

# **BGer 6B 560/2015 vom 17. November 2015**

Bundesgericht, 2015-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_560\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_560_2015)

FR: TF 6B 560/2015 du 17 novembre 2015

IT: TF 6B 560/2015 del 17 novembre 2015

## **Regeste**

Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken, Willkür, Irrtum | 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; 113 Ia 390 E. 1; je mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Es rechtfertigt sich daher, die Verfahren 6B\_560/2015 und 6B\_561/2015 zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Entscheid zu beurteilen.

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, da ausschliesslich eine Übertretung Gegenstand des Verfahrens bilde, habe im Berufungsverfahren gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO nur geltend gemacht werden können, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig. Die Rügemöglichkeiten seien somit beschränkt, was von einer Fachbehörde wie der ESBK von Amtes wegen zu beachten sei. Indem sie eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tatbegehung verlange, weiche sie indessen vom erstinstanzlichen Sachverhalt ab, ohne darzutun, inwiefern dieser willkürlich sein soll. Seinen diesbezüglichen Nichteintretensantrag habe die Vorinstanz nicht behandelt, was gegen das Verbot der Rechtsverweigerung verstosse und sein rechtliches Gehör verletze. Da die Vorinstanz auf die Anschlussberufung eintrete, ohne dies hinlänglich zu begründen, verstosse sie zudem gegen Art. 50 StGB , Art. 3 Abs. 2 StPO sowie Art. 29 BV .

#### **E. 2.1**

Gemäss Art. 403 Abs. 1 StPO entscheidet das Berufungsgericht in einem schriftlichen Verfahren, ob auf die Berufung einzutreten ist, wenn die Verfahrensleitung oder eine Partei geltend macht, die Anmeldung oder Erklärung der Berufung sei verspätet oder unzulässig (lit. a) oder sie sei im Sinne von Art. 398 StPO unzulässig (lit. b). Art. 398 StPO regelt die Zulässigkeit der Berufung (Abs. 1) und die Berufungsgründe (Abs. 2-5). Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung ( Art. 398 Abs. 4 StPO ). Die Rüge der offensichtlich unrichtigen oder auf Rechtsverletzungen beruhenden Feststellung des Sachverhalts entspricht Art. 97 Abs. 1

BGG (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 398 StPO ; derselbe, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, N. 1538 S. 691). Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (vgl. E. 4.1). Art. 403 Abs. 1 lit. a und b StPO beziehen sich auf die eigentlichen Sachurteilsvoraussetzungen (Einhaltung der Berufungsfrist, gültiges Anfechtungsobjekt, Legitimation etc.; kritisch zur Bedeutung von Art. 403 Abs. 1 lit. b StPO Niklaus Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 403 StPO ; vgl. auch Luzius Eugster, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 403 StPO ). Ob die Rügen ausreichend begründet sind, ergibt sich erst aus der materiellen Prüfung der Berufung (vgl. zum Ganzen Urteil 6B\_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 5.2 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwägt, aus der Eingabe der ESBK gehe hervor, dass diese einen Schuldspruch wegen vorsätzlicher und nicht bloss wegen fahrlässiger Tatbegehung verlange. Es werde ausdrücklich geltend gemacht, das angefochtene Urteil sei rechtsfehlerhaft bzw. die Sachverhaltserstellung sei willkürlich. Die Minimalanforderungen an eine Begründung seien erfüllt und auf die Anschlussberufung könne eingetreten werden.

### **E. 2.3**

Der Vorinstanz kann nach dem Gesagten nicht vorgeworfen werden, sie habe den Nichteintretensantrag des Beschwerdeführers 1 nicht behandelt. Es liegt weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs noch der Begründungspflicht vor. Die Vorinstanz war sich der Kognitionsbeschränkung bewusst und nimmt in ihrem Urteil ausdrücklich Bezug auf Art. 398 Abs. 4 StPO . Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. E. 5), stand im vorinstanzlichen Verfahren in Zusammenhang mit der Frage, ob der Beschwerdeführer 1 vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, nicht die Sachverhaltsfeststellung an sich, sondern vielmehr die Qualifikation des Irrtums und damit eine Rechtsfrage im Vordergrund. Ob die hohen Anforderungen, welche das Bundesgericht an die Begründung der Willkür stellt (vgl. E. 4.1), auch im kantonalen Verfahren gelten, kann daher offenbleiben. Indem die Vorinstanz auf die Anschlussberufung eintritt, verletzt sie kein Bundesrecht.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer 2 macht geltend, er habe bei den Einvernahmen der Turnierteilnehmer nicht dabei sein dürfen, weshalb er keine Gelegenheit gehabt habe, entlastende Ergänzungsfragen zu stellen. Dadurch hätte aufgezeigt werden können, dass sowohl die stehende als auch die sitzende Teilnahme mit denselben Gewinnchancen möglich gewesen wäre. Die Vorinstanz bemängle diesen Verfahrensfehler zwar, gleichzeitig führe sie aber aus, dass Ergänzungsfragen zu keinem anderen Resultat geführt hätten. Dies wirke unfair.

### **E. 3.1**

Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Beschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK . Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen ( BGE 140 IV 172 E. 1.3 ; 133 I 33 E. 2.2 ; 131 I 476 E. 2.2; je mit Hinweisen). Dies gilt auch, wenn die belastende Aussage lediglich eines

von mehreren Gliedern einer Indizienkette ist (Urteil 6B\_510/2013 vom 3. März 2014 E. 1.3.2 mit Hinweis). Der Begriff des Zeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen. Als Aussagen von Zeugen gelten all jene, die formell zugelassen sind, dem Gericht zur Kenntnis kommen und von ihm verwendet werden können ( BGE 131 I 476 E. 2.2 ; 125 I 127 E. 6a mit Hinweisen). Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist nicht die mündliche Einvernahme (unter Zeugnispflicht), sondern ob sich eine Person im Strafverfahren schriftlich oder mündlich wie ein Zeuge äussert und es dem Beschuldigten daher möglich sein muss, die Glaubhaftigkeit der belastenden Aussage zu prüfen und deren Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage zu stellen (Urteil 6B\_529/2014 vom 10. Dezember 2014 E. 4.2.1 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 140 IV 196 ).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwägt, es sei entscheidend, ob dem fraglichen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukomme. Vorliegend sei der Beschwerdeführer 2 durch die Aussagen der Turnierteilnehmer nicht stärker belastet als durch seine eigenen. Hinzu komme, dass deren Aussagen in der nachfolgenden Beurteilung keine Verwendung fänden. Aufgrund dessen scheine der Verzicht auf eine Wiederholung der Befragungen als rechtmässig.

### **E. 3.3**

Die vorinstanzlichen Erwägungen sind zutreffend. Die Teilnehmer des Pokerturniers wurden noch vor Ort durch die Polizei befragt. Hinsichtlich des Einsatzes verweigerten mehrere der Befragten die Aussage. Die übrigen gaben an, die Stuhlgebühr von Fr. 20.-- bezahlt zu haben. Sie bestätigten damit die Aussage der Beschwerdeführer, wonach niemand stehend spielte und von sämtlichen Teilnehmern eine Gebühr erhoben wurde. Die Aussagen der Turnierteilnehmer gehen inhaltlich nicht über die eigenen Aussagen der Beschwerdeführer hinaus, weshalb sie sich nicht zu ihren Ungunsten auswirken. Der Verzicht auf die Wiederholung der Einvernahmen unter Gewährung des Fragerechts stellt unter den gegebenen Umständen keine Verletzung von Bundesrecht dar.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführer beanstanden die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung. Die Stuhlgebühr von Fr. 20.--, welche die Vorinstanz als Einsatz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz [SBG; SR 935.52]) qualifiziere, sei entgegen ihrer Feststellung optional gewesen. Die Spieler hätten nicht nur sitzend, sondern auch stehend am Turnier teilnehmen können, was sie anlässlich ihrer Befragung dargelegt hätten. Es sei erstellt, dass zwei Teilnehmer überhaupt nicht bezahlen mussten. Sieben Spieler hätten diesbezüglich die Aussage verweigert. Somit sei erwiesen, dass die Stuhlgebühr keine Voraussetzung für die Teilnahme am Turnier gebildet habe. Zur Begründung verweise die Vorinstanz ausserdem auf Fotoaufnahmen, auf welchen nur Sitztische und keine Stehtische zu sehen seien. Auch an einem Sitztisch könne stehend gespielt werden. Dies sei notorisch bekannt. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung sei aktenwidrig und willkürlich. Zudem stelle der Hinweis auf die Fotoaufnahmen eine im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO unzulässige neue Behauptung dar.

### **E. 4.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist ( BGE 139 II 404 E. 10.1 mit Hinweisen; zum Begriff der Willkür BGE 139 III 334 E. 3.2.5 ; 138 I 49 E. 7.1; je mit Hinweisen) oder wenn sie 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 ). Eine entsprechende Rüge muss klar vorgebracht und substantiiert begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz gelangt in Übereinstimmung mit der ersten Instanz zum Schluss, die Bezahlung der Stuhlgebühr sei nicht optional gewesen. Die erste Instanz stützte sich auf die Aussagen der Beschwerdeführer sowie diverser Auskunftspersonen. Demnach hätten zwei Spieler keinen Einsatz bezahlt. Allerdings sei ihnen die Stuhlmiete vom Turnierveranstalter offeriert worden. Sieben Teilnehmer verweigerten die Aussage bezüglich der Stuhlgebühr. Die restlichen hätten ausgesagt, bei den Fr. 20.-- habe es sich um die Stuhlmiete respektive den Platz oder Eintritt gehandelt. Die Beschwerdeführer selbst hätten ebenfalls bestätigt, dass niemand stehend gespielt habe. Bei dieser Beweislage ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, dass von sämtlichen Teilnehmern die Gebühr verlangt wurde, welche Voraussetzung für die Teilnahme am Pokerturnier bildete. Um die Behauptung der Beschwerdeführer zu widerlegen, es habe auch stehend gespielt werden können, zieht die Vorinstanz die Fotoaufnahmen des Spiellokals heran. Gemäss diesen habe es keine Stehtische gegeben. Es habe daher nicht stehend gespielt werden können. Ebenfalls unter Verweis auf die Fotoaufnahmen (act. 1B 01/003) machen die Beschwerdeführer geltend, darauf sei ersichtlich, dass diverse Spieler am Pokertisch stünden. Ihre Argumentation ist nicht stichhaltig. Die Personen, welche in einer Art zweiten Reihe hinter den um einen Pokertisch sitzenden Spielern stehen, sind offensichtlich nicht aktiv am Pokerspiel beteiligt. Der Verweis der Vorinstanz auf die Fotoaufnahmen lässt die Sachverhaltsfeststellung im Ergebnis auch deshalb nicht als willkürlich erscheinen, da es sich dabei nicht um ein ausschlaggebendes Beweismittel handelt und der Sachverhalt bereits gestützt auf die anderen Beweismittel willkürfrei erstellt wurde. Es erübrigt sich, auf den Einwand der Beschwerdeführereinzugehen, die Fotoaufnahmen stellten eine unzulässige neue Behauptung im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO dar.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz bejahe den Vorsatz bezüglich des Tatbestandsmerkmals des Einsatzes. Sie lege ihrem Urteil damit einen anderen Sachverhalt zugrunde als die erste Instanz, welche sie lediglich wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts schuldig gesprochen habe. Aufgrund der eingeschränkten Kognition hätte die Vorinstanz indessen nur vom erstinstanzlichen Sachverhalt abweichen dürfen, wenn sie diesen als willkürlich erachtet hätte. Dahingehend äussere sich die Vorinstanz allerdings nicht. Das vorinstanzliche Urteil verstosse gegen Art. 398 Abs. 4 StPO , Art. 50 StGB und Art. 6 EMRK .

#### **E. 5.2**

Beide kantonalen Instanzen gelangen zum Schluss, die Beschwerdeführer hätten sich hinsichtlich der Frage, ob eine Stuhlgebühr das Tatbestandsmerkmal des Einsatzes im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG erfülle, geirrt. Jedoch qualifizierte die erste Instanz den Irrtum als Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB . Sie bejahte dessen Vermeidbarkeit und sprach die Beschwerdeführer gestützt auf Art. 13 Abs. 2 StGB der fahrlässigen Tatbegehung schuldig. Die Vorinstanz qualifizierte den Irrtum hingegen als Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB . Diese Qualifikation ist zutreffend, da sich die Beschwerdeführer nicht über ein Sachverhaltselement, sondern über dessen rechtliche Qualifizierung geirrt haben. Allerdings liegt ein Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB nicht schon vor, wenn der Täter sein Verhalten irrtümlich für straflos hält, sondern nur, wenn er nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, konnten sich die Beschwerdeführer nicht auf eine von der ESBK an eine Drittperson in Zusammenhang mit einer anderen Veranstaltung erteilte Auskunft verlassen. Zudem hätten sie selber bei der ESBK eine Anfrage in eigener Sache stellen können. Der Irrtum wäre zumindest vermeidbar gewesen. Die Qualifikation des Irrtums kann als Rechtsfrage frei überprüft werden. Die Rüge der Beschwerdeführer, die Vorinstanz weiche in Verletzung von Art. 398 Abs. 4 StPO vom erstinstanzlichen Sachverhalt ab, geht damit fehl. Ihre Verurteilung wegen vorsätzlicher Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz ist nicht zu beanstanden und verstösst nicht gegen Bundesrecht.

#### **E. 6**

Die Beschwerden sind abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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