

# **BGer 6B 1136/2021 vom 7. November 2022**

Bundesgericht, 2022-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1136\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1136_2021)

FR: TF 6B 1136/2021 du 7 novembre 2022

IT: TF 6B 1136/2021 del 7 novembre 2022

## **Regeste**

Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz; Grundsatz ne bis in idem etc. | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht vereinigt mehrere Verfahren, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, namentlich, wenn sie auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhen und wenn sie gleiche Parteien sowie ähnliche oder gleiche Rechtsfragen betreffen (vgl. Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP ; BGE 133 IV 215 E. 1; 126 V 283 E. 1). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Es rechtfertigt sich daher, die Verfahren 6B\_1136/2021 und 6B\_1137/2021 zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Entscheid zu behandeln.

### **E. 2**

Angefochten ist ein Endentscheid in Strafsachen einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Berufung hin geurteilt hat ( Art. 80 und 90 BGG ). Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 ergibt sich aus Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 7 BGG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 VStrR und Art. 57 Abs. 1 SBG , diejenige des Beschwerdeführers 1 aus Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG. Die Beschwerdefrist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) wurde in beiden Fällen gewahrt. Unter Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) sind beide Beschwerden in Strafsachen gemäss Art. 78 ff. BGG zulässig.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer 1 wendet sich gegen den Schuldspruch wegen Organisierens und Betreibens des Glücksspiels Super Fruits 1000 i.S.v. Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG und rügt, die Vorinstanz verletze das Verbot der doppelten Strafverfolgung ("ne bis in idem").

### **E. 3.2**

Der Grundsatz "ne bis in idem" ist in Art. 11 Abs. 1 StPO geregelt. Er ist auch in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) sowie in Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) verankert und lässt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung direkt aus der Bundesverfassung ableiten ( BGE 144 IV 362 E. 1.3.2 ; 137 I 363 E. 2.1 mit Hinweisen). Demnach darf, wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden. Tatidentität liegt vor, wenn dem ersten und dem zweiten Strafverfahren identische oder im Wesentlichen gleiche Tatsachen zugrunde liegen. Auf die rechtliche Qualifikation dieser Tatsachen kommt es nicht an (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.3.2 ; 137 I 363 E. 2.2; Urteile 6B\_514/2020 vom 16. Dezember 2020 E. 1.3.3; 6B\_1053/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4; 6B\_453/2017 vom 16.

März 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 IV 172 ; je mit Hinweisen). Das Verbot der doppelten Strafverfolgung verbietet die Wiederholung eines durch rechtskräftige Entscheidung abgeschlossenen Strafverfahrens. Es bildet mithin ein Verfahrenshindernis, das in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu berücksichtigen ist ( BGE 144 IV 362 E. 1.3.2 mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines Prozesshindernisses zusammengefasst mit der Begründung, es liege keine Tatidentität vor. Vorliegend seien die Tatumstände, die zu einer zweifachen Sanktionierung führten, in räumlicher sowie in zeitlicher Hinsicht gerade nicht unlösbar miteinander verbunden, wie dies für die Anwendung des Prinzips "ne bis in idem" erforderlich sei. Die beiden Verfahren würden im konkreten Fall nicht dasselbe Sozialverhalten betreffen. So fusse das erste Verfahren auf der Vermittlung von Wetten, das zweite hingegen auf der Organisation von Glücksspielen. Diese verschiedenen Widerhandlungen seien denn auch mit unterschiedlichen Gerätschaften verübt worden, nämlich im Anwendungsbereich des Lotterieggesetzes mit Wettspielautomaten und im Anwendungsbereich des Spielbankengesetzes mit Glücksspielautomaten. Weiter führt die Vorinstanz aus, für die Annahme einer Tatidentität reiche es nicht aus, dass die Widerhandlungen im gleichen Lokal und in teilweise überschneidenden Zeiträumen stattgefunden hätten. Die Widerhandlungen seien insoweit nicht unlösbar miteinander verbunden, als es ohne weiteres möglich gewesen wäre, dass der Beschwerdeführer 1 entweder nur Wetten vermittelt oder nur Glücksspiele organisiert bzw. Spielbankenspiele durchgeführt hätte. Da in den beiden Verfahren keine Tatsachen zur Beurteilung gestanden hätten, die in ihrer Gesamtheit zeitlich und räumlich untrennbar miteinander verbunden gewesen seien, sei der Grundsatz "ne bis in idem" nicht verletzt.

### **E. 3.4**

Die vorinstanzliche Auffassung ist nicht zu beanstanden: Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau vom 13. Dezember 2016 wurde der Beschwerdeführer 1 wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (SR 935.51; in Kraft bis 31. Dezember 2018) mit einer Busse von Fr. 4'000.-- bestraft. Ihm wurde dabei vorgeworfen, er habe zwischen dem 2. Mai 2016 und dem 2. Juni 2016 in seinem Lokal "B. \_\_\_\_\_" in U. \_\_\_\_\_ mittels zweier Wettstationen mehrfach illegale Wetten i.S.v. Art. 33 i.V.m. Art. 42 LG vermittelt. Demgegenüber betrifft der in der Strafverfügung der ESBK vom 17. Februar 2020 enthaltene Vorwurf die Organisation von Glücksspielen nach dem Spielbankengesetz. Der Beschwerdeführer 1 habe vom 6. Februar 2016 bis zum 2. Juni 2016, ohne die dafür notwendige Konzession zu besitzen, Spielbankenspiele durchgeführt, indem er Dritten in seinem Lokal "B. \_\_\_\_\_" die Geräte U18967, U18968, U18969 und U18970 zugänglich gemacht habe, auf denen Glücksspiele installiert gewesen seien. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers 1 fusst der Entscheid der Vorinstanz demnach nicht "auf dem wesentlich deckungsgleichen Sachverhalt", und ihm ist auch insoweit nicht zu folgen, als der einzige Unterschied die abweichende rechtliche Beurteilung sei. Eine Verurteilung wegen illegaler Vermittlung von Wetten i.S.v. Art. 33 i.V.m. Art. 42 LG geht mit dem Organisieren von Glücksspielen nicht einher. Wie die Vorinstanz überzeugend ausführt, wäre auch denkbar, dass der Beschwerdeführer 1 den Sachverhalt gemäss Strafbefehl vom 13. Dezember 2016 verwirklicht hätte, ohne dass er Spielbankenspiele organisiert hätte. Die zeitliche und räumliche Nähe - gleiches Lokal, teilweise überschneidende Zeiträume -

reicht für die Annahme von Tatidentität nicht (vgl. Urteil 6B\_775/2020 vom 23. November 2020 E. 2.3 mit Hinweis). Dabei kann der Beschwerdeführer 1 auch nichts für sich ableiten, wenn er vorbringt, vorliegend handle es sich nicht um ein Strafverfahren und ein nachgelagertes Verwaltungsverfahren mit strafrechtlicher Note, sondern unbestreitbar um zwei Strafverfahren, zumal er in dieser Hinsicht nicht rechtsgenügend begründet aufzuzeigen vermag, inwieweit diese Unterscheidung überhaupt relevant sei. Die Argumentation des Beschwerdeführers 1 ist auch nicht stichhaltig, als er vorbringt, beide Strafverfahren seien zuerst in einem gemeinsamen Verfahren geführt worden und die Polizei habe ihn am 14. Juni 2016 zu beiden Vorhalten einvernommen. Erst danach seien die Verfahren getrennt worden und er habe davon ausgehen können, dass mit Ausfällung des Strafbefehls vom 13. Dezember 2016 die Sache erledigt sei. Die Vorinstanz hält dem entgegen, der Beschwerdeführer 1 sei anlässlich der genannten polizeilichen Einvernahme ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Widerhandlungen gegen das LG eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau zur Folge habe, die Widerhandlung gegen das SBG jedoch durch die ESBK abgehandelt werde. Ausserdem hätten die Strafverfolgungsbehörden am 2. Juni 2016 lediglich die Gerätschaften beschlagnahmt, die dem unerlaubten Vermitteln von Wetten gedient hätten, während die Glücksspielautomaten am 21. Oktober 2016 durch die ESBK beschlagnahmt worden seien. Die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten erfolgte damit nach der Einvernahme vom 14. Juni 2016, jedoch vor dem Strafbefehl vom 13. Dezember 2016, auf welchen sich der Beschwerdeführer 1 beruft. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, die Folgen der getrennten Verfolgung und Beurteilung der einzelnen Widerhandlungen seien für den (anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführer 1 in jedem Zeitpunkt vorhersehbar gewesen. Der Strafbefehl vom 13. Dezember 2016 steht somit der Verurteilung wegen Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nicht entgegen. Die Rüge des Beschwerdeführers 1 ist unbegründet.

#### **E. 4.1**

Weiter rügt der Beschwerdeführer 1 zusammengefasst, die polizeiliche Milieukontrolle habe bereits eine Zwangsmassnahme in Form einer nicht genehmigten Hausdurchsuchung dargestellt. Entsprechend seien die von der Polizei so erhobenen Beweise unverwertbar.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz führt in dieser Hinsicht aus, polizeiliche Vorermittlungen seien nicht grundsätzlich unzulässig. Sie könnten präventiver Natur und darauf ausgerichtet sein, überhaupt festzustellen, ob sich strafprozessual abzuklärende Sachverhalte zugetragen hätten. Somit seien polizeiliche Vorermittlungen unterhalb der Schwelle des strafprozessualen Tatverdachts durchaus möglich. Das Gesetz des Kantons Aargau über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (Polizeigesetz, PolG/AG; SAR 531.200) erlaube der Polizei denn auch die (präventive) Observation in allgemein zugänglichen Orten zur Verhinderung von Straftaten. Die Vorinstanz erwägt weiter, es sei nicht ersichtlich und werde auch nicht dargetan, inwiefern die Polizei im Rahmen der Milieukontrolle, welche im öffentlich zugänglichen B.\_\_\_\_\_ des Beschwerdeführers 1 stattgefunden habe, in dessen Grundrechte eingegriffen hätte oder inwiefern die Polizei mit der Art und Weise ihres Vorgehens die strafprozessualen Bestimmungen über die Zwangsmassnahmen verletzt oder umgangen hätte. Insbesondere bestehe kein Grund zur Annahme, die Polizei hätte schon vor der Milieukontrolle über einen hinreichenden Anfangsverdacht verfügt, der Beschwerdeführer 1 könne in seinem Lokal illegale Wetten oder Geld- bzw. Glücksspiele anbieten. Vielmehr sei davon

auszugehen, dass die diversen Milieukontrollen darauf ausgerichtet gewesen seien, festzustellen, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen würden. Nachdem durch die zulässigen präventiven Abklärungen in casu ein Anfangsverdacht auf Widerhandlungen gegen das Lotteriegelgesetz begründet worden sei, habe die Polizei bei der Staatsanwaltschaft korrekterweise einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebefehl beantragt, bevor sie in das Lokal des Beschwerdeführers 1 eingedrungen sei, dieses durchsucht habe und diverse Automaten sichergestellt bzw. beschlagnahmt habe. Entsprechend seien die Ermittlungsergebnisse und die Folgebeweise verwertbar.

### **E. 4.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen ( BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht ( BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; 143 IV 241 E. 2.3.1; je mit Hinweisen). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1; je mit Hinweisen).

### **E. 4.4.1**

Der Beschwerdeführer 1 macht keine Willkür in der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung geltend. Soweit er vorliegend dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt seine eigene Sicht der Dinge gegenüberstellt, ohne dabei darzulegen, inwieweit das angefochtene Urteil auch im Ergebnis schlechterdings unhaltbar sein soll, verfällt er in unzulässige appellatorische Kritik, auf welche nicht einzugehen ist. Mangels rechtsgenügend begründeter Willkür rüge ist der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt für das Bundesgericht verbindlich ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es ist demnach nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, die Milieukontrollen durch die Polizei seien ohne Anfangsverdacht erfolgt und darauf ausgerichtet gewesen, festzustellen, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen würden oder nicht. Die Vorinstanz stützt sich dabei nachvollziehbar auf den sich in den Untersuchungsakten befindlichen Bericht der Kantonspolizei Aargau. Der Beschwerdeführer 1 zeigt nicht auf und es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit diese Feststellungen offensichtlich falsch seien. In seinen Ausführungen belässt es der Beschwerdeführer 1 vielmehr dabei, den vorinstanzlichen Sachverhalt mit demjenigen im Urteil 6B\_1409/2019 vom 4. März 2021 zu vergleichen und vorzubringen, die Polizei habe im Kanton Aargau generell das Gefühl, "ohne entsprechende Grundlage einfach Lokalitäten betreten zu dürfen, um diese auszuforschen". Er verfällt in unzulässige appellatorische Kritik, wenn er vorbringt, der in casu ausgestellte Hausdurchsuchungsbefehl habe einzig und allein dem Zweck gedient, die

bereits illegal getätigten Feststellungen nachträglich zu legalisieren bzw. die bereits festgestellten Beweismittel zu sichern. Es handle sich um ein Paradebeispiel einer "fishing expedition", welche dazu diene, einen hinreichenden Tatverdacht durch die Zwangsmassnahme überhaupt erst zu begründen. Soweit der Beschwerdeführer 1 überdies die Anwendung des kantonalen Rechts bemängelt und vorbringt, sein Lokal sei nicht vom Begriff des öffentlichen Raums im Sinne von § 35a PolG/AG gedeckt, so vermag er den strengen Anforderungen an die Begründungspflicht vor Bundesgericht nicht zu genügen. Die Überprüfung von kantonalem Recht durch das Bundesgericht ist auf Willkürkognition beschränkt (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG).

#### **E. 4.4.2**

Die Argumentation des Beschwerdeführers 1 ist in mehrfacher Hinsicht unzutreffend. Die Grenze zwischen polizeirechtlicher und strafprozessualer Tätigkeit verläuft in der Praxis fließend, und eine klare Trennung ist nicht immer möglich. Das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO ist der strafprozessuale Anfangsverdacht (BGE 146 I 11 E. 4.1; 143 IV 27 E. 2.5; vgl. 140 I 353 E. 5.2; Urteile 6B\_372/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 2.3.1; 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Übt die Polizei im Rahmen ihrer vom Gesetzgeber zugewiesenen Kernaufgaben zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor dem Vorliegen eines konkreten Tatverdachts und ohne Auftrag seitens der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts Tätigkeiten im Bereich der Verbrechenverhütung aus, handelt es sich dabei um sog. polizeiliche Vorermittlungen. Diese sind unterhalb der Schwelle des strafprozessualen Tatverdachts - wie dies die Vorinstanz zutreffend ausführt - durchaus möglich (vgl. BGE 146 I 11 E. 4.1; BGE 140 I 353 E. 5 f.; Urteil 6B\_372/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 2.3.1; je mit Hinweisen). Solche polizeiliche Vorermittlungen werden nicht von den Bestimmungen der StPO zum Vorverfahren nach Art. 299 ff. StPO erfasst, sondern unterstehen dem kantonalen Polizeirecht (vgl. BGE 143 IV 27 E. 2.5; BGE 140 I 353 E. 5.5.1 und 5.5.2; je mit Hinweis). Ergibt sich aus dieser oder einer anderen allgemeinen Polizeitätigkeit ein Tatverdacht gegen eine bekannte oder unbekannte Täterschaft, richtet sich anschliessend die polizeiliche Tätigkeit nach der StPO und sie ermittelt nach Art. 306 ff. StPO (BGE 146 I 11 E. 4.1; vgl. 140 I 353 E. 5.5.1 f.; Urteile 6B\_1409/2019 vom 4. März 2021 E. 1.5; 6B\_372/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 2.3.1; je mit Hinweisen). Das Polizeigesetz des Kantons Aargau regelt die (präventive) Observation in allgemein zugänglichen Orten zur Verhinderung von Straftaten (§ 35 in Kraft bis zum 30. Juni 2021, § 35a ab 1. Juli 2021).

#### **E. 4.4.3**

Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers 1 fällt das Handeln der Kantonspolizei Aargau vorliegend nicht in den Anwendungsbereich der Strafprozessordnung. Gemäss vorinstanzlich willkürfrei festgestelltem Sachverhalt führte die Kantonspolizei Aargau im öffentlich zugänglichen Lokal des Beschwerdeführers 1 eine (präventive) Milieukontrolle durch. Erstellt ist nach dem soeben Ausgeführten ebenso, dass die Polizei nicht bereits vor der Milieukontrolle über einen hinreichenden Anfangsverdacht, der Beschwerdeführer 1 könne in seinem Lokal illegale Wetten bzw. Glücksspiele anbieten, verfügt hat (vgl. E. 4.4.1 oben). Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, die diversen Milieukontrollen seien darauf ausgerichtet gewesen, festzustellen, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen würden oder nicht. Im konkreten Fall agierte die Kantonspolizei Aargau in Wahrnehmung ihrer sicherheitspolizeilichen

Aufgaben, indem sie im öffentlich zugänglichen Lokal des Beschwerdeführers 1 eine präventive Milieukontrolle zur Verhütung künftiger Straftaten durchführte. Ihr Handeln diene gerade nicht der Beweissicherung i.S.v. Art. 299 Abs. 2 StPO, sondern stelle eine klassische präventive polizeiliche Tätigkeit dar, auf welche kantonales Polizeirecht anwendbar ist (vgl. BGE 143 IV 27 E. 2.5). Willkür in der Anwendung des kantonalen Rechts legt der Beschwerdeführer 1 nicht dar (vgl. E. 4.4.1 oben).

#### **E. 4.4.4**

Die Rüge des Beschwerdeführers 1 überzeugt auch insoweit nicht, als er zum Vergleich das Urteil 6B\_1409/2019 vom 4. März 2021 heranzieht. In diesem Fall fand - wie dies die Vorinstanz korrekt darlegt - eine polizeiliche Kontrolle eines Vereinslokals ohne Vorliegen eines Durchsuchungsbefehls statt, nachdem ein Polizeibeamter zuvor durch die Scheibe des Lokals Beobachtungen gemacht hatte, die in ihm den Verdacht erweckten, dass darin strafbare Handlungen begangen würden (vgl. Urteil 6B\_1409/2019 vom 4. März 2021 E. 1.5). Damit lag bereits im Zeitpunkt der Kontrolle ein Anfangsverdacht vor, weshalb die polizeilichen Ermittlungen von den Bestimmungen der StPO zum Vorverfahren nach Art. 299 ff. StPO erfasst waren (vgl. oben E. 4.4.2). Anders verhält es sich vorliegend: Zum Zeitpunkt der präventiven Milieukontrolle lag, wie bereits ausgeführt, gerade noch kein Anfangsverdacht vor. Erst anlässlich dieser Kontrolle stiess die Polizei auf ein mögliches strafprozessual relevantes Verhalten. Ab diesem Zeitpunkt richtete sich - aufgrund Vorliegens eines Verdachts - die polizeiliche Tätigkeit nach der StPO (vgl. oben E. 4.4.2). Das weitere Handeln der Polizei ist mit der Vorinstanz nicht zu bemängeln, hat sie doch in der Folge korrekterweise bei der Staatsanwaltschaft einen Hausdurchsuchungsbefehl beantragt, bevor sie in das Lokal des Beschwerdeführers 1 eingedrungen ist, dieses durchsucht und diverse Automaten sichergestellt bzw. beschlagnahmt hat.

#### **E. 4.4.5**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers 1 hat die Polizei damit nicht unter Verletzung der Zuständigkeitsvorschriften und unter Verletzung der Voraussetzung von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO eine Hausdurchsuchung vorgenommen. Die Rüge des Beschwerdeführers 1 ist unbegründet. Mit der Vorinstanz erweisen sich sämtliche Beweismittel, welche im Rahmen der Hausdurchsuchung festgestellt wurden, als verwertbar.

#### **E. 4.4.6**

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist abzuweisen.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin 2 wendet sich gegen den teilweisen Freispruch des Beschwerdeführers 1 vor der Vorinstanz und macht zusammengefasst geltend, 25 der auf der Spielplattform "Diamond Casino" in den Lokalitäten des Beschwerdeführers 1 vorgefundenen Spiele seien gemäss Referenzvergleichsbericht vom 26. Juni 2015 insbesondere den Spielen der Spielplattform "Magic Entertainment" gegenübergestellt und als faktisch gleich eingestuft worden. Folglich handle es sich dabei um Glücksspiele im Sinne des Spielbankengesetzes. Indem die Vorinstanz die genannten Spiele nicht als qualifizierte Glücksspiele angesehen und den Beschwerdeführer 1 betreffend den Vorwurf einer Widerhandlung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG freigesprochen habe, verletze sie Bundesrecht.

## **E. 5.2**

Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin 2 habe zwar in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass es sich bei den in der Anklage genannten Spiele um Glücksspiele i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SBG handle. Jedoch könne der Betrieb eines Spielautomaten ausserhalb einer konzessionierten Spielbank den Straftatbestand gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen, wenn der Automat durch Verfügung der ESBK zuvor in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren als Glücksspielautomat qualifiziert worden sei, die betreffende (öffentlich publizierte) Feststellungsverfügung in Rechtskraft erwachsen sei oder allfällige Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hätten. Weiter hält die Vorinstanz fest, das in Art. 1 StGB verankerte Legalitätsprinzip erlaube eine Bestrafung nur, wenn für den Rechtsunterworfenen hinreichend klar sei, welche Verhaltensweisen strafbar seien. Wenn aber vom Rechtsunterworfenen nicht verlangt werden könne, dass er selber zwischen Geschicklichkeits- und Glücksspielautomaten unterscheiden könne, dürfe von ihm auch nicht erwartet werden, dass er beurteilen könne, ob die von ihm angebotenen Spiele "faktisch gleich seien" wie diejenigen, welche die ESBK - für die Öffentlichkeit einsehbar - in anderen Fällen als Glücksspielautomaten qualifiziert habe. Die Vorinstanz erwägt, diese Rechtslage würde zwar die Verfolgung von Personen erschweren, die in unerlaubter Weise Glücksspiele anbieten würden, dies sei jedoch eine Konsequenz des Legalitätsprinzips sowie der bundesgerichtlichen Praxis und damit hinzunehmen. Zudem führt die Vorinstanz aus, die ESBK habe mit der Publikation der Verfügung Nr. 532-004 bekanntgegeben, dass nicht nur die Spiele der Plattform "Magic Entertainment", sondern auch "faktisch gleiche Spiele" Glücksspiele seien. Dies vermöge jedoch die Rechtsunsicherheiten aus der Sicht des (blossen) Anbieters solcher Geräte nicht zu beheben. Gestützt auf die publizierten Informationen sei es einem Anbieter ohne besondere Fachkenntnisse und mit einem ihm zumutbaren Aufwand nicht möglich festzustellen, ob die von ihm angebotenen Spiele "faktisch gleich seien" bzw. ob die verschiedenen Umstände, die für die Qualifikation eines Spielautomaten als Geschicklichkeitsautomat oder als Glücksspielautomat von Bedeutung seien, bei den von ihm angebotenen Spielen gleich zu gewichten seien wie bei den von der ESBK bereits qualifizierten Spielen. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei vielmehr anzunehmen, dass diese schwierige Abgrenzung eine besondere Fachkompetenz voraussetze. Eine solche könne allenfalls von den Herstellern solcher Geräte, nicht aber von den blossen Anbietern solcher Geräte erwartet werden. Vorliegend sei lediglich das Spiel Super Fruits 1000 in den Gruppen von Spielen enthalten, welche die ESBK in den öffentlich publizierten Verfügungen Nr. 532-004 und 532-006 bereits als Glücksspiele qualifiziert habe. Die übrigen 25 in der Anklage aufgeführten Spiele seien soweit ersichtlich in keiner öffentlich publizierten Qualifikationsverfügung enthalten, weshalb insofern ein Freispruch zu ergehen habe.

### **E. 5.3.1**

Glücksspiele im Sinne des Spielbankengesetzes sind 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 sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft ( Art. 3 Abs. 2 SBG ). Glücksspiele dürfen nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden ( Art. 4 Abs. 1 SBG ). Wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt, wird mit Busse bis zu Fr. 500'000 bestraft ( Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG ).

### **E. 5.3.2**

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 ; BGE 138 IV 106 E. 5.2.3).

### **E. 5.3.3**

Der Betrieb eines Glücksspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken kann den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen, nachdem der Automat durch Verfügung der ESBK als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben ( BGE 138 IV 106 E. 5.3.2; Urteil 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.9). Solange kein Entscheid der als Fachbehörde zuständigen ESBK gemäss Art. 64 Abs. 1 VSBG (Spielbankenverordnung; SR 935.521) vorliegt, ist die Qualifikation des Geldspielautomaten offen; es kann nicht die Aufgabe der Strafgerichte sein, bei Fehlen einer diesbezüglichen Verfügung der ESBK selber darüber zu befinden, ob der Automat als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomat zu qualifizieren ist ( BGE 138 IV 106 E. 5.3.2; Urteile 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.9; 6B\_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.3). Aus strafrechtlicher Sicht ist davon auszugehen, dass der Betrieb eines Geldspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen kann, wenn der Geldspielautomat durch einen Entscheid der ESBK als Glücksspielautomat im Sinne des Spielbankengesetzes qualifiziert worden ist ( BGE 138 IV 106 E. 5.3.2; Urteile 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.9; 6B\_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2).

### **E. 5.3.4**

Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt ( Art. 1 StGB ). Der Grundsatz der Legalität ("nulla poena sine lege") ist ebenfalls in Art. 7 EMRK ausdrücklich verankert. Er ist verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird; wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann; oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat ( BGE 148 IV 30 E. 1.3.1; 138 IV 13 E. 4.1; je mit Hinweisen).

### **E. 5.4.1**

Die ESBK hat mit Verfügung Nr. 532-004 vom 26. Februar 2014 die Spiele der Plattform "Magic Entertainment" als illegale Glücksspielautomaten qualifiziert. Im Dispositiv der Verfügung werden die als Glücksspielautomaten qualifizierten Spiele namentlich

aufgelistet, mit dem Zusatz "und faktisch gleiche Spiele". Gestützt auf den ebenfalls von der ESBK erstellten Referenzvergleichsbericht vom 26. Juni 2015 erachtet es die Vorinstanz als erstellt, dass die Spielplattformen "Diamond Casino" und "Vapilon", auf welchen 25 der in der Anklage aufgeführten Spiele installiert gewesen seien, faktisch gleich seien wie diejenigen der Plattform "Magic Entertainment". Die Vorinstanz erwägt jedoch, faktisch gleiche Eigenschaften eines Spiels würden für eine Verurteilung i.S.v. Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nicht genügen.

#### **E. 5.4.2**

Die vorinstanzliche Auffassung überzeugt: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt für eine Verurteilung i.S.v. Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG eine vorgängige Qualifikationsverfügung der ESBK (vgl. oben E. 5.3.3). Vorliegend wurde die faktische Gleichheit der Spiele nur mittels eines Referenzvergleichsberichts der ESBK vom 26. Juni 2015 und nicht mittels Verfügung festgestellt. Ein solcher Bericht vermag zwar eine Teilgrundlage für die Prüfung bzw. Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen bilden. Er kann auch, wie die Beschwerdeführerin 2 ausführt, zur besseren Nachvollziehbarkeit der faktischen Gleichheit der Spiele sowie auch zur Darstellung der Ergebnisse der Spielvergleiche erstellt worden sein. Und es mag sogar zutreffen, dass die Fachbehörde durch einen Referenzvergleichsbericht gegenüber einem Strafrichter nachvollziehbar darlegen kann, worauf die Annahme der faktischen Gleichheit gründet. Dennoch handelt es sich dabei weder um eine Qualifikationsverfügung noch um eine gesetzliche Grundlage; ein solcher Bericht wird nicht im Amtsblatt publiziert und es steht auch kein Rechtsmittel dagegen zur Verfügung. Demnach waren die 25 Spiele - entgegen den bundesgerichtlichen Vorgaben - nicht mittels rechtskräftiger Verfügung durch die ESBK als Glücksspiele bzw. Glücksspielautomaten qualifiziert.

#### **E. 5.4.3**

Die Beschwerdeführerin 2 argumentiert, durch den Zusatz "faktisch gleiche Spiele" werde ein Anbieter dafür sensibilisiert, dass auch weitere, nicht namentlich in der Verfügung genannte Spiele die Voraussetzungen eines Glücksspiels erfüllen könnten. Dies mag zwar zutreffen, jedoch muss - unter Anwendung des Legalitätsprinzips - für einen Anbieter ersichtlich sein, welches Verhalten strafbar ist, welche Spiele unter den Begriff "faktisch gleich" fallen und Glücksspiele darstellen. Die Vorinstanz bezieht sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und führt zu Recht aus, wenn vom Rechtsunterworfenen nicht verlangt werden könne, dass er selber zwischen Geschicklichkeits- und Glücksspielautomaten unterscheiden könne, dann dürfe von ihm auch nicht erwartet werden, dass er beurteilen könne, ob die von ihm angebotenen Spiele faktisch gleich seien wie die bereits durch die ESBK für die Öffentlichkeit einsehbaren qualifizierten Spiele. Nicht zu überzeugen vermag das Vorbringen der Beschwerdeführerin 2, wonach die Unterschiede der einzelnen Spiele so minim seien, dass sowohl für den Strafrichter als auch für den Anbieter zweifelsfrei erkennbar sei, dass es sich bei den Spielen aus den Qualifikationsverfügungen und bei denjenigen aus dem Referenzvergleichsbericht um die gleichen Spiele handle. Bei dieser Auffassung übersieht die Beschwerdeführerin 2, dass es sich bei dem Referenzvergleichsbericht gerade nicht um eine Qualifikationsverfügung der ESBK handelt, welche öffentlich im Amtsblatt publiziert wird und gegen die ein Rechtsmittel offen steht. Findet ein Anbieter ein bestimmtes Spiel nicht in einer publizierten Qualifikationsverfügung der ESBK, so ist für ihn die faktische Gleichheit der Spiele nicht offensichtlich erkennbar. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang

die vorinstanzliche Erwägung zu berücksichtigen, wonach es einem Anbieter ohne besondere Fachkenntnisse gestützt auf die durch die ESBK publizierten Informationen und mit einem ihm zumutbaren Aufwand nicht möglich sei, festzustellen, ob die von ihm angebotenen Spiele "faktisch gleich" seien. Für die schwierige Abgrenzung ist eine besondere Fachkompetenz vorausgesetzt, weshalb das Bundesgericht eine vorgängige Qualifikationsverfügung durch die ESBK verlangt (vgl. BGE 138 IV 106 E. 5.3.2). Eine solche ist vorliegend betreffend die 25 Spiele nicht ergangen. Folglich ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 5.5**

Das Spiel Super Fruits 1000 wurde mit Verfügung Nr. 532-006 der ESBK vom 17. Dezember 2014 als Glücksspiel im Sinne des Geldspielgesetzes qualifiziert. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden und der vorinstanzlich Schuldpruch wird selbst vom Beschwerdeführer 1 nicht angefochten.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin 2 beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils in den Punkten Freispruch, Strafmass und Ersatzforderung. Dabei geht sie in ihren Ausführungen sowohl zum Strafmass als auch zur Ersatzforderung von einem Schuldpruch bzw. einer Aufhebung des Freispruchs aus. Die Beschwerde wird in diesem Punkt abgewiesen (vgl. E. 5 oben), weshalb auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin 2 nicht einzugehen ist.

#### **E. 7**

Die Beschwerde im Verfahren 6B\_1136/2021 ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer 1 wird kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerde im Verfahren 6B\_1137/2021 ist abzuweisen. Der Beschwerdeführerin 2 sind keine Kosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ).

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