

ZH_OBERGERICHT SU200004 vom 4. Januar 2021

ZH Obergericht, 2021-01-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SU200004

FR: ZH_OBERGERICHT SU200004 du 4 janvier 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SU200004 del 4 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

Das Einzelgericht des Bezirkes Affoltern sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 5. September 2019 der Übertretung nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 1'000.– und entschied über die beschlagnahmte Barschaft sowie beschlagnahmte Gegenstände (Urk. 34).

E. 1.1

Der Beschuldigte ficht die Höhe der durch die ESBK ausgefallten und durch die Vorinstanz bereits auf Fr. 5'000.– reduzierten Spruchgebühr an (Urk. 35 S. 9 f.).

E. 1.2

Bezüglich der Grundlagen für die Festsetzung der Kosten im Verwaltungsstrafverfahren kann zunächst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 34 S. 35). So erstreckt sich der Rahmen für Spruchgebühren, wenn ein Einspracheverfahren stattgefunden hat, gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren (VKStr) von Fr. 100.– bis Fr. 10'000.–. Die Spruchgebühr bemisst sich nach der Bedeutung der Strafsache und dem Aufwand, den ihre Erledigung erfordert (Art. 6a VKStr).

E. 1.3

Im Einklang mit der Verteidigung und der Vorinstanz ist grundsätzlich von einem in tatsächlicher Hinsicht eher einfachen Fall auszugehen, da es sich nur um einen Vorfall handelte, nur der Beschuldigte als Täter in Frage kam und dieser den Sachverhalt über weite Strecken eingestanden hat. Zudem liegt im Rahmen des Vorstellbaren ein Fall von Kleinkriminalität vor. Bezüglich des Aufwands der ESBK ist festzuhalten, dass zunächst ein detaillierter Strafbescheid ergangen ist (Urk. 07 069 ff.), danach ein Einspracheverfahren stattgefunden hat, worauf eine umfangreiche Strafverfügung erlassen wurde, in welcher diverse Anträge der Verteidigung zu behandeln waren (Urk. 07 112 ff.). Zudem wurden 7 Zeugen einver-

- 21 - nommen, wobei diesen Einvernahmen ein erheblicher administrativer Aufwand vorausgegangen ist (vgl. Urk. 34 S. 35). Auch wenn diese erst nach der Rückweisung durch die Vorinstanz erfolgten, sind sie entgegen der Auffassung der Verteidigung zur Festsetzung der Höhe der Spruchgebühr der Anklagebehörde durchaus zu berücksichtigen (Urk. 35 S. 9). Wenn die Vorinstanz die Bedeutung und den Aufwand des Falles insgesamt als durchschnittlich beurteilte und eine Spruchgebühr im mittleren Bereich des Gebührenrahmens als angemessen erachtete, ist dies nicht zu beanstanden.

E. 1.4

Die vorinstanzlich festgesetzte Spruchgebühr der Anklagebehörde von Fr. 5'000.– (zuzüglich der nicht angefochtenen Schreibgebühr von Fr. 960.– sowie Barauslagen von Fr. 800.– und Kosten für die Zeugeneinvernahmen von Fr. 565.60) ist somit zu bestätigen. 2. Vorinstanzliche Gerichtsgebühr

E. 1.5

Wie noch zu zeigen sein wird, ist das SBG auch in verjährungsrechtlicher Hinsicht das mildere Gesetz (vgl. nachfolgend IV.).

E. 1.6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das SBG das mildere Gesetz ist und somit gestützt auf Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 2 Abs. 2 StGB insgesamt zur Anwendung gelangt. 2. In prozessualer Hinsicht ist gemäss Art. 57 Abs. 1 SBG (im Übrigen auch gemäss Art. 134 Abs. 1 BGS) das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (Verwaltungsstrafrechtsgesetz; nachfolgend VStrR) anwendbar (vgl. auch Art. 1 VStrR). Nach Art. 80 Abs. 1 VStrR können gegen Entscheide der kantonalen Gerichte die Rechtsmittel der StPO ergriffen werden. Darüber hinaus regelt Art. 82 VStrR, dass für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten die entsprechenden Vorschriften der StPO gelten, soweit die Artikel 73-81 VStrR nichts anderes bestimmen. IV. Verjährung 1. Wie bereits vor Vorinstanz stellt sich die Verteidigung auf den Standpunkt, dass bei der zu beurteilenden angeklagten Übertretung des Spielbankengesetzes die Verfolgungsverjährung am 2. April 2019 eingetreten sei, d.h. fünf Jahre nach der eingeklagten Tat (Urk. 17 S. 2; Urk. 25; Urk. 35 S. 2 ff.; Urk. 44). Die Vorinstanz war auch von einer fünfjährigen Verjährungsfrist ausgegangen, hatte indes den Eintritt der Verjährung verneint, da vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen sei (Urk. 34 S. 7 mit Verweis auf Art. 97 Abs. 3 StGB i.V.m. Art. 3 VStrR). 2. Gemäss Art. 2 VStrR gelten die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (StGB) auch für strafbare Handlungen der Verwaltungsgesetzgebung, soweit das VStrR oder das einzelne Verwaltungsgesetz nichts anderes bestimmt. Art. 57 Abs. 2 SBG enthält für Übertretungen eine eigene Verjährungsbestim-

- 11 - mung, wonach diese nach fünf Jahren verjähren. Die Verjährungsfrist nach Art. 11 Abs. 1 VStrR kommt damit nicht zur Anwendung.

E. 2

Das Urteil wurde im Anschluss an die vorinstanzliche Hauptverhandlung vom 5. September 2019 mündlich eröffnet (Prot. I S. 10). Mit Eingabe vom 12. September 2019 (Datum Eingang bei der Vorinstanz) liess der Beschuldigte fristgerecht bei der Vorinstanz Berufung anmelden (Urk. 25). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 31. Januar 2020 (Urk. 33) reichte sein Verteidiger innert Frist die Berufungserklärung vom 10. Februar 2020 ein, mit welcher er im Hauptstandpunkt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sowie Einstellung des Strafverfahrens beantragte (Urk. 35). Die Eidgenössische Spielbankenkommission (nachfolgend: ESBK) erhob am 5. März 2020 Anschlussberufung. Sie bean-

- 6 - tragt darin, den Beschuldigten der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Geldspiele gemäss Artikel 130 Abs. 1 lit. a BGS schuldig zu sprechen und zu einer angemessenen Geldstrafe sowie einer Busse zu verurteilen, eventualiter Bestätigung des Schuldspruchs der Vorinstanz sowie eine höhere Busse. Weiter seien die beim

Beschuldigten beschlagnahmten Gelder in der Höhe von Fr. 8'430.– einzuziehen und die Spruchgebühr für das Verfahren vor der ESBK auf Fr. 7'000.– festzusetzen (Urk. 41). Der Beschuldigte liess am 28. Februar 2020 das Datenerfassungsblatt sowie Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einreichen (Urk. 40/1-4).

E. 2.1

Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens und deren Verlegung bestimmen sich nach den Artikeln 417-428 StPO (Art. 97 Abs. 1 VstrR). Gemäss Art. 424 Abs. 1 StPO regeln der Bund und die Kantone die Berechnung der Verfahrenskosten und legen die Gebühren fest. Die Vorinstanz hat ihre Gerichtsgebühr in Anwendung von § 199 Abs. 1 GOG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.– festgesetzt.

E. 2.2

Der Gebührenrahmen für strafrechtliche Verfahren vor Einzelgerichten beträgt gemäss § 14 Abs. 1 GebV OG Fr. 150.– bis Fr. 12'000.–. Bemessungsgrundlage im Strafprozess ist die Bedeutung des Falls, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG). Zwar gestaltete sich der vorliegende Fall in tatsächlicher Hinsicht relativ einfach, indessen war der Fall im Rahmen der einzelrichterlichen Kompetenz von mittlerem Umfang und waren im rechtlichen Bereich einige Abklärungen zu treffen. Die Vorinstanz führte eine Hauptverhandlung durch (Prot. I S. 6 ff.). Die Festsetzung der Gerichtsgebühr im unteren Viertel auf Fr. 2'500.– lag im Ermessen der Vorinstanz und erscheint angemessen, weshalb sie zu bestätigen ist.

- 22 -

E. 2.3

Somit ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 7 und 8) ausgangsgemäss zu bestätigen. 3. Kosten des Rechtsmittelverfahrens

E. 3

Die Verteidigung ist der Auffassung, dass die fünfjährige Verjährungsfrist gelte. Die Umwandlung einer altrechtlichen Übertretung in ein neurechtliches Vergehen – wie dies die ESBK mache – sei unzulässig. Eine Übertretung bleibe eine Übertretung, weshalb die Verjährungsfrist von 5 Jahren gemäss Art. 137 BGS massgebend sei. Die ESBK schliesse eine Übertretung nach Art. 131 BGS aus, da kein Kleinspiel i.S. v. Art. 32 ff. BGS vorliege (Urk. 52 S. 3). Diesbezüglich ist zunächst auf die bereits gemachten Erwägungen zur *lex mitior* zu verweisen, wonach die altrechtliche Übertretung bezüglich der Strafzumessung milder ist als ein neurechtliches Vergehen. Zudem kann es nicht angehen, das alte und das neue Recht bezüglich der Verjährungsregelung zu mischen. So sind entweder insgesamt die alten oder neuen Regeln zu beachten (vgl. oben III. 1.1). Für die altrechtliche Übertretung kann somit nicht die neurechtliche Regelung der

- 13 - Verjährung gelten. Neurechtlich steht für das angeklagte Verhalten des Beschuldigten der Vergehenstatbestand im Vordergrund. So können Kleinspiele im Sinne von Art. 131 BGS nur von juristischen Personen als Veranstalterin durchgeführt werden, wie dies die ESBK ausführt (Urk. 49 S. 7). Dies war auch bereits in der Botschaft so vorgesehen (Botschaft, a.a.O., S. 8450). Für eine teleologische Ausweitung auf natürliche Personen, wie dies die Verteidigung vorschlägt, bleibt kein Raum (Urk. 52 S. 3). Somit ist neurechtlich von der zehnjährigen Verjährungsfrist für Vergehen gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB auszugehen.

E. 3.1

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 97 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 428 Abs. 1 StPO). Bei einem Unterliegen der ESBK darf der kantonale Richter dem Bund keine Kosten auferlegen. Der Kanton hätte die Verfahrenskosten vielmehr in Anwendung von Art. 98 Abs. 1 VStrR auf administrativem Weg vom Bund zurückzufordern. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 98 Abs. 1 VStrR sind Gebühren (inklusive Gerichtsgebühren) aber von der Rückforderung ausgenommen (BGE 105 IV 152, vgl. auch Eicker/Frank/Achermann, a.a.O., S. 287 f.).

E. 3.2

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Die ESBK unterliegt nur teilweise, da ein Schuldspruch erfolgt, und nur ihrer rechtlichen Würdigung nicht gefolgt wird, welche ohnehin ureigene Aufgabe des Gerichts ist. Sie obsiegt mit ihrer Anschlussberufung bezüglich der Einziehung der Gelder. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen. Es wird beschlossen:

E. 3.3

Wie oben (VIII. 3.1) erwähnt, steht fest, dass das Geld kein Lohn für den Beschuldigten dargestellt hat, den Beschuldigten somit in keiner Weise belohnt oder motiviert hat, die strafbare Handlung vorzunehmen, weshalb mit der Vorinstanz die Qualifizierung des Geldes als Tatlohn zu verneinen ist.

- 19 -

E. 3.4

Sodann ist zu prüfen, ob die beschlagnahmten Gelder durch eine strafbare Handlung erlangt wurden, sogenannten Tatgewinn darstellen. Hier erwog die Vorinstanz, dass der Beschuldigte das Spielgeld nur vorübergehend auf sich getragen habe, das Geld sei dem Beschuldigten somit nicht zugegangen (Urk. 34 S. 32 f.). So war dieses dazu bestimmt, unter den Gewinnern aufgeteilt zu werden. Da lediglich die Organisation, nicht aber die Teilnahme an einem öffentlichen Pokerturnier strafbar sei, könne die Einziehung auch nicht gestützt auf eine allfällige Strafbarkeit der Teilnehmer begründet werden, weshalb der Grund für die Beschlagnahme dahinfalle. Die ESBK argumentiert hier, dass die beschlagnahmten Gelder derart eng mit der Begehung der Straftat verknüpft seien, dass eine öffentliche Ausschreibung auszuschliessen sei (Urk. 49 S. 13 f.).

E. 3.5

Das Bundesgericht erwog in einem Entscheid vom 20. Februar 2001 zu Spielgeldern, dass darunter diejenigen Gelder zu verstehen sind, mit denen und um welche gespielt wird. Im Entscheid, in welchem Gelder zu beurteilen waren, welche bei Beginn des Spielbetriebs eines Geldspielautomaten als Grundstock in demselben deponiert worden waren kam es – entsprechend dem vorliegenden Fall – zum Schluss, dass diese weder Tatgewinn noch Tatlohn darstellen (Urteil des Bundesgerichtes 6S.462/2000 vom 20. Februar 2001, Erw. 3. d) aa) und bb)). Indessen verwies es auf die Rechtsprechung zu Art. 58 ff. aStGB in der Fassung gemäss Bundesgesetz vom 22. März 1974, gemäss welchem die Einziehung von Vermögenswerten, an oder mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde, soweit die Einziehung zur Beseitigung eines unrechtmässigen Vorteils oder Zustandes als geboten erschien. Das neue Einziehungsrecht von 1994 und auch das heute in Kraft stehende sieht

die Einziehung von solchen Vermögenswerten nicht mehr ausdrücklich vor. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anwendungsbereich des alten Einziehungsrechts durch das neue Recht eingeschränkt werden sollte. Vielmehr sollte das Einziehungsrecht besser strukturiert und deutlicher zwischen der Sicherungseinziehung einerseits und der Ausgleichseinziehung andererseits unterschieden werden. So erachtete es das Bundesgericht ohne Weiteres als zulässig, Spiegelgelder einzuziehen, nämlich als Vermögenswerte, mit welchen eine strafbare Handlung begangen worden ist (a.a.O. Erw. 3. d) cc); vgl. auch OFK/StGB-

- 20 - Heimgartner, 20. Auflage, Zürich 2018, StGB 70 N 10). Diese Rechtsprechung beansprucht auch für den vorliegenden Sachverhalt Geltung. So war die beschlagnahmte Barschaft dazu bestimmt, unter den Gewinnern verteilt zu werden, war demnach Teil des Pokerturniers und wurde damit eine strafbare Handlung begangen.

E. 3.6

Somit ist auch die restliche Barschaft von Fr. 8'430.– einzuziehen und zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden. IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Untersuchungskosten ESKB

E. 4

Es besteht kein Anlass, von der Busse Umgang zu nehmen, wie die Verteidigung dies beantragt. Sie begründet dies damit, dass die Schuld des Beschuldigten äusserst gering sei und die Verfahrenskosten die eigentliche Hauptstrafe darstellen würden (Urk. 35 S. 9). Dem geringen Verschulden wird bereits mit der Bussenhöhe Rechnung getragen und Verfahrenskosten werden in jedem Strafverfahren generiert und vermögen keinen Umgang der Strafe zu begründen.

E. 5

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 Fr. 30.– Busse und eine Obergrenze von maximal drei Monaten (Art. 10 Abs. 3 VStrR). Diese Ordnung gilt, wie das Bundesgericht mit einlässlicher Begründung 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). Gestützt auf Art. 91 VStrR ist eine Ersatzfreiheitsstrafe allerdings nicht schon mit heutigem Urteil, sondern erst in einem allfälligen Nachverfahren, d.h. nach Rechtskraft des Bussenentscheides und nach dem Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse, festzusetzen, wobei zur Umwandlung der Richter, der die Widerhandlung beurteilt hat oder zur Beurteilung zuständig gewesen wäre, zuständig ist. VIII. Beschlagnahmte Güter und Einziehung 1. Die Vorinstanz hat die Sicherungseinziehung der ESKB von beim beschlagnahmten Gegenständen (Chips, Tischkarten, etc.; U5512) bestätigt. Dagegen wurde von keiner Partei konkret opponiert. Mit Verweis auf die Begründung der Vorinstanz und der ESKB sind diese Spielutensilien in Anwendung

- 18 - von Art. 69 StGB i.V.m. Art. 2 VStrR somit definitiv einzuziehen und der Lagerbehörde zur Vernichtung zu überlassen (Urk. 07 139; Urk. 34 S. 28 f.). 2. Von der am 2. April 2014 beim Beschuldigten beschlagnahmten Barschaft von Fr. 9'430.– hat die Vorinstanz Fr. 1'000.– eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet. Auch hiergegen wurden keine Einwände vorgebracht, weshalb auch die Verwendung zur Deckung der Verfahrenskosten unter Verweis auf die Begründung der Vorinstanz zu bestätigen ist (Urk. 34 S. 29 f.). 3. Die übrige Barschaft in der Höhe von Fr. 8'430.– hat die Vorinstanz aus der Beschlagnahme entlassen und zur Anmeldung der Ansprüche durch die Berechtigten öffentlich ausgeschrieben. Die ESBK beantragt in ihrer Anschlussberufung, die Fr. 8'430.– einzuziehen (Urk. 41 S. 2).

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