

BGer 6B 505/2018 vom 3. Mai 2019

Bundesgericht, 2019-05-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_505_2018

FR: TF 6B 505/2018 du 3 mai 2019

IT: TF 6B 505/2018 del 3 maggio 2019

Regeste

Übertretung des Spielbankengesetzes | Straftaten

Erwägungen

E. 1

Die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Tat wurde im Zeitraum vom 21. August 2008 bis zum 22. Dezember 2008 begangen und von der Vorinstanz am 26. März 2018 als Widerhandlung gegen das SBG beurteilt. Mit Datum vom 1. Januar 2019 ist das SBG ausser Kraft getreten und durch das Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz; BGS; SR 935.51) 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 milderer Sanktion führen (Anwendung des Grundsatzes der lex mitior; Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz, BBI 2015 S. 8506 Ziff. 2.11). Wenn nach Ausfällung des letztinstanzlichen kantonalen Entscheids neue Bestimmungen in Kraft treten, hat das Bundesgericht - wie im kürzlich ergangenen Urteil 6B_23/2018 vom 26. März 2019 festgehalten - jedoch nicht zu prüfen, ob das in Kraft getretene neue Recht für den Beschuldigten das mildere ist. In diesen Konstellationen hat es einzig darüber zu befinden, ob die Vorinstanz auf den von ihr festgestellten Sachverhalt das zum Urteilszeitpunkt geltende Recht richtig angewendet hat (vgl. Urteil 6B_23/2018 vom 26. März 2019 E. 2, zur Publikation vorgesehen). Vorliegend ist daher eine Beurteilung nach dem SBG vorzunehmen, welches im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils vom 26. März 2018 galt.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer rügt, die ihm zur Last gelegte Übertretung nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sei verjährt.

E. 2.2

Die Vorinstanz erwägt, die Übertretung des Beschwerdeführers habe am 22. Dezember 2008 geendet, worauf die siebenjährige Verjährungsfrist zu laufen begonnen habe. Während des rund 18 Monate dauernden gerichtlichen Verfahrens betreffend die Qualifikation des Spielautomaten "Super Competition" habe die Verjährungsfrist in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) geruht. Folglich sei die Übertretung nicht verjährt gewesen, als die Strafverfügung am 25. August 2016 ausgefällt worden sei.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer hält dagegen, die Annahme, dass die Verjährungsfrist während des Qualifikationsverfahrens des Spielautomaten "Super Competition" geruht habe, verletze Bundesrecht. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei Art. 11 Abs. 3 VStrR vorliegend nicht anwendbar. So diene diese Bestimmung einzig dazu, die Verfolgungsverjährung in Fiskalangelegenheiten zu unterbrechen. Eine darüber hinaus gehende Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VStrR würde zudem eine unangemessene und systemwidrige Differenzierung zwischen Vergehen und Übertretungen auf der einen Seite und Verbrechen auf der anderen Seite schaffen, da Art. 11 Abs. 3 VStrR die Verfolgungsverjährung nur bei Vergehen und Übertretungen, nicht aber bei verwaltungsstrafrechtlichen Verbrechen ruhen lasse. Überdies sei die Verfolgungsverjährung vorliegend einzig aufgrund des übermässig langen Zuwartens der ESBK nach Abschluss des Qualifikationsverfahrens eingetreten.

E. 2.4

Das SBG regelt in Art. 55 die Vergehen und in Art. 56 die Übertretungen. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG wird mit Haft oder mit Busse bis zu Fr. 500'000.- bestraft, wer Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs aufstellt. Die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen das SBG ist einer Verwaltungsbehörde des Bundes, nämlich der ESBK und deren Sekretariat, übertragen und fallen unter den Geltungsbereich des VStrR (Art. 57 Abs. 1 SBG , Art. 1 VStrR). Dieses enthält mit Art. 11 Abs. 3 VStrR eine Sonderregelung in Bezug auf das Ruhen der Verfolgungsverjährung, welche nicht an das neurechtliche Verjährungssystem angepasst wurde, welches kein Ruhen und keine Unterbrechung mehr kennt (vgl. Art. 333 Abs. 6 lit. c StGB ; BGE 134 IV 328 E. 2.1 S. 331). So ruht die Verjährung bei Vergehen und Übertretungen während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht oder über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage oder solange der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst (Art. 11 Abs. 3 VStrR).

E. 2.5

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, Art. 11 Abs. 3 VStrR komme nur bei Fiskalangelegenheiten zur Anwendung, kann ihm nicht gefolgt werden. Der Wortlaut dieser Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Verjährung nicht nur während der Dauer eines Verfahrens für die Leistungs- oder Rückleistungspflicht, sondern auch während der Dauer eines Verfahrens über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage ruht. Dass die Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Zusammenhang mit der Regelung von Art. 333 Abs. 6 lit. c StGB i.V.m. Art. 11 Abs. 3 VStrR das Anwendungsgebiet der Abgabestreitigkeiten aufgreift (vgl. BBl 1999 S. 2157 Ziff. 231.1), bedeutet mit der Vorinstanz nicht, dass sich die Sonderregelung von Art. 11 Abs. 3 VStrR allein auf diese Fälle beschränkt. Wie die Vorinstanz in nicht zu beanstandender Weise ausführt, soll die besagte Bestimmung verhindern, dass Widerhandlungen gegen Verwaltungsgesetze verjähren, bevor über Vorfragen, die für die strafrechtliche Beurteilung wesentlich sind, rechtlich Klarheit besteht. Solche Vorfragen stellen sich nicht nur im Rahmen von Fiskalangelegenheiten, sondern gerade auch im Rahmen des SBG. Der vorliegend zu prüfende Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG , welcher das Aufstellen von Spielsystemen oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs unter Strafe stellt, setzt unter anderem voraus, dass es sich beim aufgestellten Gerät um einen

Glücksspielautomaten handelt, wobei diese Frage nicht vom Strafrichter, sondern allein von der als Fachbehörde zuständigen ESBK im hierfür vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahren nach Art. 61 ff. der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521; in Kraft bis am 31. Dezember 2018) zu entscheiden ist (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 S. 111; Urteile 6B_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.9 und 6B_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.3). Dass im Zeitpunkt der Widerhandlung noch kein rechtskräftiger Qualifikationsentscheid vorlag, schliesst die Strafbarkeit nach Art. 56 lit. c SBG nicht aus. Wie das Bundesgericht bereits mit Urteil 6B_899/2017 vom 3. Mai 2018 festgehalten hat, kann eine Verletzung von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG auch vor Erlass einer entsprechenden rechtskräftigen Festellungsverfügung stattfinden. Gleichwohl lässt sich erst nach Abschluss des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens beurteilen, ob das fragliche Gerät die Kriterien eines Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG erfüllt und unter Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG subsumiert werden kann (vgl. Urteil 6B_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 2.3 f.). Ob der Spielautomat "Super Competition" als Glücksspielautomat im Sinne des SBG qualifiziert werden kann, ist damit eine für die strafrechtliche Beurteilung relevante Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR , weshalb die Verjährungsfrist während des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens des Spielautomaten ruht. Daran ändert nichts, dass die Bestimmung nur das Ruhen der Verjährung bei Vergehen und Übertretungen normiert, hinsichtlich verwaltungsstrafrechtlicher Verbrechen indes keine entsprechende Regelung enthält. Dem Beschwerdeführer ist zwar beizupflichten, dass es kaum Sinn macht bei Verhaltensweisen mit geringerem Unwertgehalt (Übertretungen und Vergehen) die Verjährung ruhen zu lassen, während eine des verwaltungsstrafrechtlichen Verbrechens beschuldigte Person sich durch Verzögerungen in einem vorangehenden Verwaltungsverfahren gegebenenfalls in die Verjährung retten könnte. Diese Systemwidrigkeit lässt sich jedoch nicht aufheben, indem man den Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 3 VStrR auf Fiskalstrafverfahren beschränkt, zumal auch hier zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen unterschieden werden kann. Indessen könnte man sich fragen, ob die Sonderregelung von Art. 11 Abs. 3 VStrR betreffend das Ruhen der Verjährung über ihren Wortlaut hinaus auch auf verwaltungsstrafrechtliche Verbrechen anzuwenden wäre, wie dies etwa von ANDREAS EICKER gefordert wird (vgl. ANDREAS EICKER, Wirtschaftsstrafrecht im Lichte allgemeinen Verwaltungsstrafrechts - Ein Überblick, in Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, S. 255, Rz. 50). Diese Frage kann hier jedoch offen gelassen werden, da vorliegend einzig die Beurteilung einer Übertretung nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG zur Diskussion steht. Das vom Beschwerdeführer als übermässig lang eingestufte Zuwarten der ESBK nach Abschluss des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens ist hinsichtlich der Frage der Verjährung sodann unerheblich. Es erübrigt sich darauf einzugehen. Vorliegend ruhte die Verfolgungsverjährung somit ab dem 28. September 2010, als gegen die Qualifikationsverfügung der ESBK vom 26. August 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben wurde, bis zur Ausfällung des in Rechtskraft erwachsenen Bundesgerichtsentscheid vom 10. April 2012, durch welches die Beschwerde gegen den in dieser Angelegenheit ergangenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts abgewiesen wurde. Um diesen Zeitraum vom 28. September 2010 bis zum 10. April 2012 verlängert sich mithin die siebenjährige Verjährungsfrist. Daher war im Zeitpunkt der Ausfällung der Strafverfügung vom 25. August 2016 die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Übertretung noch nicht verjährt. Die Beschwerde ist insoweit unbegründet.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, einem unvermeidbaren Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB unterlegen zu sein. So habe er sich bei der ESBK mehrmals nach der Rechtmässigkeit seines Handelns erkundigt, von dieser jedoch weder eine eindeutige Antwort, noch eine Empfehlung, noch einen Hinweis auf ein Verbot erhalten. Es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er sich in dieser unsicheren Lage auf die ihm von seinem Lieferanten übermittelten Schreiben der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich und der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern gestützt habe, welche das Aufstellen des Geräts "Super Competition" als zulässig erachtet hätten. Auch ein gewissenhafter Mensch, egal ob mit oder ohne Erfahrung im Automatengeschäft, hätte in seiner Situation den Schluss gezogen, dass das Aufstellen des Automaten nicht gegen das SBG verstosse.

E. 3.2

Gemäss Art. 21 StGB ("Irrtum über die Rechtswidrigkeit", Verbotsirrtum) handelt nicht schuldhaft, wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält (Satz 1). War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen (Satz 2). Einem Verbotsirrtum erliegt der Täter, der zwar alle Tatumstände kennt und somit weiss, was er tut, aber nicht weiss, dass sein Tun rechtswidrig ist. Ein Verbotsirrtum ist ausgeschlossen, wenn der Täter aufgrund seiner laienhaften Einschätzung weiss, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht, wenn er also in diesem Sinne das unbestimmte Empfinden hat, etwas Unrechtes zu tun (vgl. BGE 130 IV 77 E. 2.4 S. 81 f.; Urteil 6B_60/2018 vom 21. Dezember 2018 E. 2.3; je mit Hinweisen). Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Täter nicht weiss und nicht wissen kann, dass er rechtswidrig handelt. Insoweit gelten die Kriterien, welche die Praxis zur Beurteilung der "zureichenden Gründe" beim altrechtlichen Rechtsirrtum (Art. 20 aStGB) entwickelt hat (Urteil 6B_524/2016 vom 13. Februar 2017 E. 1.3.2 mit Hinweisen). Zureichend ist ein Grund, wenn dem Täter aus seinem Verbotsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil der Irrtum auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (BGE 104 IV 217 E. 3a S. 220 f. mit Hinweis). Ob der Täter weiss, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht respektive er ein unbestimmtes Empfinden hat, etwas Unrechtes zu tun, ist eine Sachverhaltsfrage (Urteil 6B_630/2018 vom 8. März 2019 E. 1.6.4 mit Hinweis). Rechtsfrage ist, ob der Irrtum vermeidbar war (Urteil 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 E. 3.2 mit Hinweis).

E. 3.3

Nach den unbestritten gebliebenen vorinstanzlichen Feststellungen, war dem Beschwerdeführer von Anfang an bewusst, dass die ESBK für die Zulassung von Automaten zuständig ist und das Aufstellen zwecks Betriebs des "Super Competition" gesetzlichen Einschränkungen unterliegen könnte. Entsprechend hat er sich im Jahr 2007 und 2008 mehrmals telefonisch bei der ESBK gemeldet, um sich über die Rechtmässigkeit seines Handelns zu informieren. Anlässlich dieser Telefongespräche hat die ESBK den Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit des Spielautomaten "Super Competition" zunächst abgeklärt werden müsse, wobei hierfür ein entsprechendes Gerät benötigt werde (vgl. angefochtenes Urteil Ziff. 1.2.3 S. 18 f.). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, durfte der Beschwerdeführer gestützt auf diese Informationen nicht in guten Treuen davon ausgehen, das Aufstellen des Automaten sei legal. Dass die ESBK ihm in keinem der Telefonate verboten habe, den "Super Competition" aufzustellen, vermag daran

ebensowenig zu ändern, wie der Umstand, dass die ESBK vor bzw. während des Qualifikationsverfahrens keine eindeutigen Informationen über die Zulässigkeit dieses Geräts geben konnte. Sinn und Zweck des Qualifikationsverfahrens ist es gerade, die Legalität eines vorzuführen Automaten abzuklären. Angesichts der Auskunft der ESBK hätte sich der Beschwerdeführer der Möglichkeit bewusst sein müssen, dass er mit seinem Verhalten gegen gesetzliche Bestimmungen verstossen könnte. Entsprechend hätte er auf das Aufstellen des Spielautomaten "Super Competition" vorerst verzichten und das Ergebnis des Qualifikationsverfahrens abwarten müssen. Dass ihm ein solches Verhalten nicht zumutbar gewesen wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Sodann stellt weder das Schreiben der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich vom 14. Mai 2008 noch jenes der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 28. Mai 2008 eine ausreichende Grundlage für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum dar. Dem Beschwerdeführer war nach den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen durchaus bewusst, dass die Auskünfte nicht von den hierfür zuständigen Behörden stammen. Die beiden Schreiben haben dem Beschwerdeführer folglich nicht die Gewissheit verschaffen können, sein Vorgehen in Bezug auf den Automaten "Super Competition" sei rechtmässig. Ebenso wenig lässt sich bei der gegebenen Sachlage sagen, dass ein gewissenhafter Mensch in der gleichen Situation davon ausgegangen wäre, zum Aufstellen des Spielautomaten "Super Competition" legitimiert zu sein. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass eine solche Person nicht einfach auf die Schreiben zweier unzuständiger Behörden abgestellt, sondern mit Blick auf die Hinweise der bekanntermassen zuständigen ESBK erkannt hätte, womöglich gegen die Vorschriften des SBG zu verstossen. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums verneint.

E. 4

Der Beschwerdeführer begründet den Antrag, den beschlagnahmten Kassensinhalt in der Höhe von Fr. 342.85 aus dem Beschlagnahme zu entlassen und ihm auszuhändigen nicht. Darauf ist daher nicht einzugehen.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

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