3.2

Erst mit der Verfügung der ESBK vom 2. August 2006 stand fest, dass der Automat "Tropical Shop" nach der Auffassung dieser zuständigen Fachbehörde als Glücksspielautomat im Sinne des Spielbankengesetzes zu qualifizieren und daher dessen Betrieb ausserhalb konzessionierter Spielbanken verboten ist. Zwar handelt es sich bei der Verfügung der ESBK vom 2. August 2006 um eine Feststellungsverfügung und war somit der Automat "Tropical Shop" unabhängig von dieser Verfügung und auch schon vor deren Erlass ein Glücksspielautomat im Sinne des Spielbankengesetzes. Ob ein bestimmtes Gerät als Glücksspielautomat im Sinne des Spielbankengesetzes zu qualifizieren ist, hängt von verschiedenen Umständen und deren Gewichtung ab. Der Entscheid kann unter Umständen schwierig sein. Gemäss der gesetzlichen Regelung ist es die Aufgabe der ESBK, zu prüfen und zu entscheiden, ob ein bestimmter Automat unter Berücksichtigung der gesamten Umstände als Glücksspielautomat im Sinne des Spielbankengesetzes zu qualifizieren ist. Wer einen Geschicklichkeits- oder einen Glücksspielautomaten (Geldspielautomaten) in Verkehr setzen will, muss ihn vor der Inbetriebnahme der Kommission vorführen (Art. 61 Abs. 1 VSBG). Die Kommission entscheidet auf Grund der Unterlagen, ob es sich beim

vorgeführten Geldspielautomaten um einen Geschicklichkeits- oder um einen Glücksspielautomaten handelt. Sie kann eine Überprüfung des Geldspielautomaten sowie der eingereichten Unterlagen anordnen (Art. 64 Abs. 1 VSBG). Die Kommission teilt ihre Entscheide den Kantonen mit und veröffentlicht sie im Bundesblatt (Art. 64 Abs. 3 VSBG). Gemäss Art. 56 Abs. 1 SBG macht sich unter anderem strafbar, wer Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs aufstellt (lit. c), wer eine vorgeschriebene Meldung an die Kommission unterlässt (lit. e) und wer einer Aufforderung der Kommission, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen oder die Missstände zu beseitigen, nicht nachkommt (lit. f). Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, dass der Betrieb eines Glücksspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur BGE 138 IV 106 S. 111 erfüllen kann, nachdem der Automat durch Verfügung der zuständigen ESBK als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben. Vor dem Erlass einer solchen Verfügung kann der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nicht erfüllt sein, weil noch nicht feststeht, ob es sich bei dem in Betrieb stehenden Automaten nach der Einschätzung der zu diesem Entscheid zuständigen ESBK um einen Glücksspielautomaten handelt. Vor dem Erlass der Feststellungsverfügung der ESBK können durch den Betrieb des Automaten allenfalls andere Tatbestände erfüllt werden, etwa der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG . Angesichts der in der Spielbankenverordnung enthaltenen Regelung, wonach Geldspielautomaten der ESBK vorzuführen sind (Art. 61 Abs. 1 VSGB), welche über deren Qualifikation als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten zu entscheiden hat (Art. 64 VSBG), wogegen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und danach die öffentlich-rechtliche Beschwerde an das Bundesgericht gegeben ist, kann es im Übrigen nicht die Aufgabe des Strafrichters sein, bei Fehlen einer diesbezüglichen Verfügung der ESBK selber darüber zu entscheiden, ob der Automat als Geschicklichkeits- oder als Glücksspielautomat zu qualifizieren ist. Soweit sich aus der Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts insoweit etwas anderes ergibt (siehe etwa die Urteile 6S.112/2004 vom 18. Juni 2004 und 6S.45/2005 vom 22. März 2005), kann daran schon wegen des Risikos von widersprüchlichen Entscheiden in Bezug auf die Qualifikation eines Automaten nicht festgehalten werden.

E. 5.3.3

Durch den Betrieb der Automaten des Typs "Tropical Shop" in der Zeit von März 2006 bis zum 16. Mai 2006 in drei Gaststätten wurde mithin der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nicht erfüllt.

E. 5.3.4

Ob allenfalls der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG erfüllt ist, wonach bestraft wird, wer Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs aufstellt, und ob gegebenenfalls eine Einziehung der durch den Betrieb erlangten Vermögenswerte in Betracht käme, ist vorliegend nicht zu prüfen, da eine solche Straftat weder eingeklagt ist noch Gegenstand des Verwaltungsstrafverfahrens und des gerichtlichen Strafverfahrens bildete.