

ZH_OBERGERICHT SU110057 vom 23. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SU110057

FR: ZH_OBERGERICHT SU110057 du 23 octobre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SU110057 del 23 ottobre 2012

Erwägungen

E. 1

Mit Schreiben vom 30. Juni 2010 informierte die interkantonale Lotterie- und Wettbewerbskommission (nachstehend: Comlot) das Statthalteramt des Bezirkes Zürich (nachstehend: Statthalteramt), dass sie im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit auf die Internetseite "B.____.ch" aufmerksam geworden sei. Die Comlot war der Ansicht, dass auf dieser Internetseite ein Gewinnspiel angeboten worden sei, das alle Elemente einer lotterieähnlichen Unternehmung im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG, SR 935.51) aufweisen würde und damit illegal sei. Entsprechend wurde gegen die Beschuldigte - als verantwortliche Person der fraglichen "B.____" - Strafanzeige gestellt und die Eröffnung eines Strafverfahrens beantragt (Urk. 1). In der Folge ersuchte das Statthalteramt die Stadtpolizei Zürich, Ermittlungen einzuleiten (Urk. 2).

E. 2

Mit Verfügung Nr. ST.2010.4678 vom 6. Dezember 2010 bestrafte das Statthalteramt die Beschuldigte wegen Verstosses gegen das Bundesgesetz und die Verordnung zum Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten mit einer Busse von Fr. 500.- (Urk. 5). Dagegen stellte die Beschuldigte rechtzeitig das Begehren um gerichtliche Beurteilung (Urk. 6).

E. 2.1

Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Dazu gehören primär die Kosten der frei gewählten Verteidigung, wenn die Verbeiständung angesichts der tatsächlichen oder rechtlichen Komplexität des Falls geboten war (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N. 1810). Die Verteidigungskosten sind nach Massgabe der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV, LS 215.3) zu entschädigen.

E. 2.2

Für die Führung eines Strafprozesses vor dem Einzelgericht, einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrags und Teilnahme an der Hauptverhandlung, beträgt die Grundgebühr in der Regel Fr. 600.- bis Fr. 8'000.- (§ 17 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Im Vorverfahren bemisst sich die Gebühr nach dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung (§ 16 Abs. 1 AnwGebV). Auch wenn das vorliegende Strafverfahren für die Beschuldigte eine nicht unerhebliche Bedeutung aufweisen mag, ist nicht aus den Augen zu verlieren, dass es sich um ein blosses Übertretungsstrafverfahren mit einer Busse von Fr. 200.- gemäss vorinstanzlichem Urteil, mithin um einen eigentlichen Bagatellfall handelt. Der zu entschädigende Aufwand der Verteidigung und die Wichtigkeit der Sache müssen in einem

gewissen Verhältnis zueinander stehen und ist unter Umständen nicht kostendeckend (ZR 105 Nr. 1 Erw. 5.a, ZR 101 a.a.O. Erw. 3.d).

- 17 - Die Beschuldigte war bereits im Verfahren vor dem Statthalteramt des Bezirkes Zürich anwaltlich vertreten. Die ergänzende Untersuchung beschränkte sich im Wesentlichen auf die Einvernahme der Beschuldigten. Diese dauerte eine Stunde. Innerhalb des durch § 17 Abs. 1 lit. a AnwGebV statuierten Rahmens von Fr. 600.– bis Fr. 8'000.– ist einerseits zu berücksichtigen, dass kein reguläres Strafverfahren vor der Staatsanwaltschaft mit den entsprechend möglichen, erheblichen Konsequenzen - wie Freiheitsstrafe, Eintrag ins Strafregister etc. - vorlag, sondern sich die Beschuldigte lediglich gegen eine Busse zu wehren hatte und die Untersuchungsakten nicht umfangreich waren. Vergleicht man sodann die Kompetenzen eines Einzelrichters (siehe § 27 GOG) mit der beantragten bzw. ausgefallenen Sanktion von einer Busse in der Höhe von Fr. 500.– bzw. Fr. 200.–, so ist doch festzuhalten, dass die Grundgebühr im unteren Bereich dieses Rahmens anzusetzen ist. Sodann dauerte die Hauptverhandlung vor Vorinstanz inklusive Beratung und mündliche Urteilseröffnung knapp 2 Stunden und hielt sich somit in einem üblichen Rahmen. Zusammenfassend ist der Beschuldigten für das Verfahren vor dem Statthalteramt des Bezirkes Zürich sowie für das erstinstanzliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und 8 % MWSt) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

E. 2.3

Im Berufungsverfahren wird gemäss § 18 Abs. 1 AnwGebV die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen. Dabei wird auch berücksichtigt, ob das Urteil vollumfänglich oder nur teilweise angefochten worden ist. Nachdem vorliegend keine mündliche Verhandlung stattfand - dieser zeitliche Aufwand mithin wegfiel - und der Verteidiger in seinen inhaltlich teilweise überschneidenden Rechtsschriften (Urk. 27 und 46) nicht auf grundlegend Neues einzugehen hatte, erscheint es angemessen, der Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'500.– (inkl. Auslagen und 8 % MWSt) zuzusprechen.

- 18 - Es wird erkannt: 1. Die Beschuldigte ist der Ausgabe und Durchführung einer verbotenen Lotterie im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LG in Verbindung mit art. 1 und 4 LG sowie Art. 43 Ziff. 2 LV nicht schuldig und wird freigesprochen. 2. Die Kosten des Statthalteramtes des Bezirkes Zürich sowie beider Gerichtsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen. 3. Der Beschuldigten wird für das Verfahren vor dem Statthalteramt des Bezirkes Zürich sowie für die beiden Gerichtsverfahren eine Entschädigung für anwaltliche Verteidigung von insgesamt Fr. 4'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten – das Statthalteramt des Bezirkes Zürich – die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – Bundesamt für Justiz sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz 5. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 19 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des

Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 23. Oktober 2012 Der Präsident: Der
Gerichtsschreiber: Dr. F. Bollinger lic. iur. M. Hauser

E. 3

Nach Durchführung der ergänzenden Untersuchung, insbesondere der Ein- vernahme der Beschuldigten (Urk. 11), hielt das Statthalteramt mit Schreiben vom

- 5 - 24. März 2011 an der Strafverfügung vom 6. Dezember 2010 fest (Urk. 15). Nachdem auch die Beschuldigten mit Schreiben vom 26. April 2011 am Begehren um gerichtliche Beurteilung festhalten liess (Urk. 18), überwies das Statthalteramt die Akten dem Bezirksgericht Zürich (Urk. 20).

E. 3.1

Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG) regelt - im Wesentlichen - zum einen die Lotterien (Art. 1 ff.) und zum andern die gewerbsmässigen Wetten (Art. 33 ff.).

E. 3.1.1

Gemäss Art. 1 Abs. 1 LG sind Lotterien grundsätzlich verboten. Das Lotte- riegesezt sieht eine Beschränkung des Lotterieverbots (Art. 2 LG) und Aus- nahmen vom Lotterieverbot (Art. 3 LG) vor. Gemäss Art. 2 Abs. 1 LG erstreckt sich das Lotterieverbot nicht auf so genannte "Tombolas". Diese Lotterien unter- stehen nach Art. 2 Abs. 2 LG ausschliesslich dem kantonalen Recht und können von ihm zugelassen, beschränkt oder untersagt werden. Vom Lotterieverbot aus- genommen sind nach Art. 3 LG die gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienenden Lotterien und die Prämienanleihen, soweit deren Ausgabe und Durch- führung erlaubt sind.

E. 3.1.1.1

Als Lotterie gilt nach Art. 1 Abs. 2 LG jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein ver- mögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird. Die Legaldefinition der Lotterie enthält vier Merkmale, nämlich (1.) den Einsatz des Teilnehmers oder den Abschluss eines Rechtsgeschäfts, (2.) die Aussicht auf einen Gewinn, (3.) die Planmässigkeit und (4.) das aleatorische Moment (BGE 123 IV 175 E. 1a S. 178, mit weiteren Hinweisen).

E. 3.1.1.2

Nach Art. 56 Abs. 2 LG ist der Bundesrat befugt, auf dem Verordnungs- wege lotterieähnliche Unternehmungen den in diesem Gesetz über die Lotterien

- 9 - enthaltenen Bestimmungen zu unterwerfen. Gemäss Art. 43 der Vollziehungsver- ordnung zum Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LV) sind - unter anderem - als lotterieähnliche Unternehmungen den Lotterien gleichgestellt Preisausschreiben und Wettbewerbe jeder Art, an denen nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts teilgenommen werden kann und bei denen der Erwerb oder die Höhe des aus- gesetzten Gewinns wesentlich auch vom Zufall oder von Umständen abhängig ist, die der Teilnehmer nicht kennt (Art. 43 Ziff. 2 LV). Auch die den Lotterien gleich- gestellten Wettbewerbe im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 LV setzen damit (1.) einen Einsatz und (2.) die Aussicht auf einen Gewinn sowie (3.) die Planmässigkeit vor-

aus. Im Unterschied zu den Lotterien hängt der Erwerb oder die Höhe der ausgesetzten Gewinne aber weder ausschliesslich noch entscheidend, sondern (4.) lediglich wesentlich vom Zufall ab (Entscheid des Bundesgerichts 6S.50/2005 E. 3 vom 26. Oktober 2005; BGE 125 IV 213 E. 1a; BGE 123 IV 175 E. 1a; BGE 98 IV 293 E. 3a S. 300).

E. 3.1.1.3

Gemäss Art. 38 Abs. 1 LG wird mit Gefängnis oder mit Haft bis zu drei Monaten oder mit Busse bis zu 10'000 Franken bestraft, wer eine durch dieses Gesetz verbotene Lotterie ausgibt oder durchführt. Diese Strafbestimmung erfasst auch die lotterietypischen Unternehmungen im Sinne von Art. 43 LV, da diese gemäss Art. 56 Abs. 2 LG den im Lotteriegesetz enthaltenen Bestimmungen unterworfen sind.

E. 3.1.2

Gemäss Art. 33 LG ("Verbot") sind die gewerbsmässige Anbietung, Vermittlung und Eingehung von Wetten auf Pferderennen, Bootsrennen, Fussballkämpfe und ähnliche Veranstaltungen sowie der Betrieb eines solchen Wettunternehmens untersagt (Art. 33 Abs. 1 LG). Nach Art. 34 LG ("Ausnahmen vom Verbot") kann das kantonale Recht die gewerbsmässige Vermittlung und Eingehung von Wetten am Totalisator bei Pferderennen, Bootsrennen, Fussballkämpfen und ähnlichen Veranstaltungen im Kantonsgebiet gestatten.

E. 3.1.2.1

Der Begriff der Wette wird - im Unterschied zu den Begriffen der Lotterie und der lotterietypischen Unternehmung - weder im Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG) noch in der entsprechenden

- 10 - Vollzugsverordnung (LV) definiert. Ebenfalls enthält die massgebliche Botschaft des Bundesrats keine Definition der Wette. Darin wird lediglich festgehalten, dass mit Art. 33 LG selbstverständlich nicht jeder Abschluss von Wetten getroffen, sondern nur das eigentliche "Bookmaker-Gewerbe" unterdrückt werden soll. Als Ausnahme des Verbots sei gemäss Art. 34 LG vorgesehen, dass das kantonale Recht die gewerbsmässige Vermittlung und Eingehung von Wetten am Totalisator bei Veranstaltungen der genannten Art gestatten könne. Die Wetten am Totalisator hätten nicht den Charakter reiner Lotterien, da die Wettenden in der Lage seien, die Aussichten auf den Ausgang der Kämpfe, auf den sie wetten, selbst zu beurteilen. Es sollten durch die Vorschriften des Gesetzes nicht an sich berechnete einheimische Sportveranstaltungen beeinträchtigt, sondern lediglich die lotterietypischen Unternehmungen bekämpft werden (Botschaft des Bundesrates, BBl. 1918 IV 333, S. 352).

E. 3.1.2.2

Bei Wetten wird auf den Eintritt eines Ereignisses - wie beispielsweise bei Sportwetten auf den Sieger eines Wettkampfs oder auf ein bestimmtes Resultat - ein Geldeinsatz getätigt mit der Aussicht auf einen Geldgewinn oder auf einen anderen geldwerten Vorteil, falls das entsprechende Ereignis, auf welches gewettet wurde, tatsächlich eintritt (vgl. Veronika Egger, Rechtskonforme Bewilligungspraxis bei "sporttip"? - Betrachtungen zum schweizerischen Sportwettenmarkt, CaS (Causa Sport) 2011, S. 173).

E. 3.1.2.3

Wie Art. 33 f. LG zu entnehmen ist, muss eine Wette nicht zwangsläufig im Zusammenhang mit einem Sportanlass stehen. Zwar zählt das Gesetz als mögliche

Veranstaltungen Pferderennen, Bootsrennen oder Fussballkämpfe auf. Diese Aufzählung ist aber nicht abschliessend. So werden auch Wetten auf "ähnliche Veranstaltungen", mithin auch auf Veranstaltungen ausserhalb des Sportbereichs, von Art. 33 f. LG erfasst.

E. 3.1.2.4

Die Wette im Sinne von Art. 33 f. LG lässt sich im Wesentlichen in zwei Grundformen aufteilen, nämlich einerseits in die Totalisator- und andererseits in die Buchmacherwette. Bei der Totalisatorwette spielen die Wettkunden in einen Pool, der nach Beendigung des Spiels auf die Gewinner verteilt wird. Es wird die Gesamtheit der Einsätze - gegebenenfalls nach Abzug des Spesenanteils

- 11 - des Wettanbieters - unter diejenigen Personen verteilt, die das richtige Ereignis vorausgesagt haben. Demgegenüber spielen bei Buchmacherwetten die Wettkunden gegen den Wettanbieter. Hier hängt die Gewinnhöhe von vorneherein davon ab, auf welches Ereignis gewettet worden ist. Die Gewinnaussichten werden vom Buchmacher in einem bestimmten Zahlenverhältnis ausgedrückt. Dieses Zahlenverhältnis ist schliesslich massgeblich für den auszubezahlenden Gewinn (Willy Staehelin, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 als Strafgesetz, Diss. 1941, S. 84 f.; Veronika Egger, a.a.O., S. 174).

E. 3.1.2.5

Gemäss Art. 42 LG wird mit Gefängnis oder mit Haft bis zu drei Monaten oder mit Busse bis zu 10'000 Franken bestraft, wer verbotene Wetten gewerbsmässig einget, vermittelt oder zu ihrer Eingetung Gelegenhet bietet, sowie wer ein solches Unternehmen betreibt.

E. 3.2

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt der wesentliche Unterschied zwischen den Lotterien und lotterieähnlichen Unternehmungen einerseits und den Wetten im Sinne von Art. 33 LG (sowie auch den Glücksspielen im Sinne des Spielbankengesetzes) andererseits im Merkmal der "Planmässigkeit" (Entscheid des Bundesgerichts 6S.50/2005 vom 26. Oktober 2005, E. 3). Bei den Lotterien und den lotterieähnlichen Unternehmungen wird über Erwerbun, Grösse oder Beschaffenheit des Gewinns definitionsgemäss "planmässig" entschieden. Das Merkmal der Planmässigkeit ist unter anderem und jedenfalls dann gegeben, wenn der Veranstalter Art und Umfang der in Aussicht gestellten Gewinne von vornherein festlegt und damit sein eigenes Spielrisiko ausschliesst, sich also nicht dem Zufall unterwirft (Entscheid des Bundesgerichts 6S.50/2005 vom 26. Oktober 2005, E. 3; BGE 123 IV 175 E. 2c; 99 IV 25 E. 5a). Die Planmässigkeit betrifft damit - entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 46 S. 3 f.) - nicht unmittelbar die Frage von Einnahmen und Ausgaben bzw. von Gewinn und Verlust des Wettanbieters, sondern die Frage des Spielrisikos bzw. des Zufalls (BGE 123 IV 175 E. 2c). Die Planmässigkeit ist gegeben, wenn ein Plan besteht, der zum Voraus genau die Gewinne bestimmt, die vom Veranstalter zuerkannt werden, sodass dieser sein eigenes Risiko ausschliessen kann. Das ist

- 12 - der Fall, wenn er die Höhe der angebotenen Geldbeträge oder Waren begrenzt. Verspricht er jedem Teilnehmer einen Preis, ohne deren Zahl im Voraus bestimmen zu können, läuft er demgegenüber Gefahr, bedeutende Beträge entrichten zu müssen, ohne sie vorher festlegen zu können. In diesem Fall fehlt es an der Planmässigkeit. Dasselbe gilt,

wenn die Risikobestimmung lediglich aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung erfolgt (BGE 133 II 68 E. 7.2 = Pra 2007 Nr. 136; BGE 137 II 164 E. 4.2.1. und E 4.2.2; BGE 137 II 222 E. 7.1 = Pra 2011 Nr. 93).

E. 3.2.1

Gestützt auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Vorinstanz geschlossen, dass - sofern die "Planmässigkeit" zu bejahen ist - eine lotterieähnliche Veranstaltung und nicht eine Wette vorliege (Urk. 35 S. 7). Dabei wird allerdings verkannt, dass bei einer Totalisatorwette der Wettanbieter sein eigenes Spielrisiko ebenfalls ausgeschlossen hat. So hat er in jedem Fall, das heisst bei beliebigem Ausgang der Wette, stets die Gesamtheit der Wetteinsätze - gegebenenfalls abzüglich eines allfälligen Spesenanteils - dem bzw. den Siegern auszubezahlen. Der Wettanbieter unterwirft sich damit nicht dem Zufall. Entsprechend liegt auch bei der Totalisatorwette - wie bei der Lotterie bzw. der lotterieähnlichen Unternehmung - "Planmässigkeit" im Sinne des Lotteriegesetze vor (vgl. Willy Staehelin, a.a.O., S. 86).

E. 3.2.2

Neben der Planmässigkeit zeichnet sich die Totalisatorwette dadurch aus, dass die Entscheidung über den Gewinnanfall wesentlich vom Zufall abhängt. Zwar ist der Ausgang einer Wette - beispielsweise eines Sportereignisses - an sich nicht zufällig, wohl aber die Berechenbarkeit dieses Resultates. So kann der Wettkunde die Chancen auf einen Sieg nicht berechnen, sondern ist auf das Raten angewiesen. Schliesslich wird die Beteiligung an der Wette regelmässig von einem Einsatz abhängig gemacht. Zudem setzt eine Wette die Aussicht auf einen Gewinn voraus (Willy Staehelin, a.a.O., S. 86).

E. 3.2.3

Nach dem Gesagten weist die Totalisatorwette die gleichen vier Merkmale vor wie eine lotterieähnliche Unternehmung (vorstehend Ziff. 3.1.1.2.; vgl. Willy Staehelin, a.a.O., S. 86).

- 13 -

E. 3.3

Unbestrittenermassen konnten bei der vorliegend zu beurteilenden "B._____" Spielinteressierte unter der Website "B._____.ch" mit einem Mindesteinsatz von Fr. 10.- auf einen von insgesamt 101 Künstlern tippen, die am "D._____" teilnahmen. Wem es gelang, den von der Jury gewählten Gewinner des "D._____" zu erraten, gewann sämtliche durch das vorliegende Gewinnspiel eingenommenen Einsätze, wobei bei mehreren Gewinnern die Gewinnsumme anteilmässig mit Bezug auf ihre Einsätze aufgeteilt wurde (vgl. Urk. 5 S. 1).

E. 3.3.1

Die Vorinstanz hat zurecht ausgeführt, dass die fragliche "B._____" die folgenden Eigenschaften aufweist: (1.) Der Teilnehmer hatte einen Einsatz zu leisten, (2.) für den Sieger stand ein Gewinn in Aussicht, (3.) der Gewinner des "D._____" und damit der Ausgang der "B._____" konnte weder genau vorhergesehen, noch beeinflusst werden, weshalb das aleatorische Element zu bejahen ist, und (4.) die Beschuldigte sich keinem Risiko unterwarf, weshalb Planmässigkeit gegeben ist (Urk. 35 S. 4 ff.). Auf diese Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3.3.2

Da die "B._____" der Beschuldigten die obgenannten vier Merkmale aufweist, erfüllt sie einerseits - wie die Vorinstanz festhält (Urk. 35 S. 4 ff.) - sämtliche Voraussetzungen einer lotterиеähnlichen Unternehmung gemäss Art. 56 Abs. 2 LG in Verbindung mit Art. 43 Ziff. 2 LV und ist damit grundsätzlich verboten. Gleichzeitig stellt die "B._____" aber - entgegen der Vorinstanz (Urk. 35 S. 6 f.) und wie vorstehend dargelegt - auch eine Wette im Sinne von Art. 33 LG dar.

E. 3.3.3

Bei der fraglichen "B._____" spielten die Wettkunden gegeneinander und nicht gegen die Beschuldigte als Wettanbietern. Die Gesamtheit der Einsätze wurde unter denjenigen Personen verteilt, die den richtigen Gewinner des "D._____" vorausgesagt haben. Entsprechend handelt es sich dabei um eine sogenannte Totalisatorwette, die - sofern keine Gewerbsmässigkeit vorliegt - erlaubt ist (Art. 33 LG) bzw. - sofern von gewerbsmässiger Vermittlung oder Eingehung von Wetten auszugehen ist - gestattet werden kann (Art. 34 LG).

E. 3.3.4

Der Beschuldigten wird weder in der Strafverfügung vom 6. Dezember 2010 (Urk. 5) noch im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 35) vorgeworfen, sie habe gewerbsmässig gehandelt. Wie dem Sachverhalt zu entnehmen ist, erhielt der bzw. die Sieger der "B._____" sämtliche Einsätze, ohne dass die Beschuldigte einen Teil zur Deckung ihrer Auslagen, welche ihr mit der Durchführung der "B._____" entstanden sind, für sich zurückbehielt. Dementsprechend ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beschuldigte nicht beabsichtigte, daraus Gewinne zu erzielen. Damit fehlt es vorliegend an einem gewerbsmässigen Handeln der Beschuldigten, weshalb die "B._____" im Sinne von Art. 33 LG erlaubt ist.

E. 3.4

Nach dem Gesagten stellt die fragliche "B._____" einerseits eine verbotene lotterиеähnliche Unternehmung gemäss Art. 56 Abs. 2 LG in Verbindung mit Art. 43 LV als auch eine erlaubte Wette gemäss Art. 33 LG dar. Damit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Bestimmungen zueinander stehen.

E. 3.4.1

Das Statthalteramt führte diesbezüglich aus, soweit die Veranstaltung der Beschuldigten auch als Totalisatorwette zu verstehen sei, gehe die Bestimmung von Art. 43 LV als "lex posterior" Art. 33 LG vor (Urk. 5 S. 1).

E. 3.4.2

Der Ansicht des Statthalteramts kann nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass grundsätzlich ein jüngerer Erlass einem älteren auch dann vorgeht, wenn der ältere nicht formell aufgehoben oder abgeändert wird (lex posterior derogat legi priori). Dieser Grundsatz kann aber vorliegend gerade nicht zur Anwendung kommen, da es sich beim sogenannten "älteren Recht" um das Lotteriegelgesetz und beim "neueren Recht" um die entsprechende Vollzugsverordnung zum Lotteriegelgesetz handelt. Vollzugsverordnungen kommt die Funktion zu, die gesetzlichen Bestimmungen zu konkretisieren und gegebenenfalls untergeordnete gesetzliche Lücken zu füllen, soweit dies zur Vollziehung

des Gesetzes erforderlich ist. Die Ausführungsbestimmungen müssen sich jedoch an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären (BGE 124 I 127 E. 3b S. 132, mit weiteren Hinweisen). Wie vorstehend dargelegt, wurde in Art. 43 der Vollziehungsverordnung zum Lotteriegesetz - gestützt auf Art. 56 Abs. 2 LG - gewisse Preisausschreiben und Wettbewerbe als lotterиеähnliche Unternehmungen den Lotterien gemäss Lotteriegesetz gleichgestellt. Der Begriff

- 15 - der lotterиеähnlichen Unternehmung darf aber nicht so weit gefasst werden, dass dadurch Sachverhalte, welche grundsätzlich gestützt auf das Lotteriegesetz erlaubt wären, verboten würden, indem sie den Lotterien gleichgestellt werden. Dadurch würden Rechte, welche durch das Gesetz eingeräumt werden, durch die entsprechende Vollziehungsverordnung wieder beschränkt.

E. 3.4.3

Die fragliche "B._____" stellt - wie vorstehend dargelegt - eine Wette im Sinne von Art. 33 f. LG dar. Damit ist diese - sofern keine Gewerbmässigkeit vorliegt - zulässig. Wenn nun dieselbe "B._____" als lotterиеähnliche Unternehmung gewertet würde, wäre diese einer Lotterie gleichgestellt und damit grundsätzlich verboten. Dadurch würde aber die Vollzugsverordnung Rechte, welche durch das Lotteriegesetz eingeräumt werden, in unzulässiger Weise einschränken. Die "B._____" ist somit ausschliesslich als Wette im Sinne von Art. 33 f. LG zu beurteilen. 4. Ausgangsgemäss erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen der Verteidigung, insbesondere zu den Ausführungen, wonach die verfassungsmässig garantierte Kunstfreiheit eine Tatbestandserfüllung "übersteuern" müsste (Urk. 46 S. 2 und 5 f.), näher einzugehen. 5. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei der vorliegend zu beurteilenden "B._____" sämtliche Voraussetzungen einer Wette im Sinne von Art. 33 LG gegeben sind. Da die Beschuldigte nicht gewerbmässig handelte, ist die fragliche "B._____" erlaubt und bedarf keiner Bewilligung. Damit ist die Beschuldigte vollumfänglich vom Vorwurf der Ausgabe und Durchführung einer verbotenen Lotterie im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LG in Verbindung mit Art. 1 und 4 LG sowie Art. 43 Ziff. 2 LV freizusprechen. 6. Da die Beschuldigte freizusprechen ist, ist auf die Anschlussberufung des Statthalteramts, welche sich auf die Strafzumessung beschränkt (Urk. 40), nicht weiter einzugehen.

- 16 - VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss - die Beschuldigte wird freigesprochen und obsiegt im Berufungsverfahren - sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO). 2. Die Verteidigung beantragte, es sei der Beschuldigten eine angemessene Entschädigung für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren zuzusprechen (Urk. 46 S. 2).

E. 4

Das Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht (nachstehend: Vorinstanz), sprach die Beschuldigte mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom

E. 7

Juni 2011 der Ausgabe und Durchführung einer verbotenen Lotterie im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LG in Verbindung mit Art. 1 und 4 LG sowie Art. 43 Ziff. 2 der Verordnung zum

Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LV, SR 935.511) schuldig und bestrafte sie mit einer Busse von Fr. 200.– unter Auferlegung der Verfahrenskosten (Urk. 29). Dagegen liess die Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 31) und liess nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 32 = 35) fristgerecht beim Obergericht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 36). 5. Mit Präsidialverfügung der hiesigen Kammer vom 3. Januar 2012 wurde dem Statthalteramt eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Prot. II S. 2 = Urk. 38). Mit Eingabe vom 19. Januar 2012 reichte das Statthalteramt innert Frist Anschlussberufung ein (Urk. 40). Mit Beschluss vom 26. Januar 2012 wurde die schriftliche Durchführung des vorliegenden Verfahrens angeordnet und Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Prot. II S. 3 = Urk. 42). Innert erstreckten Frist reichte die Verteidigung die begründete Berufung ein (Urk. 44 und Urk. 46). In der Folge verzichteten die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung (Urk. 50) und das Statthalteramt auf eine Berufungsantwort (Urk. 51; Prot. II. S. 4 = Urk. 48). 6. Das vorliegende Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

- 6 - II. Prozessuales 1. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Im Rahmen einer Berufung überprüft das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid üblicherweise frei bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen (Art. 398 Abs. 3 StPO). Bildeten jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 Satz 1 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen darf das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft werden, ob es rechtsfehlerhaft ist, d.h. ob eine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz vorliegt, oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist. Relevant sind dabei klare Versehen bei der Sachverhaltsermittlung, wie namentlich Versehen, Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- sowie Beweislage und der Urteilsbegründung. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Gesamthaft gesehen dürften regelmässig Konstellationen relevant sein, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. Schmid, StPO - Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 398 N 12 f.; Eugster in Basler Kommentar, StPO, Basel 2011, Art. 398 N 3). Willkür bei der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt nicht (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4 mit Hinweisen). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte. Zu erwähnen ist schliesslich, dass - im Gegensatz zur bisherigen zürcherischen Regelung - nach der seit 1. Januar 2011 geltenden eidgenössischen Strafprozessordnung neue Behauptungen und Beweise im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können, wenn - wie hier - ausschliesslich Über-

- 7 - tretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildeten (Art. 398 Abs. 4 Satz 2 StPO). Dementsprechend ist auf die gestellten Beweisanträge der Verteidigung (vgl.

Urk. 36 S. 2 und 46 S. 2) nicht weiter einzugehen. 2. Die Beschuldigte beschränkte ihre Berufung nicht und beantragte im Wesentlichen, freigesprochen zu werden. Damit bildet das ganze vorinstanzliche Urteil Berufungsgegenstand und ist mithin in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen. III. Sachverhalt Der Anklagesachverhalt, wie er in der Strafverfügung des Statthalteramts vom 6. Dezember 2010 (Urk. 5 S. 1) und im angefochtenen Urteil der Vorinstanz (Urk. 35 S. 3 f.) umschrieben ist, ist von der Beschuldigten nicht angefochten worden (vgl. Urk. 36 und 46). Entsprechend kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). IV. Rechtliche Würdigung 1. Die Vorinstanz führte im Wesentlichen und zusammengefasst aus, dass es sich beim Projekt "B._____" der Beschuldigten um keine erlaubte Wette im Sinne von Art. 33 LG handle. Vielmehr weise die fragliche "B._____" sämtliche Voraussetzungen einer lotterieähnlichen Veranstaltung gemäss Art 43 Ziff. 2 LV in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 LG auf, weshalb die Beschuldigte durch das ihr vorgeworfene Verhalten den Tatbestand der Ausgabe und Durchführung einer verbotenen Lotterie im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LG in Verbindung mit Art. 1 und 4 LG sowie Art. 43 Ziff. 2 LV erfüllt hat (Urk. 35 S. 4 ff.). 2. Wie bereits vor Vorinstanz (vgl. Urk. 27) macht die Verteidigung im Wesentlichen und zusammengefasst geltend, dass es sich vorliegend nicht um eine gewerbsmässige und damit um eine erlaubte Wette im Sinne von Art. 33 LG

- 8 - handle. Zudem habe die Beschuldigte nicht planmässig gehandelt, weshalb - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - bereits ein Tatbestandsmerkmal einer Lotterie bzw. einer lotterieähnlichen Veranstaltung fehle (Urk. 46 S. 2 ff.). 3. Nachstehend ist somit zu prüfen, ob die fragliche "B._____" der Beschuldigten als lotterieähnliche Unternehmung (im Sinne von Art 43 Ziff. 2 LV in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 LG) oder als Wette (im Sinne von Art. 33 LG) zu beurteilen ist.

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