

# ZH\_OBERGERICHT SB240266 vom 21. Februar 2025

ZH Obergericht, 2025-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB240266](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB240266)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB240266 du 21 février 2025

IT: ZH\_OBERGERICHT SB240266 del 21 febbraio 2025

## Erwägungen

### E. 1

Das vorinstanzliche Urteil vom 22. Dezember 2023 wurde den Parteien am 15. bzw. 16. Mai 2024 in begründeter Ausfertigung schriftlich eröffnet (Urk. 21). Mit Eingabe vom 31. Mai 2024 erklärte die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) innert Frist die Berufung (Urk. 26+27).

#### E. 1.1

Mit Berufungsbegründung vom 13. August 2024 wies die ESBK wie folgt darauf hin, dass die Vorinstanz ihrem Urteil irrtümlicherweise den Strafbescheid vom 25. Mai 2022 zugrunde gelegt habe, statt die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 (Urk. 38 S. 3 ff.; Urk. 39/2):

#### E. 1.2

Nachdem der Beschuldigte gegen den Strafbescheid vom 25. Mai 2022 Einsprache erhoben habe, habe die ESBK mit dem Schreiben vom 23. Juni 2022 (Urk. 2/62) gegenüber dem Beschuldigten mitgeteilt, dass sie den Erlass einer Strafverfügung beabsichtige. Entsprechend sei am 19. Oktober 2022 die begründete Strafverfügung Nr. 62-2021-028/02/Sca ergangen, hinsichtlich welcher der Beschuldigte am 26. Oktober 2022 das Begehren um gerichtliche Beurteilung

- 3 - gestellt habe. Insbesondere aufgrund des Umstands, dass der Beschuldigte in seiner bereits vor Vorinstanz aktenkundigen Einsprache ausdrücklich auf die Strafverfügung Nr. 62-2021-028/02/Sca Bezug genommen habe, sei unmissverständlich klar gewesen, dass zwischen Erlass des Strafbescheids und Überweisung zur gerichtlichen Beurteilung eine begründete Strafverfügung ergangen sei. Auch im Überweisungsschreiben vom 14. November 2022 an die Oberstaatsanwaltschaft (Urk. 39/1) habe die ESBK ausdrücklich Bezug genommen auf die Strafverfügung Nr. 62-2021-028/02/Sca. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe somit ein Überweisungsschreiben der ESBK vorgelegen. Ob die Oberstaatsanwaltschaft das Überweisungsschreiben an die Vorinstanz weitergeleitet habe, entziehe sich der Kenntnis und Verantwortung der ESBK. Mit Bezug auf den Umstand, dass die Strafverfügung bisher nicht aktenkundig war, räumte die ESBK ein, dass es sich um einen "unbeabsichtigten und unbewussten Vollständigkeitsfehler" gehandelt habe.

### E. 2

Die Verteidigung wendet ein (Urk. 45 S. 3 f.), dass im Überweisungsschreiben keine Rede gewesen sei von einer Strafverfügung vom 19. Oktober 2022, sondern (nur) von Strafverfügungen vom [25. Mai 2022]. Zu bedenken sei auch, dass die ESBK das Vorverfahren führe und für die Aktenführung verantwortlich zeichne. Die ESBK könne sich im weiteren heute nicht darauf berufen, die Nichteinreichung der relevanten

Strafverfügung sei unbeabsichtigt erfolgt, zumal sie die Möglichkeit gehabt hätte, an der Hauptverhandlung teilzunehmen. Entgegen der Ansicht der ESBK sei für die Vorinstanz nicht ohne weiteres ersichtlich gewesen, dass zwischen Erlass des Strafbescheids und Überweisung an das Gericht eine Strafverfügung ergangen sei. Was der Beschuldigte bzw. seine Verteidigung gewusst habe, sei im Übrigen nicht relevant, zumal es nicht Aufgabe der Verteidigung sei, Behörden auf Versäumnisse hinzuweisen.

### **E. 3**

Weist das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel auf, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück. Die kassatorische Erledigung durch Rückweisung ist aufgrund des reformatorischen Charakters des Berufungsverfahrens die Aus-

- 4 - nahme und kommt nur bei derart schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzenverlusts, unumgänglich ist (BGE 143 IV 408 E. 6.1 mit Hinweis auf die Urteile 6B\_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1; 6B\_843/2016 vom 10. August 2016 E. 3.1; 6B\_794/2014 vom 9. Februar 2015 E. 8.2; 6B\_528/2012 vom 28. Februar 2013, E. 3.1.1; 6B\_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 8.4.2; wiederum je mit Hinweisen). Dies ist etwa der Fall bei der Verweigerung von Teilnahmerechten oder nicht gehöriger Verteidigung (Urteil 6B\_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.3), bei nicht richtiger Besetzung des Gerichts (Urteile 6B\_596/2012 und 6B\_682/2012 vom 25. April 2013 je E. 1.3) oder bei unvollständiger Behandlung sämtlicher Anklage- oder Zivilpunkte (BGE 143 IV 408 E. 6.1; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 Ziff. 2.9.3.3 S. 1318; KELLER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N. 1 zu Art. 409; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts,

### **E. 4**

Aufl. 2023, N. 1576 f.).

#### **E. 4.1**

Unbestrittenermassen legte die Vorinstanz ihrem Urteil eine falsche Anklage zugrunde. Nachdem der Strafbescheid der ESBK vom 25. Mai 2022 gegen den Beschuldigten (Urk. 2/60) ergangen war, erhob dieser die Einsprache (Urk. 2/61). In der Folge erging am 19. Oktober 2022 eine Strafverfügung gegen den Beschuldigten (Urk. 39/2), gegen den er wiederum Einsprache erhob (Urk. 2/63). Mit Überweisungsschreiben vom 14. November 2022 überwies die ESBK der Oberstaatsanwaltschaft die Akten (Urk. 39/1). Die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 wurde durch die ESBK nicht aktenkundig gemacht, die Akten waren diesbezüglich erstelltermassig unvollständig. Die Ausführungen der ESBK sowie der Verteidigung zur Erkennbarkeit des Mangels durch die Vorinstanz, der Verletzung der Aktenführungspflicht durch die ESBK und die unterlassene Weiterleitung des Überweisungsschreibens durch die Oberstaatsanwaltschaft sind nicht zielführend. Entscheidend ist, dass die Vorinstanz ihrem Urteil letztlich eine falsche Anklage zugrunde legte, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Es handelt sich um

- 5 - einen gravierenden prozessualen Mangel. Zwischen dem Strafbescheid vom 25. Mai 2022 und der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 handelt es sich offensichtlich um deutlich abweichende Urkunden. Es dürften sich (sowohl formell als auch materiell) andere Fragen stellen. Die Beurteilung einer überholten Anklageschrift muss unbesehen des mutmasslichen Verfahrensausgangs zur Aufhebung des Urteils führen. Dies begründet sich bereits aus dem Umstand, dass die entscheidende Anklage dem Hauptverfahren gar nicht zugeführt wurde und in formaler Hinsicht gar kein Urteil betreffend die (entscheidende) Anklage vom 19. Oktober 2022 ergangen ist. Demgegenüber ist ein Urteil betreffend den Strafbescheid vom 25. Mai 2022 ergangen, betreffend den nie eine Anklage erfolgt ist. Zusammenfassend liegt damit ein Urteil betreffend ein Dokument vor, das keine Anklage ist, was einen schwerwiegenden und im Berufungsverfahren nicht heilbaren prozessualen Mangel darstellt. Bundesrechtlich sind zwei kantonale Instanzen vorgesehen (vgl. Art. 75 Abs. 1 i.V.m. Art. 111 Abs. 3 BGG). Eine erstmalige Beurteilung der relevanten Anklage vor Berufungsinstanz fällt bereits deshalb ausser Betracht, zumal sich – wie erwähnt – auf Grundlage einer anderen Anklage andere prozessuale und materielle Fragen stellen können.

#### **E. 4.2**

Schliesslich ist festzuhalten, dass die Beurteilung einer "falschen Anklage" von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, zumal der Untersuchungsgrundsatz und der Grundsatz der Formstrenge im Strafprozess (grundsätzlich) auch im Berufungsverfahren gelten. Der Beschuldigte ist grundsätzlich nicht gehalten, Strafbehörden auf allfällige Fehler hinzuweisen. Zwar dehnte das Bundesgericht den Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben im Strafprozess in der jüngeren Vergangenheit aus (vgl. Urteil 6B\_85/2021 E. 4.3 betr. Zusammensetzung des Spruchkörpers, Urteil 6B\_582/2021 E. 3 betr. Aktenführungspflicht, Urteil 6B\_23/2021 E. 2.3 betr. Audioprotokolle). Dies rechtfertigt sich indes einzig in Fällen, in denen ein Rechtsinstitut offensichtlich zur Verwirklichung von Interessen missbraucht wird, die dieses Institut nicht schützen will (vgl. die zu Art. 2 Abs. 2 ZGB ergangene Rechtsprechung, BGE 140 III 491 E. 4.2.4). Den Beschuldigten traf vorliegend deshalb keine Verantwortung zu intervenieren, soweit er über die Unvollständigkeit der Akten bzw. die Behandlung der falschen Anklage durch die Vorinstanz im Bild gewesen wäre. Wie die Verteidigung zu Recht hinweist (Urk. 45

- 6 - S. 4), kann die Frage betreffend das Wissen des Beschuldigten um den Mangel offengelassen werden. Dies gilt auch mit Blick auf die Verteidigung, zumal auch sie keine Pflicht zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung oder an der Beförderung des Fortgangs des Verfahrens trifft (vgl. WOHLERS, Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, S. 57 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass vor Vorinstanz keine gerichtliche Beurteilung der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 erfolgt ist. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung eines Hauptverfahrens zur gerichtlichen Beurteilung der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 zurückzuweisen.

#### **E. 5.1**

Ausgangsgemäss fallen die Gerichtsgebühren für das zweitinstanzliche Verfahren ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO). Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**E. 5.2**

Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ist für seine Aufwendungen als Verteidiger im Berufungsverfahren mit Fr. 5'488.35 aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 52). Es wird beschlossen:

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