

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SU170007-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und  
lic. iur. B. Gut sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur. F. Manfrin

## Urteil vom 14. Juli 2017

in Sachen

### **Eidgenössische Spielbankenkommission**

vertreten durch A.\_\_\_\_\_,

Verwaltungsbehörde und Berufungsklägerin

sowie

### **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_**,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend

### **Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht,  
vom 31. Oktober 2016 (GC160007)**

**Strafverfügung:**

Die Strafverfügung der Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) vom 7. Oktober 2015 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 3/7 pag. 243 ff.).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 17 S. 18 f.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 3'800.–.
3. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 38 Tagen.
4. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:  
  
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
  
Fr. 3'980.30 Gebühren und Auslagen der Übertretungsstrafbehörde  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. (Mitteilungen)
7. (Rechtsmittel)."

### **Berufungsanträge:**

a) der Eidgenössischen Spielbankenkommission:

(Urk. 19; Urk. 27 S. 2)

1. Dispositiv-Ziffer 3 (Ersatzfreiheitsstrafe) des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben; im Falle der Nichtbezahlung der Busse von Fr. 3'800.– sei die Ersatzfreiheitsstrafe auf 90 Tage festzusetzen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

b) des Beschuldigten:

(Urk. 35)

1. Die Fehlerhaftigkeit der vorinstanzlichen Ansetzung der Ersatzfreiheitsstrafe gem. Dispositiv Ziff. 3 wird soweit möglich anerkannt, weshalb die Berufung gutzuheissen sei.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates.

### **Erwägungen:**

#### **I. Verfahrensgang**

1. In Bezug auf den Verfahrensgang bis zum erstinstanzlichen Entscheid kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 17 S. 3 f.).
2. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 31. Oktober 2016 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 3'800.– bei einer Ersatzfreiheitsstrafe von 38 Tagen. Das Urteil (Urk. 12 = Urk. 17) wurde sowohl dem Beschuldigten als auch der Eidgenössischen Spiel-

bankenkommission am 9. Dezember 2016 schriftlich in begründeter Fassung eröffnet (Urk. 13).

3. Gegen dieses Urteil meldete die Eidgenössische Spielbankenkommission am 12. Dezember 2016 und damit innert Frist Berufung an (Urk. 14; Art. 80 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 399 Abs. 1 StPO). Am selben Datum und damit ebenfalls fristgerecht (Art. 80 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 399 Abs. 3 StPO) wurde die Berufungserklärung erstattet.

4. Innert der mit Präsidialverfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Februar 2017 (Urk. 21) angesetzten Frist erklärte die Verteidigung, auf Anschlussberufung zu verzichten (Urk. 23).

5. Mit Beschluss vom 8. März 2017 wurde das schriftliche Berufungsverfahren angeordnet und der Eidgenössischen Spielbankenkommission Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 25), was mit Eingabe vom 22. März 2017 erfolgte (Urk. 27). Die Vorinstanz verzichtete in der Folge auf Vernehmlassung zur Berufungsbegründung (Urk. 33). Der Beschuldigte liess in der Eingabe vom 3. April 2017 die eingangs aufgeführten Anträge stellen (Urk. 35).

6. Die Verteidigung teilte mit Telefonanruf vom 20. April 2017 mit, dass der Beschuldigte nicht in der Lage sei, die vorinstanzlich festgesetzte Busse von Fr. 3'800.– zu bezahlen, weshalb das Verfahren seinen Fortgang nahm (Urk. 39). Das vorliegende Verfahren erweist sich nunmehr als spruchreif.

## **II. Prozessuales, Berufungsumfang**

### **1. Anwendbares Recht**

1.1. Dem Beschuldigten wird vorliegend eine Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (SR 935.52; Spielbankengesetz [SBG]) zur Last gelegt.

1.2. Gemäss Art. 57 Abs. 1 SBG ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 anwendbar (vgl. auch Art. 1 VStrR), welches sowohl materielle (Verwaltungsstrafrecht; Art. 2 ff. VStrR) als auch prozessuale Bestimmungen (Verwaltungsstrafverfahren; Art. 19 ff. VStrR) beinhaltet.

1.3. 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.

## 2. Berufungsumfang

2.1. Die Eidgenössische Spielbankenkommission ficht einzig Dispositivziffer 3 (Ersatzfreiheitsstrafe) des vorinstanzlichen Urteils an.

2.2. In Rechtskraft erwachsen sind damit der Schuldspruch (Disp.-Ziff. 1), die Sanktion (Disp.-Ziff. 2) und das Kostendispositiv (Disp.-Ziff. 4 und 5). Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 StPO).

## 3. Kognition

3.1. Bildeten – wie vorliegend – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 Satz 1 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein.

3.2. So überprüft das Berufungsgericht – was den Sachverhalt anbelangt – nur, ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz erfolgt ist. Demgegenüber besteht keine Einschränkung der Kognition, was die Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils auf allfällige Rechtsverletzungen anbelangt; sämtliche Rechtsfragen sind mit freier Kognition zu prüfen und zwar nicht nur materiellrechtliche, sondern auch prozessuale (vgl. HUG, in: Zürcher Kommentar, StPO, 2. Aufl., Art. 398 N 23).

3.3. Nachdem sich hier – wie zu zeigen sein wird – ausschliesslich Rechtsfragen stellen, greift die Kognitionsbeschränkung gemäss Art. 398 Abs. 4 Satz 1 StPO vorliegend nicht Platz.

### **III. Busse und Ersatzfreiheitsstrafe, Umwandlungssatz**

#### **1. Gegenstand des Berufungsverfahrens; Parteistandpunkte**

1.1. Die Vorinstanz hat für die ausgesprochene Busse in der Höhe von Fr. 3'800.– gestützt auf Art. 106 Abs. 2 und 3 StPO (recte: StGB) eine Ersatzfreiheitsstrafe von 38 Tagen festgesetzt, mithin einen Umwandlungssatz von 1 Tag Haft pro Fr. 100.– Busse zugrunde gelegt (Urk. 17 S. 14 und S. 18 Disp.-Ziff. 3).

1.2. Die Eidgenössische Spielbankenkommission verlangt, die Ersatzfreiheitsstrafe sei auf 90 Tage festzusetzen, da sich der Umwandlungssatz nach Art. 10 Abs. 3 VStrR richte (Urk. 27 S. 2).

1.3. Die Verteidigung folgt der Rechtsauffassung der Eidgenössischen Spielbankenkommission und beantragt die Gutheissung der Berufung (Urk. 35 S. 2).

#### **2. Ersatzfreiheitsstrafe, Umwandlungssatz**

2.1. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse hat die Vorinstanz eine Ersatzfreiheitsstrafe gestützt auf Art. 106 Abs. 2 und 3 StGB festgesetzt (Urk. 17 S. 14 und S. 18 Disp.-Ziff. 3).

2.2. Nach Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB war umstritten, nach welchen Bestimmungen – nach Art. 10 VStrR oder Art. 106 StGB – sich die Umwandlung einer Busse wegen einer Übertretung richtet, deren Verfolgung und Beurteilung – wie vorliegend – unter den Anwendungsbereich des VStrR fällt. In BGE 141 IV 407 hat das Bundesgericht diese Rechtsfrage geklärt. Danach bestimmt sich die Umwandlung einer Busse in Haft wegen einer Übertretung im Anwendungsbereich des VStrR nicht nach Art. 106 StGB, sondern nach Art. 10 VStrR, wonach die Busse vom Richter in Haft umgewandelt wird, soweit sie nicht eingebracht werden kann (BGE 141 IV 407 E. 3.5.2).

2.3. Indem die Vorinstanz die Ersatzfreiheitsstrafe nach Massgabe von Art. 106 StGB festgesetzt hat, verletzte sie Bundesrecht. Vielmehr ist die Busse in der Höhe von Fr. 3'800.– gemäss dem Umwandlungssatz nach Art. 10 Abs. 3 VStrR von 1 Hafttag pro Fr. 30.– umzuwandeln. Dabei ist die Höchstumwandlungsstrafe von 90 Tagen zu beachten. Folglich ist für die ausgesprochene Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen festzusetzen.

2.4. Hinzuweisen ist vorliegend darauf, dass gemäss dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmung der Richter eine Busse (erst dann) in Haft umwandelt, soweit sie nicht eingebracht werden kann (Art. 10 Abs. 1 VStrR). Eine Ersatzfreiheitsstrafe darf damit grundsätzlich nicht schon mit dem erkennenden Urteil, sondern erst in einem neuen Verfahren, nach Rechtskraft des Bussenentscheides und Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse, festgesetzt werden (dazu EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 78 f.).

2.5. Regelungsgedanke von Art. 10 Abs. 1 VStrR war allerdings auch, dass nicht Verwaltungsbehörden in ihren Strafverfügungen bereits eine Ersatzfreiheitsstrafe festsetzen, sondern dass Freiheitsentzug – in Nachachtung von Art. 5 EMRK – stets von einer unabhängigen, demokratisch legitimierten richterlichen Instanz angeordnet wird (vgl. dazu Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 11. Juni 1971 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971, BBl 1971 I 993, S. 1003).

2.6. Nachdem der vorliegende Fall durch Einsprache des Beschuldigten gegen die Strafverfügung der richterlichen Beurteilung unterbreitet wurde, beide Parteien im vorliegenden Verfahren die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe nach Massgabe von Art. 10 Abs. 3 VStrR beantragen, der Beschuldigte offenbar nicht in der Lage ist, die Busse zu bezahlen (vgl. Urk. 39), rechtfertigt es sich ausnahmsweise, für die ausgesprochene Busse von Fr. 3'800.– bereits im vorliegenden Verfahren eine Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse festzusetzen.

2.7. Zusammenfassend ist für die ausgesprochene Busse von Fr. 3'800.– eine Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen festzusetzen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Ersatzfreiheitsstrafe bei einer nachträglichen Bezahlung der Busse hinfällig wird, soweit sie noch nicht vollzogen wurde, wobei diese Regelung auch für Teilzahlungen gilt (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 81, m.H.a. BGE 103 Ib 188 ff.).

#### **IV. Kostenfolgen**

1. Kostenfestsetzung und -verlegung richten sich im gerichtlichen Verwaltungsstrafverfahren nach den Art. 417 ff. StPO (Art. 97 Abs. 1 VStrR).
2. Sowohl die Eidgenössische Spielbankenkommission als auch der Beschuldigte obsiegen mit ihren (gleichlautenden) Anträgen vollumfänglich. Hinzu kommt, dass das vorliegende Berufungsverfahren einzig aufgrund der offensichtlich falschen Rechtsanwendung durch die Vorinstanz angestrengt werden musste. In analoger Anwendung von Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO und zumal die Beschuldigte im Berufungsverfahren obsiegt, sind die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht, vom 31. Oktober 2016 (GC160007) wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
  1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SGB.
  2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 3'800.–.
  3. (...)



4. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:  
  
Fr. 1'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:  
  
Fr. 3'980.30 Gebühren und Auslagen der Übertretungsstrafbehörde  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
  5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
  6. (Mitteilungen)
  7. (Rechtsmittel).
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. 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.
4. 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  
I. Strafkammer

Zürich, 14. Juli 2017

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Naef

Dr. iur. F. Manfrin