

ZH_OBERGERICHT SU170022 vom 23. Januar 2018

ZH Obergericht, 2018-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SU170022

FR: ZH_OBERGERICHT SU170022 du 23 janvier 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SU170022 del 23 gennaio 2018

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Vorinstanz hat die von der ESBK festgesetzte Busse von Fr. 2'000.– bestätigt (Urk. 17 S. 19). Vorliegend reicht der gesetzliche Strafraum von Haft oder Busse bis Fr. 500'000.–. Anzumerken ist, dass die Haftstrafe bei der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches abgeschafft wurde, wobei das Spielbankengesetz offensichtlich noch nicht entsprechend revidiert wurde.

E. 1.2

Die Ausführungen der Vorinstanz zu den theoretischen Grundsätzen der Strafzumessung sind korrekt und können – ebenso wie die angestellten Überlegungen zur Strafhöhe im konkreten Fall – mit nachfolgenden Ergänzungen übernommen werden (Urk. 17 S. 19; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.3

Gemäss der Spezialbestimmung in Art. 8 VStrR sind Bussen bis zu Fr. 5'000.– nach der Schwere der Widerhandlung und des Verschuldens (also aufgrund der Tatkomponente) zu bemessen. Andere Strafzumessungsgründe (und damit insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Täters bzw. die Täterkomponente) dürfen, müssen aber nicht berücksichtigt werden (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 71 f.).

E. 1.4

Bezüglich der objektiven Tatschwere ist ergänzend festzuhalten, dass die Schwere der Verletzung des Rechtsgutes bzw. die objektive Tatschwere bei Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG anhand der Sozialgefährlichkeit des Glücksspielautomaten zu bewerten ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c SBG). Nachdem der Beschuldigte die

- 35 - Aussage verweigert hat, lassen sich einzig der technischen Geräteanalyse der ESBK Hinweise zur Sozialgefährlichkeit des Automaten entnehmen. Gemäss dieser beträgt der Einsatz pro Spiel Fr. 1.–, wobei die Spieldauer mit 1.5 bis 3 Sekunden sehr kurz ist. Bei Gewinn (10 Punkte) gibt der eingebaute Carddispenser eine Karte aus (Urk. 5/086 ff.). Ob diese hernach gegen Bargeld eingetauscht, oder lediglich gegen neue Jetons oder Waren eingetauscht wird, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Automat im Restaurant "C._____" einem unbeschränkten Personenkreis offen stand, anders als beispielsweise in einem Vereinslokal. Es ist damit davon auszugehen, dass der Schutz der potentiellen Spielenden und der Gesellschaft vor den Gefahren der Spielsucht durchaus beeinträchtigt war. Ein weiterer Zweck des SBG ist der Schutz ökonomischer bzw. fiskalischer Interessen des Staates am Angebot von Glücksspielen

einzig in konzessionierten Spielbanken. Da auch keine Angaben über die Deliktssumme vorliegen, ist zugunsten des Beschuldigten von einem noch geringeren Betrag auszugehen, weshalb die fiskalischen Interessen des Staates nicht in grossem Masse geschädigt wurden.

E. 1.5

Wenn die Vorinstanz die objektive Tatschwere als noch leicht taxiert, kann dies im weiten Feld des Möglichen übernommen werden, was zu einer Einsatzstrafe im untersten Drittel des bis zu Fr. 500'000.– Busse (oder Haft) reichenden Strafraum führen muss.

E. 1.6

Bei der subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass der Beschuldigte aus rein finanziellen Motiven handelte, erhielt er doch gemäss der im Recht liegenden Vereinbarung den monatlichen Mietbetrag in der Höhe von Fr. 750.– (Urk. 1/020). Ob der Beschuldigte überdies auch an dem mit dem Automaten erzielten Gewinn partizipierte, lässt sich entgegen den Ausführungen der ESBK in der Strafverfügung vom 27. Juni 2016 (vgl. Urk. 3/396 ff.) nicht erstellen.

E. 1.7

Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere damit nicht zu relativieren. Das Verschulden wiegt insgesamt noch leicht.

- 36 -

E. 1.8

Die Erwägungen der Vorinstanz zu den Täterkomponenten sind zutreffend und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 17 S. 23; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wiegen strafzumessungsneutral.

E. 1.9

In Anbetracht sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe ist die von der ESBK ausgesprochene und der Vorinstanz bestätigte Busse in der Höhe von Fr. 2'000.– dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Der Beschuldigte ist folglich mit einer Busse von Fr. 2'000.– zu bestrafen. 2. Ersatzfreiheitsstrafe

E. 1.10

Der strafrechtliche Einbezug des Geschäftsherrn für die Nichtverhinderung der Anlasstat setzt dessen Garantstellung voraus. Die Garantienpflicht des Geschäftsherrn wird dadurch begründet, als dass er in leitender Funktion dafür zu

- 26 - sorgen hat, Gefahrenquellen für öffentliche Rechtsgüter oder Rechtsgüter Dritter, welche vom Unternehmen ausgehen, zu unterbinden. Demzufolge ist der Geschäftsherr von Gesetzes wegen als Überwachungsgarant für die Kontrolle und die Minimierung der vom Unternehmen ausgehenden Gefahren verantwortlich. (vgl. dazu BGE 122 IV 103 E. 5.2; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Auflage, Zürich et. al. 2013, S. 368 f.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die rechtliche Verpflichtung des Geschäftsherrn, also die Garantienstellung, auch dadurch begründet, dass sich die Bestimmungen des Verwaltungsrechts in der Regel an ihn richten und er folglich deren Anwendung sicherzustellen bzw. deren Verletzung zu verhindern hat. Demzufolge hat der Geschäftsherr die rechtliche Pflicht, das fragliche Verhalten seiner Angestellten durch

Überwachung, Weisungen und falls notwendig durch Eingreifen zu verhindern (BGE 142 IV 315 E. 2; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2016.3 vom 12. Oktober 2017 E. 5.1). Die Verwaltungsstraftat des Untergebenen bzw. die Anlasstat ist dabei lediglich objektive Strafbarkeitsbedingung. Dies bedeutet, Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich nicht auf die konkrete Anlasstat beziehen, sondern auf die Nichtverhinderung derselben (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 52 m.w.H.).

E. 1.11

Art. 6 Abs. 3 VStrR bezieht sich sodann auf die Strafbarkeit von Organen. Steht eine juristische Person in der Verantwortung, so ist aufgrund dieser Bestimmung auf die dahinter stehende natürliche Person durchzugreifen, wobei Art. 6 Abs. 2 VStrR zur Anwendung gelangt. Die Tat des Untergebenen ist allen natürlichen Organmitgliedern des Verwaltungsrates zuzurechnen, die mindestens fahrlässig ihre Aufsichtspflicht verletzt haben (vgl. EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 59 f. m.w.H.). Dabei ist analog Art. 6 Abs. 2 VStrR nicht erforderlich, dass das betreffende Organ Kenntnis der inkriminierten Handlungen der juristischen Person bzw. von Untergebenen oder Vertretern hat, sondern lediglich, dass es trotz Aufsichtspflicht keine Massnahmen zur Einhaltung von (an die juristische Person etc. als Geschäftsherrn gerichteten) strafbewehrten Verwaltungsbestimmungen bzw. zur Verhinderung von diesbezüglichen Gesetzesverstössen getroffen hat (Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2017.9 vom 16. Juni 2017 E. 4.2.2.1).

- 27 -

E. 1.12

Der Beschuldigte war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer der F._____ GmbH mit Einzelzeichnungsberechtigung und gilt als solcher als Geschäftsherr im Sinne von Art. 6 Abs. 2 VStrR. Die vorgenannte Garantienpflicht (vgl. vorne Ziff. 1.10) folgt für ihn direkt aus seinen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 810 Abs. 2 OR. Die Geschäftsführer sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen nach Art. 812 Abs. 1 OR ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen. Für diese Sorgfalt gilt ein objektiver Massstab. Die Geschäftsführer müssen ihre Aufgabe sorgfältig erledigen, wie man es von einem erfahrenen und pflichtbewussten Geschäftsmann erwarten darf (NUSSBAUM, Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007, Art. 812 N 2). Da bereits die Wortwahl von Art. 812 Abs. 1 OR auf diejenige in Art. 717 Abs. 1 OR hindeutet, kann auf die Ausführungen zur Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft verwiesen werden (WATTER/ROTH/PELLANDA, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], BSK OR II, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 812 N 5). Der Geschäftsführer hat insbesondere die Aufsicht darüber, dass Gesetze und Weisungen eingehalten werden. Damit er diese Aufgabe sorgfältig wahrnehmen kann, muss er sich, gleich wie der Verwaltungsrat einer AG, namentlich über den laufenden Geschäftsgang informieren, Fehlentwicklungen oder Unregelmässigkeiten nachgehen bzw. gegebenenfalls einschreiten. In jedem Fall muss er unabhängig von seiner tatsächlichen Stellung fundierte Kenntnisse der Gesellschaft und deren Betriebsorganisation, des Geschäftszweigs sowie den grundlegenden rechtlichen Pflichten aufweisen (vgl. BGE 122 III 195 E. 3a; BGE 113 II 52 E. 3a.).

E. 1.13

Als Geschäftsführer der F._____ GmbH war es die Aufgabe des Beschuldigten, die Geschäftstätigkeit der GmbH zu überwachen und sicherzustellen, dass diese keine widerrechtlichen Geschäftstätigkeiten unterhielt. Ihm oblag die gesetzliche Pflicht, sich mit den eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen betreffend Geldspiele und insbesondere mit der Bewilligungspflicht gemäss Spielbankengesetz zu befassen und wo nötig die entsprechenden Informationen einzuholen, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch die Tätigkeit der F._____ GmbH sicherzustellen. Dass der vorgenannte E._____ gemäss Angaben der Verteidigung praktisch alle Geräte gestellt bzw. montiert habe (Urk. 33 S. 6), entlastet den Beschuldigten nicht. Der Beschuldigte verkennt, dass der gegen ihn

- 28 - erhobene Vorwurf im Unterlassen einer gesetzeskonformen Geschäftsführertätigkeit liegt, welche die Wahrnehmung der gesetzlichen Aufsichts-, Instruktions- und Überwachungspflichten beinhaltet. Der Beschuldigte wäre als Geschäftsführer der F._____ GmbH gehalten gewesen, das Aufstellen des Automaten durch Überwachung, Weisungen und falls notwendig durch Eingreifen zu verhindern. Er hat es vorliegend jedoch trotz seiner Garantenpflicht unterlassen, Massnahmen gegen das Aufstellen des Glücksspielautomaten zum Zwecke des Betriebs durch seinen Mitarbeiter E._____ und damit gegen eine Widerhandlung gegen das SBG zu ergreifen. Nach dem Gesagten hat der Beschuldigte die Handlungen seines Mitarbeiters für die F._____ GmbH nach Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR aufgrund seiner Organstellung und als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer strafrechtlich zu verantworten.

E. 1.14

Bei der Prüfung des subjektiven Tatbestands sind infolge des Verweises in Art. 2 VStrR die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches anwendbar. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt, wobei sich der Vorsatz wie erwähnt nicht auf die konkrete Anlass-tat, sondern auf die Nichtverhinderung derselben beziehen muss. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Nicht zum Wissen als Bestandteil des Vorsatzes gehört das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder dasjenige der Strafbarkeit (Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2016.51 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.1 mit Verweis auf DONATSCH, StGB Kommentar, Zürich 2010, Art. 12 N 6).

E. 1.15

Der Beschuldigte macht wie dargetan geltend, sämtliche ihm möglichen Vorkehrungen betreffend die Legalität des Gerätes "Super Competition" getroffen zu haben (Urk. 33 S. 5), woraus sich für den subjektiven Tatbestand immerhin ableiten lässt, dass der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt wusste, dass das Gerät allenfalls als Glücksspielautomat zu qualifizieren und für dieses noch keine Konformitätsbewertung erfolgt ist. Dies auch, da der Beschuldigte selbst ausführen lässt, dass er selbst hinter den betreffend Zulässigkeit der Automaten getätigten Abklärungen gestanden sei (Urk. 33 S. 5 f.), was eine grundsätzliche Kenntnis betreffend die Prüfungspflicht impliziert. Die Argumentation des Beschuldigten be-

- 29 - schlägt damit nicht die Erfüllung des subjektiven Tatbestands in Bezug auf die objektiven Tatbestandselemente, nämlich das Nichtverhindern des Aufstellens eines Glücksspielautomaten zum Zwecke des Betriebs ohne vorgängig erfolgte Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung durch die ESBK (Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG i.V.m.

Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 VStrR). Ein allenfalls vorhandener Verbotsirrtum (Unkenntnis betreffend die Pflicht zur Prüfung bzw. Konformitätsbewertung) lässt den Vorsatz zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes nicht entfallen, weshalb das genannte Vorbringen der Verteidigung nachfolgend auf der Ebene der Schuld unter dem Titel des Verbotsirrtums (Art. 21 StGB) zu prüfen ist. Auch macht der Beschuldigte nicht geltend, dass er nicht gewusst hätte, dass sein Mitarbeiter den Automat aufgestellt hat. Gestützt auf die vorgenannte, im Recht liegenden Vereinbarung muss davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte wissentlich und willentlich nicht verhindert hat, dass sein Mitarbeiter den Glücksspielautomat – ohne diesen vorab der ESBK zur Prüfung vorzulegen – im Lokal "C._____" aufgestellt hat, zumal die F.____ GmbH dem Restaurant "C._____" das Gerät "Super Competition" gerade zum Zwecke der Durchführung des Wettbewerbs vermietet hat (vgl. Urk. 1/020 f.).

E. 1.16

Im Ergebnis ist deshalb mit der ESBK festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR erfüllt hat. 2.

Rechtswidrigkeit und Schuld

E. 2

Anwendbares Recht

E. 2.1

Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse hat die Vorinstanz mit Hinweis auf die ständige Praxis gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB (Umwandlungssatz von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse) eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen festgesetzt (Urk. 17 S. 20). Die ESBK beantragt diesbezüglich, es sei eine Ersatzfreiheitsstrafe von 66 Tagen festzulegen, da gemäss Art. 10 Abs. 3 VStrR im Geltungsbereich des Verwaltungsstrafrechts Bussen in der Höhe von Fr. 30.– einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe gleichzusetzen seien, welche Spezialbestimmung gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StGB noch immer anwendbar sei (Urk. 35 S. 2). Die Verteidigung führt hierzu sinngemäss aus, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 66 Tagen sei unangemessen bzw. verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Bestimmungen des VstrR seien nicht anwendbar (Urk. 46 S. 2).

E. 2.2

Die Umwandlung einer Busse in Haft wegen einer Übertretung im Anwendungsbereich des VstrR richtet sich auch nach dem Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches nach Art. 10 VStrR und nicht nach Art. 106 StGB. Diese Bestimmung sieht ein von den allgemeinen Bestimmungen des StGB abweichendes Sonderregime betreffend Umwandlung einer Busse in Haft vor, soweit sie nicht eingebracht werden kann (Art. 10 Abs. 1 VstrR). Insbesondere gelten ein starrer Umwandlungsschlüssel von einem Tag Haft pro 30 Franken Busse und eine Obergrenze von maximal drei Monaten (Art. 10 Abs. 3 VstrR). Diese Ordnung gilt, wie das Bundesgericht mit einlässlicher Be-

- 37 - gründung festgehalten hat, für die Bussenumwandlung auf Grundlage des VStrR nach wie vor und ist nicht von der Neuregelung der Ersatzfreiheitsstrafe per Anfang 2007 abgelöst worden (BGE 141 IV 407).

E. 2.3

Gestützt auf Art. 91 VstrR ist eine Ersatzfreiheitsstrafe allerdings nicht schon mit heutigem Urteil, sondern erst in einem Nachverfahren, d.h. nach Rechtskraft des Bussenentscheides und Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse, festzusetzen, wobei zur Umwandlung der Richter, der die Widerhandlung beurteilt hat oder zur Beurteilung zuständig gewesen wäre, zuständig ist. V. Einziehung Auf die Ausführungen der Vorinstanz zur Einziehung und Vernichtung des beschlagnahmten Spielautomaten samt Zubehör (3 Rollen Jetons und 239 Konsumationsgutscheine) kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 17 S. 24; Art. 82 Abs. 4 StPO). Demnach sind der mit Verfügung der ESBK vom 24. Februar 2009 beschlagnahmte Spielautomat "Super Competition" sowie die 3 Rollen Jetons und 239 Konsumationsgutscheine einzuziehen und der ESBK zur Vernichtung zu überlassen. VI. Kosten 1. Gemäss Art. 97 Abs. 1 VStrR bestimmen sich die Kosten des gerichtlichen Verfahrens und deren Verlegung, vorbehaltlich Art. 78 Abs. 4, nach den Artikeln 417–428 StPO. 2. Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, sodass die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und -auflage (Dispositivziff. 5 und 6) zu bestätigen ist. Zudem sind ihm bei diesem Ausgang des Verfahrens die gesamten Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens aufzuerlegen und es ist die entsprechende vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziff. 7) zu bestätigen. 3. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten in Anwendung von Art. 95 Abs. 3 VstrR für die Kosten des Strafbescheids gegen B._____ vom 24. Juni 2015 in der

- 38 - Höhe von Fr. 1'690.– für solidarisch haftbar erklärt, wobei eine allfällige Einforderung dieser Kosten über die ESBK erfolge. Dies mit der Begründung, dass es sich bei B._____ um einen Mitbeschuldigten des Beschuldigten handle (Urk. 17 S. 25). Art. 95 Abs. 3 VStrR sieht (zwar) betreffend die Auferlegung der Kosten im Verwaltungsstrafverfahren bei mehreren Beschuldigten die solidarische Haftung derselben vor, wenn der Strafbescheid oder die Strafverfügung nichts anderes bestimmt. Nachdem vorliegend die Verfahren gegen den Beschuldigten und B._____ jedoch getrennt geführt wurden und aus den Akten nicht ersichtlich ist, ob dem Beschuldigten im Verfahren gegen B._____ das rechtliche Gehör gewährt wurde, rechtfertigt sich keine solidarische Haftung des Beschuldigten. Dispositivziff. 8 des vorinstanzlichen Urteils ist demnach nicht zu bestätigen. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen. 5. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten auch die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 97 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 428 StPO). Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR. 2. Der Beschuldigte wird bestraft einer Busse von Fr. 2'000.–. 3. Die Busse ist zu bezahlen. 4. Der mit Verfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) vom 24. Februar 2009 beschlagnahmte Spielautomat "Super Competition" sowie die 3 Rollen Jetons und 239 Konsumationsgutscheine werden eingezogen und der ESBK zur Vernichtung überlassen. 5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 bis 7) wird bestätigt.

- 39 - 6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–. 7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. 8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Eidgenössische Spielbankenkommission – die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Eidgenössische Spielbankenkommission mit Rechtskraftstempel. 9. 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. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 23. Januar 2018 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. R. Naef M. Law M. Konrad

E. 2.4

Die Vorinstanz hat hierzu richtig ausgeführt, im vorliegenden Fall habe sich H. _____ – der Gesellschafter der F. _____ GmbH wie auch der G. _____ ... GmbH war – offensichtlich an das BJ gewendet, um sich über die Zulässigkeit von "Super Competition" zu erkundigen. Mit Schreiben vom 9. Januar 2008 habe das BJ H. _____ informiert, dass es – wie dies bereits in einem Schreiben vom 23. November 2007 festgehalten worden sei – "in erster Linie Sache der Kantone" sei, zu beurteilen, ob der fragliche Automat "unter die Lotteriegesetzgebung fällt oder nicht". Im Weiteren sandte das BJ H. _____ eine Liste mit den Adressen der kantonalen Dienststellen, "die für den Lotterien- und Wettbereich zuständig sind" (Urk. 17 S. 16 mit Verweis auf Urk. 3/048). In der Folge habe sich H. _____ – wie vom BJ angeregt – an diverse Kantone gewandt, wobei auch diverse Antwortschreiben der Kantone aktenkundig seien, welche von der Vorinstanz allesamt richtig aufgeführt wurden (Urk. 17 S. 16 f.). Auf diese Erwägungen kann vorab verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Weiter hat die Vorinstanz richtig festgehalten, dass sich die (offenbar von mehreren Kantonen informierte) ESBK in der Zwischenzeit, nämlich am 15. Juli 2008, direkt mit einem Schreiben an H. _____ gewendet und ihn dazu aufgefordert habe, einen Automaten "Super Competition" samt Unterlagen an die ESBK zur Vorführung einzureichen. Auf dieses Schreiben habe der heutige Verteidiger des Beschuldigten mit einem Schreiben reagiert, in welchem er festgehalten habe, dass seine Klientin – die G. _____ ... GmbH – die Meinung vertrete, dass das SBG nicht zur Anwendung gelange und die ESBK demzufolge nicht zuständig sei, aus welchem Grund er um Zustellung einer rekursiblen Verfügung bitte (Urk. 17 S. 18 mit Verweis auf Urk. 3/107).

E. 2.5

Sodann hat die Vorinstanz ausgeführt, dass sich die F. _____ GmbH das Wissen von H. _____ anrechnen lassen dürfe und müsse, da es keine Rolle spiele, ob H. _____ nun im Namen der G. _____ ... GmbH oder im Namen der F. _____ GmbH Abklärungen bei den Behörden vorgenommen habe (Urk. 17 S. 18 f.).

- 32 - Auch diese vorinstanzlichen Erwägungen können vollumfänglich übernommen werden, zumal dies von der Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren ausdrücklich anerkannt wurde. So führt die Verteidigung im Rahmen ihrer Berufungsbegründung vom 4. August 2017 wie erwähnt explizit aus, dass der Beschuldigte selbst hinter den Vorkehren, welche zwecks Abklärung der Legalität des Gerätes getroffen worden seien, gestanden sei, indem die Firma G. _____ tätig geworden sei, welcher die Kenntnisse der F. _____ GmbH anzurechnen gewesen seien, da beide Firmen durch dieselbe Person – H. _____ – repräsentiert worden seien (Urk. 33 S. 5).

E. 2.6

In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob sich der Beschuldigte infolge des Handelns von H._____ entlasten könne bzw. ob ein allfälliger Rechtsirrtum von H._____ auch für den Beschuldigten entlastend wirkt. Dies verneinte die Vorinstanz, welches Ergebnis mit nachfolgenden Ergänzungen zu übernehmen ist (Urk. 17 S. 19 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 2.7

Dem Beschuldigten war als Geschäftsführer der F._____ GmbH bewusst, dass der Spielbankenbereich reguliert und folglich die Tätigkeit seiner GmbH, welche im Wettbewerbsbereich agiert, rechtlichen Restriktionen unterliegen könnte. Nachdem die Verteidigung wie dargetan festgehalten hat, dass der Beschuldigte selbst hinter den betreffend die Legalität des Automaten getätigten Abklärungen gestanden sei, war sich der Beschuldigte offenbar auch durchaus von Anfang an bewusst, dass der Betrieb von Spielautomaten gesetzlichen Einschränkungen unterliegen könnte. Darauf deutet bereits der Umstand hin, dass sich H._____ wie bereits erwähnt erstmals im Dezember 2007 (vgl. Schreiben des BJ vom 9. Januar 2008, Urk. 3/048) an das BJ und in der Folge mit diversen Anfragen an verschiedene Kantone wandte, um die Zulässigkeit des Betriebs des Automaten abzuklären. Die ins Recht gereichten Antwortschreiben der Kantone sind in diesem Zusammenhang entgegen der Verteidigung jedoch von vornherein nicht geeignet, den Beschuldigten zu entlasten und einen Rechtsirrtum – weder bei H._____ noch beim Beschuldigten – zu belegen, da diese von den Kantonen und damit nicht von der zuständigen staatlichen Behörde stammen. Aus diesem Grund ist auch die Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht zu

- 33 - hören, zumal die erfolgreiche Berufung auf diesen allgemeinen Verfassungsgrundsatz voraussetzt, dass die Auskunft von der zuständigen staatlichen Behörde erteilt wird.

E. 2.8

Aus den genannten Antwortschreiben der Kantone erhellt indessen, dass H._____, dessen Wissen dem Beschuldigten unbestrittenermassen anzurechnen war, bereits mit Antwortschreiben des Finanzdepartements des Kantons St. Gallen vom 6. Februar 2008, der Verfügung des Departements für Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau vom 17. April 2008 sowie des Antwortschreibens des Bauinspektorates Basel-Stadt vom 9. Mai 2008 – und damit vor dem Zeitpunkt der Tatbegehung – explizit auf die Zuständigkeit der ESBK hingewiesen wurde (vgl. Urk. 3/102; Urk. 3/103; Urk. 3/105). Demnach hätte der Beschuldigte spätestens ab diesem Zeitpunkt Zweifel an der Rechtmässigkeit seines Handelns haben sollen, wobei für das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit weder das Wissen um die Strafbarkeit noch die Kenntnis der anwendbaren Gesetzesbestimmung erforderlich ist (NIGGLI/MAEDER, a.a.O., Art. 21 N 15). Als Geschäftsführer der F._____ GmbH hätte sich der Beschuldigte daraufhin bei der zuständigen staatlichen Behörde – der ESBK – betreffend die gesetzlichen Vorschriften für das Aufstellen des Automaten informieren und als Geschäftsführer der GmbH auch für deren Einhaltung durch seinen Mitarbeiter einsetzen müssen. Für die Annahme eines Verbotsirrtums fehlt es aufgrund des Gesagten an der Voraussetzung der Unvermeidbarkeit. Ein Entfallen der Schuld beim Beschuldigten aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ist nicht gegeben.

E. 2.9

Lediglich der Vollständigkeit halber ist schliesslich anzuführen, dass der Beschuldigte mit Schreiben der ESBK vom 15. Juli 2008 und somit noch während der Tatbegehung

aufgefordert wurde, das Gerät "Super Competition" der ESBK zur Prüfung vorzuführen, woraufhin das Aufstellen und Betreiben der Geräte des Typs "Super Competition" mit Verfügung der ESBK vom 28. November 2008 unter Strafandrohung untersagt wurde, wohingegen der Beschuldigte Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichte. Mitnichten kann deshalb gesagt werden, weder die zuständige Bundesstelle noch die zuständige kantonale Stelle hätten Einwendungen gegen den Betrieb des Gerätes erhoben und man habe davon

- 34 - ausgehen dürfen, dass Bundesbehörden untereinander kommunizieren würden bzw. die ESBK allenfalls eine andere Meinung hätte kommunizieren müssen (Urk. 33 S. 7).

E. 2.10

Zusammengefasst sind keine Schuldausschlussgründe gegeben. Der Beschuldigte ist folglich der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR schuldig zu sprechen. IV. Strafzumessung und Vollzug 1. Strafzumessung im konkreten Fall

E. 3

Umfang der Berufung und Kognition der Berufungsinstanz

E. 3.1

Gemäss Art. 80 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. EUGSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO II, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 402 N 1 f.). Der Beschuldigte beschränkt seine Berufung nicht und beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und er sei von den Vorwürfen der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz freizusprechen (Urk. 20 S. 2 f.).

- 8 -

E. 3.2

Damit bildet das ganze vorinstanzliche Urteil Berufungsgegenstand und ist mithin in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen (Art. 80 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 404 Abs. 1 StPO).

E. 3.3

Bilden ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhaltes sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 80 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 398 Abs. 4 StPO).

E. 3.4

Die urteilende Instanz muss sich sodann nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr kann sich das Gericht auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Vorbringen der Parteien beschränken (Urteil des Bundesgerichts 6B_958/2016 vom 19. Juli 2017 mit Verweis auf BGE 141 III 28 E. 3.2.4; 139 IV 179 E. 2.2; 138 IV 81 E. 2.2;

134 I 83 E. 4.1; 136 I 229 E. 5.2).

E. 3.5

Entgegen der Argumentation der Verteidigung vermag der Umstand, dass die Anklage bzw. das Untersuchungsverfahren mangelhaft gewesen sein soll, nichts an der Kognition des Berufungsgerichts zu ändern (vgl. Urk. 33 S. 3 f. und dazu nachfolgend Ziff. 5).

E. 3.6

In seiner Berufungserklärung vom 16. Mai 2017 liess der Beschuldigte den Aktenbeizug von drei Verfahren vom Bezirksgericht Zürich beantragen, in welchen das Bezirksgericht Zürich die jeweiligen Beschuldigten infolge Rechtsirrtums freigesprochen habe. Aus diesen Akten sei ohne weiteres ersichtlich, dass zahlreiche Vorkehren getroffen worden seien, um die Legalität der Aufstellung der Geräte wie dem hier relevanten Gerät abzuklären, was in sämtlichen Fällen passiert sei. Die Untersuchungsbehörde habe aber nicht alle relevanten Akten in allen Dossiers aufgeführt, obwohl diese überall hineingehörten. Es werde deshalb die Meinung vertreten, es gehe um willkürliche Nichterhebung von Beweisen bzw. die Nichteinführung von Beweisen in das hier relevante Aktendossier, was – wie

- 9 - eventualiter beantragt – zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen könne bzw. müsse (Urk. 20 S. 3 f.).

E. 3.7

Die Strafbehörden, damit gemeint sind sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Gerichte, sind in der Rechtsanwendung unabhängig und allein dem Recht verpflichtet (Art. 82 VStrR i.V.m. Art. 4 Abs. 1 StPO; vgl. auch Art. 12 ff. StPO). Das Gericht ist somit nicht an die Rechtsauffassung gebunden, welche in einem anderen Entscheid einer hierarchisch gleich- oder untergeordneten Instanz vertreten wurde, weshalb der beantragte Aktenbeizug abzulehnen ist. Entsprechend ist auch nicht ersichtlich, inwiefern eine "willkürliche Nichterhebung von Beweisen" vorliegen und eine Rückweisung an die Vorinstanz angezeigt sein sollte.

E. 3.8

Es bleibt somit dabei, dass im Berufungsverfahren keine neuen Beweise abgenommen werden. Die Verteidigung hat vor Vorinstanz keine Beweisanträge gestellt (Urk. 8; Prot. I S. 4 ff.). Damit ist der erst im Berufungsverfahren von der Verteidigung neu vorgebrachte Beweisantrag, es sei E. _____ als Zeuge zu befragen (Urk. 20 S. 4 und Urk. 33 S. 6), abzuweisen (vgl. EUGSTER, a.a.O., Art. 398 N 3a).

E. 3.9

Der Beschuldigte rügt, wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. Ziffer II), die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung nicht bzw. nicht substantiiert und beanstandet nebst Verfahrensmängeln und Prozesshindernissen (vgl. zur Frage der Verjährung sogleich nachfolgend Ziffer 4) insbesondere die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 33). Diesbezüglich liegt – abgesehen von der inhaltlichen Beschränkung des Berufungsthemas – keine Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Berufungsgerichts vor; sämtliche Rechtsfragen – sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale – sind mit freier Kognition zu prüfen (vgl. HUG/SCHEIDEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], StPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 398 N 23; EUGSTER, a.a.O., Art. 398 N 3a).

E. 4

August 2017 geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz würden nach dem revidierten, am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen Strafrecht bis zur formellen Anpassung in den einzelnen Gesetzen im Bereich des Nebenstrafrechts die mit der Revision des Verjährungsrechts beschlossenen Regeln gelten, welche die ersatzlose Aufhebung des Ruhens und der Unterbrechung der Verjährung vorsehen würden, auch im Hinblick darauf, dass die Verjährungsfristen verlängert worden seien. Die Aufhebung des Instituts des Ruhens der Verjährung könne natürlich nicht dadurch umgangen werden, dass auf Gesetze verwiesen werde, welche sich nach dem StGB zu richten hätten, und auch nicht dadurch, dass gleichzeitig behauptet werde, im Falle, dass eine Vorfrage zu beurteilen sei, würden jene Gesetze gelten. Die Verfahrensinstanzierung sei auf alleiniges Betreiben der ESBK erfolgt, wobei es nicht um Fragen der Leistungs- oder Rückleistungspflicht, sondern darum gegangen sei, dass die ESBK unsicher geworden sei, ob sie überhaupt auf genügender Rechtsgrundlage operiere und eine höchstrichterliche Meinungsäußerung habe provozieren bzw. abwarten wollen, was nach allgemeiner Auffassung keine Vorfrage sei (Urk. 33 S. 4 f.).

E. 4.1

Wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 8 S. 6 ff.) stellt sich die Verteidigung auch im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, dass die vorliegend zu beurteilende Übertretung des Spielbankengesetzes verjährt sei (Urk. 33 S. 4 ff.). Die ESBK hingegen vertritt die Auffassung, das Urteil der Vorinstanz datiere vom 7. März 2017, womit die Verjährung auf jeden Fall nach rund acht Jahren und zweieinhalb Monaten unterbrochen worden und im Zeitpunkt der Strafverfügung vom 27. Juni 2016 noch nicht eingetreten sei (Urk. 40 S. 4 f.).

E. 4.2

Eine eingetretene Verjährung stellt ein Prozesshindernis dar, welches zu einem Nichteintreten sowie zur Einstellung des Verfahrens führt (Urteil des Bundesgerichts 6B_277/2012 E. 2.3). Gemäss Art. 333 Abs. 6 lit. d StGB (und im Übrigen auch gemäss Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 97 Abs. 3 StGB) tritt die Verfolgungsverjährung nicht mehr ein, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist.

E. 4.3

Unstrittige Parteistandpunkte Die Parteien sind sich einig, dass die Verjährung im vorliegenden Verfahren am 22. Dezember 2008 im Sinne von Art. 98 lit. c StGB zu laufen begonnen hat. Ebenfalls unstrittig ist zwischen den Parteien, dass die Verjährungsfrist für die vorliegende Übertretung aufgrund der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 6B_770/2010 vom 28. Februar 2011 E. 5.2) grundsätzlich sieben Jahre beträgt (vgl. Urk. 33 S. 5; Urk. 40 S. 5), was im Übrigen von Amtes wegen zu prüfen ist.

E. 4.4

Strittige Parteistandpunkte

E. 4.4.1

Ruhen der Verjährung

E. 4.4.1.1

Uneins sind sich die Parteien zunächst darüber, ob die siebenjährige Verjährungsfrist für einen gewissen Zeitraum ruhte.

E. 4.4.1.2

Die Vorinstanz hielt dafür, dass es sich bei der Frage, ob der Spielautomat "Super Competition" ein Glücksspielautomat im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG

- 11 - sei, offensichtlich um eine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR handle. Demgemäss habe die Verjährung während rund einem Jahr und zwei Monaten – während der Dauer der Sistierung des Strafverfahrens vom 2. Februar 2011 bis zum 10. April 2012 (Urteil des Bundesgerichts betreffend Qualifikation des Spielautomaten "Super Competition" als Glücksspielautomaten im Sinne des SBG) – geruht (Urk. 17 S. 8 f.).

E. 4.4.1.3

Die Verteidigung des Beschuldigten macht in ihrer Eingabe vom

E. 4.4.1.4

Die ESBK bringt mit ihrer Eingabe vom 1. September 2017 vor, dass es sich bei der Frage, ob ein Gerät als Glücksspielautomat zu qualifizieren sei, sehr wohl um eine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VstrR handle. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid BGE 138 IV 106 festgehalten, dass es nicht Sache des Strafrichters sein könne, eine entsprechende Qualifikation der entsprechenden Geräte vorzunehmen. Auch wenn der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG, – im Unterschied zum Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG –, bereits vor Erlass einer entsprechenden Qualifikationsverfügung erfüllt sein könne, lasse

- 12 - sich erst nach Abschluss des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens beurteilen, ob der fragliche Automat die Kriterien eines Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG erfülle und somit unter Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG subsumiert werden könne. Die Vorinstanz sei jedoch falsch gegangen in der Annahme, dass die Verjährung während der Zeit der Sistierung geruht habe. Das Obergericht habe in seiner Verfügung vom 23. Januar 2017 in einem anderen Verwaltungsstrafverfahren betreffend das Spielbankengesetz korrekterweise festgehalten, dass die Verjährung gestützt auf Art. 11 Abs. 3 SBG während des gerichtlichen Verfahrens betreffend die Qualifikation des Gerätes "Super Competition" geruht habe. Sowohl die vor dem Bundesverwaltungsgericht als auch das vor dem Bundesgericht geführten Verfahren hätten sich mit einer Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VstrR befasst, während denen die Verjährung geruht habe, somit von Oktober 2010 (Beschwerde vom 28. September 2010 ans Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der ESBK vom 26. August 2010) bis zum 10. April 2012, also während rund 18 Monaten (Urk. 40 S. 4 f.).

E. 4.4.1.5

Das Obergericht des Kantons Zürich setzte sich in der Verfügung vom 23. Januar 2017 ebenfalls mit dieser Thematik auseinander (Entscheid der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich UH160248 E. 7.4). Die III. Strafkammer hielt im Wesentlichen dafür, dass Art. 11 Abs. 3 VStrR sich auch auf "eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage" beziehe. Die Norm komme somit nicht nur auf Verfahren über die Leistungs- und Rückleistungspflicht, sondern allgemein auf die Verjährung von Vergehen und Übertretungen nach einzelnen Verwaltungsgesetzen, so auch auf die Verjährung gemäss SBG und speziell auch auf Art. 57 Abs. 2 SBG, zur

Anwendung. Dieser Entscheid erweist sich als einschlägig: Dem Beschwerdegegner im betreffenden Verfahren wurde ebenfalls eine Übertretung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG vorgeworfen. Notwendiges Tatbestandsmerkmal von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG, so die III. Strafkammer weiter, sei, dass es sich beim aufgestellten Gerät um einen Glückspielautomaten handle. Ob das aufgestellte Gerät als Glückspielautomat zu qualifizieren sei oder nicht, sei aber unter Hinweis auf BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 nicht vom Strafrichter zu entscheiden, sondern in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren festzustellen. Zwar könne der Tatbestand von

- 13 - Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG (im Unterschied zum Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB [recte: SBG], den das Bundesgericht in BGE 138 IV 106 geprüft habe) vor Erlass einer (verwaltungsrechtlichen) Feststellungsverfügung über die Qualifikation des fraglichen Automaten erfüllt sein. Gleichwohl lasse sich erst nach Abschluss des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens beurteilen, ob der fragliche Automat die Kriterien eines Glückspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG erfülle und unter Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG subsumiert werden könne (Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BV.2012.42,43 vom

E. 4.4.1.6

Es sind keine Gründe ersichtlich, welche es angezeigt erscheinen lassen würden, von der zitierten Rechtsprechung abzuweichen. Gemäss Art. 11 Abs. 3 VStrR ruht die Verjährung bei Vergehen und Übertretungen während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht oder über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage oder solange der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst. Sinn und Zweck der Sonderregelung ist es, zu verhindern, dass Widerhandlungen gegen Verwaltungsgesetze verjähren, bevor über Vorfragen, die für die strafrechtliche Beurteilung wesentlich sind, rechtlich Klarheit besteht. Wie schon die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich festgestellt hat, handelt es sich bei der Frage, ob es sich beim Gerät "Super Competition" um einen Glückspielautomaten handle oder nicht, um eine solche Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR. Aufgrund des Gesagten ruhte die Verjährungsfrist gestützt auf Art. 11 Abs. 3 VStrR.

E. 4.4.1.7

Was die Dauer des Ruhens der Verjährungsfrist angeht, so ist grundsätzlich mit der ESBK (Urk. 40 S. 5) und entgegen der Vorinstanz (vgl. Urk. 17 S. 8 f.) nicht die Zeit während der Sistierung massgebend, sondern es ist vielmehr auf die Dauer des gerichtlichen Verfahrens betreffend Qualifikation des Gerätes "Super Competition" abzustellen, genauer gemäss Art. 11 Abs. 3 VStrR die Dauer des Beschwerdeverfahrens. Art. 11 Abs. 3 VStrR soll nämlich nicht gewährleisten, dass die Verwaltungsbehörden nach Anhebung eines Verwaltungsverfahrens sich

- 14 - "alle Zeit der Welt" nehmen können, ohne Gefahr laufen zu müssen, dass die Strafbarkeit verjährt. Vielmehr soll mit dieser Bestimmung verhindert werden, dass ein Verwaltungsstraftäter sich durch Anhebung eines verwaltungsrechtlichen Einsprache- oder Rechtsmittelverfahrens (zumindest) bezüglich der verwirklichten Verwaltungsstraftatbestände in die Verjährung "retten" kann (ACHERMANN, Die Revisionsbedürftigkeit des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR], Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel – Herausforderung für Strafverfolgung und

Strafverteidigung, 2017, S. 87; so auch Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.31 E. 3.3 vom 3. November 2015). Die Verjährungsfrist ruhte demnach im vorliegenden Fall vom 28. September 2010 (Beschwerdeanhebung ans Bundesverwaltungsgericht,) bis zum 10. April 2012 (Entscheid des Bundesgericht über die gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts angehobene Beschwerde, vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_693/2011; 2C_744/2011 vom

E. 4.4.2

Strafbescheid als erstinstanzliches Urteil

E. 4.4.2.1

Ebenfalls uneins sind sich die Parteien darüber, welcher Entscheid im vorliegenden Verfahren als "erstinstanzliches Urteil" im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB zu gelten hat (Urk. 33 S. 5; Urk. 40 S. 5).

E. 4.4.2.2

Die Verteidigung macht geltend, die Strafverfügung beende den Lauf der Verfolgungsverjährung nicht, sondern erst ein gerichtliches Urteil, wobei insbesondere zu beachten sei, "dass ja die fragliche Behörde in einem anderen Verfahren bestellt wird, als beispielsweise eine Untersuchungsbehörde, und auch nicht deren Qualität hat" (Urk. 33 S. 5).

E. 4.4.2.3

Die ESBK stellt sich mit Hinweis auf die geltende Rechtsprechung auf den Standpunkt, die Strafverfügung der ESBK gelte als verjährungsunterbrechend (Urk. 40 S. 5).

E. 4.4.2.4

Gemäss der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Strafverfügung gemäss Art. 70 VStrR einem Urteil gleichgesetzt (BGE 133 IV 112). Das Bundesgericht begründet dies damit, dass der angeschuldigten Per-

- 15 - son im Verwaltungsstrafverfahren weitgehende Mitwirkungsrechte eingeräumt würden. Ihr werde insbesondere das rechtliche Gehör gewährt, sie könne an Beweisaufnahmen teilnehmen (Art. 35 VStrR) und habe ein Akteneinsichtsrecht (Art. 36 VStrR). Gegen einen Strafbescheid der Verwaltung (Art. 64 VStrR) könne sie Einsprache erheben (Art. 67 VStrR). Die Verwaltung habe alsdann den angefochtenen Bescheid neu zu überprüfen (Art. 69 Abs. 1 VStrR) und eine Strafverfügung zu treffen (Art. 70 Abs. 1 VStrR), welche zu begründen sei (Art. 70 Abs. 2 VStrR). Jeder Strafverfügung (Art. 70 VStrR) habe damit zwingend ein Strafbescheid voranzugehen, welcher wie ein Strafmandat (Strafbefehl) auf summarischer Grundlage getroffen werden könne. Die Strafverfügung dagegen müsse – einem erstinstanzlichen Urteil ähnlich – auf einer umfassenden Grundlage beruhen und werde in einem kontradiktorischen Verfahren erlassen (BGE 133 IV 112 E. 9.4.4).

E. 4.4.2.5

Im vorliegenden Fall wurde gegen den Beschuldigten am 24. Juni 2015 zunächst ein Strafbescheid im Sinne von Art. 64 VStrR erlassen (Urk. 7/372 ff.). Der Beschuldigte erhob dagegen am 27. Juli 2015 Einsprache (Urk. 7/384 ff.). Die ESBK erliess darauf am 27. Juni 2016 eine begründete Strafverfügung im Sinne von Art. 70 VStrR (Urk. 7/396 ff.). Die Strafverfügung kam damit im vom Gesetz dafür vorgesehenen, kontradiktorisch

ausgebildeten Verfahren zustande und ist somit im Lichte der vorstehend zitierten bisherigen Rechtsprechung (BGE 133 IV 112) als erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB zu qualifizieren.

E. 4.4.2.6

In Bezug auf das Vorbringen der Verteidigung, die Strafverfügung sei un- ter offensichtlicher Missachtung der Gewaltenteilung zustande gekommen (Urk. 20 S. 3; Urk. 33 S. 5 Mitte sinngemäss), ist zunächst auf Art. 57 Abs. 1 SBG hinzuweisen. Dieser Bestimmung lässt sich entnehmen, dass im Verwaltungs- strafverfahren sowohl die Untersuchung als auch die erste Beurteilung von Bussensachen durch die Verwaltung erfolgt. Nur wenn das übergeordnete Depar- tement die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung für gegeben hält, ist das Gericht zu- ständig. Zudem kann der von der Strafverfügung der Verwaltung Betroffene die Beurteilung durch das Gericht verlangen (Art. 20 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 und

- 16 - Abs. 2 VStrR). Es ist damit ein Wesenszug des Verwaltungsstrafverfahrens, dass – soweit nur eine Busse zur Diskussion steht – eine gerichtliche Kontrolle erst zu einem späteren Zeitpunkt und nur auf Verlangen hin stattfindet. Dass die gleichen Personen den Fall untersucht und entschieden haben, ist vom Gesetzgeber so gewollt. Ziel des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes war es, ein einfaches, kosten- sparendes und meist rasches Verfahren zu schaffen, das sich für die Verfolgung einer Massen-Bagatelldelinquenz bewährt, wie sie auf einigen Gebieten des Ver- waltungsstrafrechts vorkommt (HAURI, Verwaltungsstrafrecht, Motive – Doktrin – Rechtsprechung, 1998, Vorbemerkungen zu Art. 19 bis 31). Vorliegend wurde die Untersuchung gesetzeskonform vom Sekretariat geführt, und der Strafbescheid vom 24. Juni 2015 sowie die Strafverfügung vom 27. Juni 2016 von der Kommis- sion erlassen (Art. 57 Abs. 1 Satz 2 SBG; Urk. 2/026 ff.; Urk. 7/349 ff.; Urk. 7/396 ff.).

E. 4.4.3

Fazit – kein Eintritt der Verjährung

E. 4.4.3.1

Die dem Beschuldigten vorgeworfene Übertretung endete am 22. Dezember 2008, worauf die Verjährungsfrist am 23. Dezember 2008 zu laufen begann. Unter Berücksichtigung, dass die siebenjährige Verjährungsfrist im Zeit- raum vom 28. September 2010 bis zum 10. April 2012, also während rund 18 Monaten, ruhte, war sie am Tage der Ausfällung der Strafverfügung der ESBK am 27. Juni 2016 nicht verjährt. Die Verjährung wäre nicht vor Mai 2017 einge- treten. Selbst wenn man nun die Strafverfügung der ESBK vom 27. Juni 2016 nicht als erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB qualifizieren möchte, läge mit dem Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 7. März 2017 auf jeden Fall ein solches erstinstanzliches Urteil vor, und es wäre die Verjährung auch in diesem Fall nicht eingetreten.

E. 4.4.3.2

Da bereits daraus folgt, dass die Verfolgungsverjährung nicht eingetreten ist, braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob – wie dies die ESBK angedeutet hat (Urk. 40 S. 5 Mitte) – die Verjährung auch während des Beschwerdeverfah- rens betreffend Zuständigkeit der ESBK zur Prüfung des Spielautomaten "Super Competition" ruhte (ca. sechs Monate, erledigt mit

Urteil des Bundesverwaltungs- gerichts vom 4. Juni 2009; vgl. Urk. 5/203 ff.).

- 17 - 5. Mängel in der Untersuchung bzw. der Anklage 5.1. Die Verteidigung macht in prozessualer Hinsicht weiter eine Verletzung des Anklageprinzips geltend. Der Beschuldigte habe in der Einvernahme vom

E. 6

Februar 2013 E. 3.3). Abschliessend qualifizierte die III. Strafkammer diese Frage als eine Vorfrage im Sinne Art. 11 Abs. 3 VStrR.

E. 10

April 2012), d.h. während rund 18 Monaten.

E. 11

März 2010 die Aussage verweigert, wobei ihm dort das "Organisieren von Glücksspielen" zum Vorwurf gemacht worden sei, also klar eine Verletzung von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG. Der nunmehr erhobene Vorwurf nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sei durch die Untersuchung nicht weiter abgeklärt worden, obwohl nach der Einsprache vom 27. Juli 2015 eine solche Abklärung unerlässlich gewesen wäre. Damit einher hätte die Feststellung gehen müssen, man arbeite mit einer An- klageänderung und die Untersuchung richte sich neu auf ein anderes Ziel als ur- sprünglich. Würden solche Angaben "untersuchungsseits" nicht gemacht – so die Rüge der Verteidigung – liege eine Verletzung der Verteidigungsrechte des Be- schuldigten vor. Es hätten beispielsweise Lokalbetreiber befragt und oder mit dem Beschuldigten konfrontiert werden müssen, wobei solchen Beweiserfordernissen nicht dadurch entgangen werden könne, dass Gewicht auf die Behauptung gelegt werde, der Beschuldigte habe "generell" die Aussage verweigert (Urk. 20 S. 4 f.; Urk. 33 S. 3 f.). 5.2. Ist eine gerichtliche Beurteilung der Straf- oder Einziehungsverfügung ver- langt worden, überweist die Verwaltung die Akten der kantonalen Staatsanwalt- schaft zuhanden des zuständigen Strafgerichts. Die Überweisung gilt als Anklage. Sie hat den Sachverhalt und die anwendbaren Strafbestimmungen zu enthalten oder auf die Strafverfügung zu verweisen (Art. 73 Abs. 1 und Abs. 2 VStrR). 5.3. Vorliegend wird in der Überweisung der ESBK vom 6. Dezember 2016 (eingegangen am 16. Dezember 2016) auf die Strafverfügung vom 27. Juni 2016 verwiesen (Urk. 2 S. 2), in welcher der Beschuldigte u.a. in Anwendung von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG gebüsst wurde. Weiter wird in der Überweisung fest- gehalten, dass der Beschuldigte in der Strafverfügung der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz durch Aufstellen von Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs, begangen in der Zeit vom 29. Mai 2008 bis am 22. Dezember 2008 im Restaurant "C._____" durch Anbieten des als Glücksspielautomaten qualifizierten Gerätes "Super Com-

- 18 - petition" 1, für schuldig befunden worden sei (Urk. 2 S. 2). Zum einen wird klar auf die massgebende Strafverfügung verwiesen, zum anderen wird im geschilderten Sachverhalt wörtlich der in Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG verwendete Gesetzestext wiedergegeben. Es ist damit nicht ersichtlich, inwiefern die Anklage mangelhaft sein sollte, ist der gesetzlichen Vorgabe von Art. 73 VStrR doch genüge getan. Aus der Strafverfügung vom 27. Juni 2016 geht sodann hervor, dass der Be- schuldigte gestützt auf Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 VStrR als Geschäftsführer der F.____ GmbH für die Handlungen verantwortlich sein soll, welche die F.____ GmbH bzw. ihre Angestellten vorgenommen hätten (vgl. Urk. 7/396 ff.), weshalb der Beschuldigte auch diesbezüglich die Möglichkeit

hatte, seine Verteidigungsrechte wahrzunehmen und der Anklagegrundsatz gewahrt ist. 5.4. Eine Anklageänderung, wie sie die Verteidigung rügt (Urk. 33 S. 3), fand sodann nicht statt und kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass sich der Anfangsverdacht der ESBK für eine strafbare Handlung auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG richtete (vgl. Urk. 4/078 f.). Vielmehr ist festzuhalten, dass der Beschuldigte spätestens ab Zustellung des Schlussprotokolls genau wusste, gegen welchen Vorwurf er sich wehren musste. So bezieht sich bereits das Schlussprotokoll vom

E. 13

Mai 2015 (Urk. 7/363 ff.) – ebenso wie der darauffolgende Strafbescheid vom 24. Juni 2015 (Urk. 7/372 ff.) und die Strafverfügung vom 27. Juni 2016 (Urk. 7/396 ff.) – ausdrücklich auf Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG. Dem Beschuldigten wurde im Schlussprotokoll unter dem Titel "Tatvorwurf" eine Widerhandlung gegen das SBG durch Aufstellen von Glückspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs durch Anbieten des als Glücksspielautomaten qualifizierten Gerätes "Super Competition" zur Last gelegt, wobei Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG als anwendbar erklärt wurde (Urk. 7/363 f.). Dem Beschuldigten war folglich bereits zu diesem Zeitpunkt die rechtliche Würdigung bzw. die Qualifikation des angeklagten Sachverhalts bekannt und es wurde ihm diesbezüglich auch das rechtliche Gehör gewährt (vgl. Urk. 7/367). Von der Möglichkeit, zum Schlussprotokoll Stellung zu nehmen, hat der Beschuldigte daraufhin keinen Gebrauch gemacht. Eine Verletzung des Anklageprinzips liegt nach dem Gesagten nicht vor, weshalb – entgegen dem Vorbringen der Verteidigung – auch keine Rückweisung zu erfolgen hat.

- 19 - 5.5. Wenn die Verteidigung weiter vorbringt, es sei der Verstoß gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG durch die Untersuchung nicht weiter abgeklärt worden, obwohl nach der Einsprache gegen den Strafbescheid vom 27. Juli 2015 eine solche Abklärung unerlässlich gewesen wäre, ist ihr Art. 69 VstrR entgegenzuhalten. Nach dieser Bestimmung hat die Verwaltung den angefochtenen Strafbescheid im Falle einer Einsprache zu überprüfen, wobei sie eine mündliche Verhandlung anordnen und die Untersuchung ergänzen kann. Gemäss Gesetzeswortlaut hat sie damit aber nicht zwingend weitere Beweise zu erheben. II. Sachverhalt 1. Ausgangslage / Sachverhalt

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