

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.176 vom 2. Oktober 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2017.176](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2017.176)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.176 du 2 octobre 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.176 del 2 ottobre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss Art. 57 Abs. 1 des Spielbankengesetzes (SBG, SR 935.52) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) auf das Verfahren gemäss SBG anwendbar. Für die gerichtliche Beurteilung der durch die ESBK erlassenen Verfügungen ist gestützt auf Art. 22 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 37 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) daher das Strafgericht zuständig. Dessen Entscheide sind gemäss den Rechtsmitteln der StPO anfechtbar (Art. 80 Abs. 1 VStrR). Gegen Verfügungen, Beschlüsse und Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte ■ verfahrensleitende Entscheide ausgenommen ■ kann innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde erhoben werden (Art. 20 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. b und Art. 396 Abs. 1 StPO). Der Entscheid des kantonalen Gerichts ergeht im Einziehungsverfahren gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO i.V.m. § 79 Abs. 3 Ziff. 3 des basel-städtischen Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]) durch das Einzelgericht in Form einer Verfügung und unterliegt daher der Beschwerde. Während die von der Einziehung betroffenen Personen die Verfügung gestützt auf Art. 382 Abs. 1 StPO anfechten können, kann gemäss Art. 80 Abs. 2 VStrR auch die beteiligte Verwaltung ■ vorliegend die ESBK ■ dieses Rechtsmittel selbstständig ergreifen (Eicker/Frank/Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 276; AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 1).

1.2 Alle Beschwerdeführenden haben ihre Beschwerde jeweils form- und fristgerecht eingereicht, weshalb auf diese einzutreten ist. Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 und 93 Abs. 1 Ziff. 1 GOG). Soweit die Art. 73-81 VStrR nichts anderes bestimmen, gelten für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten die entsprechenden Vorschriften der StPO (Art. 82 Abs. 2 VStrR; vgl. hierzu unten auch E.4.3.1.2). Die Kognition des Beschwerdegerichts ist daher frei und nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO).

### **E. 1.3**

1.3.1 Das Einzelgericht in Strafsachen hat mit Vernehmlassung vom 20. Dezember 2017 angemerkt, dass alle Fälle grundsätzlich gleich liegen würden und ■ mit Ausnahme des Verfahrens von V\_\_\_\_, deren Hauptverhandlung am 23. Februar 2018 stattgefunden habe ■ im Rahmen einer Hauptverhandlung am 18. Oktober 2017 beurteilt worden seien. Da es davon ausgegangen sei, dass die Betroffenen im Rahmen von Art. 71 Abs. 2 StGB persönliche Angaben zu ihren finanziellen Verhältnissen machen würden, die nicht allen Betroffenen zur Kenntnis gebracht werden sollten, habe es separate Verfügungen erlassen. Letztendlich habe aber Art. 71 Abs. 2 StGB bei der Beurteilung nur eine untergeordnete

Rolle gespielt.

1.3.2 Auch B\_\_\_\_, Advokat, hat mit Begleitbrief vom 27. November 2017 darauf hingewiesen, dass für alle von ihm vertretenen Beschwerdeführenden ■ bis auf F\_\_\_\_ (einzig Entschädigungspunkt) und P\_\_\_\_ (Ziffer. 63, fehlende Turnierübersicht) ■ inhaltlich gleiche Beschwerden eingereicht worden seien. Er hat entsprechend Antrag auf Vereinigung der Verfahren gestellt. Gleiches hat V\_\_\_\_ mit Beschwerde vom 5. April 2018 in Bezug auf ihr Verfahren beantragt.

1.3.3 Gemäss Art. 30 StPO können die Staatsanwaltschaft und die Gerichte aus sachlichen Gründen Strafverfahren vereinen (vgl. BGE 138 IV 29 E. 5.5 S. 34). Gegen die durch die Verfahrensleiterin gestützt auf diese Bestimmung angekündigte Zusammenlegung der Beschwerdeverfahren BES.2017.176■200 und BES.2018.65/66 wurden weder von der ESBK noch von den übrigen Beteiligten Einwände erhoben. Angesichts ihrer Konnexität sind die einzelnen weitgehend gleichgelagerten Beschwerden mit Verfügungen vom 23. Januar und 25. April 2018 zur vereinfachten administrativen Bearbeitung im Interesse der Prozessökonomie schliesslich gemäss Art. 30 StPO zusammengelegt bzw. vereint worden. Die Beschwerden werden damit in einem Entscheid gemeinsam beurteilt. Wo sich in Bezug auf einzelne Beschwerdeführerinnen oder Beschwerdeführer Besonderheiten ergeben, wird im Folgenden darauf hingewiesen.

## II. MATERIELLES

### E. 2

VStrR ein selbständiges Einziehungsverfahren durchgeführt werden dürfe.

4.2 Die von B\_\_\_\_, Advokat, vertretenen Beschwerdeführenden und V\_\_\_\_ haben bereits vor der Vorinstanz geltend gemacht, dass die Voraussetzungen für ein selbständiges Einziehungsverfahren vorliegend nicht gegeben seien, zumal ein solches subsidiär anzuordnen sei und sich das Bundesgericht für eine restriktive Anwendung der selbständigen Einziehung ausgesprochen habe. Deshalb seien die Verfügungen der Vorinstanz aufzuheben und es sei von der Einziehung einer allfälligen Ersatzforderung abzusehen. Die Grundregel der unselbständigen Einziehung habe ihren Ursprung im Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art.

### E. 6

Februar 2017 E. 2.1 und 2.3.1). Selbst eine Verurteilung trotz eines formellen oder materiellen Mangels der Anklageschrift verletzt daher den Anklagegrundsatz nicht in jedem Fall, sondern nur, wenn sich dieser Mangel auch tatsächlich auf die Verteidigung ausgewirkt hat. So hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung fest, dass an eine Anklageschrift keine überspitzt formalistischen Anforderungen gestellt werden dürfen und dass es auf überspitzten Formalismus hinauslaufen würde, eine Verurteilung unter Hinweis auf das Akkusationsprinzip auszuschliessen, wenn der Angeklagte bzw. sein Verteidiger von Anfang gewusst habe, worauf es im Zusammenhang mit einem Vorwurf in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ankomme (BGer 6B\_1079/2015 vom 29. Februar 2016 E. 1.1, 6B\_983/2010 vom 19. April 2011 E. 2.5).

6.6.4.2 Die Einwände in Bezug auf die Verletzung des Anklagegrundsatzes im Verfahren betreffend die Anlasstat erweisen sich als unbegründet. Es ist einerseits auf das Schlussprotokoll im Strafverfahren gegen den Beschuldigten AD\_\_\_\_ vom 24. August 2011 zu verweisen. Dort wird als Tatvorwurf das ■Organisieren/gewerbsmässige Betreiben

von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken festgehalten. Weiter wird auf Art. 56 Abs. 1 lt. a des SBG verwiesen (Strafakten Bd. 2 S. 337). Mit dem Verweis auf die Strafbestimmungen des SBG musste für AD\_\_\_\_\_ klar gewesen sein, dass ihm vorsätzliches Handeln vorgeworfen wird (Art. 55 Abs. 1 SBG). In der Stellungnahme vom 22. September 2011 zu diesem Protokoll wurde u.a. eine Befragung von AD\_\_\_\_\_ beantragt (Strafakten Bd. 2 S. 345). In der Folge wurden jedoch am 23. Dezember 2011 vom Rechtsvertreter sämtliche Beweisanträge zurückgezogen (Strafakten Bd. 2 S. 370). AD\_\_\_\_\_ wurde erst später am 27. Mai 2013 im Rahmen der Einziehungsverfahren als Auskunftsperson befragt. Dort hat er angegeben, im Zeitpunkt des Bundesgerichtsentscheids (d.h. am 20. Mai 2010, Eröffnung 2. Juni 2010) seien sechs Mitglieder im Verwaltungsrat gewesen; im Sommer 2010 seien dann drei Mitglieder ausgestiegen. Er selber habe zum Schlussprotokoll betreffend Einziehung keine Stellungnahme abgegeben, da ihm klar gewesen sei, dass sowieso eine Verfügung erlassen werde (Vorakten 2015 Bd. 1 S. 03049). Aus dem Schlussprotokoll i.V.m. dem Rückzug der Beweisanträge von AD\_\_\_\_\_ und seinen Angaben in der Einvernahme wird klar ersichtlich, dass dieser sich mit den gegen ihn erhobenen Vorwürfen sowohl in objektiver wie subjektiver Hinsicht eingehend auseinandergesetzt und keineswegs aus Nachlässigkeit oder ähnlichen Gründen auf eine Anfechtung des Strafbefehls verzichtet hat.

Da AD\_\_\_\_\_ jedoch nicht dazu befragt wurde, wann er vom Leitentscheid des Bundesgerichtes Kenntnis genommen hat, muss entgegen den Einwänden der ESBK in dubio pro reo der Zeitpunkt, gemäss welchem sich AD\_\_\_\_\_ wegen Verletzung des SBG strafbar gemacht hat, auf die Zustellung der Widerrufsverfügung festgelegt werden, wie die Vorinstanz dies zu Recht getan hat.

6.6.5 Wie dargelegt, argumentieren die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden in Bezug auf die Anlasstat im Eventualstandpunkt mit einem Sachverhaltsirrtum von AD\_\_\_\_\_.

6.6.5.1 Es trifft mit den Annahmen der von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden zwar zu, dass die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat (Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 55 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, 172.021]). Mit den Erwägungen des Einzelgerichts in Strafsachen ist diesbezüglich aber gleichzeitig zu beachten, dass die angefochtene Verfügung der ESBK lediglich eine Feststellungs- und nicht eine Bewilligungsverfügung war. Darin wurde auf den Präjudiz- bzw. Leitentscheid des Bundesgerichts verwiesen, womit die Pokerturniere per se ab dem BGer2C\_694/2009 vom 20. Mai 2010 (amtlich publiziert in BGE 136 II 291) illegal gewesen seien. Wenn nun in der Beschwerde geltend gemacht wird, AD\_\_\_\_\_ sei davon ausgegangen, mit der Beschwerde gegen die Widerrufsverfügung sei angesichts der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nach wie vor die Feststellung der Zulässigkeit der Pokerspiele gültig, liegt kein rechtlich relevanter Irrtum vor.

6.6.5.2 Die Qualifikation der dargestellten Fehlvorstellung als Sachverhalts- oder allenfalls als Rechtsirrtum richtet sich nach Art. 13 bzw. nach Art. 21 StGB. Einem Sachverhaltsirrtum unterliegt, wer von einem Merkmal eines Straftatbestandes keine oder eine falsche Vorstellung hat. Nicht nur der Irrtum über beschreibende (deskriptive) Merkmale, sondern auch die falsche Vorstellung über Tatbestandsmerkmale rechtlicher (normativer) Natur gilt als Sachverhaltsirrtum. Dem Irrenden fehlt in diesen Fällen der Vorsatz zur Erfüllung der fraglichen Strafnorm. Bei einer solchen Konstellation ist der

Täter zu seinen Gunsten nach dem Sachverhalt, den er sich vorgestellt hat, zu beurteilen (Art. 13 Abs. 1 StGB). In Betracht kommt allenfalls die Bestrafung wegen fahrlässiger Tatbegehung, wenn der Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermieden werden können und die fahrlässige Verübung der Tat mit Strafe bedroht ist (Art. 13 Abs. 2 StGB). Im Unterschied zum Sachverhaltsirrtum liegt ein Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) vor und handelt daher nicht schuldhaft, wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 21 StGB). Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum demnach, wenn der Täter nicht weiss und nicht wissen kann, dass er rechtswidrig handelt, oder wenn 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 Hinweisen; siehe zum Ganzen auch Urteile 6B\_524/2016 vom 13. Februar 2017 E. 1.3.2; 6B\_782/2016 vom 27. September 2016 E. 3.1; je mit Hinweisen). Ein Verbotsirrtum gilt nach der Rechtsprechung in der Regel als vermeidbar, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Handelns zweifelte oder hätte zweifeln müssen oder wenn er weiss, dass eine rechtliche Regelung besteht, er sich über deren Inhalt und Reichweite aber nicht genügend informiert. Falls Anlass zu Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens besteht, hat sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen Behörde zuvor näher zu informieren (BGE 129 IV 6 E. 4.1 S. 18; 120 IV 208 E. 5b S. 215; je mit Hinweisen). Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass sich der Rechtsunterworfenen um die Kenntnis der Rechtslage zu bemühen hat und deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt (■error iuris nocet■) (BGE 129 IV 238 E. 3.1 f. S. 241 ff., mit Hinweisen). Diese theoretische Möglichkeit der richtigen Erkenntnis der Rechtslage schliesst die Anwendung von Art. 21 StGB jedoch nicht aus. Entscheidend ist, ob dem Täter das Fehlen der richtigen Erkenntnis zum Vorwurf zu machen ist (BGE 120 IV 208 E. 5 S. 215, 116 IV 56 E. II.3.a S. 68; BGer 6B\_524/2016 vom 13. Februar 2017 E. 1.3.2).

6.6.5.3 Sowohl ein Sachverhaltsirrtum als auch die (strengen) Voraussetzungen des Rechtsirrtums müssen hier verneint werden. AD\_\_\_\_\_ hätte angesichts der Feststellungsverfügung und dem darin angebrachten Hinweis auf die Rechtsprechung BGE 136 II 291 wissen können, dass das Pokerspiel mit dem Entscheid des Bundesgerichts generell für unzulässig qualifiziert wurde. Folglich hat AD\_\_\_\_\_ trotz der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Widerrufsverfügung vom 6. Juli 2010 zumindest in Kauf genommen, dass die Pokerspiele illegal sind.

6.6.6 Mit dem Gesagten unterliegen die erzielten Gewinne der streitgegenständlichen Pokerturniere bis zum 6. Juli 2010 nicht der Einziehung. Daraus ergibt sich, dass die nachstehenden vor dem 6. Juli 2010 erzielten Gewinne von den einzuziehenden Beträgen abzuziehen sind:

## 7. Vermögenswerte

Objekt der Einziehung sind Vermögenswerte, wobei alle wirtschaftlichen Vorteile, gleichgültig ob sie in einer Vermehrung der Aktiven oder einer Verminderung der Passiven bestehen, erfasst werden (Trechsel/Jean-Richard, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, 3. Auflage 2018, Art. 70 N 2). Auch diesbezüglich sind verschiedene Fragen streitig.

### 7.1 Frage nach der Beweistauglichkeit der Aufzeichnungen der ESBK

#### 7.1.1

7.1.1.1 Bereits im vorinstanzlichen Verfahren wurde hinsichtlich der eingezogenen Vermögenswerte die Frage aufgeworfen, ob den Aufzeichnungen und Aufstellungen der ESBK überhaupt Beweiskraft zukomme, da nicht nachvollziehbar sei, wie die ESBK zu diesen Daten gekommen sei. Das Einzelgericht in Strafsachen hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass die ESBK die anlässlich der Hausdurchsuchung im Club AF\_\_\_\_ Poker sichergestellten Datenträger gespiegelt, ausgewertet und übersichtlich dargestellt habe. Die Höhe der Ersatzforderungen und somit der einzuziehenden Vermögenswerte hätten sich auf diese Auswertung gestützt. Mit wenigen Ausnahmen würden für jeden einzelnen Einziehungsbetroffenen die jeweiligen Turnierlisten vorliegen. Hätte man in die Gesamtheit dieser gespiegelten Daten Einsicht nehmen wollen, wäre es den Betroffenen frei gestanden, bei der ESBK Antrag zur Einsichtnahme zu stellen, was allerdings nicht gemacht worden sei. Fakt sei, dass die gespiegelten Daten vorhanden seien und die ESBK Einsicht hätte gewähren können. Hinzu komme, dass die ESBK das Vorgehen im Zusammenhang mit der Auswertung der Daten in einem ausführlichen Bericht dargelegt habe. Somit seien die sich in den Akten befindenden Aufstellungen mit den Gewinnen sowie die Screenshots der Homepage mit sämtlichen gespielten Turnieren eines Mitglieds beweistauglich und es könne auf diese abgestellt werden.

Einzig im Urteil betreffend Q\_\_\_\_ ist die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass ■ trotz Vorliegen der Gewinnerliste, die aus den vom Gericht grundsätzlich als zuverlässig qualifizierten Daten des Turniersystems stamme ■ ■ wesentliche Unterlagen ■ fehlen würden. Zwar sei aus der Personenmaske ersichtlich, dass der Nickname von Q\_\_\_\_ ■ AG \_\_\_\_ ■ laute, doch fehle nicht nur der Ausdruck seines Profils, sondern sei es nicht möglich, ihm sämtliche Gewinne zweifellos zuzuordnen. Einerseits fehlten Screenshots mit den Turnierlisten und andererseits würde der Nickname auf einigen Listen mit einem ■ m ■ enden, wobei Hinweise auf einen zweiten Nickname von Q\_\_\_\_ den Akten nicht zu entnehmen seien. Als erstellt würden im Falle von Q\_\_\_\_ aus diesem Grunde nur diejenigen Gewinne gelten, welche sich auf Excel-Tabelle in den Akten mit dem Namen des Einziehungsbetroffenen 21, seinem Nicknamen, dem Datum sowie dem Gewinn stützten. Somit seien einzig die Gewinne vom 28. November 2010 in Höhe von CHF 2 ■ 995.20, vom 11. Dezember 2010 in Höhe von CHF 2 ■ 175. ■, vom 5. Januar 2011 im Betrage von CHF 1 ■ 025. ■, vom 10. Januar 2011 in Höhe von CHF 1 ■ 509.35, vom 26. Januar 2011 im Betrage von CHF 1 ■ 200. ■, vom 31. Januar 2011 in Höhe von CHF 1 ■ 130.60 sowie vom 12. Februar 2011 in Höhe von CHF 1 ■ 508.60 objektiviert. Die übrigen Gewinne seien mangels Unterlagen nicht überprüfbar.

7.1.1.2 Dem halten die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden entgegen, dass die Einziehung ein öffentlich-rechtlicher Anspruch sui generis sei. Wenn der Staat gegenüber einer Person eine Ersatzforderung geltend machen wolle, müsse die Anklagebehörde substantiiert nachweisen, wie hoch diese Forderung sei und worauf sich ihre Erkenntnisse stützten. Die im Rahmen des Strafverfahrens gegen AD\_\_\_\_ beschlagnahmten Daten hätten nach Abschluss des Strafverfahrens vernichtet werden müssen. Es sei nicht nachvollziehbar, gestützt auf welche rechtliche Grundlage die ESBK 5 Jahre nach Abschluss des Strafverfahrens gegen AD\_\_\_\_ noch über die beschlagnahmten Daten verfügen dürfe. Den Zugriff darauf mit Ausdruck der Turnierdaten von der Homepage sei nicht zulässig. Die Daten seien zudem nicht als Originalkopie dem Strafgericht zur Verfügung gestellt worden, womit das Unmittelbarkeitsprinzip verletzt werde. Sodann sei die Richtigkeit bestritten worden und hätte die Einsichtnahme nicht von

den Einziehungsbetroffenen beantragt werden müssen. Die Zustellung der Excelliste der ESBK genüge nicht. Wenn Screenshots von der Homepage als beweistauglich angesehen würden, könne bei Einziehungsbetroffenen, für welche keine derartige Turnierübersicht bestehe, mangels Nachweises der Höhe der Ersatzforderung keine Einziehung vorgenommen werden.

7.1.1.3 In Bezug auf Q\_\_\_\_\_ weist die ESBK speziell darauf hin, dass er zu jenen Spielern gehört habe, deren Homepagedaten z.B. wegen eines abgelaufenen Passworts während der Untersuchung nicht mehr direkt abgerufen werden können, weshalb entsprechende Screenshots fehlten. Allerdings würden diese Homepagedaten, wo sie vorhanden seien, lediglich unterstreichen, dass die Daten aus der Software, mit welcher die ESBK gearbeitet habe, im Grundsatz 1:1 mit denjenigen auf den persönlichen Homepageseiten (wie bspw. ■Meine Turniere■) übereinstimmen. Letztere seien daher nicht zwingend notwendig, um aufzuzeigen, dass die Daten und damit die Gewinnerlisten korrekt sind. Bei Q\_\_\_\_\_ habe die ESBK Screenshots von einzelnen Turnieren, bei denen er laut Gewinnerliste Beträge gewonnen habe, als beispielhafte Belege aufgeführt. Diese zeigten, dass Q\_\_\_\_\_ sich im Turniersystem gegen aussen nur als ■Anonym■ oder stattdessen manchmal nur ■\*\*\*\*\*m■ anzeigen liess; dieses ■m■ bedeute entgegen der Annahme des Gerichts daher nicht, dass sein Nickname ■AG\_\_\_\_\_■ plötzlich auf ■m■ geendet habe und es sich daher um eine andere Person handle. Aus den Details der Teilnehmer- und Gewinnerliste zum jeweiligen Turnier sei klar ersichtlich, dass der (auf der Homepage) anonyme Gewinner in Wahrheit Q\_\_\_\_\_, Nickname ■AG\_\_\_\_\_■, gewesen sei. Daher seien sämtliche in den relevanten (und auch nicht verjährten) Zeitraum fallenden Gewinne dieses Spielers ■ wie von der ESBK verfügt ■ einzuziehen bzw. es sei an ihrer Stelle eine Ersatzforderung in der ursprünglichen Höhe von CHF 32'904.40 zu verfügen.

#### 7.1.2

7.1.2.1 Die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden sind der Auffassung, dass im Strafbescheid gegen AD\_\_\_\_\_ entgegen Art. 64 VStrR nicht über die ■beschlagnahmten Daten■ entschieden worden sei. Die im Rahmen des Strafverfahrens gegen AD\_\_\_\_\_ erhobenen IT-Daten hätten im selbstständigen Einziehungsverfahren gegenüber den Beschwerdeführenden nach fünf Jahren nicht mehr verwendet werden dürfen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Es ist betreffend die Verwertbarkeit der exportierten IT-Daten als Beweismittel zunächst nochmals darauf hinzuweisen, dass es sich bei den gespiegelten Daten nicht um beschlagnahmte Gegenstände, sondern um erhobene Beweismittel handelt. Das beschlagnahmte IT-Material wurde gegen Quittung aus der Beschlagnahme entlassen (vgl. Schlussprotokoll Strafverfahren betreffend AD\_\_\_\_\_ vom 24. August 11, Strafakten Bd. 2 S. 337; dito verschiedene Schlussprotokolle, wie etwa im Verfahren betreffend A\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012, SB 1 Register 3). Die im Strafverfahren gegen AD\_\_\_\_\_ bzw. im Rahmen der Ermittlung der Anlasstat rechtmässig erhobenen Beweismittel können im Sinne von Art. 139 Abs. 1 StPO auch ins selbstständige Einziehungsverfahren transferiert und in diesem verwertet werden. Diese müssen nicht nach fünf Jahren vernichtet werden, wie von den Beschwerdeführenden fälschlicherweise angenommen wird. Im Einziehungsverfahren bezüglich der AF\_\_\_\_\_ AG (Strafakten Bd. 1 S. 167 ff.) wurde über die Rückgabe diverser Beweismittel und die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme der Kundenkartei bis zum ■Abschluss der im Zusammenhang mit der Anlasstat geführten Verfahren■ befunden (Strafakten Bd. 1 S. 173 Ziff. 5). Mit der Beschlagnahme der Kundenkartei hat sich die ESBK zumindest konkludent gestützt auf

diese Daten aus nachvollziehbaren Gründen selbständige Einziehungen vorbehalten. Es kann auf die obigen Erwägungen unter dem Titel ■Beschlagnahme Daten■ verwiesen werden (E. 6.3.2.2). Zu beachten ist schliesslich, dass die Datenspiegelung und die nachfolgende Auswertung angesichts der zu Recht vermuteten Pokerturniergewinne im Lichte des Einziehungsrechts anlassbezogen und verhältnismässig erfolgt sind. Die Beschwerdeführenden bringen denn auch zu Recht keine schützenswerten Interessen vor, welche der Auswertung der Daten entgegengehalten werden könnten.

7.1.2.2 Wenn sich die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden weiter auf das Unmittelbarkeitsprinzip berufen, verkennen sie, dass die StPO auf dem Prinzip einer beschränkten Unmittelbarkeit beruht (Schmid/Jositsch, in: Praxiskommentar StPO, 3. Auflage, Zürich 2017, Art. 343 N 1). Für das Gericht ist die eigene Abnahme von Beweisen nur dann vorgesehen, wenn diese neu, ergänzungswürdig, unvollständig oder nicht ordnungsgemäss erhoben worden sind oder wenn ihre unmittelbare Kenntnis für die Urteilsfällung notwendig erscheint (Art. 343 StPO). Zudem beruht der moderne Strafprozess auf dem Prinzip der freien Beweiswürdigung (Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 10 N 4). Beweistauglich sind folglich nicht nur Originalbeweise, sondern auch z.B. Kopien oder durch Fachstellen vorgenommene Beschriebe von Beweisen (z.B. DNA-Analysen). Die Beschwerde ist mit dem Gesagten auch insofern abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

7.1.2.3 Dem speziellen Einwand der ESBK betreffend Q\_\_\_\_ schliesslich ist nach Durchsicht der Akten aber beizupflichten und festzustellen, dass die Ersatzforderung in Bezug auf Q\_\_\_\_ angesichts der unrechtmässigen Kürzungen durch die Vorinstanz in der ursprünglichen Höhe von CHF 32'904.40 zu verfügen ist. Aus den Details der Teilnehmer- und Gewinnerliste zum jeweiligen Turnier wird erkennbar, dass der (auf der Homepage) anonyme Gewinner mit Sicherheit Q\_\_\_\_, Nickname ■AG\_\_\_\_■, gewesen sein muss. Es sind keine nicht zu unterdrückende Zweifel ersichtlich, welche diese Feststellung relativieren können. Den entsprechenden Ausführungen der ESBK hat auch Q\_\_\_\_ als anwaltlich vertretener Beschwerdegegner trotz Möglichkeit weder mit ergänzender Vernehmlassung noch replicando etwas entgegengehalten.

## 7.2 Frage nach der Verlässlichkeit der Daten

7.2.1 Das Einzelgericht in Strafsachen hat sich im Pilotverfahren ausführlich mit der Verlässlichkeit der Daten auseinandergesetzt, obwohl die Berechnung der von den einzelnen Personen erzielten Gewinne im damaligen Verfahren nicht mehr angezweifelt wurde. Es ist damals zum Schluss gelangt, dass aufgrund der vorhandenen Beweismittel davon auszugehen sei, dass die Personen, die im Computersystem des AF\_\_\_\_ Poker Clubs mit Gewinnen verzeichnet sind, diese im angegebenen Umfang höchstwahrscheinlich tatsächlich durch Teilnahme an einem Pokerturnier erzielt hätten. Jedenfalls dann, wenn eine mit einem Gewinn im Computersystem des AF\_\_\_\_ Poker Clubs verzeichnete Person nicht substantiiert und glaubhaft geltend mache, sie habe am betreffenden Turnier nicht teilgenommen und eine andere Person habe unter ihrem Nickname gespielt oder sie habe mit Mitspielern einen Deal gemacht und dabei weniger als den im Computersystem verzeichneten Gewinn erhalten, sei deshalb in freier Beweiswürdigung davon auszugehen, dass die betreffende Person den verzeichneten Gewinn durch Teilnahme an einem Pokerturnier erzielt habe (vgl. Verfügung des Einzelgerichts in Strafsachen SG.2013.273 vom 8. Januar 2014 E. II.2.b). Diesen Ausführungen, welche im Beschwerdeverfahren BES.2014.11 vor Appellationsgericht gegen den Pilotentscheid nicht mehr Thema waren,

ist mit den Erwägungen der Vorinstanz beizupflichten.

7.2.2 Im vorinstanzlichen Verfahren wurden von den befragten Einziehungsbetroffenen nunmehr neue Einwände gegen die Verlässlichkeit der festgestellten Spielgewinne erhoben. Das Einzelgericht in Strafsachen musste sich aufgrund der den Beschwerdeführenden gemäss Pilotfall zustehenden Beteiligungsrechte mit diesen Einwänden befassen (vgl. Verfügungen des Einzelgerichts in Strafsachen vom 18. Oktober 2017 und 23. Februar 2018 E. II.2.b).

7.2.2.1 Es hat diesbezüglich grundsätzlich erwogen, dass auffalle, dass die Daten je länger das Verfahren gedauert habe, desto unzuverlässiger dargestellt worden seien. So sei es nach der Razzia am 9. März 2011 noch darum gegangen, die Professionalität und Seriosität der Daten hervorzuheben. Auch AD\_\_\_\_ habe in einem Forum die Zuverlässigkeit der Software angepriesen. Im Laufe des Verfahrens und insbesondere auch in der Standard-Einsprache, die AD\_\_\_\_ den Einziehungsbetroffenen vorgegeben habe, sei allerdings gerade diese Professionalität angezweifelt worden. Anlässlich der Hauptverhandlung sei die Unrichtigkeit der Daten schliesslich nochmals von sämtlichen befragten Einziehungsbetroffenen geltend gemacht worden. So sei es gemäss den Einziehungsbetroffenen zu Nickname-Verwechslungen gekommen, die Homepage sei ohnehin nicht interessant gewesen und sie hätten diese nicht häufig benutzt. Gemäss Vorinstanz sei es vor diesem Hintergrund umso bemerkenswerter, dass bei sämtlichen Einziehungsbetroffenen mehrere hundert wenn nicht gar tausend Klicks registriert worden seien, was zumindest indiziere, dass die Homepage nicht ganz so bedeutungslos gewesen sein konnte, wie geltend gemacht werde.

7.2.2.2 Dem Einwand im vorinstanzlichen Verfahren, dass am Gewinnertisch einerseits Bubble-Deals (der letzte Spieler, der vor den Payout-Rängen aus dem Turnier herausfliegt, erhält seinen Buy-In von den restlichen Spielern zurück; vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Liste\\_von\\_Pokerbegriffen#G](https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_von_Pokerbegriffen#G), besucht am 10. Dezember 2018) sowie andererseits auch Gewinner-Deals gemacht worden seien, welche aber nicht auf der Homepage nachgeführt worden seien, weshalb die ausbezahlten Gewinne nicht gestützt auf die Turniersoftware erfolgt und jeweils geringer ausgefallen seien als erfasst, hält die Vorinstanz was folgt entgegen: Sowohl AD\_\_\_\_ als auch C\_\_\_\_ hätten diesen Vorwand im Vorverfahren bereits vorgebracht. AD\_\_\_\_ habe die Fehlerquote der Bubble-Deals und der nicht erfassten Deals auf 10% geschätzt. Wenn die Deals standardmässig vorgekommen wären, hätte er nach Auffassung der Vorinstanz diese Fehlertoleranz wohl höher bewertet. Da dieser Einwand weder von der ESBK in der Einziehungsverfügung noch von den Gerichten im Pilotverfahren ausführlich behandelt worden sei, sei darauf nochmals einzugehen. Beim Einziehungsbetroffenen Q\_\_\_\_ würden sich ausführlichere Turnierdetails als bei den übrigen Einziehungsbetroffenen finden. Es falle bei näherer Betrachtung auf, dass für den ganzen nicht verjährten Zeitraum in der Rangliste jeweils notiert worden sei, ob der Betrag gedealt war oder nicht. Obwohl den Einziehungsbetroffenen somit zwar insofern Recht zu geben sei, als es offensichtlich tatsächlich zu Gewinner-Deals gekommen sei, gehe der Einwand, dass diese in der Software nicht festgehalten worden seien, fehl. In der Tabelle nicht ersichtlich seien hingegen die Bubble-Deals, wobei aufgrund der Aussagen unbestritten sei, dass es zu solchen Bubble-Deals gekommen sei, zumal dies auch als in der Pokerwelt üblich angeschaut werden müsse. Bei den Bubble-Deals gehe es allerdings um kleinere Beträge, die an den letzten Spieler, der gemäss Auszahlungsschlüssel leer ausgehen würde, entrichtet

würden. Der Umstand, dass es zu Bubble-Deals gekommen sei, müsse bei der Berechnung der Einziehungssumme entsprechend mit einer Fehlertoleranz berücksichtigt werden.

7.2.2.3 Anlässlich der Hauptverhandlung hätten die Einziehungsbetroffenen teilweise Einzeleinwände zu der Verlässlichkeit der Software vorgebracht. Das Gericht folge gemäss dem im Pilotverfahren festgehaltenen Modus nur dort dem Vorbringen der Einziehungsbetroffenen, wo der Einwand substantiiert geltend gemacht werde und anhand objektiver Beweise zu belegen sei. Wo allerdings lediglich pauschal vorgebracht werde, es sei nicht so viel gespielt worden beziehungsweise die Software sei generell unzuverlässig, werde davon ausgegangen, dass die Daten mit einer hohen Wahrscheinlichkeit stimmten. Hinzu komme, dass anhand der eingereichten Agenda des Einziehungsbetroffenen H\_\_\_\_\_ eine stichprobeweise Überprüfung der Daten möglich gewesen sei. Die meisten Daten, an denen H\_\_\_\_\_ ein Pokerturnier in seiner Agenda eingetragen habe, stimmten denn auch mit den Einträgen in der Software überein, was wiederum grundsätzlich für die Verlässlichkeit der Software spreche. Trotz der insgesamt als zuverlässig zu beurteilenden Software sei vorliegend eine Fehlertoleranz zu berücksichtigen. Diese sei hauptsächlich in den Bubble-Deals begründet, andererseits könne es durchaus einmal Vorkommen ■ wie an den diversen belegten Einwänden der Einziehungsbetroffenen zu sehen sei (dazu insb. Einwand R\_\_\_\_, J\_\_\_\_, H\_\_\_\_\_ in den entsprechenden Verfügungen) ■ dass manchmal ein Turnier aufgeführt sei, welches nicht gespielt worden sei. Diesbezüglich sei allerdings festzuhalten, dass es sich dabei um Einzelfälle handle. Diesem Restrisiko sowie den erwähnten Bubble-Deals hat das Einzelgericht in Strafsachen im Ergebnis in den angefochtenen Verfügungen mit einer durch richterliches Ermessen festgesetzten Fehlertoleranz von 10% Rechnung getragen, welche vom Einziehungsbetrag abgezogen wurde.

7.2.2.4 Einwände unter dem Aspekt der Verlässlichkeit der Turnierdaten wurden im vorinstanzlichen Verfahren zugunsten eines Einsprechenden berücksichtigt. Demnach hat die Vorinstanz im Falle von R\_\_\_\_, einem der Angestellten vor Ort, festgestellt, dass in der Gewinnerliste der ESBK die beiden Testturniere vom 12. August 2010 und 23. Dezember 2010 mit entsprechendem Vermerk aufgelistet worden seien. Da der Gewinn vom 12. August 2010 ohnehin verjährt sei, erübrige sich eine erneute Streichung. Die Vorinstanz hatte die Ersatzforderung im Zusammenhang mit dem angeblichen Gewinn vom 23. Dezember 2010, welcher im Rahmen eines Turniers zum Test der Software eingetragen aber nicht ausbezahlt worden sei, im Vergleich zur Einziehungsverfügung der ESBK um CHF 1■650.■ reduziert.

In Bezug auf J\_\_\_\_\_ hat die Vorinstanz erwogen, dass gestützt auf ein Fahrtenbuch und einen Auszug aus der Steuererklärung 2010 erwiesen sei, dass er am 4. September 2010 nicht gespielt habe, da er an diesem Tag in Steinhausen beziehungsweise in Walchwil bis um 23 Uhr gearbeitet habe, diese Forderung aber ohnehin verjährt sei.

### 7.2.3

7.2.3.1 Die ESBK hält in ihrer Beschwerde fest, dass die Softwaredaten über alles gesehen korrekt seien. Von der ESBK grundsätzlich nicht bestritten werde, dass es in Einzelfällen einige wenige Turniere gegeben habe, die fälschlicherweise in den Daten erfasst worden seien ■ was zu korrigieren wäre ■ und dass es sogenannte Bubble-Deals gegeben habe, die aber offenbar betragsmässig nur geringe Auswirkungen gehabt hätten. Jedoch überschreite die Vorinstanz ihr Ermessen und könne es gerade vor dem Hintergrund der grundsätzlich richtigen Daten nicht angehen, aus dem marginalen Phänomen sogenannter Bubble-Deals

und insbesondere aus Einzelfällen, welche alle übrigen Spieler nicht betreffen würden, sämtlichen Einziehungsbetroffenen einen ■Rabatt■ von pauschalen 10% auf die Ersatzforderung zu gewähren. Entsprechend sei die Ersatzforderung gegen die Personen, welche nicht zu den Einzelfällen mit belegten Einwänden gehörten, in beantragter Höhe aufrecht zu erhalten.

In Bezug auf den Beschwerdeführer R\_\_\_\_\_ anerkenne die ESBK demgegenüber, dass gewisse Gewinne reduziert worden sind. Neben den Feststellungen der Vorinstanz seien auch das Turnier vom 12. August 2010 um den Gewinn von CHF 240.■ sowie das Turnier vom 14. Dezember 2010 um den Gewinn von CHF 100.■ zu reduzieren. Weiter anerkenne sie den Einwand von J\_\_\_\_\_, am Turnier vom 4. September 2010 nicht teilgenommen zu haben, weshalb die verfügte Ersatzforderung um den Gewinn von CHF 507.■ zu reduzieren sei.

7.2.3.2 Das Einzelgericht in Strafsachen hat mit Vernehmlassung vom 20. Dezember 2017 daran festgehalten, dass in den Daten die Gewinner-Deals nicht aber die Bubble-Deals erfasst worden seien. In der Hauptverhandlung hätten die befragten Pokerspieler glaubhaft ausgeführt, dass es regelmässig solche Bubble-Deals gegeben habe. Diesem Aspekt habe das Strafgericht ■ mangels verlässlicher Angaben, für welche die Einziehungsbetroffenen nicht eintreten müssten ■ mittels einer pauschalen Reduktion Rechnung getragen. Das Gericht habe in den Verfügungen dargelegt, weshalb die Fehlertoleranz-Reduktion angemessen sei, womit keine Ermessensüberschreitung des Gerichts vorliege. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass, wenn es erwiesen sei, dass einzelne (wenn auch wenige) Turniere fälschlicherweise aufgeführt seien, dann nicht unbesehen davon ausgegangen werden könne, dass nicht auch noch andere Turniere falsch erfasst worden seien. Um dieser Unsicherheit Rechnung zu tragen, ohne die Zuverlässigkeit der Software generell in Frage zu stellen, sei es richtig, mit einer Fehlertoleranz von 10% zu operieren.

#### 7.2.4

7.2.4.1 Vorab ist in Bezug auf den Beschwerdeführer R\_\_\_\_\_ gemäss den Vorbringen der ESBK festzustellen, dass das Turnier vom 12. August 2010 um den Gewinn von CHF 240.■ sowie das Turnier vom 14. Dezember 2010 um den Gewinn von CHF 100.■ zu reduzieren ist. Die verfügte Ersatzforderung von J\_\_\_\_\_ ist um den Gewinn von CHF 507.■ zu reduzieren (Turnier vom 4. September 2010).

7.2.4.2 Die von der Vorinstanz vorgenommene pauschale Kürzung um 10% wegen angeblicher ■Bubble-Deals■ ist mehr als grosszügig. Sie stellt auf die Aussage von AD\_\_\_\_\_ ab, dessen Aussageverhalten sich jedoch im Laufe der Zeit ■ wie die Vorinstanz richtig bemerkt ■ offensichtlich interessengeleitet zugunsten der Spieler verändert hat. Auch ist nicht zu verkennen, dass sich die Beschwerdeführenden von Beginn weg miteinander abgesprochen haben, eine gemeinsame Einsprachevorlage benutzten (Einvernahme AD\_\_\_\_\_ vom 27. Mai 2013, Vorakten 2015 Bd. 1 S. 03049), an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz alle gleichzeitig im Saal waren und ihre Aussagen dort und auch im Vorfeld aufeinander abstimmen konnten (L\_\_\_\_\_, Protokoll der Verhandlung vom 17/18. Oktober 2018, S. 19 f.). Die Reduktion um 10% der Gewinne berücksichtigt jedoch nicht nur den Grundsatz ■in dubio pro reo■, sondern insbesondere auch die sehr lange Verfahrensdauer. Zudem wurden nicht alle Beschwerdeführenden über den Grund der Verzögerung und dabei insbesondere über das Pilotverfahren informiert. Jedenfalls jene nicht, die nicht vom Rechtsvertreter des Pilotverfahrens vertreten waren.

Immerhin sind einige der vorliegenden Beschwerdeführer über ihren damaligen Anwalt informiert gewesen (Vorakten 2015 Bd. 2 S. 02032). Da der vorliegenden Einziehung ein pönaler Charakter zukommt, ist es auch richtig, Aspekte, die im Schuldstrafrecht zu einer Strafreduktion führen, hier beim Einziehungsbetrag zu berücksichtigen (BGE 133 IV 158 E. 8 S. 170, mit Hinweis). Da der pauschale Abzug von 10% beim Einziehungsbetrag für die Beschwerdeführenden in erster Linie mit der Verletzung des Beschleunigungsgebots begründet werden kann, ist dieser daher zu bestätigen. Dieser ist auch bei den versehentlich als verjährt angesehenen aber als relevant eingestuften Beträgen (vgl. E. 3.4) vorzunehmen.

7.3 Mit dem Gesagten sind als weiteres Zwischenfazit in Abänderung der vorinstanzlichen Verfügungen nachstehende Beträge hinzuzurechnen:

## 8. Deliktikonnex

Die Einziehung setzt voraus, dass die Vermögenswerte durch eine Straftat erlangt worden oder dazu bestimmt gewesen sind, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen (Art. 70 Abs. 1 StGB).

8.1 Durch eine Straftat erlangt worden ist ■ mit den treffenden Erwägungen der Vorinstanz ■ ein Vermögenswert nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zumindest dann, wenn zwischen seiner Erlangung und der Straftat ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht, der Vermögenswert typischerweise aus der Straftat herrührt und die Erlangung des Vermögenswerts als direkte und unmittelbare Folge der Straftat erscheint (BGE 137 IV 79 E. 3.2 S. 80 = Pra 2011 Nr. 120; BGer 6B\_425/2011 vom 10. April 2012 E. 5.3). Jedenfalls für Vermögenswerte aus einem auf Korruption beruhenden Rechtsgeschäft hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang genügt und die Erlangung des Vermögenswerts nicht notwendigerweise die direkte und unmittelbare Folge der Straftat zu sein braucht (BGE 137 IV 79 E. 3.2 S. 81 f.). Dies muss für sämtliche Straftaten gelten (vgl. Baumann, a.a.O., Art. 70/71 StGB N 33; Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 70 N 4).

8.2 Nach Auffassung der von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden liegt kein Deliktikonnex zwischen den Einsätzen und den Gewinnen im Sinne von Art. 56 SBG vor. Sie halten diesbezüglich fest, dass es sich beim Tatbestand in Art. 56 Abs. 1 SBG um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handle. Unabhängig davon, ob tatsächlich jemand an einem Pokerturnier teilgenommen habe, sei dieser Tatbestand bereits erfüllt gewesen, als der AF\_\_\_ Poker Club die Daten der Turniere, die Höhe der Rakes und die Höhe der Einsätze auf ihrer Homepage veröffentlicht habe. Der Schluss der Vorinstanz bzw. des Appellationsgerichts im Pilotverfahren, dass die Einsätze der Turnierteilnehmer die Straftat nach Art 56 SBG ebenfalls veranlasst hätten, sei demnach falsch. Der AF\_\_\_ Poker Club habe von den Einsätzen der Turnierteilnehmer nicht profitiert. Er habe einzig ein Interesse daran gehabt, dass die Turnierteilnehmer für die Organisation des Pokerturniers und die Infrastruktur einen Beitrag (Rake) zahlten und sich allenfalls zudem in ihrem Restaurationsbetrieb verpflegten. Die Einsätze und der davon abhängige Gewinn seien zwar Voraussetzung, dass ein Pokerspiel überhaupt ein Glücksspiel im Sinne des SBG sei, stellten jedoch keinen ■ Tatlohn ■ für den Organisator dar. Die Einsätze bzw. die Gewinne seien durch die Straftat nicht veranlasst, sondern seien von den Turnierteilnehmern ■ wenn überhaupt ■ durch die Straftat erlangt worden. Diese Tatbestandsvariante sei jedoch nicht angeklagt gewesen, weswegen die Vorinstanz diese nicht hätte prüfen dürfen bzw. diesbezüglich den Anklagegrundsatz verletzt habe, weshalb die Ersatzforderung

abzuweisen sei. Selbst wenn das Anklageprinzip in Bezug auf die Erlangung der fraglichen Vermögenswerte aus einer Straftat nicht verletzt wäre, habe die Vorinstanz den Einwand nicht geprüft, dass die Einsätze und der Gewinn primär mit der Turnierteilnahme im Zusammenhang stünden. Die Teilnahme am Pokerturnier sei legal gewesen.

8.3 Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden und die Beschwerde ist diesbezüglich abzuweisen. In den angefochtenen Verfügungen des Einzelgerichts in Strafsachen, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, wird zu Recht erwogen, dass die Gewinne ohne die Organisation der Pokerturniere und den gewerbsmässigen Betrieb des AF\_\_\_\_ Poker Clubs nicht an die Spielerinnen und Spieler ausgeschüttet worden wäre. Das strafbare Verhalten ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zur Ausschüttung von Gewinnen an Spieler geeignet gewesen. Wie bereits im Pilotverfahren erwogen wurde, braucht es für das Anbieten des Glücksspiels einerseits eine Infrastruktur, wofür das Rake abgezogen wird. Andererseits bildet das Vorhandensein eines Topfes, aus welchem die Gewinne ausgerichtet werden und der mit den restlichen Einsätzen finanziert wird, ein unabdingbares Element des Pokerspiels (AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 3.2). Allein die Tatsache, dass der Club AF\_\_\_\_ Poker im Dezember 2012 den Betrieb einstellte, belegt, dass der Club ohne die illegalen Pokerspiele offenbar nicht weiter betrieben werden konnte. Mit der Einzahlung der Rakes wurde der Betrieb des Clubs und damit der Pokerspiele sichergestellt und mit der Einbezahlung der Einsätze wurde die Öffnung des Pots und damit die Ausschüttung von Gewinnen aus dem illegalen Pokerspiel ermöglicht. Das Rake ist aus kommerzieller Sicht zwar für den Betreiber wichtig, doch ist der Einsatz unverzichtbar, da es sonst keinen Gewinntopf geben würde. Würde nie ein Gewinn ausgeschüttet, würde beim Veranstalter schnell niemand mehr Poker spielen wollen. Der Veranstalter kann diesen Gewinntopf bzw. den Gewinn als Gegenleistung für die Spieler und Spielerinnen einzig aus den Einsätzen sämtlicher Spielerinnen und Spieler alimentieren. Anlass für die deliktische Tat, das Anbieten von Poker-Glücksspielen, waren die ganzen Einsätze der Spielerinnen und Spieler. Es darf deshalb nicht nur der Betrag eingezogen werden, der dem Betreiber als Gewinn übrig bleibt, denn erst die Summe der Einsätze und des Rakes veranlasst die deliktische Tat, nämlich das Anbieten von Poker-Glücksspielen. Das Rake muss beim Veranstalter eingeholt werden, was vorliegend aufgrund des Konkurses der AF\_\_\_\_ AG nicht mehr möglich war. Der Einsatz hingegen muss bei denjenigen eingezogen werden, die ihn geleistet haben. Auch wenn mit den treffenden Erwägungen in den angefochtenen Verfügungen gedanklich der Einsatz zunächst an den Veranstalter geht, darf nicht vergessen werden, dass dieser Einsatz zu 100% den Spielerinnen und Spielern als Gewinn ausgeschüttet wird. Deshalb ist es korrekt, dass der Einsatz indirekt bei den Spielerinnen und Spielern als Gewinn wieder eingezogen wird. Mit dem Gesagten sind die vorinstanzlichen Verfügungen in diesem Punkt zu bestätigen.

## 9. Verhältnismässigkeit/Brutto- versus Nettoprinzip

Weiter ist fraglich, ob und inwiefern die streitgegenständliche Einziehung dem Brutto- oder dem Nettoprinzip und dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterliegt.

9.1 Nach dem Bruttoprinzip wird der gesamte dem Betroffenen im Zusammenhang mit der Straftat zugeflossene Vermögenswert eingezogen. Demgegenüber werden nach dem Nettoprinzip dessen Aufwendungen in Abzug gebracht. Aus den Bestimmungen des StGB betreffend die Einziehung von Vermögenswerten und die Ersatzeinziehung durch Festlegung einer staatlichen Ersatzforderung ergibt sich nicht, ob bei der Berechnung des

einziehenden Vermögenswerts nach dem Bruttoprinzip oder nach dem Nettoprinzip zu verfahren ist (vgl. AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 3.3.2).

## 9.2

9.2.1 Im Zusammenhang mit der Höhe des einzuziehenden Betrags hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, dass, obwohl das Nettoprinzip aus ökonomischer Sicht nachvollziehbarer wäre, vorliegend das Bruttoprinzip anzuwenden sei. Bereits aufgrund der gesetzlichen Lage, wonach sämtliche Pokerspiele als Glücksspiele qualifiziert würden und einzig das straffreie Spiel im Familien- und Freundeskreis eine Ausnahme bilde, sei es zudem nicht möglich, einen Teilbereich der Einsätze als legal auszusondern. Denn sowohl die Rakes als auch die Einsätze hätten das deliktische Handeln veranlasst. Ferner gehe es darum, die Rechtsgleichheit zu bewahren, was nur mit der Einziehung des gesamten Gewinns gewährleistet werde.

9.2.2 Die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden sind der Auffassung, dass die Vorinstanz sich nicht mit dem Umstand auseinandergesetzt habe, dass das eigentliche Pokerspiel um Geld nicht verboten sei. Die Teilnehmer der Pokerturniere hätten sich nicht strafbar gemacht. Dass von den Turnierteilnehmern nur eine kleine Zahl in die Gewinnränge vorgestossen und eine grosse Anzahl von Turnierteilnehmern ohne Gewinn aus dem Turnier ausgeschieden seien, stelle keine Ungleichbehandlung dar, sondern sei die logische Konsequenz, wenn sich mündige Bürger darauf einigen würden, dass sie ein Spiel um Geld durchführen, wobei die Gewinner die Einsätze erhalten sollen. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit hätte die Vorinstanz mitberücksichtigen müssen, dass der ausserordentlich transparente AF\_\_\_\_ Poker Club Turnierformate angeboten habe, wo mit einem angemessenen und im Vergleich zu Spielbanken kleinen Einsatz um Geld Poker gespielt werden können. Die Art und Weise wie die Turniere gespielt worden seien, sei mit dem Schutzzweck der Spielbankengesetzgebung aus materieller Sicht vereinbar, nur in formeller Hinsicht habe eine Konzession gefehlt. Ebenfalls sei den Einziehungsbetroffenen nicht zu Gute gehalten worden, dass sie, nur weil sie in einem transparenten Poker Club Turniere gespielt hätten, wo die Teilnehmer eben nicht anonym und sämtliche Daten erfasst worden seien, nun mit zum Teil sehr hohen Ersatzforderungen konfrontiert würden. Die Turnierteilnehmer im AF\_\_\_\_ Poker Club stünden daher im Vergleich zu Turnierteilnehmern in anderen nicht so transparenten Poker Clubs deutlich schlechter da, ■[ ] da in den anderen Clubs nicht für die Öffentlichkeit ersichtlich Daten erfasst worden seien, welche auch für die Zeit vor einer Razzia Daten erfasst hätten■. Ausser Acht gelassen worden sei weiter, dass die Turnierteilnehmer nicht gewusst hätten, dass sie Teilnehmer an illegalen Turnieren gewesen seien, da der AF\_\_\_\_ Poker Club auch nach dem Bundesgerichtsurteil genau gleich weitergeführt worden sei. Da neben den erzielten Gewinnen im Deliktszeitraum auch ihre Einsätze genau rekonstruiert werden könnten, würde somit die Möglichkeit bestehen, bei jedem Teilnehmer genau festzustellen, wieviel Einsätze im Deliktszeitraum aufgewendet worden seien, um den Gewinn zu erzielen. Zudem müsse bei der Verhältnismässigkeit auch berücksichtigt werden, dass seit dem letzten gespielten Turnier bereits sieben Jahre vergangen seien und die Legislative bereits ein neues Gesetz (Geldspielgesetz) verabschiedet habe, welches Pokerturniere ausserhalb von Spielbanken wieder zulasse. Eine über den tatsächlichen Gewinn hinausgehende Ausgleichseinziehung sei nicht erforderlich, um den Zweck der Ausgleichseinziehung, dass sich die Straftat nicht lohende, zu erreichen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne das Rechtsgleichheitsprinzip der Anwendung des Nettoprinzips nur entgegenstehen, wenn

deren Anwendung unter den Einziehungsbetroffenen zu einer Ungleichbehandlung führen würde. Turnierteilnehmer, welche im fraglichen Zeitraum keine Gewinne erzielt hätten, seien keine Einziehungsbetroffenen. Ein Vergleich zwischen Einziehungsbetroffenen und Nichteinziehungsbetroffenen sei daher nicht sachgerecht. Ausserdem erscheine es nicht nachvollziehbar, dass eine Ersatzforderung des Bundes, welche deutlich über dem tatsächlich erzielten Gewinn liege, nur deshalb gerechtfertigt sein solle, weil ein anderer Turnierteilnehmer keine Gewinne erzielt habe. Bei der Einziehung von Vermögenswerten gehe es nicht darum, dass sich der Staat bereichere, sondern lediglich darum, dass sich die Straftat für den Einziehungsbetroffenen nicht gelohnt habe. Auch wäre eine solche Ungleichbehandlung zwischen den Turnierteilnehmern sachlich gerechtfertigt, da die Turnierteilnehmer an einem Pokerturnier, unabhängig davon, ob das Turnier legal oder illegal gewesen sei, mit ihrem Einsatz klar zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie einverstanden seien, dass dieser Einsatz dem Gewinner zukommen solle. Wieso eine Einziehung über den tatsächlichen Gewinn daher erforderlich sei, um die Teilnahmen an illegalen Turnieren zu verhindern, leuchte nicht ein. Die Gefahr, dass bei einer Teilnahme an einem illegalen Pokerturnier nachträglich lediglich der tatsächliche Gewinn eingezogen werde, reiche vollends aus, um die Teilnahme an einem illegalen Pokerturnier zu verhindern. Der Gesetzgeber habe die Teilnehmer an Pokerturnieren bewusst nicht strafrechtlich verfolgen wollen, weil das SBG ja gerade deren Schutz bezwecke. Sollte nun aber die Praxis in casu weiterhin mehr als die tatsächlichen Gewinne bei den Einziehungsbetroffenen einziehen, würde den Pokerteilnehmern mit der Einziehung bzw. mit der Ersatzforderung nichts anders als eine Busse aufgebrummt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz führe die Anwendung des Nettoprinzips nicht zu einer Ungleichbehandlung unter den Einziehungsbetroffenen. Aufgrund der Ausführungen bzw. den konkreten Umständen im vorliegenden Fall erscheine die Ausgleichzahlung nur mit der Anwendung des Nettoprinzips als verhältnismässig.

9.2.3 Der Argumentation der Beschwerdeführenden kann nicht gefolgt werden.

9.2.3.1 Das Bundesgericht hat das vorliegend zur Debatte stehende Pokerspiel "Texas Hold'em" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 SBG als Glücksspiel und damit den konzessionierten Spielbanken vorbehalten qualifiziert (BGE 136 II 291). Nicht berücksichtigt werden kann bezüglich des vorliegenden Sachverhalts das neue Geldspielgesetz. Der Bundesrat hat dieses und die dazugehörigen Verordnungen auf den 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt.

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bezwecke das SBG einen sicheren und transparenten Spielbetrieb. Es sollen zudem Kriminalität und Geldwäscherei in oder durch Glücksspiele verhindert und den sozialschädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs vorgebeugt werden (vgl. BGE 136 II 291 E 4 S. 295). Die Online-Enzyklopädie Wikipedia führt unter dem Titel **■Gesellschaftliche Entwicklung■** aus, dass Poker lange Zeit einen sehr schlechten Ruf als Glücksspiel genossen habe und vor allem mit Kartenhäfen und Falschspiel in Verbindung gebracht worden sei. Es sei gegenwärtig aber ein Trend zu einer immer weiteren Verbreitung von freundschaftlichen Pokerrunden festzustellen, welche die strategischen Aspekte des Spiels bekannter und es damit salonfähig machten. Allerdings hält der Eintrag bereits in der Einleitung zum Begriff **■Poker■** fest, dass in Deutschland Poker rechtlich gesehen zu den Glücksspielen zähle (vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Poker#Gesellschaftliche\\_Entwicklung](http://de.wikipedia.org/wiki/Poker#Gesellschaftliche_Entwicklung), besucht am 10. Dezember 2018). Dies gilt im Übrigen auch für Österreich (BGE 136 II 291 E 5.2.2 f. S. 298 f.).

Vor dem geschichtlichen Hintergrund sowie mit Blick auf die Rechtsprechung der deutschsprachigen Länder kann das Pokerspiel nicht einer gewerblichen Tätigkeit wie dem Betrieb eines Restaurants, einer Tierarztpraxis oder eines Bauunternehmens gleichgestellt werden, auch wenn es in der Vergangenheit zeitweise von der ESBK erlaubt wurde. Vielmehr ist eine Nähe zum Betrieb von Spielautomaten oder zu TV-Wettspielen, die sich ebenfalls Nahe einer ■Grauzone■ bewegen, zu erkennen. Das Bundesgericht hat in dem Entscheid, in welchem es um gesetzeswidrig veränderte Spielautomaten ging, für die Einziehung denn auch nicht im eigentlichen Sinn das Nettoprinzip angewandt, sondern festgestellt, dass nur ein Teil des Gewinnes durch die unzulässige Abänderung des Gerätes erzielt worden sei. Auch mit dem unveränderten Spielautomaten könne ein Gewinn erzielt werden. Deshalb liess es zu, dass nur jener Teil eingezogen wurde, welcher über den geschätzten legal erzielbaren Gewinn hinaus ging (vgl. BGer 6B\_56/2010 vom 29. Juni 2010). Bei einem TV-Wettbewerb hingegen hat das Bundesgericht zugelassen, dass bei der Einziehung die Gestehungskosten im Sinne des Nettoprinzips abgezogen wurden, da das Anbieten von Fernsehwettspielen an und für sich nicht verboten sei, sondern lediglich eine Teilbedingung für bestimmte Teilnehmende beim konkreten Spiel gegen das SBG versties (BGer 6B\_697/2009 vom 30. März 2010).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kann bei dem vom Pokerspieler erwirtschafteten Gewinn demgegenüber kein Teilbereich der Einsätze ausgesondert werden, der einem legalen und unverfänglichen Ziel diene. Unter diesem Aspekt ist auch die oben erörterte Frage bezüglich des Deliktikonnexes relevant, nämlich dass das ganze Buy-in, das heisst auch derjenige Teil, der in den Spieltopf gelangt, der wiederum der Gewinnausschüttung dient, das deliktische Handeln veranlasst hat (vgl. Schmid, in: Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Auflage 2007, Art. StGB 70-72 N 57). Die von Gesetz und Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmen liegen nicht vor. Schliesslich kann auf die Lehre verwiesen werden, in welcher auch Autoren, die das Nettoprinzip favorisieren, die Auffassung vertreten, dass es sich bei Verstössen gegen die Spielbankengesetzgebung um eine generelle Normwidrigkeit handle (Schmid, a.a.O., Art. 70-72 N 57; Baumann, a.a.O., Art. 70/71 StGB N 34 f.; vgl. zum Ganzen AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 3.3.4).

9.2.3.2 Zu beachten ist weiter folgendes: Mit dem Bruttoprinzip steht der Gewinner gleich da, wie jener Spieler, der zwar einen Spieleinsatz geleistet, aber keinen Gewinn erzielt hat. Beide haben ihren ganzen Einsatz verloren. Würde jedoch nach dem Nettoprinzip für die Einziehung beim Gewinner der Spieleinsatz (Buy-in) vom Gewinn abgezogen, so hätte er ■ anders als der Nichtgewinner ■ wenigstens jenen Einsatz zurückerhalten, der zu einem Gewinn geführt hat und kann dieses Geld behalten. Es kann an dieser Stelle nochmals auf das von der Vorinstanz zur Illustration aufgeführte Beispiel verwiesen werden: Sämtliche Spieler leisten einen Einsatz von CHF 100.■, wobei der Gewinner CHF 2■000.■ erhält. Der Verlierer steht am Ende des Tages CHF 100.■ im Minus, der Gewinner CHF 2■000.■ im Plus. Da aber auch der Gewinner CHF 100.■ Einsatz geleistet hat, beträgt sein Soll effektiv nur CHF 1■900.■. Würde man nur CHF 1■900.■, den effektiven Gewinn, einziehen, wäre der Sieger bei null und somit nicht gleichgestellt mit demjenigen Spieler, der bei minus 100 steht, weil er verloren hat. Werden hingegen CHF 2■000.■ eingezogen, ist er dem Verlierer gleichgestellt und steht auch bei minus 100. Das Nettoprinzip würde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen. Es würde im Übrigen nicht nur zwischen Gewinnern und Nichtgewinnern, sondern auch zwischen jenen, die viele

Einsätze geleistet haben, bis sie einen Gewinn einfahren konnten, und jenen, die mit wenig Einsätzen Gewinne erzielt haben, eine Ungleichbehandlung geschaffen. Diese Ungleichbehandlung lässt sich auf keine nachvollziehbaren Gründe abstützen. Der ■Vielgewinner■ könnte viele Einsätze abziehen und hätte nur wenige Einsatzgelder verloren. Jene Person, die viel gespielt aber nur selten, aber vielleicht sehr viel gewonnen hat, hätte demgegenüber eine schlechtere persönliche Bilanz. Um diese Rechtsungleichheit zu vermeiden, müssten entweder sämtliche Einsätze auf Seiten der Spieler im Sinne des Nettoprinzips zum Abzug zugelassen werden, oder gar keine. Da jedoch die Gewinne ausschliesslich aus den Einsätzen finanziert wurden, bliebe im ersteren Fall für die Einziehung nichts mehr übrig. Deshalb bleibt, wie bereits im Pilotverfahren festgehalten wurde, die Rechtsgleichheit nur mit der Einziehung des gesamten Gewinnes gewährleistet (vgl. AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 3.3.5).

9.2.3.3 Der Einwand der von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden, der Staat dürfe sich an der Einziehung nicht bereichern, ist angesichts der hohen Kosten, welche das Einziehungsverfahren mit sich gebracht hat, und bei deren Überwälzung auf die Einziehungsbetroffenen sowohl die lange Verfahrensdauer als auch die pönale Wirkung der Einziehung berücksichtigt worden sind (vgl. E. 11), nicht stichhaltig.

Auch kann den Beschwerdeführenden nicht gefolgt werden, wenn sie ausführen, dass, damit die Einziehung bzw. die Ausgleichseinziehung die vom Gesetzgeber beabsichtigte strafrechtliche Massnahme ohne pönalen Charakter bleibe, bei einem Einziehungsbetroffenen nicht mehr eingezogen werden dürfe, als dass er durch eine Straftat erlangt habe und dies umso mehr gelten müsse, wenn der Einziehungsbetroffene selbst sich keiner Straftat schuldig gemacht und in Unkenntnis der Straftat die Vermögenswerte erhalten habe. Zudem stehe die Höhe der Einziehung in keinem Verhältnis zur Höhe der dem Betreiber auferlegten Busse. Dieser Verweis auf den nicht-pönalen Charakter der Einziehung steht im Widerspruch zu anderen Einwänden der beschwerdeführenden Einziehungsbetroffenen, gemäss welchen der pönale Charakter zur Begründung gewisser strafprozessualer Verfahrensgarantien herangezogen wird. Nicht zuletzt wurde der pönale Charakter der Einziehung im Interesse der Beschwerdeführenden von der Vorinstanz bestätigt und diese daher auch im Lichte der strafprozessualen Grundsätze geprüft. Zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung kann die Strafrechtsähnlichkeit der vorliegenden Einziehung, welche in sachverhaltlicher Hinsicht vorfrageweise festgestellt worden ist, im vorliegenden Zusammenhang nicht plötzlich verneint werden. Schliesslich ist den Beschwerdeführenden entgegenzuhalten, dass aus der Einziehungsverfügung vom 18. Dezember 2013 (Strafakten Bd. 1 S. 167 ff., 172) ersichtlich wird, dass der Club AF\_\_\_\_\_ Poker seinen Betrieb eingestellt und keine Jahresrechnungen ab 2012 erstellt hat. Bei der Bussenhöhe mussten die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betreibers AD\_\_\_\_\_ berücksichtigt werden. Aus der Bussenhöhe ist deshalb nichts direkt zur Verhältnismässigkeit der Einziehung abzuleiten.

9.3 Aus dem Dargelegten erhellt, dass der ganze zugeflossene ■ von der Massnahme betroffene ■ Vermögensvorteil rechtswidrig entstanden ist und im Sinne des Bruttoprinzips vorliegend die ganzen Gewinne, ohne Abzug von Einsatzgeldern, eingezogen werden müssen. Damit kann offenbleiben, ob es zulässig ist, den mit der Bussgeldhöhe zum Ausdruck gebrachten Unrechts- und Schuldgehalt der Anlasstat oder den subjektiven Tatbestand auf Seiten der von der Einziehung betroffenen Person in die Verhältnismässigkeitsüberlegungen einzubeziehen. Diese Aspekte vermögen auf jeden Fall

jenen der Gleichbehandlung nicht zu überwiegen. (AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 3.3.6). Schliesslich wird mit Blick auf die nachstehende Erwägung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Einziehung im Einzelfall insbesondere im Rahmen von Art. 71 Abs. 2 StGB nochmals Rechnung getragen.

## 10. Ersatzforderung nach Art. 71 StGB

10.1 Da die Gewinne beim Betroffenen nicht mehr als konkrete Vermögenswerte oder Surrogate vorliegen, erfolgt die Einziehung mittels einer Ersatzforderung des Staates (Art. 71 Abs. 1 StGB).

10.2 In den wenigen Fällen, in denen geltend gemacht wurde, es sei von der Ersatzforderung abzusehen, weil diese im Sinne von Art. 71 Abs. 2 StGB nicht einbringlich sei beziehungsweise die wirtschaftliche Existenz ernsthaft gefährdet würde (W\_\_\_\_, P\_\_\_\_), wird im vorinstanzlichen Verfahren nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass das wirtschaftliche Fortkommen des Betroffenen durch die Erfüllung der Ersatzforderung nicht gefährdet werde, wenn ihm die Bezahlung in Raten erlaubt wird. Es kann auf die jeweiligen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Im vorliegenden Verfahren wurden die entsprechenden Feststellungen nicht beanstandet und Art. 71 Abs. 2 StGB nicht mehr angerufen, weshalb sich eine erneute Prüfung erübrigt.

## 11. Kosten

### 11.1 Parteientschädigung

11.1.1 Die von B\_\_\_\_, Advokat, vertretenen Beschwerdeführenden monieren, dass das Strafgericht sich nicht mit ihrem Antrag auf Entschädigung befasst habe, womit deren rechtliches Gehör verletzt worden sei. Die ESBK habe bisweilen Beträge eingezogen, welche die Vorinstanz reduziert habe, was einem teilweisen Obsiegen entspreche.

11.1.2 Die Rüge ist insofern richtig, als die vorinstanzlichen Verfügungen sich in ihren Begründungen nicht mit der Frage der Entschädigung befasst haben. Eine allfällige Gehörsverletzung wurde aber im vorliegenden Verfahren geheilt (vgl. hierzu E. 6.3.2.1).

In der Sache ist der Entscheid betreffend Verweigerung einer Parteientschädigung richtig. Die eingezogenen Beträge sind im Beschwerdeverfahren wegen der kürzeren Verjährung wieder höher. Zudem erfolgt die Kürzung des Einziehungsbetrages von 10% in erster Linie aus Gründen der Verhältnismässigkeit und wegen der Verfahrensverzögerung sowie wegen fehlender Information der Beschwerdeführenden zum Verfahrensgang. Im Weiteren hat das Einzelgericht in Strafsachen gänzlich auf die Erhebung von Kosten für das eigene Verfahren verzichtet. Mit zahlreichen weiteren Rügen sind die Beschwerdeführenden schliesslich nicht durchgedrungen.

11.1.3 Es sind daher weder für das vorinstanzliche noch für das vorliegende Verfahren Parteientschädigungen auszurichten.

### 11.2 Verfahrenskosten

11.2.1 Die ESBK ist der Auffassung, dass die Einziehungsverfügungen zwar unter Umständen für den Betroffenen als **■pönal■** empfunden werden können, dies jedoch nichts daran ändere, dass sie keine Strafe seien. Deshalb dürften bei der Festlegung der Verfahrenskosten auch keine Grundsätze zur Reduktion oder Milderung zur Anwendung kommen, die bei der Strafzumessung im Strafverfahren eine Rolle spielten. Vor dem Hintergrund des massiven Aufwandes der ESBK seien die Spruchgebühren bereits am

untersten Rand angesetzt worden und würden keinesfalls dem effektiven Aufwand entsprechen. Für eine ähnlich ausführliche Strafverfügung in einem Standard-Verfahren mit deutlich geringerem Aufwand würden diese in der Regel über CHF 2'000.00 betragen. Zudem sei aus Kulanz bereits auf die Kosten der Einziehungsbescheide, welche ansonsten zusätzlich angefallen wären, verzichtet worden.

11.2.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Argumente des Strafgerichts für die Reduktion der Verfahrenskosten sind richtig und zu bestätigen. Dies umso mehr, als auch das Äquivalenzprinzip berücksichtigt werden muss. Das Äquivalenzprinzip, das für den Bereich der Kausalabgaben das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV) konkretisiert, bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 130 III 225 E. 2.3 S. 228, 128 I 46 E. 4a S. 52, 126 I 180 E. 3a.bb S. 188). Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs (BGE 128 I 46 E. 4a S. 52, 126 I 180 E. 3a.bb S. 188). Gemäss Art. 6a der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren (SR 313.32) bemisst sich die Spruchgebühr (Art. 7-9) nach der Bedeutung der Strafsache und dem Aufwand, den ihre Erledigung erfordert. Den Einziehungsbetroffenen können insofern nicht unbesehen die effektiv durch das Verfahren entstandenen Kosten auferlegt werden, sondern die Kosten des Verwaltungsverfahrens müssen auch in einer Relation zum eingezogenen Betrag stehen. Die von der ESBK den Einziehungsbetroffenen auferlegten Verfahrenskosten haben den eingezogenen Betrag bisweilen massiv überschritten. Die Beschwerde der ESBK ist in diesem Punkt abzuweisen.

12.

12.1 Zusammenfassend sind die Beschwerden der ESBK im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und festzustellen, dass in Abänderung der angefochtenen Verfügungen ■ bei welchen fälschlicherweise eine Verjährung verfügt wurde ■ die Gewinne bezüglich der Einziehung nicht verjährt sind. Im Übrigen wird die Beschwerde in Bestätigung der angefochtenen Verfügungen abgewiesen.

12.2 Die ordentlichen Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind der ESBK daher gemäss Art. 97 Abs. 1 VStrR i.V.m. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO im Umfang einer reduzierten Gebühr von CHF 1'000.00 aufzuerlegen. Den übrigen unterliegenden von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden ist eine Gebühr von total CHF 4'200.00 anteilmässig in Höhe von je CHF 200.00 aufzuerlegen (vgl. der Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren i.V.m. § 11 des Reglements über die Gerichtsgebühren [SG 154.810]).

## **E. 6.2**

6.2.1 Das Einzelgericht in Strafsachen hat im Einziehungsverfahren die bezüglich der Anlasstat vorgebrachten Rügen, obwohl die Anlasstat gegenüber dem Täter bereits rechtskräftig beurteilt worden ist, nochmals geprüft, da den ■ von der Einziehung betroffenen ■ Beschwerdegegnern in jenem Verfahren keine Verfahrensrechte zugekommen waren. Die ESBK stellt dieses Vorgehen wie im Pilotverfahren erneut bereits dem Grundsatz nach in Frage und verweist darauf, dass das Gericht an den rechtskräftigen Entscheid betreffend die Anlasstat gebunden sei und alle Gewinne ab dem 3. Juni 2010

(Tag nach Eröffnung des Bundesgerichtsurteils BGE 136 II 291) bis zum 9. März 2011 (Durchsuchung im Club AF\_\_\_\_ Poker) einzuziehen seien.

6.2.2 Eine Prüfung der objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der Anlasstat ist ■ entgegen der Auffassung der ESBK ■ wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen und auch schon im Verfahren BES.2014.11 angedeutet, im Einziehungsverfahren erneut vorzunehmen. Es ist an dieser Stelle nochmals festzuhalten, dass aufgrund des Grundsatzes der res iudicata zwar keine Fragen mehr aufgegriffen werden können, welche mit einem rechtskräftigen Urteil entschieden worden sind. Umgekehrt ist aber der Vorinstanz beizupflichten, dass im Einziehungsverfahren die Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zur Anwendung gelangen und betroffenen Dritten mithin die Möglichkeit eingeräumt werden muss, sich zur Frage der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit der Anlasstat zu äussern. Dies umso mehr, als im Falle des Abschlusses eines Hauptverfahrens dieses ja grundsätzlich nur gegenüber den beteiligten Parteien Bindungswirkung erzielen kann.

6.2.3 Mit dem Gesagten ist für die weitere Prüfung vorab festzustellen, dass, um dem Spannungsverhältnis zwischen Bindungswirkung und Gehörsanspruch bei einer Zweiteilung von Haupt- und Einziehungsverfahren Rechnung zu tragen, es sich im Sinne praktischer Konkordanz aufdrängt, wenigstens die Einwände, welche das Vorliegen einer Anlasstat trotz Strafbescheid in Frage stellen, nochmals zu überprüfen (vgl. AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E. 3.1).

### 6.3 Beschlagnahmte Daten

6.3.1 Die Beschwerdeführerin V\_\_\_\_ macht bezüglich der Beweistauglichkeit der IT-Daten geltend, dass es im Verwaltungsstrafverfahren keine gesetzliche Grundlage zur Durchsuchung von elektronischen Datenträgern geben würde, da Art. 50 VStrR nur die Durchsuchung von Papieren vorsehe. Weiter sei die Durchsuchung nach der Beschlagnahme erfolgt, womit die Beschlagnahme nichtig sei. Die Verhältnismässigkeit der Zwangsmassnahme der Durchsuchung der Server, worauf schlussendlich Daten von Dritten gefunden worden seien, sei nicht gegeben, da der Beweis für die Straftat des Organisierens von Glücksspielen anderweitig hätte erbracht werden können und schliesslich auch anderweitig erbracht worden sei. Die Vorinstanz sei auf die beanstandete Verhältnismässigkeit nicht eingegangen, weswegen das rechtliche Gehör verletzt und eine falsche Rechtsanwendung vorgenommen worden sei. Beweisstücke, welche nicht Teil der Akten während dem Akteneinsichtsgesuchs gewesen seien, könnten schliesslich auch kein Bestandteil in diesem Verfahren sein und nachträglich produzierte Akten seien aus dem Recht zu weisen. Die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden führen zudem an, dass im Strafbescheid gegen den im Verfahren betreffend die Anlasstat beschuldigten bzw. verurteilten AD\_\_\_\_ entgegen Art. 64 VStrR nicht über die beschlagnahmten Daten entschieden worden sei. Diese dürften in der Einziehung gegenüber den Beschwerdeführenden jeweils nicht mehr verwendet werden.

### 6.3.2

6.3.2.1 Zunächst ist der Vorinstanz beizupflichten, dass in Bezug auf die Durchsuchung der Daten das Legalitätsprinzip nicht verletzt wurde. Der Einwand von V\_\_\_\_ ist zwar insofern richtig, als Art. 50 VStrR tatsächlich nur von ■Papieren■ spricht. Darin ist jedoch kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu sehen, bei der explizit die Durchsuchung von elektronischen Datenträgern ausgeschlossen wird. Vielmehr ist die teleologische Auslegung

des Verwaltungsstrafgesetzbuches hier sachgemässer, zumal im Arbeitsleben der papierlose Umgang mehr und mehr dominiert. Der Begriff ■Papiere■ ist nach allgemeiner Auffassung in einem umfassenden Sinne zu verstehen; den Papieren sind andere Informationsträger wie Filme, Tonbänder und Datenträger gleichgestellt (Eicker/Frank/Achermann, a.a.O., S. 206; mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgehalten, dass in analoger Anwendung von Art. 248 Abs. 1 StPO auch im Verwaltungsstrafverfahren die Sicherstellung anderer beweisgeeigneter Unterlagen wie Datenträger und sonstiger Informatikmittel sowie Gegenstände zulässig seien, zumal das selbständige Einziehungsverfahren letztlich ein Teil des Verwaltungsstrafverfahrens ist (BGer 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.4). Dafür spricht schon Art. 48 Abs. 1 VStrR, worin ausdrücklich festgehalten ist, dass Räume durchsucht werden können, wenn es wahrscheinlich ist, dass sich darin Gegenstände oder Vermögenswerte befinden, die der Beschlagnahme unterliegen.

Die Beschlagnahme nach Art. 46 Abs. 1 VStrR stellt eine provisorische prozessuale Massnahme zur vorläufigen Sicherstellung der allenfalls der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte oder von als Beweismittel geeigneten Gegenständen oder Vermögenswerten dar und greift dem Entscheid über deren spätere Verwendung nicht vor (vgl. BGE 120 IV 365 E. 1c S. 366 f.). Als prozessuale Zwangsmassnahme setzt die Beschlagnahme im Verwaltungsstrafverfahren einen hinreichenden Tatverdacht voraus (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Sie muss überdies verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 45 Abs. 1 VStrR; Art. 197 Abs. 1 lit. c-d StPO). Ausgeschlossen ist die Beschlagnahme, wenn eine strafrechtliche Einziehung bereits als offensichtlich unzulässig erscheint (Art. 46 Abs. 1 lit. b VStrR, e contrario) oder der betreffende Gegenstand oder Vermögenswert offenkundig über keinen Beweiswert verfügt (Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR, e contrario) (Urteil 1B\_497/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 2.2). Der Beschwerdeführerin ist aber entgegenzuhalten, dass bei der verwaltungsstrafverfahrensrechtlichen Beschlagnahme ■ als dem eigentlichen Verwaltungsstrafprozess vorgeschalteten Verfahrensschritt ■ gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht dieselben strikten strafprozessualen Grundsätze zu wahren sind wie im Verwaltungsstrafverfahren selbst. Insbesondere gelten nicht die gleichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass und an die rechtliche Beurteilung der zur Diskussion stehenden Handlungen. Der Nachweis strafbarer Handlungen muss noch nicht vorliegen, sondern dazu soll die Beschlagnahme, soweit sie zu Ermittlungszwecken erfolgt, und die daran anschliessende Durchsuchung der Unterlagen und Gegenstände unter anderem gerade dienen. Es muss immerhin aufgrund einer vorläufigen Einschätzung von einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Strafhandlungen, der Massgeblichkeit der fraglichen Vermögenswerte und Objekte sowie der rechtlichen Bedeutung derselben ausgegangen werden können; gleichzeitig darf es dabei für die Zulässigkeit einer Beschlagnahme auch sein Bewenden haben (vgl. BGer 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.6, 1B\_497/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 2.3). Insofern steht die streitgegenständliche Massnahme entgegen der Annahme von V\_\_\_\_\_ auch im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip.

Weiter ist V\_\_\_\_\_ nochmals darauf hinzuweisen, dass AD\_\_\_\_\_ als Inhaber der beschlagnahmten Daten weder eine Siegelung verlangt noch Beschwerde gegen die Beschlagnahme erhoben hat. Bei der Beschlagnahme der Hardware und deren Mitnahme sind die sich darauf befindenden Daten selbstverständlich von der Beschlagnahme miterfasst. Eine gesonderte Überweisung der Beweismittel ins selbständige

Einziehungsverfahren ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Nicht nur steht erst nach Abschluss der Untersuchung fest, wem welche Rolle im Verwaltungsstrafverfahren zukommt, sondern ist eine Straftat auch unabdingbare Voraussetzung für eine Einziehung, weshalb Beweismittel, die schliesslich gegen Dritte verwendet werden, auch bereits im Rahmen der Untersuchungshandlungen gesammelt werden können. Dass die Durchsuchung der Server zur Untermauerung des untersuchten Straftatbestands nicht notwendig gewesen sein soll, ist in keiner Weise nachvollziehbar, war diese etwa zur Erfassung des Umfangs der Straftat von Bedeutung. Insofern erweist sich die beanstandete Massnahme auch nicht als unverhältnismässig. Sodann fehlt es weder an einer gesetzlichen Grundlage für den Zugriff auf die Daten nach Abschluss des Strafverfahrens gegen AD\_\_\_\_, noch wurden die Beweismittel nachträglich ■produziert■. Es kann auf die sorgfältig begründete Verfügung des Einzelgerichts in Strafsachen SG.2017.258 vom 23. Februar 2018 (E. I.1-4) und die Beschwerdeantwort der ESBK vom 7. Mai 2018 verwiesen werden.

Schliesslich ist V\_\_\_\_ zu entgegnen, dass von der Vorinstanz nicht verlangt werden kann, dass sie sich mit sämtlichen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen der Parteien ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann ■ und muss im Hinblick auch auf die Verfahrensökonomie und die Verständlichkeit des Entscheids ■ sich die Verwaltungsstrafbehörde auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken, was die Vorinstanz getan und mithin auch den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat. Selbst wenn der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt worden wäre ■ wovon nach dem Gesagten nicht auszugehen ist ■, so wäre dies im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ohnehin geheilt (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f., 136 I 229 E. 5.2 S. 236; BGer 1B\_767/2012 vom 23. Januar 2013 E. 2.2; AGE BES.2016.127/BES.2016.128 vom 28. Februar 2017 E. 3.1.4; mit Hinweisen).

6.3.2.2Die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden verkennen im Weiteren, dass es sich bei den gespiegelten Daten nicht um beschlagnahmte Gegenstände, sondern um erhobene Beweismittel handelt. Das beschlagnahmte IT-Material wurde aus der Beschlagnahme entlassen (vgl. das Schlussprotokoll Strafverfahren AD\_\_\_\_ vom 24. August 11, Akten Strafgericht Band 2 S. 337; dito verschiedene Schlussprotokolle, wie etwa im Verfahren A\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012, SB 1 Register 3). Zudem wurde im Einziehungsverfahren betreffend die AF\_\_\_\_ AG (Strafakten Bd. 1 S. 167 ff.) über die Rückgabe diverser Beweismittel und die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme der Kundenkartei bis zum ■Abschluss der im Zusammenhang mit der Anlasstat geführten Verfahren■ befunden (Strafakten Bd. 1 S. 173 Ziff. 5). Mit der Beschlagnahme der Kundenkartei hat sich die ESBK zumindest konkludent gestützt auf diese Daten selbständige Einziehungen vorbehalten. In einer analogen Konstellation hat das Bundesgericht auch die selbständige Einziehung gemäss Art. 376 StPO als zulässig bezeichnet (BGer 6B\_887/2016, 6B\_888/2016 und 6B\_891/2016 vom 6. Oktober 2016 E 2.5.3). Die Verfügung der Vorinstanz erweist sich auch unter diesem Aspekt als rechtmässig.

#### 6.4Teilnahmerechte

6.4.1Des Weiteren wird mehrfach gerügt, dass durch die Tatsache, dass AD\_\_\_\_ den Strafbescheid akzeptiert habe, gar kein kontradiktorisches Verfahren stattgefunden habe.

6.4.2Aus den Akten (vgl. u.a. Einziehungsverfügung vom 18. Dezember 2013, Strafakten 1, S. 167, 170) ergibt sich jedoch, dass AD\_\_\_\_ gegen die Qualifikation seiner Pokerturniere ausgedehnte verwaltungsrechtliche Rechtsmittel ergriffen hat. Namentlich im Verfahren

gegen die Widerrufsverfügung der ESBK vom 9. Juni 2010 vor Bundesverwaltungsgericht wird in allen Details die Frage erörtert, ob allenfalls neue wissenschaftliche Studien an der Qualifikation etwas ändern könnten. AD\_\_\_\_\_ hat in diesem Verfahren selber drei Studien eingereicht, nachdem bereits in einem früheren Verfahren festgestellt worden war, dass sich das Urteil BGE 136 II 291 auf alle gleichgelagerten Verfügungen auswirke (BVGer B-5845/2010 vom 14. Oktober 2011 E. 6.4, mit Hinweis auf BVGer B-1770/2008 vom 25. Januar 2011, Strafsachen Bd. 2 S. 382). Wenn er in der Folge den Strafbefehl nicht mehr angefochten hat, so ganz offensichtlich vor dem Hintergrund dieser umfassenden gerichtlichen Vorverfahren, wo das Thema allseitig beleuchtet worden ist. Im Weiteren hat auch das Strafgericht, bestätigt vom Appellationsgericht, sich im Pilotverfahren ausführlich mit der Tatbestandsmässigkeit der Anlasstat auseinandergesetzt (Verfügung des Einzelgerichts in Strafsachen SG.2013.273 vom 8. Januar 2014 E II.2a; AGE BES.2014.11 vom 21. Oktober 2014 E 3.1). Welche neuen Beweise hätten beantragt bzw. erhoben oder welche Einwendungen hätten vorgebracht werden können, wird von den von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden nicht ansatzweise ausgeführt. Die Rügen sind ■ insbesondere auch mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen ■ abzuweisen.

## 6.5 Objektiver Tatbestand

6.5.1 Bestritten wird von den von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden konkret die Feststellung in den angefochtenen Verfügungen, dass das Bundesgericht im Leitentscheid BGE 136 II 291 klargestellt habe, dass sämtliche Pokerturnierformate Glücksspiele darstellen würden. Das Bundesgericht habe in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren lediglich festgestellt, dass von der ESBK als Fachbehörde nicht genügend Beweise erbracht worden seien, dass im zu beurteilenden Pokerturnierformat der Geschicklichkeitsfaktor überwiege. Die Prüfung, ob ein nicht automatisiertes Spiel als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel einzuordnen ist, stelle grundsätzlich keine Rechtsfrage dar, sondern eine von der Fachbehörde beweisbare Tatsache. Die ESBK habe weiterhin die Kompetenz, ein nicht automatisiertes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder Glücksspiel zu qualifizieren und hätte diesbezüglich eine weitere Studie in Auftrag geben sollen, welche sich mit den Glücks- und Geschicklichkeitsfaktoren des Pokerspiels im AF\_\_\_\_\_ Poker Club auseinandersetzt. Dies vor allem im Hinblick auf die unterschiedliche Beweislastverteilung im Verwaltungs- und Strafverfahren: Habe das Bundesgericht in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren noch die Beweislast, wie das Pokerspiel einzustufen ist, der ESBK anlasten dürfen, so müsse diese Beweislastverteilung in einem Strafverfahren genau umgekehrt ausfallen. Zusammenfassend könne festgestellt werden, dass die ESBK im Strafverfahren gegen AD\_\_\_\_\_ hätte beweisen müssen, dass das Pokerspiel im AF\_\_\_\_\_ Club entgegen ihrer ursprünglich eigenen Einschätzung ein Glücksspiel sei. Diesen Beweis habe die ESBK jedoch nicht erbracht, weshalb der objektive Tatbestand entgegen der Ansicht der Vorinstanz mangels Beweises nicht erfüllt sei.

6.5.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Mit der Frage der Beweislast hat sich das Pilotverfahren eingehend auseinandergesetzt (vgl. insbesondere die Verfügung des Einzelgerichts in Strafsachen SG.2013.273 vom 8. Januar 2014 E. II.2.a). Auch wenn es zutrifft, dass es sich bei dem im BGE 136 II 291 zu beurteilenden Fall um ein Verwaltungsverfahren gehandelt hat, bei welchem die Beweislast grundsätzlich bei der ESBK, im Strafverfahren demgegenüber diese jedoch bei der Anklagebehörde liegt, so können die Erwägungen aus den Verwaltungsverfahren beigezogen werden. Das Bundesgericht hat in BGE 136 II 291 nicht festgestellt, dass zu wenig wissenschaftliche

Beweise dafür vorlägen, dass es sich beim fraglichen Pokerspiel (im konkreten Fall: **Texas Hold'em**) um kein Glücksspiel handle. Es hat nicht Beweislosigkeit angenommen und **Texas Hold'em**-Pokerturniere nur deshalb als Glücksspiele qualifiziert, weil es die Beweislast dafür, dass der in Aussicht stehende geldwerte Vorteil ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt, dem Organisator oder Betreiber auferlegt hat. Wie bereits im sorgfältig begründeten Entscheid des Einzelgerichts in Strafsachen vom 8. Januar 2014 erwogen wurde, widersetzte sich das Bundesgericht vielmehr ganz grundsätzlich einer Öffnung der Pokerspiele für eine einzelfallmässige Überprüfung der Geschicklichkeits- oder Glücksspielelemente **ohne klare wissenschaftliche Grundlage bzw. ohne einen (neuen) gesetzgeberischen Entscheid**. Dabei stützt sich das Bundesgericht auf die Tatsache, dass mit dem SBG das Glücksspiel um Geld oder andere vermögenswerte Vorteile "insgesamt" erfasst und auf die konzessionierten Spielbanken "konzentriert" werden sollte. Damit habe der Gesetzgeber einen sicheren, überwachten Spielbetrieb gewährleisten, die organisierte Kriminalität und die Geldwäscherei im Umfeld von Geldspielen verhindern und sozial schädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs nach Möglichkeit vorbeugen wollen (BGE 136 II 291 E 5.3.2 S. 300; vgl. auch die Interpretation in BVGer B-5845/2010 vom 14. Oktober 2011 E 6.6). Das Bundesgericht hat festgestellt, dass bei historischer, teleologischer und systematischer Auslegung der einschlägigen Normen sämtliche Formen des traditionell und international als Glücksspiel bekannten Pokerspiels auch ohne wissenschaftlichen Nachweis für das Überwiegen des Zufallselements als Glücksspiel zu qualifizieren seien (BGE 136 II 291 E. 5.2 S. 297 ff. und E. 5.3 S. 299 ff.). Bereits im Pilotverfahren wurde treffend erkannt, dass einer solchen Auslegung selbst der Grundsatz in dubio pro reo, wenn er denn hier anwendbar wäre, nicht entgegenstünde. Das Fehlen eines wissenschaftlichen Nachweises für das Überwiegen des Geschicklichkeitsfaktors ist gemäss dem Bundesgerichtsentscheid nur insoweit relevant, als ein solcher Voraussetzung dafür wäre, dass der geltungszeitlichen gegenüber der historischen Auslegung Vorrang eingeräumt und gewisse Pokerformen entgegen dem klassischen Verständnis des Gesetzgebers allenfalls als Geschicklichkeitsspiel qualifiziert werden könnten (BGE 136 II 291 E. 5.2 S. 297 ff. und E. 5.3 S. 299 ff.). Eine solche Praxisänderung würde freilich erst mit einem entsprechenden Entscheid Wirkung entfalten und hätte nicht zur Folge, dass die betreffenden Pokerformen auch rückwirkend nicht als Glücksspiele zu qualifizieren wären. Im Übrigen scheint das Bundesgericht vor allem gestützt auf ausländische Gerichtsurteile ohnehin davon auszugehen, dass nach dem derzeitigen Wissensstand bei allen Pokerformen der Zufallsfaktor überwiegt (BGE 136 II 291 E. 5.2.2 f. S. 298 f.). Ob diese Einschätzung angesichts der kritischen Stimmen in der Literatur (vgl. die Nachweise in BGE 136 II 291 E. 5.2.2 S. 298) und der damals abweichenden Auffassung der ESBK als mit Fachleuten besetzte und über Spezialwissen verfügende unabhängige Aufsichtsbehörde (vgl. dazu BGE 136 II 291 E. 3.3 S. 294 und E. 5.1 S. 296 sowie BGER 2C\_694/2009 E. 2.2.1 [nicht publiziert in BGE 136 II 291]) wissenschaftlich korrekt ist, mag dahingestellt bleiben. Die korrekte Gesetzesauslegung führt dazu, dass unabhängig von diesem Nachweis, nach jetziger Gesetzeslage und Rechtsprechung diese Pokerturniere in sämtlichen Formen ohnehin Glücksspiele sind. Gemäss BGE 136 II 291 würde ein wissenschaftlicher Nachweis für das Überwiegen des Geschicklichkeitsmoments allein für die Qualifikation von **Texas Hold'em**-Pokerturnieren als Geschicklichkeitsspiele denn auch nicht genügen (BVGer B-5845/2010 vom 14. Oktober E. 6.6.1), weil Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung bei jeder Auslegung von grundlegender Bedeutung sind und bei den offenen Formulierungen zur Abgrenzung von

Glücks- und Geschicklichkeitsspielen vorab berücksichtigt werden müssen (BGE 136 II 291 E. 5.3.4 S. 302) und das gesetzlich vorgegebene Hauptkriterium zur Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen gemäss Art. 60 Abs. 2 der Spielbankenverordnung (VSBG, SR 935.521) darin besteht, ■ob sich ein Spiel zum Glücksspiel eignet oder leicht zum Glücksspiel verwenden lässt■ (BGE 136 II 291 E. 5.3.3 S. 301). Voraussetzung einer Qualifikation als Geschicklichkeitsspiel wäre deshalb eine ■sichere Datenbasis, die es nahelegt■, dass dadurch ■die vom Gesetzgeber mit der bundesrechtlichen Spielbankenregelung bezweckten Ziele [ ] nicht oder nicht wesentlich gefährdet erscheinen■ (BGE 136 II 291 E. 5.3.1 S. 299 f.; vgl. BVGer B-5845/2010 vom 14. Oktober E. 6.6.1). Das SBG bezweckt, das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile insgesamt einheitlich bundesrechtlich zu regeln und dadurch einen sicheren, überwachten Spielbetrieb zu gewährleisten, die organisierte Kriminalität und die Geldwäscherei im Umfeld von Geldspielen zu verhindern und sozial schädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs nach Möglichkeit vorzubeugen (BGE 136 II 291 E. 5.3.2 S. 300 und E. 5.3.4 S. 302; vgl. Art. 2 Abs. 1 SBG). Es müsste nachgewiesen werden, dass all diese Gesetzeszwecke nicht in Gefahr gerieten, wenn Pokerturniere ausserhalb konzessionierter Spielbanken zugelassen würden und es würde nicht allein genügen nachzuweisen, dass allenfalls der Geschicklichkeitsfaktor überwiege (vgl. zum Ganzen bereits im Pilotverfahren Verfügung des Einzelgerichts in Strafsachen SG.2013.273 vom 8. Januar 2014 E. II.2.a).

6.5.3 Mit dem Gesagten bleiben auch nach dem strafrechtlichen Grundsatz ■in dubio pro reo■ keine ernsthaften Zweifel, dass es sich beim fraglichen Pokerturnier um ein Glücksspiel im Sinne des SBG gehandelt hat. Die Beschwerden sind in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen.

## 6.6 Subjektiver Tatbestand

6.6.1 Die Vorinstanz stellte fest, dass mit der Veröffentlichung des Bundesgerichtsurteils BGE 136 II 291 AD\_\_\_\_ noch nicht habe wissen können, dass die Turniere des AF\_\_\_\_ Poker Clubs als illegal zu qualifizieren sind, zumal es dort inhaltlich nicht um die im AF\_\_\_\_ Poker Club gespielten Turnierformate gegangen sei. Erst mit der Zustellung der Widerrufsverfügung der ESBK vom 9. Juni 2010 (zugestellt am 6. Juli 2010) habe AD\_\_\_\_ wissen müssen, dass die von ihm organisierten Pokerturniere illegal sind. Zugunsten von AD\_\_\_\_ sei davon auszugehen, dass er erst ab Erhalt der Widerrufsverfügung der ESBK am 6. Juli 2010 nicht mehr gutgläubig gewesen sei.

Hierauf habe die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Widerruf der Qualifikationsverfügung keinen Einfluss, da es sich um eine Feststellungsverfügung zur Rechtsnatur des Pokerspiels handle und nicht um einen Bewilligungs- bzw. Konzessionsentzug. Damit sei auch der subjektive Tatbestand erfüllt und würden mithin die ab dem

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