

BGer 6B_30/2021 vom 9. Dezember 2022

Bundesgericht, 2022-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_30_2021

FR: TF 6B_30/2021 du 9 décembre 2022

IT: TF 6B_30/2021 del 9 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 81 Abs. 1 lit. a BGG). Sie ist eine am Verfahren in Verwaltungsstrafsachen nach dem VStrR (SR 313.0) beteiligte Verwaltungsbehörde und damit zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 7 BGG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 VStrR und Art. 57 Abs. 1 SBG bzw. Art. 134 Abs. 2 BGS). Ihr steht das Beschwerderecht grundsätzlich ohne Einschränkung zu.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht das alte Recht (SBG) anstelle des neuen Rechts (BGS) zur Anwendung gebracht und damit gegen die "lex mitior"-Regel verstossen. Stehe wie vorliegend fest, dass die Strafbarkeit der den Beschwerdegegnern vorgeworfenen Verhaltensweisen unter neuem Recht fortbestehe, seien die gesetzlichen Strafrahmen bzw. Sanktionen zu vergleichen. Gemäss Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS reiche der Strafrahmen von einer Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren, während Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG eine Strafandrohung von Haft oder Busse bis zu Fr. 500'000.-- vorgesehen habe. Da sowohl Bussen (im Geldsummensystem) als auch Geldstrafen (im Tagessatzsystem) den Beschuldigten im Rechtsgut des Vermögens treffen würden, seien diese beiden Sanktionen qualitativ gleichwertig. Soweit wie vorliegend jedoch nach altem Recht eine unbedingte Busse (SBG) und nach neuem Recht eine bedingte Geldstrafe (BGS) auszusprechen sei, käme das neue Recht zur Anwendung, zumal eine bedingte Geldstrafe gegenüber einer unbedingten Busse gemäss der in BGE 134 IV 82 E. 7.2.4 verankerten bundesgerichtlichen Rechtsprechung immer die mildere Sanktion sei. Indem die Vorinstanz das Spielbankengesetz als das mildere Recht für anwendbar erkläre, verstosse sie gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts und verletze Bundesrecht.

E. 2.2

Die Vorinstanz erwägt, dass das den Beschwerdegegnern in der Anklage zur Last gelegte Verhalten sowohl unter altem (SBG) wie auch unter neuem Recht (BGS) strafbar sei. Unter neuem Recht drohe den Beschwerdegegnern jedoch eine Bestrafung wegen eines Vergehens, womit ihnen der schwerwiegendere Vorwurf gemacht werde als nach altem Recht, welches das fragliche Verhalten als Übertretung ahnde. Diese Schlussfolgerung stehe im Einklang mit dem vom Gesetzgeber intendierten Zweck, mit Erlass des Geldspielgesetzes eine Schärfung der Strafnormen vorzunehmen. Insofern sei das Spielbankengesetz als das mildere Gesetz anzuwenden.

E. 2.3.1

Die Beschwerdegegner sollen die ihnen zur Last gelegten Taten im Herbst 2014 begangen haben. Mit Datum vom 1. Januar 2019 ist das Spielbankengesetz ausser Kraft getreten und

durch das Geldspielgesetz ersetzt worden. Gemäss der Botschaft zum BGS gelten für die laufenden Verfahren wie auch für die Verfolgung von Straftaten, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangen wurden, die Strafbestimmungen des bisherigen Rechts, ausser die Anwendung des neuen Rechts würde zu einer milderen Sanktion führen (Anwendung des Grundsatzes der "lex mitior"; Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz, BBI 2015 S. 8506 Ziff. 2.11).

E. 2.3.2

Ob das neue im Vergleich zum alten Gesetz milder ist, beurteilt sich nicht nach einer abstrakten Betrachtungsweise, sondern in Bezug auf den konkreten Fall (Grundsatz der konkreten Vergleichsmethode). Das Gericht hat die Tat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht (hypothetisch) zu prüfen und durch Vergleich der Ergebnisse festzustellen, nach welchem der beiden Rechte der Täter besser gestellt ist (Urteil 6B_231/2022 vom 1. Juni 2022 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 147 IV 471 E. 4; 142 IV 401 E. 3.3; 134 IV 82 E. 6.2.1; je mit Hinweisen). Die günstigere Rechtslage bestimmt sich dabei nicht nach dem subjektiven Empfinden des Täters, sondern nach objektiven Gesichtspunkten (Grundsatz der Objektivität; Urteil 6B_231/2022 vom 1. Juni 2022 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 147 IV 471 E. 4; 134 IV 82 E. 6.2.2; je mit Hinweisen). Steht einmal fest, dass die Strafbarkeit des fraglichen Verhaltens unter neuem Recht fortbesteht, sind die gesetzlichen Strafrahmen bzw. Sanktionen zu vergleichen (Urteil 6B_231/2022 vom 1. Juni 2022 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 147 IV 471 E. 4; 134 IV 82 E. 6.2.1; je mit Hinweisen).

E. 2.4.1

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. Nach neuem Recht wird zu einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe verurteilt, wer vorsätzlich ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele oder Grossspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt (Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS).

E. 2.4.2

Die Vorinstanz hat den Vorwurf, wonach die Beschwerdegegner am 23. Oktober 2014 die Geräte U 12080, U 12081 und U 12082 mit jeweils als Glücksspielautomaten qualifizierten Spielen angeboten hätten, nach dem zum Tatzeitpunkt geltenden Spielbankengesetz geprüft und die Beschwerdegegner diesbezüglich freigesprochen. Wie nachfolgend unter E. 3 noch aufzuzeigen ist, sind diese vorinstanzlichen Freisprüche zu schützen, weshalb von vornherein nicht ersichtlich ist, inwiefern das neue Recht im Ergebnis das mildere sein könnte.

E. 2.4.3

Selbst wenn die Strafbarkeit der Beschwerdegegner - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - sowohl nach Spielbankengesetz als auch nach Geldspielgesetz zu bejahen und im konkreten Fall nach altem Recht (SBG) eine Busse und nach neuem Recht (BGS) eine bedingte Geldstrafe auszusprechen wäre, erschiene das Geldspielgesetz nicht milder. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung, stellt die bedingte Geldstrafe gegenüber einer unbedingten Busse nicht stets die mildere Sanktion dar. So hat das Bundesgericht im kürzlich publizierten BGE 147 IV 471 die Grundsätze zur Bestimmung der "lex mitior" dargelegt (E. 4) und ausgeführt, aus BGE 134 IV 82 E. 7.2.4 liesse sich

nicht ableiten, dass eine Busse generell als schärfere Sanktion als eine bedingte Geldstrafe zu gelten habe (E. 5). Das genannte Bundesgerichtsurteil sei im Zusammenhang mit der Revision des per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Sanktionenrechts ergangen. Der darin vorgenommene Vergleich von Geldstrafen und Bussen beziehe sich auf die Konstellation, in der die altrechtliche Busse, wo sie nicht bloss der Sanktionierung von Übertretungen diene, durch die Geldstrafe ersetzt wurde, respektive neu als Geldstrafe bezeichnet werden sollte. In solchen Fällen, bei denen eine reine Anpassung der Begrifflichkeiten erfolge, seien Bussen und Geldstrafen qualitativ gleichwertig. Habe der Gesetzgeber bei einer Gesetzesänderung jedoch gezielt eine Strafschärfung vorgesehen und altrechtliche Übertretungen bewusst zu Vergehen oder gar Verbrechen hochgestuft, wie dies bei der Einführung des Geldspielgesetzes der Fall gewesen sei, stelle die altrechtliche Busse, mit welcher eine Übertretung sanktioniert werde, unabhängig von der Strafvollzugsmodalität und der Höhe des Betrags stets die mildere Strafe als die neurechtliche Geldstrafe dar (BGE 147 IV 471 E. 5.1 - 5.3; kürzlich bestätigt in den Urteilen 6B_548/2021 vom 5. Oktober 2022 E.1.2 f.; 6B_995/2021 vom 15. August 2022 E. 2.2 f.). Vorliegend besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen und anders zu entscheiden.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe die Beschwerdegegner in Bezug auf die Geräte U 12080, U 12081 und U 12082 auch unter der Annahme, dass das SBG das mildere Recht sei, zu Unrecht vom Vorwurf der mehrfachen Übertretung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG freigesprochen. Dazu führt sie im Wesentlichen aus, mit Qualifikationsverfügung Nr. 532-004/01 vom 26. Februar 2014 seien die Spiele der Spielplattform "Magic Entertainment" sowie "faktisch gleiche Spiele" als illegale Glücksspielautomaten (Art. 3 Abs. 2 SBG) qualifiziert worden. Im Referenzvergleichsbericht vom 26. Juni 2015 habe sie sodann aufgezeigt, dass die Spiele der Spielplattform "Diamond Casino", welche auf den Geräten U 12080, U 12081 und U 12082 installiert waren, faktisch gleich seien, wie jene mit der Verfügung Nr. 532-004/01 vom 26. Februar 2014 als Glücksspielautomaten qualifizierten Spiele. Die auf den genannten Geräten befindlichen Spiele seien aufgrund dieser faktischen Gleichheit von der Qualifikationsverfügung Nr. 532-004/01 folglich miterfasst und hätten insofern als bereits qualifizierte Glücksspielautomaten bzw. Glücksspiele zu gelten. Indem die Vorinstanz diese Spiele nicht als qualifizierte Glücksspiele angesehen und die Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang vom Vorwurf einer Widerhandlung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG freigesprochen habe, verletze sie Bundesrecht.

E. 3.2

Die Vorinstanz erwägt zusammengefasst, die auf den Geräten U 12080, U 12081 und U 12082 vorgefundenen Spiele seien im Tatzeitpunkt nicht mittels rechtskräftiger Verfügung als Glücksspiele bzw. Glücksspielautomaten qualifiziert gewesen. Dass die Qualifikationsverfügung vom 26. Februar 2014 die Spiele der Spielplattform "Magic Entertainment" sowie "faktisch gleiche Spiele" als illegale Glücksspielautomaten (Art. 3 Abs. 2 SBG) aufführe, vermöge daran nichts zu ändern, zumal die faktische Gleichheit der auf den Geräten U 12080, U 12081 und U 12082 vorgefundenen Spiele mit den in der besagten Qualifikationsverfügung als Glücksspielautomaten qualifizierten Spielen erst mit dem Referenzvergleichsbericht vom 26. Juni 2015 und damit ebenfalls erst nach dem Zeitraum der Übertretung festgestellt worden sei. Der objektive Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG sei in Bezug auf die genannten Geräte nicht erfüllt, weshalb insofern ein

Freispruch zu ergehen habe.

E. 3.3.1

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 Haft oder Busse bis zu Fr. 500'000.-- bestraft (Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG). Handlungen, die den Einsatz von Geschicklichkeitsspielautomaten (Art. 3 Abs. 3 SBG) betreffen, werden vom Straftatbestand des Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nicht erfasst.

E. 3.3.2

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 der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken [Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521; in Kraft bis am 31. Dezember 2018]). 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 ; vgl. zum Ganzen: BGE 138 IV 106 E. 5.2.3).

E. 3.3.3

Nach der mit BGE 138 IV 106 begründeten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Organisation oder der gewerbsmässige Betrieb von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen, nachdem das fragliche Geldspiel oder der fragliche Geldspielautomat im Verfahren nach Art. 61 ff. VSBG durch eine Verfügung der ESBK als Glücksspiel bzw. Glücksspielautomaten qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben. Fehlt eine entsprechende Verfügung der ESBK, kann es nicht die Aufgabe des Strafrichters sein, vorfrageweise darüber zu entscheiden, ob das Gerät als Glücksspielautomat zu qualifizieren ist. Wer einen Geldspielautomaten anbietet, der von der ESBK noch nicht als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist, kann sich demnach nicht nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG strafbar machen (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2).

Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt, so etwa in den Urteilen 6B_1136/2021 vom 7. November 2022 E. 5.3.3; 6B_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.9 und 6B_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2.

E. 3.3.4

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. 3.4.1

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Spiele der Spielplattform "Magic Entertainment" mit Feststellungsverfügung Nr. 532-004/01 vom 26. Februar 2014 als illegale Glücksspielautomaten qualifiziert. Dabei hat sie die als Glücksspielautomaten qualifizierten Spiele im Dispositiv der Verfügung namentlich aufgelistet und ihre Aufzählung mit dem Zusatz "und faktisch gleiche Spiele" versehen. Inwiefern damit die Spiele der Spielplattform "Diamond Casino" rechtskräftig als Glücksspiele qualifiziert sein sollten, ist nicht ersichtlich. Aus dem Zusatz "und faktisch gleiche Spiele" lässt sich nichts dergleichen ableiten, zumal damit kein konkretes Geldspiel qualifiziert und die faktische Gleichheit der auf der Spielplattform "Diamond Casino" und auf der Plattform "Magic Entertainment" installierten Spiele in der besagten Verfügung auch nicht festgestellt wird.

E. 3.4.2

Eine Ausweitung der mit Verfügung Nr. 532-004/01 vom 26. Februar 2014 vorgenommenen Qualifizierung auf "faktisch gleiche Spiele" liesse sich überdies kaum mit dem Legalitätsprinzip vereinbaren. Der Einwand der Beschwerdeführerin, durch den hinzugefügten Zusatz seien die Beschwerdegegner dafür sensibilisiert worden, dass auch weitere, nicht namentlich in der Verfügung genannte Spiele die Voraussetzungen eines Glücksspiels erfüllen könnten, vermag daran nichts zu ändern. Für einen Anbieter muss klar ersichtlich sein, welches Verhalten strafbar ist. Dazu muss er wissen, welche Spiele konkret als Glücksspiele gelten.

Die Beurteilung, ob die von ihm angebotenen Spiele faktisch gleich sind, wie jene Spiele, welche bereits durch die ESBK mittels Feststellungsverfügung qualifiziert wurden, ist dem Anbieter gestützt auf die durch die Kommission publizierte Informationen ohne besondere Fachkenntnisse und mit einem ihm zumutbaren Aufwand nicht möglich. Findet ein Anbieter ein bestimmtes Spiel nicht in einer publizierten Qualifikationsverfügung der ESBK, ist dessen Einordnung als Glücksspiel für ihn nicht zweifelsfrei erkennbar (so auch Urteil 6B_1136/2021 vom 7. November 2022 E. 5.4.3). Für die Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen ist eine besondere Fachkompetenz vorausgesetzt, weshalb das Bundesgericht eine vorgängige Qualifikationsverfügung durch die ESBK verlangt (vgl. BGE 138 IV 106 E. 5.3.2). Dass der erst nach dem Tatzeitpunkt erstellte Referenzvergleichsbericht dieses Erfordernis erfüllen würde, bringt die Beschwerdeführerin zu Recht nicht vor.

E. 3.4.3

Eine Verfügung der ESBK, mit welcher die auf den Geräten U 12080, U 12081 und U 12082 befindlichen Spiele der Spielplattform "Diamond Casino" im Verfahren nach Art. 61

ff. VSBG rechtskräftig als Glücksspiele qualifiziert wurden, liegt damit nicht vor. Eine Verurteilung wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, begangen durch das Anbieten der Geräte U 12080, U 12081 und U 12082, fällt damit ausser Betracht. Die vorinstanzlichen Freisprüche sind folglich rechtskonform. Ausführungen zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG erübrigen sich damit.

E. 4

Das Begehren der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegner seien jeweils zur Bezahlung einer Busse von Fr. 8'600.-- zu verurteilen, bezieht sich auf den Fall, dass diese wegen mehrfacher Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a, begangen durch das Anbieten der Geräte U 12080, U 12081 und U 12082, schuldig zu sprechen sind. Da die in diesem Zusammenhang ergangenen vorinstanzlichen Freisprüche zu bestätigen sind, erübrigt es sich, darauf einzugehen.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der unterliegenden Beschwerdeführerin sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Den Beschwerdegegnern ist keine Entschädigung zuzusprechen, da sie im bundesgerichtlichen Verfahren nicht zur Vernehmlassung eingeladen wurden und ihnen somit keine Umtriebe entstanden sind.

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