



Geschäfts-Nr. SU060034/U

I. Strafkammer

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, und der Oberrichter Dr. F. Bollinger sowie der Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger und der Obergerichtssekretär Dr. St. Jaissle

Urteil vom 16. November 2006

in Sachen

X.

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**, vertreten durch Staatsanwalt mbA Dr. W. Bickel, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich,
Appellatin
2. **Eidgenössische Spielbankenkommission**, vertreten durch Christian Hess
Untersuchungsbeamter, Eigerplatz 1, 3003 Bern,
Untersuchungsbehörde und Appellatin
3. **Bundesanwaltschaft**, Taubenstr. 16, 3003 Bern,
Appellatin

betreffend **Übertretung des Bundesgesetzes über Glücksspiele
und Spielbanken**

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Prozessgeschichte

II. Formelles

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Anklagesachverhalt

2. Beanstandungen

2.3 Falsche Tatsachenfeststellung

a) Die Verteidigung bringt vor, das Urteil unterstelle, die eingesetzten Geräte seien Glückspielautomaten, was der Appellant anerkenne. Der zitierte Bundesgerichtsentscheid betreffe einen gänzlich anderen Sachverhalt; vorliegend stehe gegenteils fest, dass der Betrieb jener Automaten in der verfahrensrelevanten Zeitperiode im Kanton Zürich als Geschicklichkeitsspiel förmlich zugelassen war. Auch die Anklage stelle dies klar (Urk. 27 S. 8 Ziffer 12, Hervorhebungen im Original).

b) Ob es sich bei den verwendeten Spielgeräten "Super Cherry 600" um Glückspielautomaten handelt, ist grundsätzlich eine Frage der rechtlichen Würdigung. Die Anklage macht dem Appellanten aber explizit nicht den Vorwurf, verbotene Glücksspielgeräte aufgestellt zu haben. Das Bundesgericht hat im Entscheid 2A.618/2004 zur Rechtslage indes Folgendes festgehalten:

"Ausserhalb von konzessionierten Spielbanken sind Glücksspielautomaten von Bundesrechts wegen verboten (Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken, Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52). Der nach der bisherigen Praxis (vgl. BGE 125 II 152 ff.) homologierte (unechte)

Punktespielautomat "Super Cherry 600" ist ein Geldspiel- bzw. Glücksspielautomat und fällt als solcher unter dieses Verbot. Da er von der Eidgenössischen Spielbankenkommission nicht als Geschicklichkeitsgerät zugelassen ist, darf er seit dem 7. Juli 2000 nur noch in Grands Casinos und Kursälen betrieben werden (Art. 60 Abs. 1 SBG; Urteile 1A.22-29/2000 vom 7. Juli 2000, E. 3c, 4d; 1P.332/2001 vom 13. August 2001, E. 2c). Die Kantone sind indessen während einer Übergangsfrist von fünf Jahren, d.h. bis zum 31. März 2005, befugt, in Restaurants und anderen Lokalen den Weitervertrieb von je höchstens fünf solcher Geräte zu gestatten, falls sie bereits vor dem 1. November 1997 in Betrieb genommen wurden und das kantonale Recht dies ausdrücklich zulässt (Art. 60 Abs. 2 SBG; Urteile 1P.332/2001 vom 13. August 2001, E. 2b; 2P.217/2001 vom 3. Dezember 2001, E. 3a, und 2A.131/2002 vom 13. Juni 2002, E. 2.1). Dabei muss das jeweilige Gerät aber seit dem Stichtag (1. November 1997) dem Publikum in bewilligter Weise (vgl. das Urteil 2A.131/2002 vom 13. Juni 2002, E. 2.9) ohne wesentlichen Unterbruch am entsprechenden Ort zur Verfügung gestanden haben (Urteil 2A.163/2002 vom 3. Juni 2002, E. 3.2; Beilage 2 vom April 2001 zum Kreisschreiben der Eidgenössischen Spielbankenkommission "Austausch von Glücksspielgeräten nach Art. 60 SBG und Art. 135 VSBG"). Nicht unter die bundesrechtliche Übergangsfrist fallen Automaten, die aufgrund einer klaren Zäsur faktisch bereits ausser Betrieb genommen wurden; deren erneute Inbetriebnahme kann nicht mehr im Rahmen von Art. 60 Abs. 2 SBG bewilligt werden. Dieser gewährt keine absolute Betriebs- und Amortisationsgarantie; er ermöglicht lediglich einen zeitlich beschränkten kontinuierlichen Weiterbetrieb (vgl. Urteil 2A.163/2002 vom 3. Juni 2002, E. 3.2.2.)."

Zum Spielautomaten "Super Cherry 600" und dessen Rechtsnatur hatte das Bundesgericht bereits im Urteil 1A.21/2000 E. 2a ausgeführt:

"Vorerst ist zu prüfen, ob es sich beim Super Cherry 600 um einen Geldspielautomaten im Sinne des Spielbankengesetzes handelt. Ein Automat fällt dann unter das Spielbankengesetz, wenn er - im Wesentlichen automatisch ablaufende - Spiele anbietet, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Art. 3 Abs. 2 i.V.m.

Art. 3 Abs. 1 SBG; vgl. zur französisch- und italienischsprachigen Version der Bestimmung: "des jeux, qui offrent [...] la chance de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel [...]", "giochi che [...] prospettano la possibilità di una vincita in denaro o di un altro vantaggio pecuniario [...]"). Mithin braucht ein Gerät nicht selbst auf automatische Weise den geldwerten Vorteil abzugeben, um unter das Spielbankengesetz zu fallen. Die unbestrittene Tatsache, dass der Super Cherry 600 keinen Geldauszahlungsmechanismus aufweist, ist demnach nicht entscheidend, da der Spieler auch auf andere Weise, etwa mittels Auszahlung durch das Personal des betreffenden Lokals, in den Genuss eines geldwerten Vorteils kommen kann. In der Botschaft vom 26. Februar 1997 zum neuen Spielbankengesetz wurde klar festgehalten, dass mit der Definition der Geldspielautomaten auch alle Spielgeräte erfasst werden sollen, an denen der Spieler einen Spielablauf auslösen kann, der im Gewinnfall mit der Auszahlung oder Gutschrift eines Geldgewinns oder eines anderen vermögenswerten Vorteils endet. Diesbezüglich wurde auf Natural- bzw. Warengewinne, Jetons, Bons oder in elektronischer Form gespeicherte Spielpunkte hingewiesen, die im Anschluss an das Spiel in Geld, Gutschriften oder Waren umgetauscht werden könnten. Erfasst werden sollten mit dem neuen Spielbankengesetz damit insbesondere die Warengewinn-, Jeton- und Punktespielautomaten, soweit letztere nicht unter die Subkategorie der reinen Unterhaltungsspielautomaten fallen (BBl 1997 145 ff., 169). Das steht im Einklang mit dem Ziel des Gesetzes, allgemein das Glücksspiel um Geld zu erfassen (Amtl. Bull. S 1997 1296 f.). In den parlamentarischen Beratungen wurde die Begriffsdefinition ausgiebig diskutiert, aber der Einbezug von Punktespielautomaten nicht in Frage gestellt. Andere Anträge im Sinne einer grosszügigeren Zulassung wurden abgelehnt (Amtl. Bull. S 1997 1309 ff., N 1998 1894 ff.)."

Der Kanton Zürich gehört zu jenen Kantonen, in denen selbst solche Automaten verboten sind, bei denen es sich um „nach der bisherigen Praxis homologierte Geschicklichkeitsspielautomaten“ (Art. 60 Abs. 1 SBG) handelt: Gemäss § 4 des Unterhaltungsgewerbegesetzes vom 27. September 1981 (UGG, in der Fassung vom 2. Juni 1991, in Kraft seit dem 1. Oktober 1994; LS 935.32) ist das Aufstellen und der Betrieb von Geldspielautomaten und anderen Apparaten, bei

welchen gegen Leistung eines Einsatzes Geld oder Warengewinne abgegeben werden, verboten. Diese Bestimmung ist, wie das Bundesgericht in BGE 120 Ia 126 erkannt hat, auch insoweit verfassungskonform, als sie die (nach Art. 35 Abs. 4 aBV in der Fassung vom 7. März 1993 bzw. nach Art. 106 Abs. 4 BV der kantonalen Regelungen vorbehaltenen) Geschicklichkeitsgeldspielautomaten verbietet (a.a.O. E.3b am Ende in Verbindung mit E.4d). Nach Inkrafttreten des Spielbankengesetzes hat der Kanton Zürich keine Übergangsfrist im Sinne von Art. 60 Abs. 2 SBG eingeführt. Bei dieser Rechts- und Sachlage ergibt sich das Verbot des Betriebes bzw. Weiterbetriebs bezüglich der Automaten (in casu des Automaten „Super Cherry 600“) unmittelbar aus den Widerrufsverfügungen des EJPD vom 21. Dezember 1999 bzw. aus den Urteilen des Bundesgerichts vom 31. Mai und 7. Juli 2000, welche diese Widerrufsverfügungen insoweit schützen (vgl. BG 1P.332/2001 vom 13. August 2001). In diesem Sinne hat sich auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seiner Entscheidung vom 4. März 2002 (VB.200200018) geäußert. Damit steht ausser Zweifel, dass die Geräte "Super Cherry 600" unter das neue Spielbankengesetz fallen. Der Beizug eines Berichtes des Bundesamtes für Justiz - wie seitens der Verteidigung beantragt (Urk. 27 S. 8) - kann daher unterbleiben. Die Anklage wirft dem Appellanten indessen nicht vor, illegale Automaten des Typs "Super Cherry 600" aufgestellt zu haben. Die Frage kann daher offen bleiben, ob die Automaten nicht aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben bereits ab 7. Juli 2000 als ausserhalb von konzessionierten Betrieben verboten zu betrachten waren. Wenn der Einzelrichter festhielt, dass die Automaten "Super Cherry 600" unter das Spielbankengesetz fallen, so ist dies aufgrund des Dargelegten nicht zu beanstanden.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz; SBG) ist am 1. April 2000 in Kraft getreten. Nach Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG wird mit Haft oder Busse bis zu Fr. 500'000.– bestraft, wer vorsätzlich Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbmässig betreibt. Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu Fr. 250'000.– bestraft (Art. 56 Abs. 2 SBG). Glücksspiele im Sinne des Gesetzes sind gemäss Art.

3 Abs. 1 SBG jene Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Art. 4 Abs. 1 SBG schreibt vor, dass Glücksspiele nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden dürfen.

a) Der Appellant führte anlässlich seiner Befragung durch den Untersuchungsbeamten der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) vom 26. Juni 2002 (Urk. 2/3/9) aus, dass der Spielsalon Z. seinen Spielbetrieb Mitte 2000 aufgenommen habe. Die Spieler hätten Punktegewinne im Verhältnis 1:1 in bar ausbezahlt erhalten. Weil ihm bekannt gewesen sei, dass das Auszahlen von Geldern bei den sogenannten Punktespielautomaten verboten gewesen sei, habe er "Darlehen" gemacht. Er sei der Ansicht, dass dieses Vorgehen legal sei. Die Automaten Super Cherry 600 seien am 6. oder 7. Februar 2002 abgeräumt worden (Urk. 2/3/9 S. 4 ff.). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung führte der Appellant zu den ausbezahlten Darlehen aus, dass es sehr schwierig gewesen sei, zu kontrollieren, ob das Geld bald wieder gebracht worden sei, weil die Personen zum Teil erst wieder nach 14 Tagen gekommen seien. Grundsätzlich hätte man das Geld aber zurückfordern können, wenn jemand nicht mehr gekommen sei, da die Adresse der Person bekannt war. Dies sei aber nie gemacht worden (Prot. I S: 4 f.). Der Appellant bestätigte, dass sich die meisten Spieler ihren Punktegewinn hätten auszahlen lassen, wenn sie den Salon verliessen (Prot. I S. 6).

b) Der Spielsalon in Z. kann nicht als konzessionierte Spielbank im Sinne des Spielbankengesetzes qualifiziert werden. Die im Spielsalon betriebenen Geräte "Super Cherry 600" wurden als Glücksspielautomaten eingesetzt, weil Geldauszahlungen an Spieler in Form von "Darlehen" entrichtet wurden. Bei diesen Darlehen handelte es sich in Tat und Wahrheit um nichts anderes als verkappte Barauszahlungen, musste der Appellant doch selbst einräumen, dass er nie ein solches Darlehen zurückforderte. Das beschriebene Vorgehen kann unter Art. 3 Abs. 1 SBG subsumiert werden, indem letztlich Glücksspiele als Spiel betrieben wurde, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht gestellt wurde, der ganz über überwiegend vom

Zufall abhing. Es ist davon auszugehen, dass die Spieler nur deshalb mit den Geräten "Super Cherry 600" spielten, weil sie davon ausgehen konnten, dass ihnen allfällige Punktgewinne danach in Form von "Darlehen" und damit im Endeffekt bar ausbezahlt wurden. Für diese Annahme spricht auch der mit diesen Geräten im Deliktszeitraum generierte Umsatz von rund 1,7 Mio. Franken (Urk. 2/6/9). Die Geräte wurden insoweit missbräuchlich und zweckwidrig verwendet. Der Verzeigte hat Glückspiele im Sinne des Gesetzes organisiert und mit Blick auf den erzielten Umsatz auch gewerbsmässig betrieben. Der objektive Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 Bst. a. SBG ist damit erfüllt.

Der Appellant kannte die gesetzlichen Vorgaben als Betreiber von Spielsalons und als Verwaltungsratspräsident XY AG, welche den Spielsalon in Z. betrieb. Mit seiner Anweisung, erzielte Punktegewinne als Darlehen an Spieler ausbezahlen, nahm er in Kauf, dass er damit das geltende Recht umgeht. Er handelte damit zumindest eventualvorsätzlich, weshalb auch der subjektive Tatbestand zu bejahen ist.

3.2 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Einzelrichter weder materielles Recht falsch angewandt hat noch erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit seiner Tatsachenfeststellung bestehen. Die rechtliche Würdigung erweist sich als zutreffend, weshalb der Verzeigte der Übertretung des Bundesgesetzes über Glückspiele und Spielbanken im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG schuldig zu sprechen ist.

3.3 Die Verteidigung macht geltend, dass sich der Angeklagte in einem Rechtsirrtum befunden habe. Gemäss Art. 20 StGB kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt. Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum regelmässig, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte zweifeln müssen (BGE 129 IV 6 E. 4.1). Falls Anlass zu Zweifeln besteht, hat sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen Behörde zuvor näher zu informieren (BGE 129 IV 6 E. 4.1; 121 IV 109 E. 5b S. 126 f.). Auf Rechtsirrtum im Sinne von Art. 20 StGB kann sich nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme hat, er tue überhaupt nichts

Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hält (BGE 6S/227 vom 21. März 2003 E. 4BGE 128 IV 201 E. 2; 104 IV 217 E. 2).

Der Hinweis auf das fehlende Unrechtsbewusstsein und die Geltendmachung eines Rechtsirrtums nach Art. 20 StGB kann bei der dargelegten Sachlage nur als Schutzbehauptung qualifiziert werden. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 21 S. 7 f.). Selbst wenn sich der Verzeigte in einem Irrtum über die Rechtslage befunden haben sollte, war dieser folglich vermeidbar. Der Appellant wusste um das Verbot von Geldauszahlungen. Es wäre im daher auch zumutbar gewesen, bei aus seiner Sicht unklaren Rechtslage entsprechende Erkundigungen einzuholen.

III. Strafzumessung

IV. Kosten

Das Gericht erkennt:

1. Der Verzeigte X. ist schuldig der Übertretung des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG.
2. Der Verzeigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 20'000.--.
- 3.
- 4.
- 5.
6. Rechtsmittel:

Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde: Gegen diesen Entscheid können der Verzeigte, die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, die Eidgenössische Spielbankenkommission sowie die Bundesanwaltschaft innert

30 Tagen, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, beim Kassationshof des Bundesgerichts Nichtigkeitsbeschwerde erheben.

Die Beschwerde ist schriftlich im Doppel und in der in Art. 273 der Bundesstrafprozessordnung (BStP) vorgeschriebenen Weise einzureichen. Die Beschwerde kann nur damit begründet werden, dass der angefochtene Entscheid eidgenössisches Recht verletze. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den Vorschriften in Art. 268 ff. BStP.