



Fall-Nr.:	ST.2005.142, ST.2005.144
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Strafkammer und Anklagekammer
Publikationsdatum:	28.01.2020
Entscheiddatum:	23.08.2006

Entscheid Kantonsgericht, 23.08.2006

Art. 2, Art. 3, Art. 56 Abs. 1 des Spielbankengesetzes (SBG); Art. 2 und 8 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrechts (VStrR). Ablehnung eines Verbotsirrtums, da keine unklare Rechtslage wegen der Zulässigkeit des Betriebs des Geldspielautomaten Super Cherry 600 (E. II/4).

Bussenbemessung bei einer Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz (E. II/5) (Kantonsgericht, Strafkammer, 23. August 2006; ST.2005.142 und 144).

Art. 2, Art. 3, Art. 56 Abs. 1 des Spielbankengesetzes (SBG); Art. 2 und 8 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrechts (VStrR). Ablehnung eines Verbotsirrtums, da keine unklare Rechtslage wegen der Zulässigkeit des Betriebs des Geldspielautomaten "Super Cherry 600" (E. II/4). Bussenbemessung bei einer Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz (E. II/5) (Kantonsgericht, Strafkammer, 23. August 2006; ST.2005.142 und 144).

Erwägungen

I.

1. Die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) verurteilte X mit Strafbescheid vom 20. August 2004 wegen Verletzung des Spielbankengesetzes (SBG) zu einer Busse von Fr. 40'000.– und zur Bezahlung einer Ersatzforderung von Fr. 38'750.–. Gegen diesen Entscheid erhob X Einsprache. Mit Urteil vom 19. September 2005 des



Kreisgerichts (Einzelrichter) wurde er der Übertretung des Spielbankengesetzes schuldig gesprochen und zu einer Busse von Fr. 20'000.– sowie zur Bezahlung einer Ersatzforderung von Fr. 16'318.– an den Staat verurteilt. Der Einzelrichter auferlegte die Kosten des Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens von insgesamt Fr. 7'100.– dem Angeklagten.

2. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2005 erhob die ESBK Berufung gegen dieses Urteil mit dem Antrag, die Ersatzforderung auf Fr. 30'268.– zu erhöhen. X beantragte am 14. Dezember 2005 die Abweisung der Berufung der ESBK.

3. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2005 erhob X seinerseits Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen. In der Berufungsantwort vom 3. Januar 2006 erhob die ESBK Anschlussberufung; sie verlangte eine Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils im Strafpunkt sowie die Festsetzung einer Ersatzforderung auf Fr. 30'268.–. Eventualiter beantragte sie, die A GmbH sei zur Bezahlung der Ersatzforderung zu verpflichten. Ebenfalls eventualiter wurde beantragt, die von den illegalen Einnahmen in Abzug gebrachten Aufwendungen angemessen zu kürzen. In der Anschlussberufungsantwort vom 16. Januar 2006 trug X auf Abweisung der Anschlussberufung sowohl hinsichtlich des Strafpunkts als auch der Ersatzforderung an. Weiter stellte er den Antrag, auf das Eventualbegehren, wonach auf eine Ersatzforderung gegen die A GmbH zu erkennen sei, sei nicht einzutreten oder es sei abzuweisen.

II.

1. Gegen den Entscheid des Einzelrichters ist die Berufung zulässig (Art. 237 StP). Die ESBK ist zur Berufung legitimiert (Art. 80 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR]). Die Berufungserklärungen wurden am 26. Oktober 2005 (ESBK) und 31. Oktober 2005 (Angeklagter) eingereicht. Das begründete erstinstanzliche Urteil wurde am 11. Oktober 2005 versandt.

a) Das eidgenössische Recht sieht für die Berufung des Bundesanwalts und der beteiligten Verwaltung eine Frist von 20 Tagen vor (vgl. Art. 80 Abs. 2 VStrR). Das kantonale Recht räumt dem Angeklagten hingegen nur eine Frist von 14 Tagen ein (Art.



82 VStrR i.V.m. Art. 239 Abs. 1 StP). In der Rechtsmittelbelehrung des begründeten Entscheides wurde nur auf die kantonale Rechtsmittelfrist hingewiesen.

b) Der Angeklagte nahm das begründete Urteil erst am 17. Oktober 2005 in Empfang. Die 14-tägige kantonale Frist ist mit der am 31. Oktober 2005 der Post übergebenen Eingabe eingehalten. Die Frage, ob dem Angeklagten im Falle einer verspäteten Eingabe aufgrund der Verpflichtung zu einem fairen Verfahren nicht auch eine 20-tägige Berufungsfrist eingeräumt werden müsste (Art. 9 BV, Art. 6 EMRK), kann damit offen bleiben. Es ist jedenfalls nicht ohne weiteres ersichtlich, welche sachlichen Gründe es rechtfertigen könnten, dass dem Angeklagten eine kürzere Frist gesetzt ist als dem Bundesanwalt und der beteiligten Verwaltung. Mit der Eingabe vom 26. Oktober 2005 hat die ESBK die für sie geltende Rechtsmittelfrist von 20 Tagen eingehalten (vgl. Art. 80 Abs. 2 VStrR). Auf die Berufungen ist damit grundsätzlich einzutreten.

2. Nicht eingetreten werden kann hingegen auf das (Eventual-)Begehren der ESBK um Festsetzung einer Ersatzforderung gegen die A GmbH. Die Berufung ist beschränkt auf einen Sachverhalt, über den bereits im angefochtenen Urteil entschieden wurde. Ausnahmen von dieser Regel sind nur im Falle von neuen strafbaren Handlungen möglich, welche unter bestimmten Voraussetzungen im Berufungsverfahren mitbeurteilt werden können (vgl. Art. 247 Abs. 1 StP). Da die Einziehung von Vermögenswerten bei der A GmbH nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war, kann darüber in der Berufung zum vornherein nicht entschieden werden.

3. Der Verteidiger weist darauf hin, dass die "ESBK (resp. die zuständigen Mitarbeiter)" zuerst als Untersuchungsrichter und dann als Strafbehörde geamtet habe. Nach der Einsprache gegen den Strafbescheid sei sie im erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren als Partei aufgetreten. Der Verteidiger behauptet zu Recht nicht, dass die ESBK die Verfahrensvorschriften gemäss Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht nicht eingehalten habe (vgl. Art. 20, 62 ff. und 73 ff. VStrR). Beim Verwaltungsstrafgesetz handelt es sich um ein Bundesgesetz, welches nicht auf seine Verfassungs- und EMRK-Konformität überprüft werden kann (Art. 191 BV). Im Übrigen ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern ein Verstoß gegen die EMRK vorliegen soll. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann unter anderem darauf Anspruch, dass seine



Sache von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht gehört und beurteilt wird. Diese Bestimmung richtet sich nicht an die Parteien, sondern ausschliesslich an die Gerichte. Es verstösst deshalb nicht gegen die EMRK, wenn die ESBK zunächst einen Strafbescheid erlassen hat und in den anschliessenden Gerichtsverfahren Partei ist; denn im Gerichtsverfahren ist sie nicht urteilende Behörde. Im Übrigen ist auch im st. gallischen Strafprozess vorgesehen, dass der Untersuchungsrichter den Sachverhalt zu untersuchen und – wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 184 StP erfüllt sind – einen Urteilsvorschlag in Form eines Strafbescheids zu erlassen hat. Werden Strafbescheide angefochten, kommt der Staatsanwaltschaft in den anschliessenden Gerichtsverfahren ebenfalls Parteistellung zu.

4. Der Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG ist im Berufungsverfahren nicht mehr angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen (Art. 241 StP). Es ist somit davon auszugehen, dass der Angeklagte ein Glücksspiel ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert und gewerbsmässig betrieben hat. Von einem Glücksspiel ist deshalb auszugehen, weil der Ausgang des vom „Super Cherry 600“ angebotenen Spiels ganz oder überwiegend vom Zufall abhing: Die Reaktionsphase, welche einem Spieler bei diesem Automaten bleibt, liegt im Bereich zwischen 0,25 und 0,4 Sekunden (Urteil des Bundesgerichts 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 2c; vgl. auch 1A.22/2000 vom 7. Juli 2000, E. 3c); auf eine besondere Geschicklichkeit des Spielers kann es bei einer solch geringen Reaktionszeit nicht ankommen.

Angefochten ist jedoch die Sanktion. Der Angeklagte beantragt sinngemäss die Umgangnahme von einer Strafe, die ESBK die Abweisung dieses Begehrens. Der Verteidiger macht einen Verbotsirrtum geltend: Die Rechtslage wegen der Zulässigkeit des Betriebs des Geldspielautomaten „Super Cherry 600“ sei unklar gewesen. Der Angeklagte sei deshalb davon ausgegangen, dass er den Automaten in seinem Restaurant habe betreiben dürfen.

a) Ein Geldspielautomat bietet ein Spiel an und stellt einen Geldgewinn oder einen anderen geldwerten Vorteil in Aussicht. Das Gesetz unterscheidet zwei Kategorien von Geldspielautomaten: Hängt das Spiel ganz oder überwiegend vom Zufall ab, so handelt



es sich um einen Glücksspielautomaten (Art. 2 SBG). Hängt das Spiel jedoch ganz oder überwiegend von der Geschicklichkeit des Spielers ab, so handelt es sich um einen Geschicklichkeitsspielautomaten (Art. 3 Abs. 2 SBG). Der Bund ist nur befugt, Regelungen für Glücksspielautomaten zu erlassen. Der Erlass von spieltechnischen Vorschriften zu Geschicklichkeitsspielautomaten fällt demgegenüber in die Zuständigkeit der Kantone (Art. 6 Abs. 3 SBG). Gemäss früherer behördlicher Feststellung stellte der Automat „Super Cherry 600“ keinen Geld-, sondern nur einen Punktegewinn in Aussicht. Der Automat galt nicht als eigentlicher Geldspielautomat und daher als unbedenklich (vgl. dazu BGE 1A.21/200 vom 31. Mai 2000, E. A).

b) Die Annahme eines Verbotsirrtums setzt voraus, dass der Angeklagte davon ausging, der Betrieb des Automaten bleibe auch dann unbedenklich und rechtmässig, wenn er die Punktgewinne in Geld auszahle und damit ein Geldgewinn in Aussicht gestellt werde. Beim Verbotsirrtum fehlt dem Täter bei seiner Tat das Unrechtsbewusstsein. Falls der Angeklagte jedoch Zweifel an der Straflosigkeit seines Verhaltens hatte, ist die Annahme eines Verbotsirrtums ausgeschlossen. Wer sich bewusst in den Graubereich der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens begibt und über die juristische Qualifikation seines Handelns irrt, kann regelmässig nicht Verbotsirrtum für sich in Anspruch nehmen; er befindet sich lediglich in einem unbeachtlichen Subsumptionsirrtum.

c) Im vorliegenden Fall war dem Angeklagten bewusst, dass das Spiel nur unbedenklich war, sofern lediglich Punkte- und keine Geldgewinne in Aussicht gestellt wurden. Anders ist seine differenzierte Aussage in der polizeilichen Einvernahme, wonach es im Restaurant nie Geldspielautomaten, sondern nur einen Punktespielautomaten gehabt habe, nicht zu erklären. Dass er sich der Problematik bewusst war, geht auch daraus hervor, dass er die Barauszahlung von Punktgewinnen zunächst ausdrücklich bestritt. Selbst in einer späteren Einvernahme stellte er noch in Abrede, Gewinne ausbezahlt zu haben; in diesem Zusammenhang verlangte er eine Konfrontation mit den Belastungszeugen; gleichzeitig bot er Entlastungszeugen an. Ein fehlendes Unrechtsbewusstsein, welches die Annahme eines Verbotsirrtums rechtfertigen würde, liegt somit nicht vor. Zufolge Anerkennung des erstinstanzlichen Schuldspruchs ist im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten, dass der Angeklagte Punktgewinne bar ausbezahlte.



5. Wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt, wird mit Haft oder Busse bis zu Fr. 500'000.– bestraft (Art. 56 Abs. 1 SBG). Kommt eine Busse von mehr als Fr. 5'000.– in Betracht, ist die Busse nicht nur nach der Schwere der Widerhandlung und des Verschuldens, sondern auch nach den übrigen Strafzumessungsfaktoren zu bemessen (Art. 2 und 8 VStrR).

a) Der Angeklagte organisierte mit dem Glücksspielautomaten „Super Cherry 600“ im Zeitraum vom 1. April 2000 bis 15. Juli 2001 während 15 Monaten Glücksspiele. Selbst wenn die entsprechenden Einnahmen nur Nebeneinkünfte waren und mit dem Geldspielautomaten vor allem zusätzliche Gäste ins Restaurant gelockt werden sollten, wiegt diese verhältnismässig lange Dauer verschuldensmässig schwer. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass es sich nicht um mehrere, sondern nur um einen Automaten handelte, der (bei 27 Arbeitstagen pro Monat) Bruttoeinnahmen von knapp Fr. 1'800.– pro Monat und ca. Fr. 27'000.– während der gesamten Dauer eintrug. Im Vergleich zu den hohen Gewinnen, welche mit der Organisation von Glücksspielen erzielt werden können, handelt es sich vorliegend nicht um einen sehr hohen Betrag. Da die Bruttoeinnahmen durch Abrechnungen belegt sind und auch im Vergleich mit den Erfahrungswerten der ESBK nicht geradezu unrealistisch tief sind, bleibt für eine Schätzung kein Raum. Objektiv liegt somit weder ein besonders leichter noch ein besonders schwerer Fall vor. Beim Verschulden ist im Weiteren zu berücksichtigen, dass der Angeklagte vorsätzlich – und nicht nur fahrlässig – handelte. Eine Einsatzstrafe von Fr. 20'000.– scheint – auch unter Berücksichtigung der Höhe des Bruttoerlöses und des bis zu Fr. 500'000.– reichenden Strafrahmens – als angemessen. Was die übrigen Strafzumessungsfaktoren betrifft, so führen sie weder zu einer Erhöhung noch zu einer Herabsetzung der Busse. Der Angeklagte ist nicht vorbestraft. Die früher begangenen Strassenverkehrsdelikte wirken sich auf die Bussenhöhe nicht aus. Mangels Strafregistereinträgen muss es sich dabei um leichtere Verfehlungen gehandelt haben; zudem sind sie nicht einschlägig. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Angeklagte in günstigen finanziellen Verhältnissen lebt; er verfügt über ein Vermögen von rund Fr. 500'000.– und verdient jährlich ca. Fr. 120'000.–. Unter diesen Umständen erscheint die vorinstanzlich ausgesprochene, im Strafregister nicht eintragungspflichtige Busse von Fr. 20'000.– als angemessen, weshalb sie zu bestätigen ist (vgl. Art. 9 der Verordnung über das automatisierte Strafregister, SR 331). Daran ändert auch der Einwand des Verteidigers nichts, wonach die ESBK in ähnlichen



Fällen mildere Strafen verhängt habe. Denn es ist das Gericht, welches über die Bussenhöhe zu entscheiden hat. Die Praxis der ESBK ist deshalb für dieses Verfahren nicht von Bedeutung. Im Übrigen gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung im Unrecht im Strafrecht, in welchem öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, ohnehin nur in Ausnahmefällen. Voraussetzung hierfür wäre unter anderem, dass eine entsprechende feste Praxis besteht, von der die Behörde auch in Zukunft nicht abweichen will. Es fehlen jedoch jegliche Anhaltspunkte dafür, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sein könnten. Die Berufung ist damit auch abzuweisen, soweit sie sich gegen die Bussenhöhe richtet.

6. Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staats in gleicher Höhe (Art. 59 Ziffer 2 Abs. 1 StGB). Eine Ersatzforderung setzt demnach voraus, dass die Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind und deshalb nicht mehr eingezogen werden können. Damit soll verhindert werden, dass sich derjenige, welcher sich der Vermögenswerte entledigt hat, besser gestellt wird als jener, der sie behält (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 59 N. 10).

a) Die Untersuchungsbehörde geht davon aus, dass das Restaurant Z von der A GmbH geführt werde, deren Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung der Angeklagte gewesen sei. Sie hielt fest, dass sich die einzuziehenden Vermögenswerte des fraglichen Geldspielautomaten aus den Buchhaltungsunterlagen des Restaurants Z nicht ermitteln lassen, da die Spielautomatenumsätze gesamthaft verbucht und die durch den „Super Cherry 600“ erzielten Erträge nicht auf einem eigenen Konto erfasst worden seien.

Gestützt auf die Ausführungen der ESBK ist somit davon auszugehen, dass die Erträge aus dem illegalen Glücksspiel der A GmbH zuflossen und sich noch auf deren Konten bzw. in deren Geschäftsvermögen befinden. Weshalb die Vermögenswerte bei der A GmbH nicht eingezogen werden können, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Ein gutgläubiger Erwerb durch die juristische Person kann jedenfalls ausgeschlossen werden, da ihr die Handlungen des Angeklagten zuzurechnen sind (Trechsel, a.a.O.,



Art. 59 N 15 mit Hinweis auf Niklaus Schmid, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., in: ZStrR 113 [1995], S. 343). Allein der Umstand, dass der Erlös aus dem Gewinnspiel mit anderen Einnahmen vermischt wurde, stellt für sich jedenfalls noch keinen Abfluss dar. Eine Einziehung des Erlöses aus illegalem Glücksspiel bei der A GmbH erscheint damit möglich, weshalb die Voraussetzungen für eine Ersatzforderung gegen den Angeklagten nicht erfüllt sind. Folglich ist Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids ersatzlos aufzuheben.

b) Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich der Angeklagte der mehrfachen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz schuldig gemacht hat. Der Erlös aus dem Glücksspiel wäre nur dann als Ersatzforderung bei ihm einzuziehen, wenn er den Vermögenswert durch eine strafbare Handlung erlangt hätte. Die Akten geben dazu aber nichts her. Aus der Untersuchung ergibt sich vielmehr, dass die Einnahmen im Restaurantbetrieb bei der juristischen Person verbucht wurden. Wenn schon eine Einziehung beim Angeklagten nicht möglich ist, weil er den Vermögenswert nie erlangt hat, dann kann gegen ihn auch nicht auf eine Ersatzforderung erkannt werden.

c) Ist eine Person Alleineigentümerin einer juristischen Person, so erscheint es zwar nicht ausgeschlossen, einen Zufluss eines Vermögenswertes in das Vermögen der juristischen Person wie einen Zufluss bei der natürlichen Person zu behandeln. In den Akten finden sich Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der A GmbH und dem Angeklagten eine wirtschaftliche Einheit bestehen könnte, zumal Letzterer Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung ist. Zum Beweis dafür, dass dem Angeklagten tatsächlich die Stellung eines Alleineigentümers zukommt, reichen die Indizien jedoch nicht aus. Dies gilt umso mehr, als es in der fraglichen Zeit noch andere Gesellschafter gab. So war etwa der Gesellschafter O, der ebenfalls Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist, Ansprechpartner der Treuhandgesellschaft. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass es in der A GmbH zumindest zwei gleichberechtigte Partner gab.

....