

BGer 6P.17/2006 vom 14. Dezember 2006

Bundesgericht, 2006-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.17_2006

FR: TF 6P.17/2006 du 14 décembre 2006

IT: TF 6P.17/2006 del 14 dicembre 2006

Regeste

Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz (Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG) | Verfahren

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, insbesondere des Anklagegrundsatzes. Eine Verurteilung wegen Übertretungen gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG setze den Nachweis des Glücksspiels voraus. Weder im Schlussprotokoll vom 19. Dezember 2003 noch in der Überweisung der ESBK vom 23. April 2004 werde erläutert, inwieweit es sich bei den beschlagnahmten Geräten um Glücksspiele handle. Nirgends werde behauptet oder belegt, dass der Ausgang der Spiele ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Eine Ermittlung der technischen Substanz der Geräte habe nicht stattgefunden. Mangels Sachverhaltsdarstellungen in der Anklageschrift im Hinblick auf die Qualifikation der Geräte als Glücksspiele habe sich der Beschwerdeführer gegen den Vorwurf, Glücksspiele oder Glücksspielautomaten betrieben bzw. nicht homologiert zu haben, nicht genügend verteidigen können. Die Verurteilung wegen Betreibens von Glücksspielen und Aufstellens von Glücksspielautomaten ohne Homologierung verstosse deshalb gegen den Anklagegrundsatz (Art. 29 Abs. 2 BV).

E. 1.2

In der Überweisung der ESBK vom 23. April 2004 wird dem Beschwerdeführer im Wesentlichen vorgeworfen, Punktegewinne von Spielautomaten bar ausbezahlt zu haben. Die Analyse der beschlagnahmten Spielautomaten habe gezeigt, dass diese zum grössten Teil als Geldspielautomaten homologiert worden seien. Der Betrieb von Geldspielautomaten werde im Kanton Zürich durch § 4 des Unterhaltungsgewerbegesetzes vom 27. September 1981 (UGG) und "somit mittelbar auch durch Bundesrecht (Art. 60 SBG) verboten". Es seien aber auch Geräte beschlagnahmt worden, die über keine Homologation verfügten. Selbst wenn die technische Analyse dieser Geräte ergeben sollte, dass es sich dabei um Unterhaltungsspielautomaten handle, läge mangels Prüfung, Konformitätsbewertung und Zulassung eine Verletzung der Spielbankengesetzgebung vor. Zusammenfassend wird dem Beschwerdeführer unter anderem der gewerbsmässige Betrieb von Glücksspielen (i.S.v. Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG) sowie das Aufstellen von Glücksspielautomaten ohne Zulassung (i.S.v. Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG) vorgeworfen.

E. 1.3.1

Der Anklagegrundsatz bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Die Anklage hat die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeschuldigten und konkretisiert so

dessen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Konkretisiert wird der Anklagegrundsatz zur Hauptsache durch die Anforderungen, welche an die Anklageschrift gestellt werden. Diese hat somit eine doppelte Bedeutung. Sie dient einmal der Bestimmung des Prozessgegenstandes (Umgrenzungsfunktion) und sie vermittelt andererseits dem Angeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen (Informationsfunktion), wobei die beiden Funktionen von gleichwertiger Bedeutung sind (BGE 120 IV 348 E. 2 ; 126 I 19 E. 2a).

E. 1.3.2

Gemäss Art. 57 SGB richtet sich das Verfahren zur Verfolgung von Verstössen gegen das Spielbankengesetz nach dem Verwaltungsstrafrechtsgesetz vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0), wobei für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten ergänzend die Vorschriften des kantonalen Rechts gelten (Art. 82 VStrR). Vorliegend ergeben sich die Anforderungen an die Anklageschrift somit primär aus Art. 73 Abs. 2 VStrR . Danach gilt die Überweisung als Anklage. Sie hat den Sachverhalt und die anwendbaren Strafbestimmungen zu enthalten oder auf die Strafverfügung zu verweisen. Nach § 162 StPO /ZH bezeichnet die Anklageschrift kurz, aber genau, die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten, die ihm zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen unter Angabe aller Umstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören sowie unter möglichst genauer Angabe von Ort und Zeit und anderen Einzelheiten, so dass der Angeklagte daraus ersehen kann, was Gegenstand der Anklage bildet. Ferner bezeichnet sie Gesetzesbestimmungen, durch welche dieser Tatbestand mit Strafe bedroht ist. Die Anklage hat die Verwirklichung sämtlicher objektiven und subjektiven Merkmale des angeklagten Tatbestands zu behaupten (Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, § 162 N 6). Es sind alle Tathandlungen und Tatobjekte anzuführen, die den Tatbestandsmerkmalen der in Frage kommenden Strafnorm entsprechen.

E. 1.3.3

Nach der Rechtsprechung bildet die Darstellung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat das Kernstück der Anklageschrift. Aus ihr muss hervorgehen, welches historische Ereignis, welcher Lebensvorgang, welche Handlung oder Unterlassung des Angeklagten Gegenstand der Beurteilung bilden soll, und welches Delikt, welcher strafrechtliche Tatbestand in dieser Handlung zu finden ist. Einerseits muss die Tat individualisiert, d.h. ihre tatsächlichen Verumständungen oder Tatbestandsmerkmale - Zeit, Ort, Art der Begehung und Form der Mitwirkung, angestrebter oder verwirklichter Erfolg (einschliesslich Kausalzusammenhang) - angegeben sein; andererseits sind die einzelnen rechtlichen Elemente des Delikts hervorzuheben. Die Darstellung des tatsächlichen Vorgangs ist auszurichten auf den gesetzlichen Tatbestand, der nach Auffassung der Anklage als erfüllt zu betrachten ist, d.h. es ist anzugeben, welche einzelnen Vorgänge und Sachverhalte den einzelnen Merkmalen des Straftatbestandes entsprechen (BGE 120 IV 348 E. 3c).

E. 1.4.1

Die Abfassung der Anklageschrift hat somit beim eingeklagten Tatbestand ihren Ausgang zu nehmen. Nach Art. 56 Abs. 1 SGB wird mit Haft oder mit Busse bis zu 500'000 Franken bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt (lit. a) und wer Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs aufstellt (lit. c). Der Straftatbestand bezieht sich allein auf Glücksspiele (Art. 3 Abs. 1 SGB), Spielsysteme

(Art. 8 SBG und Art. 49 f. VSBG) und Glücksspielautomaten (Art. 3 Abs. 2 SBG). Glücksspiele 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). Handlungen, die den Einsatz von Geschicklichkeitsspielautomaten (Art. 3 Abs. 3 SBG) betreffen, werden vom Straftatbestand nicht erfasst. Vielmehr sind die Kantone zuständig, zu dieser Geräteart Regelungen zu erlassen (Art. 106 Abs. 4 BV ; Art. 6 Abs. 3 SBG).

E. 1.4.2

Die Unterscheidung verschiedener Spielautomatenarten ist nur vor dem gescheshistorischen Hintergrund verständlich. Früher waren das Glücksspiel und damit auch Glücksspielautomaten von Verfassungen wegen grundsätzlich verboten. Dies führte zur Verbreitung so genannter Geschicklichkeitsspielautomaten. Diese fielen insoweit nicht unter das Glücksspielverbot, als der Spielausgang vom Geschick des Spielers abhing. Weil aber für die Zulassung eine für den Gesamtverlauf des Spiels unwesentliche Geschicklichkeitsphase genügte, gab es zahlreiche vermeintliche Geschicklichkeitsspiele, die bei gesamthafter Betrachtung Glücksspiele waren. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum neuen Spielbankengesetz beschloss der Bundesrat entgegen der bisherigen Praxis, künftig nur noch solche Geldspielautomaten als Geschicklichkeitsspielautomaten einzustufen, bei denen die Geschicklichkeit tatsächlich für den Spielausgang massgebend ist (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken [Spielbankengesetz, SBG] vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III S. 146 ff.; Urteil des Bundesgerichts 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 2 und 3).

E. 1.4.3

Neben den vermeintlichen Geschicklichkeitsspielautomaten verbreiteten sich auch so genannte Unterhaltungs- oder Punktespielautomaten ohne Geldauszahlungsmechanismus, welche deshalb auch als "Nichtgeldspielautomaten" bezeichnet werden (Urteil 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 3). Diese Geräte wurden ursprünglich zugelassen, weil man davon ausging, dass sie mangels Auszahlung nicht unter die "Glücksspielautomaten mit Geldgewinn" im Sinne der in der Volksabstimmung angenommenen Verfassungsbestimmung fielen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden viele dieser Zulassungsverfügungen widerrufen, nachdem sich herausgestellt hatte, dass es verbreitet zu Barauszahlungen von Punktegewinnen gekommen war. Nach der Botschaft sollten auch diese Punkte- oder Unterhaltungsspielautomaten künftig als Geldspielautomaten gelten, sofern das Spiel mit einer Gutschrift eines Geldgewinns oder anderen vermögenswerten Vorteils (Warengewinne, Jetons, Bons, elektronisch gespeicherte Spielpunkte etc.) enden konnte. Davon ausgenommen wurden die reinen Unterhaltungsspielautomaten (Flipper- oder Reaktionsvideospiele; vgl. Botschaft, BBl 1997 III S. 169). Das Bundesgericht bestätigte den Geldspielcharakter verschiedener ehemals als Unterhaltungsspiele zugelassener Automaten (Urteile 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000 und 1A.22-29/2000, 1A.42-49/ 2000 beide vom 7. Juli 2000).

E. 1.4.4

Abzugrenzen sind die Geldspielautomaten somit zunächst von den Unterhaltungsspielautomaten. Reine Unterhaltungsspielautomaten fallen nicht unter die Spielbankengesetzgebung, Unterhaltungsspielautomaten, bei welchen das Spiel mit einer Gutschrift eines Geldgewinns oder einem anderen vermögenswerten Vorteil

(Warengewinne, Jetons, Bons, elektronisch gespeicherte Spielpunkte etc.) enden kann, zählen zu den Geldspielautomaten. Innerhalb der Geldspielautomaten ist zu unterscheiden zwischen Glücksspiel- und Geschicklichkeitsspielautomaten. Zwar sind für die Zulassung von Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit die Kantone zuständig (Art. 106 Abs. 1 und 4 BV). Um indessen zu verhindern, dass erneut unter dem Deckmantel des Geschicklichkeitsspiels verkappte Glücksspielautomaten zugelassen werden, gilt neu für sämtliche Geldspielautomaten eine bundesrechtliche Vorführungspflicht (Art. 61 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 der Verordnung vom 24. September 2004 über Glücksspiele und Spielbanken [Spielbankenverordnung, VSBG 2004; SR 935.521] bzw. Art. 58 Abs. 1 und Art. 61 der Verordnung vom 23. Februar 2000 [VSBG 2000; AS 2000 S. 766 ff.]; BGE 131 II 680 E. 1; Botschaft, BBl 1997 III S. 148 f.). Bei dieser Prüfung als Geschicklichkeitsspielautomaten eingestufte Geräte fallen in die Regelungskompetenz der Kantone. Als Glücksspielautomaten eingestufte Geräte unterliegen der Spielbankengesetzgebung des Bundes. Dies ist auch der Grund, weshalb sich die Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur auf Übertretungen im Zusammenhang mit Glücksspielen beziehen.

E. 1.5.1

Die Überweisung der ESBK, die als Anklageschrift gilt, nennt zwar abschliessend die anwendbaren Strafbestimmungen (Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG), doch entsprechen die vorangehenden Sachverhaltsdarstellungen in der Anklageschrift nicht den Tatbestandsmerkmalen dieser Straftatbestände. Es wird weder behauptet noch näher dargetan, dass die beschlagnahmten Geräte Glücks- und nicht blosse Geschicklichkeitsspielautomaten darstellten und auch nicht, dass sie zu Glücksspielen eingesetzt worden seien. Beim Glücksspielcharakter des Spielautomaten handelt es sich jedoch wie erläutert um ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der eingeklagten Strafbestimmung, welches für die Abgrenzung des anwendbaren Rechts entscheidend ist. Dem Text der Überweisung lässt sich nicht entnehmen, dass die ESBK davon ausgeht, dass es sich bei den vom Beschwerdeführer eingesetzten Apparaten um Glücksspielautomaten handle. Sie vertritt vielmehr die Auffassung, dass der Beschwerdeführer die von ihr erwähnten Tatbestände von Art. 56 SBG unabhängig von der Qualifikation der Geräte als Glücks-, Geschicklichkeits- oder Unterhaltungsspielautomaten erfüllt. So führt sie aus, die Verletzung von § 4 UGG werde mittelbar auch vom Bundesrecht erfasst, und Verletzungen der Pflicht zur Homologation stellten unabhängig von der Art des Geldspielautomaten eine Übertretung gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG dar. Das Obergericht folgt dieser Auffassung angesichts des eindeutigen Wortlauts der fraglichen Strafbestimmungen zwar zu Recht nicht. Es unterstellt indessen, die ESBK habe mit der Überweisung die Geräte zumindest indirekt als Glücksspielautomaten eingestuft. Diese Interpretation ist offensichtlich verfehlt, nachdem die Lückenhaftigkeit der Überweisung ihren Grund wie dargestellt in der unzutreffenden Auslegung von Art. 56 SBG hat. Aus diesen Umständen ergibt sich, dass bis zum Zeitpunkt der Überweisung zur gerichtlichen Beurteilung keine Prüfung darüber stattgefunden hat, ob die eingesetzten Geräte Glücks- oder Geschicklichkeitsspielautomaten sind. Zu Recht beanstandet der Beschwerdeführer deshalb die fehlende Ermittlung der technischen Substanz der Spielautomaten. Im Unterschied zur kantonalrechtlichen Übertretung des UGG sind die Tatbestände von Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG nicht schon beim Aufstellen oder Betrieb von Geldspielautomaten erfüllt. Die Feststellung der ESBK, wonach sich in grosser Anzahl Geldspielautomaten unter den beschlagnahmten Geräten befänden, genügt daher nicht, um eine Verletzung der genannten Strafbestimmungen

darzutun. Diese setzen vielmehr voraus, dass Glücksspielautomaten eingesetzt oder Glücksspiele vorgenommen werden.

E. 1.5.2

Zusammenfassend steht damit fest, dass die Überweisungsverfügung der ESBK vom 23. April 2004 mangelhaft und das darauf beruhende Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 2005 in Verletzung des Anklagegrundsatzes ergangen ist. Die Beschwerde ist gutzuheissen, das Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Überprüfung der weiteren vorgebrachten Rügen.

E. 1.5.3

Im neuerlichen Verfahren wird die Anklagebehörde sowohl in Bezug auf lit. a als auch hinsichtlich lit. c von Art. 56 Abs. 1 SBG das Vorliegen von Glücksspiel zu behaupten und zu beweisen haben. Für den Fall, dass dieser Nachweis gelingen sollte, ist zu beachten, dass nur der vorsätzliche Betrieb von Glücksspielautomaten strafbar ist. Mangelndes Wissen um die Qualifikation der Geldspielautomaten ist dem Beschwerdeführer erst vorwerfbar ab dem Moment, in dem ihn auch eine Pflicht traf, die Zulässigkeit der betriebenen Automaten zu überprüfen.

E. 2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). II. Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde

E. 3

Mit der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegenstandslos geworden und am Geschäftsverzeichnis abzuschreiben. In diesem Fall werden praxismässig weder Kosten erhoben noch Entschädigungen ausgerichtet.

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