

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.177 vom 22. Juni 2020

BS Appellationsgericht, 2020-06-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2017.177

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.177 du 22 juin 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.177 del 22 giugno 2020

Erwägungen

E. 1

Hebt das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid auf und weist es die Sache an die kantonale Behörde zurück, hat diese ihrer neuen Entscheidung die rechtliche Begründung des Bundesgerichtsentscheids zugrunde zu legen. Dabei hat sie sich auf das zu beschränken, was sich aus den für sie verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts als Gegenstand der neuen Entscheidung ergibt. Dieser ist insofern endgültig abgegrenzt (BGE 123 IV 1 E. 1 S. 3, 117 IV 97 E. 4a S. 104; Dormann, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2011, Art. 107 BGG N 18 f.; vgl. AGE BES.2016.186 vom 10. April 2018 E. 1, SB.2015.71 vom 6. Februar 2018 E 1.1, SB.2013.106 vom 27. Juni 2016 E. 1.1).

Das Bundesgericht hat erwogen, dass der «angefochtene Entscheid [] aufzuheben» und «die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen» sei. «Diese wird über die Höhe der jeweiligen (Hervorhebung hier) Ersatzforderung neu zu entscheiden haben» (BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 9.1). Der guten Ordnung halber ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden vor Bundesgericht die sie betreffende Ersatzforderungen jeweils separat in Bezug auf ihre eigene Rechtsposition angefochten haben. Gemäss Art. 107 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) darf das Bundesgericht nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen. Daraus erhellt, dass trotz Zusammenlegung der Verfahren nur über die jeweils angefochtenen Ersatzforderungen neu zu befinden ist und die übrigen im zusammengelegten Verfahren ergangenen Entscheide in Rechtskraft erwachsen sind.

E. 2

2.1 Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in teilweiser Gutheissung der Beschwerden im Wesentlichen erkannt, dass bei der Frage, in welchem Umfang die von den Beschwerdeführenden erlangten Pokerturniergewinne einzuziehen seien, auf das Nettoprinzip und nicht auf das Bruttoprinzip abzustellen sei.

Es hat dabei erwogen, dass die Annahme, dass die den Beschwerdeführenden zugeflossenen Vermögensvorteile als Ganzes rechtswidrig entstanden seien, nicht zur Folge habe, dass für die Berechnung der Ersatzforderung unbesehen auf das reine Bruttoprinzip abgestellt werden könne. Auch in diesen Fällen gebiete es sich, den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit ■ über die in Art. 71 Abs. 2 des Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) genannten Aspekte der voraussichtlichen Uneinbringlichkeit und der ernsthaften Behinderung der Wiedereingliederung hinaus ■ zu beachten und je nach Umständen, das Nettoprinzip anzuwenden. Glücksspiele seien Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht stehe, der ganz

oder überwiegend vom Zufall abhängen (Art. 3 Abs. 1 des für den vorliegenden Sachverhalt anwendbaren Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken [SBG; SR 935.52]; mit Datum vom 1. Januar 2019 ist das SBG ausser Kraft getreten und durch das Bundesgesetz über Geldspiele [Geldspielgesetz, BGS; SR 935.51] ersetzt worden). Das Organisieren und gewerbsmässige Betreiben von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken stelle nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG eine Übertretung dar, welche mit Haft oder Busse zu bestrafen sei. Nicht strafbar mache sich jedoch, wer an solchen Spielen nur teilnimmt. Die von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden treffe insofern kein strafrechtliches Verschulden. Sie seien weder einer illegalen Tätigkeit nachgegangen, noch hätten sie im Zusammenhang mit dem illegalen Pokerturnier anderweitig gegen strafrechtliche Bestimmungen verstossen. Die Einziehung nach dem reinen Bruttoprinzip sei vor diesem Hintergrund abzulehnen. Mit den Beschwerdeführenden hätte das Appellationsgericht den Umstand, dass den Einziehungsbetroffenen kein rechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden könne, in ihre Verhältnismässigkeitsprüfung mit einbeziehen müssen (BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 8.4.1).

Weiter hat das Bundesgericht erwogen, dass sich die Anwendung des Bruttoprinzips vorliegend auch nicht mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit rechtfertigen lasse. Wie die Beschwerdeführenden zutreffend ausführen würden, seien nur diejenigen Turnierteilnehmer mit einer Ersatzforderung konfrontiert worden, welche einen Gewinn erzielt hätten. Ob die Einziehung dieses gesamten Gewinns verhältnismässig erscheine, sei allein mit Blick auf diese Spieler zu beurteilen. Eine Gleichstellung zwischen allen Turnierteilnehmer dränge sich nicht auf. Anders als das Appellationsgericht argumentiere, sei es nicht die Aufgabe der Einziehung, das mit dem Glücksspiel einhergehende Zufallsmoment auszutarieren (BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 8.4.2)

Der Sinn und Zweck der Einziehung bzw. der Ersatzforderung liege vielmehr im Ausgleich deliktischer Vorteile. Mit den Einziehungsbestimmungen solle verhindert werden, dass der Täter oder der Begünstigte im Genuss eines durch eine strafbare Handlung erlangten Vermögensvorteils bleibe. Strafbares Verhalten solle sich nicht lohnen. Daraus ergebe sich nicht zwingend die Anwendung des Bruttoprinzips. Strafbares Verhalten lohne sich unter Umständen auch schon dann nicht, wenn der Täter den Nettoerlös nicht behalten dürfe. Dies sei, wie die Beschwerdeführenden zutreffend vorbringen würden, vorliegend der Fall. Um an einem vom S_____ Club organisierten Pokerturnier einen Gewinn zu erzielen, hätten die Beschwerdeführer am betreffenden Spiel teilnehmen und hierfür einen Buy-in, bestehend aus einem Spieleinsatz und einer Rake, bezahlen müssen. Das Buy-in habe damit eine notwendige Voraussetzung für die Erlangung der einziehbaren Vermögenswerte und damit eine Aufwendung dargestellt. Damit sich das Pokerturnier für den Gewinner nicht gelohnt habe, reiche es, eine Ersatzforderung in der Höhe des erzielten Turniergewinns abzüglich des geleisteten Buy-ins festzulegen (BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 8.4.3).

Die Anwendung des reinen Bruttoprinzips lasse sich mit den vom Appellationsgericht dargelegten Gründen nicht rechtfertigen. Die Beschwerde erweise sich in diesem Punkt damit als begründet (BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 8.4.4)

Nicht gefolgt werden könne den Beschwerdeführenden indessen, wenn sie geltend machen, dass jegliche im Deliktszeitraum geleisteten Buy-ins von ihrem Gewinn abzuziehen seien. Vielmehr wären auch bei Anwendung des Nettoprinzips einzig die Buy-ins für diejenigen Spiele abzuziehen, bei denen der Spieler auch effektiv einen Gewinn erzielt hat. Allein diese seien für die Gewinne kausal und könnten als Aufwendungen bei der Festlegung der Ersatzforderung berücksichtigt werden (BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 8.4.5).

2.2 Damit sind in Abänderung des Urteils des Appellationsgerichts vom 2. Oktober 2018 (bzw. Rektifikat vom 5. Februar 2019) im Sinne des Nettoprinzips von den einzuziehenden Ersatzforderungen diejenigen Buy-ins (im Deliktzeitraum ab 6. Juli 2010) abzuziehen, bei denen die Beschwerdeführenden auch effektiv einen Gewinn erzielt haben. Aus den sich in den Akten befindlichen Excel-Tabellen mit den von den Ingenieuren der ESBK gespiegelten Turnierdaten («Excel Pokerspiel_Gewinn/Export Daten S_____») und Turnierlisten («Meine Turniere» der «Homepage S_____») ergeben sich damit nachfolgende Buy-ins:

CHF 195.■

(Vorakten S. 2052, 2056 ff.)

CHF 710.■

(Vorakten S. 3050, 3060 f.)

CHF 1■715.■

(Vorakten S. 4046, 4049 ff.)

CHF 240.■

(Vorakten S. 5038, 5041)

CHF 981.■

(Vorakten S. 6050, 6052 ff.)

CHF 1■770.■

(Vorakten S. 9055, 9070 ff.)

CHF 1■270.■

(Vorakten S. 10053, 10056 ff.)

CHF 1■065.■

(Vorakten S. 11051, 11069 ff.)

CHF 1■445.■

(Vorakten S. 13054, 13058 ff.)

CHF 845.■

(Vorakten S. 14054, 14059 ff.)

CHF 635.■

(Vorakten S. 19052, 19056)

CHF 100.■

(Vorakten S. 20048)

CHF 4■995.■

(Vorakten S. 21056 ff.)

CHF 1■099.■

(Vorakten S. 22053, 22057 ff.)

CHF 1'490.■

(Vorakten S. 24060 f., 24065 ff.)

CHF 2■205.■

(Vorakten S. 25056 f., 25074 ff.)

CHF 880.■

(Vorakten S. 8067, 8071 ff.)

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil im Ergebnis bestätigt, dass auf die Daten in den vorgenannten Akten der ESBK abgestellt werden darf (vgl. BGer 6B_178-181/2019, 6B_183-185/2019, 6B_187-190/2019, 6B_192-194/2019, 6B_196-198/2019 vom 1. April 2020 E. 7).

Der guten Ordnung halber ist darauf hinzuweisen, dass diese Beträge weitgehend mit den vor Appellationsgericht als Beschwerdebeilage eingereichten Listen der von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden übereinstimmen. Soweit sich diesbezüglich bei D____, I____, M____ und N____ im Vergleich zu den Excel-Listen der gespiegelten Turnierdaten der ESBK und den übereinstimmenden Daten auf den Listen der Turniere («Meine Turniere») auf der Homepage des S____ Clubs (kleine) Unterschiede ausmachen lassen, ist ohne weiteres auf die Daten in den (teilweise obengenannten) Akten der ESBK abzustellen. Bei einem Abgleich der Turnierdaten wird rasch ersichtlich, dass die Unterschiede offensichtlich auf einem Versehen der genannten Beschwerdeführenden beruhen. Soweit ersichtlich haben letztere ihre Buy-ins teilweise auf Turniere gleichen Datums abgestützt, bei denen keine Gewinne erzielt wurden.

E. 3

3.1 Nach dem Gesagten ist in Abänderung des Urteils vom 2. Oktober 2018 (bzw. Rektifikat vom 5. Februar 2019) auch bei den von der Einziehung betroffenen Beschwerdeführenden von einem teilweisen Obsiegen auszugehen. Soweit das Urteil unverändert bleibt, ist an dieser Stelle darauf zu verweisen.

E. 3.2

3.2.1 Das teilweise Obsiegen der Beschwerdeführenden schlägt sich auf die Verfahrenskosten nieder. Im Hinblick auf den Streitgegenstand und den Streitwert ■ die Unterschiede hinsichtlich des Streitwerts sind bei allen Beschwerdeführenden zwischen rund 35 und 10% ■ erweist sich eine Kürzung der für das Beschwerdeverfahren auferlegten Gebühren für alle Betroffenen um jeweils 30% und mithin um CHF 60.■ als angemessen. Damit werden den Beschwerdeführenden Verfahrenskosten im Betrage von jeweils CHF 120.■ auferlegt (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]).

3.2.2 Zudem haben die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Da keine Honorarnote eingereicht worden ist, ist der Aufwand zu schätzen. Obschon durch die Anzahl der zu eröffnenden Verfahren ein massgeblicher Aufwand entstanden ist, muss bei der Festlegung der Entschädigung berücksichtigt werden, dass sich die Beschwerdeführenden vom gleichen Rechtsanwalt vertreten liessen und weitgehend identische Beschwerden eingereicht haben. Zudem konnte betreffend den Inhalt der Rechtsschriften auf die Eingaben vor der Vorinstanz zurückgegriffen werden. Bei einem angemessenen Aufwand von 25 Stunden à CHF 250.■ Überwälzungstarif sind [...], Advokat, für das teilweise Obsiegen von 30% CHF 1'875.■ (inkl. Auslagen), zuzüglich 7,7 % MWST in Höhe von CHF 144.40, insgesamt also CHF 2'019.40 aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

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