

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU160026-O/U/hb

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Affolter und Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 12. Juni 2017

in Sachen

A._____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK**,
Untersuchungsbehörde, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin
2. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**,
Untersuchungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend **Übertretung des Spielbankengesetzes**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 21. März 2016 (GA150014)

Strafverfügung:

Die Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK vom 24. Juni 2015 (Urk. 3/07 025 ff.) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Gebüsste ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. c SBG.
2. Der Gebüsste wird mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft.
3. Wird die Busse nicht bezahlt, tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
4. Die mit Verfügung der ESBK vom 16. Februar 2009 beschlagnahmten 230 Konsumationsgutscheine werden eingezogen und der Bundeskasse zur Vernichtung überlassen.
5. Die mit Verfügung der ESBK vom 16. Februar 2009 und 30. April 2010 beschlagnahmten Fr. 396.– werden zuhanden der Bundeskasse eingezogen.
6. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten gemäss Ziffer 5 sowie die Kosten gemäss Strafverfügung der ESBK (Nr. 62-2009-008/03) vom 24. Juni 2015 in Höhe von Fr. 3'620.– werden dem Gebüssten auferlegt.

Über die Kosten gemäss Ziffer 5 stellt die Gerichtskasse Rechnung, während über die dem Gebüssten von der ESBK auferlegten Kosten die ESBK Rechnung stellt.

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Beschuldigten:

(Urk. 31 S. 2)

1. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 21. März 2016 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Der Berufungskläger sei von den Vorwürfen der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz freizusprechen;
3. Die Anschlussberufung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK sei abzuweisen;
4. Die Kosten (einschliesslich der Vorgangskosten) seien auf die Staatskasse zu nehmen;
5. Dem vorliegenden Rechtsmittel sei gegebenenfalls aufschiebende Wirkung zu verleihen;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) des Vertreters der Eidgenössischen Spielbankenkommission:

(Urk. 23 S. 2 und Urk. 28 S. 2)

1. A._____ sei mit einer Busse von CHF 2'000.00 zu bestrafen.
2. Im Falle der Nichtbezahlung der Busse von CHF 2'000.00 sei die Ersatzfreiheitsstrafe auf 66 Tage festzusetzen.
3. Eventualiter sei im Falle der Nichtbezahlung der Busse von CHF 500.00 die Ersatzfreiheitsstrafe auf 16 Tage festzusetzen.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich A._____ aufzuerlegen.

c) des Vertreters der Oberstaatsanwaltschaft:

(Urk. 22, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Anwendbares Recht

1. Gemäss Art. 57 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken [Spielbankengesetz; nachfolgend: SBG] ist das Verwaltungsstrafrechtsgesetz vom 22. März 1974 [nachfolgend: VStrR] anwendbar (vgl. auch Art. 1 VStrR), welches sowohl materielle (Verwaltungsstrafrecht; Art. 2 ff. VStrR) als auch prozessuale Bestimmungen (Verwaltungsstrafverfahren; Art. 19 ff. VStrR) beinhaltet.

2. Gegen Entscheide der kantonalen Gerichte können die Rechtsmittel der StPO ergriffen werden (Art. 80 Abs. 1 VStrR). 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.

3. Die neue eidgenössische Strafprozessordnung trat am 1. Januar 2011 in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren - soweit das VStrR auf die StPO verweist - neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO).

II. Prozessgeschichte

1. Im Rahmen einer koordinierten Aktion der Stadtpolizei Zürich wurde am 22. Dezember 2008 in der Gastwirtschaft B._____ an der ...strasse ... in Zürich ein Glücksspielautomat "C._____" sichergestellt, worauf gegen den Beschuldigten als Patentinhaber des besagten Lokals wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz eine Strafuntersuchung angehoben wurde (vgl. Urk. 3/01 001 ff. und Urk. 3/01 006).

2. Die Eidgenössischen Spielbankenkommission (nachfolgend: ESBK) qualifizierte den Spielautomaten "C._____" mit Entscheid vom 26. August 2010 als Glücksspielautomaten. Nachdem gegen diesen Entscheid zwei Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht erhoben wurden, hat der Untersuchungsbeamte der ESBK mit Verfügung vom 2. Februar 2011 das gegen den Beschuldigten geführte Verwaltungsstrafverfahren bis zum Endentscheid im Verwaltungsverfahren betreffend die Qualifikation des Geldspielautomaten sistiert (Urk. 3/07 001). Mit Schlussprotokoll vom 8. Februar 2013 hob der Untersuchungsbeamte der ESBK die Sistierung wieder auf (Urk. 3/07 005 ff.), da die Beschwerden sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch von der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts abgewiesen wurden, soweit darauf eingetreten wurde (Urteil des Bundesgerichts 2C_744/2011 vom 10. April 2012).

3. Mit unbegründetem Strafbescheid vom 28. März 2013 befand die ESBK den Beschuldigten der Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG für schuldig, begangen durch das Aufstellen eines Glücksspielautomaten des Typs "C._____" ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs, festgestellt am 22. Dezember 2008. Der Beschuldigte wurde mit Fr. 2'000.– Busse bestraft. Darüber hinaus wurde der am 16. Februar 2009 respektive am 30. April 2010 beim Beschuldigten beschlagnahmte Kasseninhalt des Glücksspielautomaten "C._____" im Betrag von Fr. 396.– sowie 230 Konsumationsgutscheine eingezogen (Urk. 3/07 011 f.). Gleichentags verfügte die ESBK mit Einziehungsbescheid Nr. 62-2009-008/02/Smi die Einziehung und Vernichtung des beschlagnahmten Glücksspielautomaten (Urk. 3/07 015 f.).

4. Gegen den Strafbescheid vom 28. März 2013 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 2. Mai 2013 rechtzeitig Einsprache erheben (Urk. 3/07 017 f.). Die gleichentags ergangene Verfügung betreffend die Einziehung des Spielautomaten blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen (vgl. Stempel auf Urk. 3/07 015).

5. In der Folge wartete die ESBK einen Entscheid in einem zum damaligen Zeitpunkt rechtshängigen Beschwerdeverfahren am Obergericht des Kantons Bern in einem anderen Verwaltungsverfahren ab, welches ebenfalls ein Gerät des Typs "C._____" sowie dieselben Rügegründe betroffen habe (vgl. Urk. 3/07 027, Buchstabe ...). Hernach wurde der Beschuldigte mit Strafverfügung Nr. 62-2009-008/03/Lod vom 24. Juni 2015 in Bestätigung des Strafbescheides vom 28. März 2013 wegen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz, festgestellt am 22. Dezember 2008, mit einer unveränderten Busse von Fr. 2'000.– bestraft, unter Auflage der Verfahrenskosten. Zudem hielt die ESBK an der Einziehung des Kaseninhaltes des Glücksspielautomaten und der Konsumationsgutscheine fest (Urk. 3/07 025 ff.).

6. Gegen diese Strafverfügung stellte der Beschuldigte mit Eingabe vom 13. Juli 2015 fristgerecht das Begehren um gerichtliche Beurteilung (Urk. 3/07 036 ff.; vgl. auch Urk. 3/07 039). Mit Schreiben vom 17. August 2015 (Urk. 2) überwies die ESBK die Strafverfügung inklusive Untersuchungsakten an die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zuhanden des zuständigen Strafgerichtes. Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 21. März 2016 der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 500.–, unter Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen. Des Weiteren zog sie die mit Verfügungen der ESBK vom 16. Februar 2009 und 30. April 2010 beschlagnahmten Fr. 396.– sowie die 230 Konsumationsgutscheine zuhanden der Bundeskasse ein (Urk. 17 S. 21).

7. Mit Eingabe vom 14. April 2016 meldete der Beschuldigte innert Frist Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, an (Urk. 15; vgl. Urk. 14/3) und reichte am 22. April 2016 fristgerecht seine Beru-

fungserklärung ein (Urk. 18). Die ESBK erhob mit Eingabe vom 20. Mai 2016 Anschlussberufung (Urk. 23), wohingegen die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich auf Anschlussberufung verzichtete (Urk. 22).

Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 3. Juni 2016 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten sowie der ESBK Frist angesetzt, um die Berufungs- bzw. Anschlussberufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 26). Die begründeten Anträge erfolgten fristgerecht mit Eingabe der ESBK vom 29. Juni 2016 (Urk. 28; vgl. Urk. 27/3) und innert mehrmals erstreckter Frist mit Eingabe des Beschuldigten vom 5. August 2016 (Urk. 31; vgl. Urk. 27/2, Urk. 29 und Urk. 30). Mit Präsidialverfügung vom 12. August 2016 wurde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich sowie der ESBK Frist zur Berufungsantwort, dem Beschuldigten Frist zur Anschlussberufungsantwort sowie der Vorinstanz Frist zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 33). Während sich der Beschuldigte und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich innert Frist (vgl. Urk. 34/3-4) nicht vernehmen liessen und die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (Urk. 35), reichte die ESBK mit Eingabe vom 2. September 2016 innert Frist eine Berufungsantwort ein (Urk. 36; vgl. Urk. 34/2). Diese wurde dem Beschuldigten zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (Urk. 37). Der Beschuldigte nahm innert mehrmals erstreckter Frist mit Eingabe vom 14. November 2016 Stellung, wobei er seine Eingabe als "Anschlussberufungsantwort" bezeichnete (Urk. 45; vgl. Urk. 39, Urk. 41 und Urk. 43). Obwohl infolge Säumnis androhungsgemäss davon auszugehen gewesen wäre, dass der Beschuldigte auf eine Anschlussberufungsantwort verzichtet hat (Urk. 34/4 und Urk. 33), wurde die Eingabe des Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 18. November 2016 der ESBK und der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (Urk. 46). Dieses Vorgehen drängte sich auf, weil die Eingabe des Beschuldigten vom 14. November 2016 inhaltlich als Stellungnahme zur Berufungsantwort der ESBK zu verstehen ist, die innert der für die Stellungnahme zur Berufungsantwort angesetzten Frist erfolgte, und da die unrichtige Bezeichnung eines Rechtsmittels seine Gültigkeit nicht beeinträchtigt (Art. 385 Abs. 3 StPO). Nachdem sich die ESBK mit Eingabe vom 29. November 2016 innert Frist zur Eingabe des Beschuldigten vernehmen liess (Urk. 48; vgl.

Urk. 47/3), wurde die Vernehmlassung der ESBK mit Präsidentialverfügung vom 9. Dezember 2016 dem Beschuldigten zugestellt (Urk. 49). Das Verfahren erweist sich somit als spruchreif.

III. Verjährung

1. Wie bereits vor Vorinstanz stellt sich die Verteidigung auf den Standpunkt, dass die vorliegend zu beurteilende Übertretung des Spielbankengesetzes verjährt sei (Urk. 8 S. 6 f. und Urk. 31 S. 7 f.). Wenn man (der Vorinstanz folgend) Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB im Lichte von Art. 57 SBG anwende, betrage die Verfolgungsverjährung 10 Jahre. Das sei aber wesentlich mehr, als die entsprechende Verjährungsfrist für Vergehen, was eine offensichtliche Gesetzeslücke darstelle. Das Faktum der fünfjährigen Verjährung laut SBG sei wohl schlicht übersehen worden. Wenn das Bundesgericht in einem Entscheid 6B_770/2010 vom 28. Februar 2011 die Verjährung für Übertretungen mit der Verjährung für Vergehen koordiniere, sei Art. 333 Abs. 1 StGB verletzt, welche Vorschrift auf die allgemeinen Bestimmungen des StGB referiere. Das StGB mache klar einen Unterschied zwischen Übertretungen und Vergehen, welchem bei der Verjährung Rechnung zu tragen sei. Gleichstellung allein genüge daher nicht, es sei eine Reduktion der Verfolgungsverjährungsfrist erforderlich. Es biete sich ein Vorgehen gemäss Art. 12 Abs. 1 VStrR [recte wohl: Art. 11 Abs. 1 VStrR] an (Verjährungsfrist für Übertretungen 2 Jahre) oder ein solches gemäss Art. 109 StGB, welche Vorschrift in der Revision 2002 um das dreifache erhöht worden sei. Aufgrund dieser beiden Beispiele betrage die Verfolgungsverjährungsfrist maximal 6 Jahre, und sei vorliegendenfalls abgelaufen (Urk. 31 S. 7 f.).

2.1 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. Vorliegend enthält Art. 57 Abs. 2 SBG für Übertretungen eine eigene Verjährungsbestimmung, wonach Übertretungen nach fünf Jahren verjähren. Die Ver-

jährungsfrist nach Art. 11 Abs. 1 VStrR kommt damit entgegen der Argumentation der Verteidigung nicht zur Anwendung.

2.2 Art. 333 StGB regelt das Verhältnis des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Nebenstrafrecht. Gemäss Abs. 6 lit. b dieser Bestimmung gilt im Nebenstrafrecht, bis dieses an die Neuerungen im StGB angepasst wird, dass die Verfolgungsverjährungsfristen für Übertretungen, die über ein Jahr betragen, um die ordentliche Dauer verlängert werden.

Art. 333 Abs. 6 StGB wurde geschaffen, um im Nebenstrafrecht eine nicht sachgerechte Verkürzung der Verjährungsfristen zu verhindern, welche sonst mit dem am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen neuen Verjährungsrecht des Strafgesetzbuches eingetreten wäre, weil im Zuge der Revision das Institut des Ruhens und Unterbrechens ersatzlos aufgehoben wurde (vgl. Art. 333 Abs. 6 lit. c StGB; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar StGB, 19. A., Zürich 2013, Art. 333 N 26). Bei den Verjährungsfristen im Nebenstrafrecht, welche nach Inkrafttreten der geänderten Verjährungsvorschriften des Strafgesetzbuches am 1. Oktober 2002 nicht angepasst wurden, handelt es sich um relative Fristen, welche in Bezug auf den Beginn, das Ruhen und die Unterbrechung notwendig der Ergänzung durch die bis zum 1. Oktober 2002 geltenden Bestimmungen des StGB bedurft hätten (vgl. hierzu BGE 104 IV 266). Da die Verlängerung dieser relativen Fristen infolge Ruhens bzw. Unterbrechung nach der Revision des Verjährungsrechts des StGB nicht mehr möglich war, wurden die Fristen der Nebenstrafgesetzgebung mit Einführung von Art. 333 Abs. 6 StGB verlängert.

Art. 57 Abs. 2 SBG hat seit Oktober 2002 keine Änderung erfahren (SR 935.52). Damit ist die ursprünglich als relative Verjährungsfrist ausgestaltete Frist von 5 Jahren in Anwendung von Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB auf 10 Jahre zu verlängern.

2.3 Führt die Regelung von Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB dazu, dass für Übertretungen im Nebenstrafrecht eine längere Verjährungsfrist als für Vergehen desselben Gesetzes gelten würde, ist die Verjährungsfrist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf das für das Vergehen geltende Mass zu reduzieren

(BGE 134 IV 328, E. 2.1, Urteil des Bundesgerichts 6B_115/2008 vom 4. September 2008, E. 2.7; 6B_770/2010 vom 28.02.2011, E. 5.2 und 6B_395/2013 vom 13. Juni 2013 E. 2.2).

Vorliegend enthalten weder das SBG noch das VStrR eine Vorschrift zu den Verjährungsfristen bei Vergehen. Damit ist die Verjährungsfrist für Vergehen gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 55 SBG nach den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zu ermitteln (Art. 57 Abs. 1 SBG in Verbindung mit Art. 2 VStrR). Gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB beträgt diese 7 Jahre, weshalb die Verjährungsfrist für die Übertretung des Spielbankengesetzes in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 17 S. 6) auf 7 Jahre zu reduzieren ist. Aufgrund der klaren und konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bleibt kein Raum für die Argumentation der Verteidigung, dass in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 VStrR oder Art. 109 StGB eine Reduktion der Verfolgungsverjährungsfrist auf vier bzw. sechs Jahre vorzunehmen sei. Dies gilt umso mehr, als sich dem Entscheid des Bundesgerichts 6B_115/2008 bzw. der dort zitierten Botschaft des Bundesrates zu Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB entnehmen lässt, dass der Gesetzgeber durchaus bedacht hat, dass verschiedene Spezialgesetze (insb. auch das SBG) für Übertretungen (altrechtlich) ordentliche Verjährungsfristen von fünf Jahren vorsehen und diese Fristen neurechtlich gemäss Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB auf zehn Jahre verdoppelt würden (Botschaft des Bundesrates zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches etc., BBl 1999 1979 ff., 2157).

2.4 Gemäss Art. 333 Abs. 6 lit. d StGB (und im Übrigen auch gemäss Art. 97 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 2 VStrR) tritt die Verfolgungsverjährung nicht mehr ein, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist.

Eine Strafverfügung gemäss Art. 70 VStrR wird einem Urteil gleichgesetzt (BGE 133 IV 112). Das Bundesgericht begründet dies damit, dass der angeschuldigten Person im Verwaltungsstrafverfahren weitgehende Mitwirkungsrechte eingeräumt würden. Ihr werde insbesondere das rechtliche Gehör gewährt, sie könne an Beweisaufnahmen teilnehmen (Art. 35 VStrR) und habe ein Akteneinsichts-

recht (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 (a.a.O., E.9.4.4).

Im vorliegenden Fall wurde gegen den Beschuldigten am 28. März 2013 zunächst ein Strafbescheid im Sinne von Art. 64 VStrR erlassen (Urk. 3/07 011 f.). Der Beschuldigte erhob dagegen am 2. Mai 2013 Einsprache (Urk. 3/07 017 f.). Die ESBK erliess darauf am 24. Juni 2015 eine Strafverfügung im Sinne von Art. 70 VStrR (Urk. 3/07 025 ff.). Die Strafverfügung kam damit im vom Gesetz dafür vorgesehenen, kontradiktorisch ausgebildeten Verfahren zustande. Daran ändert nichts, dass die ESBK vorgängig keine ergänzenden Untersuchungshandlungen vorgenommen hat, was von der Verteidigung gerügt wird (Urk. 31 S. 5). Die Einsprache des Beschuldigten richtete sich gegen die rechtliche Würdigung. Insbesondere machte die Verteidigung sinngemäss unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung geltend, dass sich der Beschuldigte nur strafbar gemacht haben könne, nachdem der Automat durch die ESBK als Glücksspielautomat qualifiziert worden sei (Urk. 3/07 018). Dass die ESBK ihren Entscheid bei dieser Ausgangslage gestützt auf die bereits erhobenen Beweise - u.a. die Aussage des Beschuldigen, Geschäftsführer des Restaurants B._____ zu sein (Urk. 3/04 001), den Polizeirapport (Urk. 3/01 001 ff.) sowie die durch Ingenieure der ESBK vorgenommene technische Analyse des beschlagnahmten Gerätes (Urk. 3/05 004) - fällte, kann nicht beanstandet werden (vgl. den als Kann-Vorschrift ausgestalteten Art. 69 Abs. 1, 2. Satz VStrR).

Ins Leere zielt auch die Argumentation der Verteidigung, die ESBK sei befangen, weshalb ihr die Kompetenz zum Erlass eines Entscheides mit Einfluss auf die Verjährungsbestimmungen abgesprochen werden müsse. Die Verteidigung

leitet die Befangenheit der ESBK daraus ab, dass es zuerst zu einem überfallartigen Beschlagnahmeverfahren gekommen sei und es dann eine Untersuchung und schliesslich ein Urteil durch dieselbe Behörde gegeben habe. Damit sei der Rechtsstaat praktisch ausser Kraft gesetzt. Die Behörde sei mehr als befangen, es liege Amtsanmassung vor (Urk. 31 S. 4).

Gemäss Art. 57 Abs. 1 SBG ist das VStrR anwendbar. Diesem lässt sich entnehmen, dass im Verwaltungsstrafverfahren sowohl die Untersuchung als auch die erste Beurteilung von Bussensachen durch die Verwaltung erfolgt. Nur wenn das übergeordnete Departement die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung für gegeben hält, ist das Gericht zuständig. 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 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.

Die von der Polizei kontrollierten Personen mögen sich gemäss den Aussagen der Verteidigung daran gestört haben, dass "die gleichen Personen" den Fall untersucht und entschieden haben. Dies ist aber vom Gesetzgeber so gewollt. Ziel des VStrR war es, ein einfaches, kostensparendes und meist rasches Verfahren zu schaffen, das sich für die Verfolgung einer Massen-Bagatelldelinquenz bewährt, wie sie auf einigen Gebieten des Verwaltungsstrafrechts vorkommt (Hauri, Verwaltungsstrafrecht, Motive - Doktrin - Rechtsprechung, 1998, Vorbemerkungen zu Art. 19 bis 31).

Vorliegend wurde die Untersuchung gesetzeskonform vom Sekretariat geführt, und der Entscheid von der Kommission erlassen (Art. 57 Abs. 1, Satz 2 SBG). Auch gegen die Hilfestellung durch die "normale" Polizei ist - entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 31 S. 4) - nichts einzuwenden. Vielmehr sieht Art. 20 Abs. 2 VStrR vor, dass die Polizei der Kantone und Gemeinden die Verwaltung in ihrer Untersuchung unterstützt (vgl. Art. 20 Abs. 2 VStrR). Schliesslich wurden nebst den organisatorischen Aspekten von der Verteidigung keine

Umstände im Sinne von Art. 29 VStrR angeführt, welche vorliegend geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit der ESBK zu wecken.

Die Strafverfügung vom 24. Juni 2015 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.

2.5 Die Verjährungsfrist von sieben Jahren hörte demnach mit der Ausfällung der Strafverfügung der ESBK vom 24. Juni 2015 zu laufen auf. Die dem Beschuldigten vorgeworfene Übertretung des Spielbankengesetzes betrifft den Zeitraum vom 18. bis zum 22. Dezember 2008 und war in jenem Zeitpunkt noch nicht verjährt.

IV. Umfang der Berufung und Kognition

1. Gemäss Art. 80 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit 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. BSK StPO-Eugster, 2. A., Art. 402 N 1 f.). Der Beschuldigte beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und er sei von den Vorwürfen der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz freizusprechen. Damit erwächst keine Dispositivziffer in Rechtskraft (Art. 80 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 404 Abs. 1 StPO).

2. 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 in Verbindung mit Art. 398 Abs. 4 StPO).

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. 31 S. 5).

Es bleibt somit dabei, dass im Berufungsverfahren keine neuen Beweise abgenommen werden. Die Verteidigung hat vor Vorinstanz keine Beweisanträge gestellt (Urk. 8 und Prot. I S. 5, in welchem auf Prot. I S. 6 ff. im Verfahren GA150013 verwiesen wird). Damit ist der erst im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Beweisantrag, es sei D._____ als Zeuge zu befragen (Urk. 18 S. 4 und Urk. 31 S. 2 f. und S. 5), abzuweisen (vgl. BSK StPO-Eugster, 2. A., Art. 398 N 3a).

In seiner Berufungsbegründung liess der Beschuldigte weiter den Aktenbeizug in drei Parallelfällen beantragen, in welchen das Bezirksgericht Zürich die jeweiligen Beschuldigten infolge Rechtsirrtums freigesprochen habe (Urk. 18 S. 3 f. und Urk. 31 S. 2 f. und S. 5 f.). Auch dieser Antrag ist abzulehnen. 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 in Verbindung mit 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 gar untergeordneten Instanz vertreten wurde, weshalb der Beschuldigte aus dem von ihm beantragten Aktenbeizug nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

Die Verteidigung rügt nebst Verfahrensmängeln die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 31). Entsprechend liegt - abgesehen von der inhaltlichen Beschränkung des Berufungsthemas - keine Einschränkung der Überprüfungsbezugnis des Berufungsgerichts vor; sämtliche Rechtsfragen – sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale – sind mit freier Kognition zu prüfen (vgl. Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 398 N 23; BSK StPO - Eugster, 2. A., Art. 398 N 3a m.V.a. Urteil 6B_61/2012 vom 30. November 2012, E. 2.3).

V. Mängel in der Untersuchung bzw. der Anklage

In Bezug auf den Einwand der Verteidigung, die ESBK sei befangen bzw. es liege Amtsanmassung vor (vgl. Urk. 31 S. 4) kann auf die obigen Ausführungen zur Verjährung (Erw. III./2.4) verwiesen werden.

Die Verteidigung macht in prozessualer Hinsicht weiter geltend, die Untersuchung sei nicht ordnungsgemäss geführt worden. Insbesondere habe sich die ESBK bei der Beschlagnahme auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG gestützt, welche Bestimmung laut bundesgerichtlichem Entscheid vom 16. März 2012 (BGE 138 IV 106) als nicht für den fraglichen Zweck anwendbar dargestellt worden sei (Urk. 31 S. 3 f.). Der von der Verteidigung zitierte Bundesgerichtsentscheid äussert sich darüber, dass der Betrieb eines Glücksspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen kann, nachdem der Automat durch Verfügung der zuständigen ESBK als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben (BGE 138 IV 106 Erw. 5.3.2). Zur Frage der gesetzlichen Grundlage für eine Beschlagnahme äussert sich der Entscheid nicht. Vorliegend stellt Art. 46 VStrR eine genügende gesetzliche Grundlage für die Beschlagnahme dar. In dieser Bestimmung wird festgehalten, dass Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können, oder Gegenstände und andere Vermögenswerte, die voraussichtlich der Einziehung unterliegen, beschlagnahmt werden können. Ob sich der Anfangsverdacht für eine strafbare Handlung auf Art. 56 Abs. 1 lit. a oder lit. c SBG richtete, ist dabei irrelevant, ist eine Beschlagnahme doch nur im Falle einer Ordnungswidrigkeit ausgeschlossen und handelt es sich sowohl beim gewerbsmäßigen Betreiben von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken nach lit. a, als auch beim Aufstellen eines Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs nach lit. c um Übertretungen und nicht nur um blosser Ordnungswidrigkeiten.

Schliesslich bringt die Verteidigung vor, die Anklage sei nicht ordnungsgemäss bzw. mangelhaft, da darin nicht auf die Rechtsgrundlage verwiesen werde. Die Formulierung in der Überweisungsschrift "Anbieten eines Glücksspielautoma-

ten" weise jedenfalls eher auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG hin, als auf lit. c. Auf der Basis einer solchen Anklage könne kein Schuldspruch gefällt werden. Die Verschleierung der Rechtsgrundlage habe zur Folge, dass das Verbot der Anklageänderung schwammig werde. So habe die Vorinstanz ausgeführt, die Klageänderung sei an einem "nicht weiter einzugrenzenden Zeitpunkt zwischen dem 25.02.2009 und dem 17.08.2015" erfolgt. Solches sei aber nicht kommuniziert worden und es seien weder ergänzende Untersuchungshandlungen vorgenommen worden, noch sei die ursprünglich falsche Anklage (basierend auf einer unzulänglichen Rechtsgrundlage) zurückgezogen worden. Es liege daher ein Verfahrenshindernis im Sinne von Art. 329 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 325 lit. g [StPO] vor (Urk. 31 S. 4 f.).

Ist eine gerichtliche Beurteilung der Straf- oder Einziehungsverfügung verlangt worden überweist die Verwaltung die Akten der kantonalen Staatsanwaltschaft 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 VStrR).

Vorliegend wird in der Überweisung der ESBK vom 17. August 2015 auf die Strafverfügung vom 24. Juni 2015 verwiesen (Urk. 2 S. 2), in welcher der Beschuldigte in Anwendung von Art. 56 lit. c SBG gebüsst wurde (Urk. 3/07 025 S.1). Weiter wird in der Überweisung festgehalten, 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 durch Anbieten eines Glücksspielautomaten des Typs "C._____" im Restaurant B._____ für schuldig befunden worden sei (Urk. 2 S. 2). Wie bereits von der Vorinstanz zutreffend und ausführlich begründet (Urk. 17 S.7 ff.) ist damit der gesetzlichen Vorgabe von Art. 73 VStrR genüge getan. Zum einen wird klar auf die massgebende Strafverfügung verwiesen, zum anderen wird im geschilderten Sachverhalt wörtlich der in Art. 56 lit. c SBG verwendete Gesetzestext wiedergegeben. Es ist damit nicht ersichtlich, inwiefern die Anklage mangelhaft sein sollte. Eine Anklageänderung, wie die Verteidigung sie rügt, fand nicht statt und kann auch nicht daraus abgeleitet werden,

dass die ESBK in ihrer Beschlagnahmeverfügung betreffend den Spielautomaten und im Beschwerdeverfahren gegen diese Beschlagnahmeverfügung mit dem dringenden Verdacht auf eine Widerhandlung gegen Art. 56 lit. a SBG argumentierte (vgl. Urk. 3/02 002 S. 2 und 3/03 005 S. 3). Vielmehr ist festzuhalten, dass der Beschuldigte - entgegen dem Vorbringen der Verteidigung - genau wusste, gegen welchen Vorwurf er sich wehren musste. So wurde dem Beschuldigten bereits im Schlussprotokoll vom 8. Februar 2013 unter dem Titel "Tatvorwurf" zur Last gelegt, er habe einen Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs aufgestellt, wobei Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG als anwendbar erklärt wurde (Urk. 3/07 005 S. 1). Im Übrigen kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 17 S. 7 ff.).

VI. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

Der Beschuldigte gab anlässlich seiner polizeilichen Befragung an, Geschäftsführer des Restaurants B._____ zu sein und - so glaube er - über einen Vertrag für den Spielautomaten "C._____" zu verfügen. Im Übrigen verweigerte er jegliche Aussage (Urk. 3/04 001 ff., Urk. 3/04 011). Allerdings bestritt der Beschuldigte nie, im eingeklagten Zeitraum im Restaurant B._____ den Glücksspielautomaten "C._____" aufgestellt zu haben, ohne diesen vorab der ESBK zur Prüfung vorgelegt zu haben. Die Rügen der Verteidigung beschlagen denn auch nicht die Sachverhaltserstellung, sondern prozessuale Mängel und Rechtsfragen (vgl. Urk. 18 und Urk. 31). Der eingeklagte Sachverhalt ist damit aufgrund der in der Untersuchung erhobenen Beweise, insbesondere der Aussage des Beschuldigten (Urk. 3/04 001 ff.), des Polizeirapports (Urk. 3/01 001 ff.) sowie der durch Ingenieure der ESBK vorgenommenen technischen Analyse des beschlagnahmten Gerätes (Urk. 3/05 004), erstellt.

In rechtlicher Hinsicht macht die Verteidigung geltend, Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sei nicht anwendbar, da sich die Bestimmung nur auf Spielbanken beziehen könne. Selbst die ESBK vertrete diese Meinung, was sich dem Bundesge-

richtsentscheid 6B_709/2011 E. 2.4.1 entnehmen lasse und auch aus dem Passus in Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG abgeleitet werden könne, wonach sich strafbar mache, wer Glücksspiele "ausserhalb konzessionierter Spielbanken" organisiere oder gewerbsmässig betreibe (Urk. 31 S. 8).

Das Bundesgericht hat in dem von der Verteidigung zitierten Entscheid offen gelassen, ob der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG nur die Verletzung der in der Spielbankenverordnung statuierten Pflichten der Betreiber einer Spielbank erfasst. Allerdings hielt es fest, dass jeder Geldspielautomat unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Art. 62 der Spielbankenverordnung (VSBG) der Vorführungspflicht unterliege und dass die Kommission unter Berücksichtigung der insoweit massgebenden Kriterien darüber zu entscheiden habe, ob der vorgeführte Geldspielautomat als Geschicklichkeits- oder als Glücksspielautomat zu qualifizieren sei. Ein Geldspielautomat müsse gerade auch dann vorgeführt werden, wenn er nicht für den Betrieb in den Spielbanken bestimmt sei (*argumentum e contrario* aus Art. 62 lit. a VSBG), also ausserhalb einer konzessionierten Spielbank, etwa in einer Gaststätte oder in einem Spielsalon, betrieben werden solle. Denn gerade in diesem Fall sei es von entscheidender Bedeutung, ob es sich um einen Geschicklichkeitsspielautomaten handle, der nach Massgabe des kantonalen Rechts in Gaststätten und Spielsalons betrieben werden dürfe, oder ob der Geldspielautomat als Glücksspielautomat zu qualifizieren sei, dessen Betrieb ausserhalb von konzessionierten Spielbanken gemäss Art. 4 Abs. 1 SBG verboten sei (Urteil des Bundesgerichts 6B_709/2001 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2, mit weiteren Hinweisen).

Die Argumentation der Verteidigung zielt auf eine Auslegung von Art. 56 Abs. 1 SBG. Eine Auslegung eines Gesetzesartikels ist aber erst notwendig, wenn der Wortlaut unklar ist oder eine auslegungsbedürftige Lücke aufweist, was vorliegend nicht der Fall ist. Die Bestimmung ist klar: "Mit Haft oder Busse bis zu 500'000 Franken wird bestraft wer:" [...]. Mit dem Wort "wer" wird ein unbestimmter Täterkreis umschrieben, weshalb Art. 56 Abs. 1 SBG nicht nur auf Spielbanken Anwendung findet. Wo eine Einschränkung des Täterkreises gewollt ist, wird sie im Gesetzeswortlaut erwähnt. So kann den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen, wer "ausserhalb konzessionierter Spielbanken" Glücks-

spiele betreibt. Umgekehrt kann sich nach Art. 56 Abs. 1 lit. g und i nur eine Spielbank bzw. ein Spielbankenbetreiber strafbar machen. Eine Auslegung der Bestimmung ist somit gar nicht nötig. Trotzdem ist - in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 17 S. 11) - festzuhalten, dass es unsinnig und stossend wäre, wenn gemäss klarer bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur Spielbanken eine Vorführungspflicht haben, sondern auch diejenigen Personen, welche einen Glücksspielautomaten in einer Gaststätte oder in einem Spielalon betreiben wollen, aber nur Spielbanken für einen Verstoss gegen die Vorführungspflicht sanktioniert werden könnten. Dass die ESBK anlässlich eines Verfahrens vor Bundesgericht selbst gegenteiliger Auffassung war, ändert daran nichts.

Damit kann festgehalten werden, dass die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz zutrifft. Auf die entsprechenden Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 17 S. 10 ff.).

Als Schuldausschlussgrund macht die Verteidigung geltend, der Beschuldigte habe sich zum Tatzeitpunkt in einem Rechtsirrtum befunden. So seien von Seiten der Gerätelieferantin alle denkbaren Bemühungen unternommen worden, um abzuklären ob das Gerät "C._____" einer speziellen Bewilligung bedürfe, was sich den vier, bereits vor Vorinstanz eingereichten Belegen betreffend die Abklärungen von Herrn E.____ und Herrn F.____ bei den Behörden entnehmen lasse. Die Wirte, praktisch allesamt ausländische Rechtsgenossen mit diskutablen Deutschkenntnissen, seien von D.____, einem Beauftragten der Gerätelieferantin, instruiert worden. Letzterer habe den Wirten auftrags der G.____ GmbH versichern können, der Betrieb des Automaten "C._____" sei legal, es sei alles überprüft worden und die Prüfung sei positiv verlaufen. Nun habe sich erwiesen, dass sich Herr E.____, eine der Kontaktpersonen der Gerätelieferantin, in einem Rechtsirrtum befunden habe, was sich auch auf die Aufsteller der Automaten auswirken müsse, wenn letztere aufgrund der Ausführungen von Herrn E.____ zur Gewissheit gekommen seien, das Gerät sei legal. Das Bezirksgericht Zürich habe in vier Parallelfällen entschieden, dass die Wirte bzw. Aufsteller sicher nicht noch zusätzliche Abklärungen hätten tätigen müssen, was bei den prekären Sprachverständ-

nissen und der Situation der Wirte nicht verlangt werden könne (Urk. 18 S. 4, Urk. 31 S. 3 und S. 5 ff.; Urk. 32/1-4).

Ein Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB in Verbindung mit Art. 2 VStrR liegt vor, wenn der Täter nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, das heisst, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt. Vermeidbar ist ein Rechtsirrtum regelmässig, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte Zweifel haben müssen. Falls Anlass zu Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens besteht, hat sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen Behörde zuvor näher zu informieren (Urteil des Bundesgerichts 6B_393/2008 vom 8. November 2008 mit Hinweis auf BGE 129 IV 6 E. 4.1 S. 18).

Gemäss den Ausführungen der Verteidigung liess sich der Beschuldigte durch verschiedene Beauftragte der Gerätefirmen über die Legalität des Spielautomaten aufklären (Urk. 31 S. 5 f.). Daraus kann abgeleitet werden, dass sich der Beschuldigte durchaus bewusst war, dass der Betrieb gewisser Spielautomaten der Bewilligung bedarf. Als Geschäftsführer eines Restaurants hätte er sich deshalb bei der zuständigen Behörde über die Qualifikation des Spielautomaten informieren müssen, was er nicht tat. Die Verteidigung argumentiert denn auch nicht damit, dass der Beschuldigte bei den Behörden Auskünfte eingeholt habe, sondern dass dies die Gerätelieferanten gemacht hätten, welche wiederum den Beschuldigten informiert hätten. Diese Informationen durch die Gerätelieferanten vermögen den Beschuldigten jedoch nicht zu entlasten, handelt es sich hierbei doch nicht um eine verbindliche Rechtsauskunft durch die zuständige staatliche Behörde, sondern um die Auskunft einer Privatperson, welche darüber hinaus ein Interesse daran hat, ihre Geräte zu verkaufen. Der Beschuldigte, der als Wirt schlussendlich finanziell vom Betrieb des Spielautomaten profitiert hätte, hätte vielmehr selber tätig werden müssen. Seine angeblich schlechten Deutschkenntnisse vermögen ihn nicht von dieser Pflicht zu entbinden. Auch die Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes gebietet daran, dass nicht der Beschuldigte, sondern die Gerätelieferanten Adressaten der behördlichen Auskunft waren. Auch diesbezüglich kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz

verwiesen werden (Urk. 17 S. 14 ff.). Damit kann sich der Beschuldigte nicht auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen.

VII. Strafzumessung und Vollzug

Die Vorinstanz hat die von der ESBK festgesetzte Busse von Fr. 2'000.– auf Fr. 500.– reduziert (Urk. 17 S. 19). Mit ihrer Anschlussberufung wehrt sich die ESBK gegen diese Reduktion und beantragt, die von ihr ausgesprochene Busse sei zu bestätigen (Urk. 28 S. 2). 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 der Gesetzgeber offensichtlich versäumte, das Spielbankengesetz entsprechend zu revidieren.

Die Vorinstanz zog in Bezug auf die objektive Tatschwere in Erwägung, dass der Automat lediglich vier Tage in Betrieb war und der Beschuldigte damit nur Fr. 396.– eingenommen habe, weshalb sie im Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen eine Busse von Fr. 500.– als angemessen erachtete (Urk. 17 S. 18 f.). Dagegen wandte die ESBK ein, der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sei erfüllt, sobald der Automat aufgestellt werde, ohne dass eine Mindestdauer des Betriebs vorausgesetzt sei. Zudem sei zu wenig berücksichtigt worden, dass es sich aufgrund der Sozialgefährlichkeit der Automaten und den damit auf illegale Weise erzielten Einnahmen - welche den konzessionierten Spielbanken entgehen bzw. schlussendlich der Schweizer Bevölkerung als verlustige Spielbankenabgaben zu Gunsten des Ausgleichsfonds der AHV vorenthalten würden - nicht um ein Bagatelldelikt handle (Urk. 28 S. 2).

Es stellt sich somit die Frage, ob die Dauer des Betriebs des Automaten vorliegend ein zulässiges Strafzumessungskriterium darstellt. Entscheidend ist hierbei, ob es sich bei Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG um ein Zustands- oder um ein Dauerdelikt handelt. Zustandsdelikte charakterisieren sich dadurch, dass das strafbare Verhalten des Täters mit der Herbeiführung des rechtsgutbeeinträchtigenden Zu-

standes abgeschlossen ist. So macht sich beispielsweise der Dieb durch das Behalten der gestohlenen Sache nicht weiterhin strafbar. Dagegen wird bei Dauerdelikten der objektive Tatbestand auch durch die Aufrechterhaltung der Beeinträchtigung des betroffenen Rechtsgutes erfüllt, so dass sich das tatbestandsmässige Verhalten auf deren ganze Dauer erstreckt (Donatsch/Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 8/2.4). Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sanktioniert *das Aufstellen* eines Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs. Dieser Tatbestand ist als Zustandsdelikt zu qualifizieren, ist doch mit dem Aufstellen eines Automaten ohne vorgängige Prüfung der Schutzzweck der Norm, nämlich den sozial-schädlichen Auswirkungen des Spielbetriebes (Spielsucht) vorzubeugen (vgl. Art. 2 SBG und Botschaft des Bundesrates zum Spielbankengesetz vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 145, 156 ff.), per se verletzt. Dies im Unterschied zu Artikel 56 Abs. 1 lit. a SBG, welcher *den Betrieb* von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken ahndet. Hier wird das betroffene Rechtsgut während der gesamten Dauer des Betriebes beeinträchtigt. Der Betrieb des Automaten wird zwar im letzten Satzteil von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ebenfalls erwähnt, doch handelt es sich bei der Formulierung "zum Zweck des Betriebs" um ein subjektives Tatbestandselement bzw. um eine Umschreibung der Absicht des Täters im technischen Sinn (Donatsch/Tag, a.a.O., § 9/3.), weshalb in Übereinstimmung mit der Argumentation der ESBK davon auszugehen ist, dass die Dauer des Betriebs eines Automaten bei der Strafzumessung für eine Übertretung gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ein sachfremdes Kriterium ist. Die Schwere der Verletzung des Rechtsgutes bzw. die objektive Tatschwere ist vielmehr anhand der Sozialgefährlichkeit des Automaten zu bewerten. Der Beschuldigte machte keine Aussagen darüber, nach welchen Regeln der Automat betrieben und in welcher Form Gewinne ausgegeben wurden (Urk. 3/04 003 ff.). So lassen sich einzig der technischen Geräteanalyse der ESBK Hinweise zur Sozialgefährlichkeit des Automaten entnehmen. Gemäss dieser beträgt der Einsatz pro Spiel Fr. 1.– und ist die Spieldauer mit 1.5 bis 3 Sekunden sehr kurz. Bei Gewinn (10 Punkte) wird eine Karte herausgegeben (Urk. 3/05 004 ff.). Ob diese hernach beim Beschuldigten gegen Bargeld eingetauscht, oder lediglich gegen neue Jetons oder Waren

eingetauscht werden konnten, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Automat im Restaurant B. _____ einem unbeschränkten Personenkreis offen stand, anders als etwa 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. Die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion der Busse der ESBK erscheint vor diesem Hintergrund nicht angemessen.

Allerdings ist bei der subjektiven Tatschwere in Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 17 S. 18) zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte gemäss der Argumentation der Verteidigung auf die Auskünfte der Lieferanten vertraute, das Betreiben des Spielautomaten sei legal, wovon zu seinen Gunsten auszugehen ist. Zwar war der auf dieses Vertrauen beruhende Irrtum vermeidbar, trotzdem ist das subjektive Verschulden des Beschuldigten leichter zu veranschlagen, als dasjenige eines wissend und wollend Delinquierenden, was sich strafmindernd auszuwirken hat (Art. 2 VStrR in Verbindung mit Art. 21 und Art. 48a StGB.).

Bezüglich der Täterkomponenten kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 17 S. 18 f.). 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) müssen zwar nicht - aber dürfen - berücksichtigt werden (Eicker/Frank/Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, S. 71 f.).

Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe ist die Busse damit auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse hat die Vorinstanz eine Ersatzfreiheitsstrafe festgesetzt (Urk. 17 S. 19). Die Umwandlung einer Busse in Haft wegen einer Übertretung im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht richtet sich jedoch nicht nach Art. 106 StGB, son-

dem nach Art. 10 VStrR, wonach die Busse vom Richter in Haft umgewandelt wird, soweit sie nicht eingebracht werden kann (BGE 141 IV 407). Eine Ersatzfreiheitsstrafe kann deshalb nicht schon mit heutigem Urteil, sondern erst in einem neuen Verfahren, nach Rechtskraft des Bussenentscheides und Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse, festgesetzt werden, weshalb die Anschlussberufung der ESBK (Urk. 28) diesbezüglich ins Leere zielt.

VIII. Einziehung

Auf die Ausführungen der Vorinstanz zur Einziehung des beschlagnahmten Kasseninhaltes des Spielautomaten im Betrag von Fr. 396.– sowie der 230 Konsumationsgutscheine kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 17 S. 19 f.). Der sich in der Kasse des Automaten befindliche Betrag wurde vollumfänglich deliktisch erlangt und ist daher zugunsten der Staatskasse einzuziehen. Die 230 Konsumationsgutscheine sind einzuziehen und zu vernichten.

IX. Kosten

Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb ihm die gesamten Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens aufzuerlegen sind. Zudem ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen und sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 97 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit 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.

2. Der Beschuldigte wird mit Fr. 1'000.– Busse bestraft.
3. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Die mit Verfügung der ESBK vom 16. Februar 2009 und 30. April 2010 beschlagnahmte Barschaft im Betrag von Fr. 396.– wird zuhanden der Bundeskasse eingezogen.
5. Die mit Verfügung der ESBK vom 16. Februar 2009 beschlagnahmten 230 Konsumationsgutscheine werden eingezogen und der Bundeskasse zur Vernichtung überlassen.
6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Eidgenössische Spielbankenkommission
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Eidgenössische Spielbankenkommission mit Rechtskraftstempel (betreffend Dispositivziffern 4 und 5).

10. Rechtsmittel:

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 Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 12. Juni 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard