

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB240267-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, lic. iur. C. Maira und
lic. iur. R. Faga sowie der Gerichtsschreiber MLaw W. Dharshing

Beschluss vom 21. Februar 2025

in Sachen

Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,

Anklägerin und Berufungsklägerin

sowie

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **Widerhandlung gegen das Geldspielgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht,
vom 22. Dezember 2023 (GA220008)**

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Das vorinstanzliche Urteil vom 22. Dezember 2023 wurde den Parteien am 15. bzw. 16. Mai 2024 in begründeter Ausfertigung schriftlich eröffnet (Urk. 23). Mit Eingabe vom 31. Mai 2024 erklärte die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) innert Frist die Berufung (Urk. 27+28).
2. Mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 2024 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 und Art. 401 StPO dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde ihnen Frist angesetzt, um sich zur Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens zu äussern (Urk. 31). Die Oberstaatsanwaltschaft verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 33). Der Beschuldigte erhob keinen Einwand gegen die Durchführung des schriftlichen Verfahrens (Urk. 34). Mit Präsidialverfügung vom 23. Juli 2024 wurde die Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens angeordnet (Urk. 36).

II. Rückweisung

1.
 - 1.1. Mit Berufungsbegründung vom 13. August 2024 wies die ESBK wie folgt darauf hin, dass die Vorinstanz ihrem Urteil irrtümlicherweise den Strafbescheid vom 25. Mai 2022 zugrunde gelegt habe, statt die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 (Urk. 38 S. 3 ff.; Urk. 39/2; Urk. 50 S. 3 ff.):
 - 1.2. Nachdem der Beschuldigte gegen den Strafbescheid vom 25. Mai 2022 Einsprache erhoben habe, sei am 19. Oktober 2022 die begründete Strafverfügung Nr. 62-2021-029/02/Sca gegen den Beschuldigten ergangen, hinsichtlich welcher der Beschuldigte das Begehren um gerichtliche Beurteilung gestellt habe. Insbesondere aufgrund des Umstands, dass der Beschuldigte in seiner bereits vor Vorinstanz aktenkundigen Einsprache ausdrücklich auf die Strafverfügung Nr. 62-62-2021-029/02/Sca Bezug genommen habe, sei unmissverständlich klar gewe-

sen, dass zwischen Erlass des Strafbescheids und Überweisung zur gerichtlichen Beurteilung eine begründete Strafverfügung ergangen sei. Auch im Überweisungsschreiben vom 14. November 2022 an die Oberstaatsanwaltschaft habe die ESBK ausdrücklich Bezug genommen auf die Strafverfügung 62-2021-029/02/Sca. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe somit ein Überweisungsschreiben der ESBK vorgelegen. Ob die Oberstaatsanwaltschaft das Überweisungsschreiben an die Vorinstanz weitergeleitet habe, entziehe sich der Kenntnis und Verantwortung der ESBK. Mit Bezug auf den Umstand, dass die Strafverfügung bisher nicht aktenkundig war, räumte die ESBK ein, dass es sich um einen "unbeabsichtigten und unbewussten Vollständigkeitsfehler" gehandelt habe. Der Strafbescheid vom 25. Mai 2022 könne nicht als Grundlage der Anklage herangezogen werden, wenn in der Folge die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 ergangen sei. Spätestens im Berufungsverfahren sei die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 als Anklage zu berücksichtigen, hierfür sei kein Beweisantrag erforderlich.

2. Die Verteidigung wendet ein (Urk. 46 S. 3 ff.; Urk. 55 S. 5 ff.), dass die Einreichung einer neuen Anklage im Berufungsverfahren unzulässig sei. Die Vorinstanz habe korrekterweise auf die ihr unterbreiteten Akten abgestellt. Dies verkenne die ESBK, wenn sie auf Basis der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 argumentiere und nicht anhand des tatsächlich überwiesenen Strafbescheids vom 25. Mai 2022, dass das Anklageprinzip nicht verletzt sei. Das Vorgehen der ESBK, die Anklage abzuändern, im Sinne eines Ersatzes des Strafbescheids vom 25. Mai 2022 durch die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022, widerspreche dem Immutabilitätsprinzip. Mit der beabsichtigten Ersetzung des Strafbescheids vom 25. Mai 2022 durch die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 würde der Beschuldigte eine Gerichtsstanz verlieren. Eine Rückweisung der Anklage sei nicht möglich, da das erstinstanzliche Verfahren keinen Mangel aufweisen würde. Es sei vielmehr korrekt auf Basis der vorgelegten Anklageschrift durchgeführt worden. Für die Einreichung einer gänzlich neuen Anklage bestehe keine gesetzliche Grundlage, weshalb auch diesbezüglich eine Rückweisung nicht in Frage komme.

3. Weist das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel auf, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht

gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück. Die kassatorische Erledigung durch Rückweisung ist aufgrund des reformatorischen Charakters des Berufungsverfahrens die Ausnahme und kommt nur bei derart schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzenverlusts, unumgänglich ist (BGE 143 IV 408 E. 6.1 mit Hinweis auf die Urteile 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1; 6B_843/2016 vom 10. August 2016 E. 3.1; 6B_794/2014 vom 9. Februar 2015 E. 8.2; 6B_528/2012 vom 28. Februar 2013, E. 3.1.1; 6B_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 8.4.2; wiederum je mit Hinweisen). Dies ist etwa der Fall bei der Verweigerung von Teilnahmerechten oder nicht gehöriger Verteidigung (Urteil 6B_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.3), bei nicht richtiger Besetzung des Gerichts (Urteile 6B_596/2012 und 6B_682/2012 vom 25. April 2013 je E. 1.3) oder bei unvollständiger Behandlung sämtlicher Anklage- oder Zivilpunkte (BGE 143 IV 408 E. 6.1; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 Ziff. 2.9.3.3 S. 1318; KELLER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N. 1 zu Art. 409; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, N. 1576 f.).

4.

4.1. Unbestrittenermassen legte die Vorinstanz ihrem Urteil eine falsche Anklage zugrunde. Nachdem der Strafbescheid der ESBK vom 25. Mai 2022 gegen den Beschuldigten ergangen war (Urk. 2/54), erhob dieser die Einsprache (Urk. 2/55). In der Folge erging am 19. Oktober 2022 eine Strafverfügung gegen den Beschuldigten (Urk. 39/2), gegen den er wiederum Einsprache erhob (Urk. 2/56). Mit Überweisungsschreiben vom 14. November 2022 überwies die ESBK der Oberstaatsanwaltschaft die Akten (Urk. 39/1). Die Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 wurde durch die ESBK nicht aktenkundig gemacht, die Akten waren diesbezüglich erstelltermassen unvollständig. Die Ausführungen der ESBK sowie der Verteidigung zur Erkennbarkeit des Mangels durch die Vorinstanz sind nicht zielführend.

Entscheidend ist, dass die Vorinstanz ihrem Urteil letztlich eine falsche Anklage zugrunde legte, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Es handelt sich um einen gravierenden prozessualen Mangel. Zwischen dem Strafbescheid vom 25. Mai 2022 und der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 handelt es sich offensichtlich um deutlich abweichende Urkunden. Es dürften sich (sowohl formell als auch materiell) andere Fragen stellen. Die Beurteilung einer überholten Anklageschrift muss unbesehen des mutmasslichen Verfahrensausgangs zur Aufhebung des Urteils führen. Dies begründet sich bereits aus dem Umstand, dass die entscheidende Anklage dem Hauptverfahren gar nicht zugeführt wurde und in formaler Hinsicht gar kein Urteil betreffend die (entscheidende) Anklage vom 19. Oktober 2022 ergangen ist. Demgegenüber ist ein Urteil betreffend den Strafbescheid vom 25. Mai 2022 ergangen, betreffend den nie eine Anklage erfolgt ist. Entgegen der Ansicht der Verteidigung liegt kein Anwendungsfall von Art. 329 Abs. 2 StPO resp. Art. 333 StPO vor, zumal nicht die Änderung bzw. Erweiterung einer Anklageschrift zur Diskussion steht. Zusammenfassend liegt damit ein Urteil betreffend ein Dokument vor, das keine Anklageschrift ist, was einen schwerwiegenden und im Berufungsverfahren nicht heilbaren prozessualen Mangel darstellt. Bundesrechtlich sind zwei kantonale Instanzen vorgesehen (vgl. Art. 75 Abs. 1 i.V.m. Art. 111 Abs. 3 BGG). Eine erstmalige Beurteilung der relevanten Anklage vor Berufungsinstanz fällt bereits deshalb ausser Betracht, zumal sich auf Grundlage einer anderen Anklage andere prozessuale und materielle Fragen stellen können und der Beschuldigte – wie die Verteidigung zutreffend ausführte (vgl. Urk. 46 S. 13) – dadurch eine Instanz verlieren würde.

4.2. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Beurteilung einer "falschen Anklage" von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, zumal der Untersuchungsgrundsatz und der Grundsatz der Formstrenge im Strafprozess (grundsätzlich) auch im Berufungsverfahren gelten. Der Beschuldigte ist grundsätzlich nicht gehalten, Strafbehörden auf allfällige Fehler hinzuweisen. Zwar dehnte das Bundesgericht den Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben im Strafprozess in der jüngeren Vergangenheit aus (vgl. Urteil 6B_85/2021 E. 4.3 betr. Zusammensetzung des Spruchkörpers, Urteil 6B_582/2021 E. 3 betr. Aktenführungspflicht, Urteil 6B_23/2021 E. 2.3 betr. Audioprotokolle). Dies rechtfertigt sich indes einzig

in Fällen, in denen ein Rechtsinstitut offensichtlich zur Verwirklichung von Interessen missbraucht wird, die dieses Institut nicht schützen will (vgl. die zu Art. 2 Abs. 2 ZGB ergangene Rechtsprechung, BGE 140 III 491 E. 4.2.4). Den Beschuldigten traf vorliegend deshalb keine Verantwortung zu intervenieren, soweit er über die Unvollständigkeit der Akten bzw. die Behandlung der falschen Anklage durch die Vorinstanz im Bild gewesen wäre. Die Frage betreffend das Wissen des Beschuldigten um den Mangel kann offengelassen werden. Dies gilt auch mit Blick auf die Verteidigung, zumal auch sie keine Pflicht zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung oder an der Beförderung des Fortgangs des Verfahrens trifft (vgl. WOHLERS, Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, S. 57 mit Hinweisen).

4.3. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass vor Vorinstanz keine gerichtliche Beurteilung der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 erfolgt ist. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung eines Hauptverfahrens zur gerichtlichen Beurteilung der Strafverfügung vom 19. Oktober 2022 zurückzuweisen.

5.

5.1. Ausgangsgemäss fallen die Gerichtsgebühren für das zweitinstanzliche Verfahren ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO). Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

5.2. Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ ist für seine Aufwendungen als Verteidiger im Berufungsverfahren mit Fr. 10'187.85 aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 56+56A).

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil der Vorinstanz vom 22. Dezember 2023 wird aufgehoben und das Verfahren zur Durchführung eines neuen Hauptverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren SB240267 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.

3. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
4. Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ wird für das Berufungsverfahren mit Fr. 10'187.85 aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
 - die Eidgenössische Spielbankenkommissionsowie nach Rechtskraft dieses Entscheids
 - die Vorinstanz (unter Beilage der Akten).
6. 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 gemäss Art. 35 und 35a BGerR zuständigen strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (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, 21. Februar 2025

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Gut

MLaw W. Dharshing