

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU110025-O/U/eh

Mitwirkend: Die Obergerichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und der Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Stark

Urteil vom 1. Februar 2012

in Sachen

1. **A.**_____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

2. **B.**_____ GmbH,

Einziehungsbetroffene und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **Eidgenössische Spielbankenkommission,**

2. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerinnen und Berufungsbeklagte

betreffend

Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz

Berufung gegen ein Urteil vom 31. März 2011 sowie die Verfügung vom 31. Mai 2011 des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht (GU100061)

Strafverfügung

Der Strafbescheid (Urk. 3/1/16 ff.) sowie der Einziehungsbescheid (Urk. 3/1/22 ff.) der Eidgenössischen Spielbankenkommission vom 11. November 2009 sind diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz vom 31. März 2011

(Urk. 24)

1. a) Der Angeschuldigte A._____ ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.
b) [...]
2. a) Der Angeschuldigte A._____ wird bestraft mit einer Busse von Fr. 2'000.--. Bezahlt der Angeschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen.
b) [...]
3. a) [...]
b) Die Einziehungsbetroffene B._____ GmbH wird verpflichtet, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 3'620.-- zu bezahlen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Gerichtskosten werden den Angeschuldigten A._____ und [...] je zu 3/8 und der Angeschuldigten B._____ GmbH im Umfang von 1/4 auferlegt. Über diese Kosten stellt die Bezirksgerichtskasse Zürich Rechnung.
6. a) Die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens [Nr. 81.07-022/02/Ly] in der Höhe von Fr. 1'397.-- (Spruchgebühr Fr. 1'100.--, Schreibgebühr Fr. 250.--, Barauslagen Fr. 47.--) werden dem Angeschuldigten A._____ auferlegt.
b) [...]
c) Die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens [Nr. 81.07-220/03/Ly] in der Höhe von Fr. 430.-- (Spruchgebühr Fr. 300.--, Schreibgebühr Fr. 130.--) werden der Angeschuldigten B._____ GmbH auferlegt.

Verfügung der Vorinstanz vom 31. Mai 2011

(Urk. 28)

1. Das Dispositiv des Urteils vom 31. März 2011 wird wie folgt ergänzt:
"3c. Der im Restaurant D._____ am 30. Mai 2007 sichergestellte und mit Verfügung vom 22. Juni 2007 beschlagnahmte Spielautomat der B._____ GmbH des Typs E._____ wird eingezogen und vernichtet."
2. Es werden keine Kosten erhoben.

Berufungsanträge

a) **Des Verteidigers des Beschuldigten und des Vertreters der Einziehungsbetroffenen (Urk. 44 S. 2):**

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen, vom 31.03.2011, sei rücksichtlich Disp. Ziff. 1.a., 2.a., 3.b., 4., sowie 5., insoweit, als den Angeklagten Ziff. 1 und 2 Kosten auferlegt wurden, sowie 6.a. und 6.c. aufzuheben;
2. Der Angeklagte A._____ sei vom Vorwurf der Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken, begangen durch betreiben eines Glückspielautomaten des Typs E._____ im Rest. D._____, in der Zeit von ca. Januar 2007 bis 30. Mai 2007, gemäss Überweisungsschrift der ESBK an die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, vom 13.09.2010, bzw. dort erwähntem Strafbescheid vom 11.11.2009, und damit von Schuld und Strafe freizusprechen;
3. Die zu Lasten der B._____ GmbH mit Einziehungsbescheid vom 11.11.2009 verfügte Einziehung des am 22.06.2007 im Rest. D._____ beschlagnahmten Glückspielautomaten des Typs E._____, sei aufzuheben, bzw. nicht zu bestätigen, unter gleichzeitiger Freigabe des Geräts an die Eigentümerschaft, Aufhebung der Beschlagnahmung betreffend Kasseneinhalt von CHF 1'760.-, und Freigabe desselben zuhan-

den der Eigentümerschaft, sowie Aufhebung bzw. Nichtbestätigung der Verfügung betreffend Ersatzforderung des Bundes in Höhe von CHF 2'740.– bzw. gemäss Urteil Disp. Ziff. 3.b. von CHF 3'620.–;

4. Auf das um eine Ziffer 3c ergänzte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen, vom 31.03.2011, in der Fassung der Verfügung vom 31.05.2011, Disp. Ziff. 1, sei nicht einzutreten; ev. das ergänzte Urteil sei aufzuheben;
5. Ev., die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die VI zurückzuweisen;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, in sämtlichen Verfahren.

b) Des Vertreters der Eidgenössischen Spielbankenkommission
(Urk. 54, sinngemäss):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

c) Des Vertreters der Oberstaatsanwaltschaft
(Urk. 36 sinngemäss):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Strafbescheid Nr. 81.07-022/012/Lyl vom 11. November 2009 bestrafte die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) den Beschuldigten A._____ gestützt auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG (Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken [Spielbankengesetz; SR 935.52]) wegen (vorsätzlicher) Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz mit einer Busse von Fr. 2'000.– unter

Auflage der Verfahrenskosten (Urk. 3/1/16 ff.). Gleichentags verfügte sie mit Einziehungsbescheid Nr. 81.07-022/03/Lyl die Einziehung und Vernichtung des beschlagnahmten Glücksspielautomaten "E._____" sowie die Einziehung von Fr. 1'760.– zulasten der Einziehungsbetroffenen B._____ GmbH und verpflichtete diese zudem zur Bezahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 2'740.– unter Auflage der Verfahrenskosten (Urk. 3/1/22 ff.).

2. Gegen diese Straf- bzw. Einziehungsbescheide erhoben der Beschuldigte und die Einziehungsbetroffene je mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 fristgerecht Einsprache und stellten das Begehren um gerichtliche Beurteilung (Urk. 3/2/12 ff. bzw. Urk. 3/2/18 ff.). Mit Schreiben vom 13. September 2010 (Urk. 1) überwies die ESBK die Strafbescheide inklusive Untersuchungsakten an die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zuhanden des zuständigen Gerichtes. Das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 31. März 2011 ebenfalls der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 1 SBG schuldig und bestrafte ihn gleichermassen mit einer Busse von Fr. 2'000.–, unter Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen (Urk. 24 S. 22 f.). Weiter verpflichtete es mit gleichem Urteil die Einziehungsbetroffene zur Bezahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 3'620.– (Urk. 24 S. 23). Mit Verfügung vom 31. Mai 2011 berichtigte die Vorinstanz in Anwendung von § 166 GVG/ZH das Urteilsdispositiv und verfügte die Einziehung und Vernichtung des beschlagnahmten Glücksspielautomaten "E._____" (Urk. 28).

3. Mit Eingabe vom 13. Mai 2011 meldeten der Beschuldigte sowie die Einziehungsbetroffene innert Frist Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht, an (Urk. 20). Ebenfalls innert Frist reichten sie ihre Berufungserklärung ein (Urk. 25). Zudem meldeten sie auch gegen die Urteils-ergänzung fristgerecht Berufung an (Urk. 29) und reichten die Berufungserklärung ein (Urk. 33). Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich sowie die ESBK verzichteten auf Anschlussberufung (Urk. 36 und Urk. 38).

4. Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 12. Juli 2011 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten sowie der Einziehungsbetroffenen Frist angesetzt, um die Berufungsanträge abschliessend zu stellen

und zu begründen (Urk. 40). Die begründeten Anträge erfolgten innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 5. September 2011 (Urk. 44), worauf der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, der ESBK sowie der Vorinstanz mit Präsidialverfügung vom 15. September 2011 Frist zur Berufungsantwort bzw. freigestellten Vernehmlassung angesetzt wurde (Urk. 47). Während die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich auf eine Berufungsantwort verzichtete (Urk. 50), reichte die ESBK innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 28. Oktober 2011 eine Berufungsantwort ein (Urk. 54). Diese wurde den übrigen Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (Urk. 56). Das Verfahren erweist sich somit als spruchreif.

II. Prozessuales

5. Anwendbares Recht

5.1. Per 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) in Kraft getreten. Gemäss Art. 454 Abs. 1 StPO werden Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheide, die nach deren Inkrafttreten gefällt werden, nach neuem Recht beurteilt. Die vorliegende Berufung ist daher nach der Schweizerischen Strafprozessordnung zu beurteilen, soweit nicht das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht; SR 313.0) zur Anwendung kommt. Auch nach Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 ist das VStrR weiterhin anwendbar (Urteil des Bundesgerichtes 1B_417/2010 vom 1. April 2011, E. 1.1).

5.2. Das VStrR gilt für Verfahren, in denen wie vorliegend (vgl. Art. 57 SBG) die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist, grundsätzlich unter Ausschluss der Strafprozessordnung. Die in den Art. 19-61 VStrR getroffene Regelung über die Ausgestaltung der Strafuntersuchung ist abschliessend. Nach Art. 82 VStrR gelten hingegen für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten die Vorschriften der StPO, soweit Art. 73-81 VStrR nichts anderes bestimmen. Die Bestimmungen der StPO kommen somit

nur (ergänzend) im Verfahren vor den kantonalen Gerichten zur Anwendung.

6. Kognition der Berufungsinstanz

6.1. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wurde. Im Rahmen einer Berufung überprüft das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid üblicherweise frei bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen (Art. 398 Abs. 3 StPO). Bildeten jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 Satz 1 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen darf das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft werden, ob es rechtsfehlerhaft ist, d.h. ob eine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz vorliegt, oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist.

6.2. Relevant sind dabei klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, wie namentlich Versehen, Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- und Beweislage sowie der Urteilsbegründung. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht (in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst) beruht. Gesamthaft gesehen dürften regelmässig Konstellationen relevant sein, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 398 N 12 f.; BSK StPO - Eugster, Basel 2011, Art. 398 N 3). Willkür bei der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt nicht (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4 mit Hinweisen). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist nicht willkürlich, auch wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte.

6.3. Zu erwähnen ist schliesslich, dass – im Gegensatz zur bisherigen zürcherischen Regelung – nach der eidgenössischen Strafprozessordnung neue Behaup-

tungen und Beweise im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können, wenn wie hier ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildeten (Art. 398 Abs. 4 Satz 2 StPO). Die Berufungsinstanz entscheidet aufgrund der bereits vor erster Instanz vorgebrachten Behauptungen und der bestehenden Beweisgrundlage. Hat die erste Instanz Beweise willkürlich nicht abgenommen, kann die Berufungsinstanz den Entscheid nur aufheben und muss den Fall zur Beweisabnahme und einer neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen (BSK StPO - Eugster, a.a.O., Art. 398 N 3). Das von der Verteidigung neu beantragte Beweismittel (Visionierung der Sendung "..."; Urk. 33 S. 3; Urk. 44 S. 7) kann im vorliegenden Verfahren folglich nicht mehr abgenommen werden.

6.4. Das Obergericht hat somit zu überprüfen, ob die von den Berufungsklägern vorgebrachten Beanstandungen von der Überprüfungsbefugnis gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO gedeckt sind. In einem allfälligen nicht von der genannten Befugnis umfassten Umfang kann auf die Einwendungen nicht eingegangen werden. Es ist somit festzustellen, ob das vorinstanzliche Urteil im Bereich der zulässigen Kognition Fehler aufweist.

III. Zu den prozessualen Vorbringen

7. Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschuldigten

7.1. Zunächst rügt die Verteidigung wie bereits vor Vorinstanz, das rechtliche Gehör und die Verfahrensrechte des Beschuldigten seien verletzt worden, da er "im umfangreichen Vorverfahren" gar nicht befragt worden sei. Zu den wichtigsten Teilgehalten des Anspruchs auf rechtliches Gehör zähle unter anderem der Anspruch auf vorgängige Orientierung und Äusserung sowie auf Mitwirkung am Beweisverfahren. Ein Verzicht könne nur angenommen werden, wenn er eindeutig und unmissverständlich erfolge, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei. Eine Heilung im Rechtsmittelverfahren sei aufgrund der eingeschränkten Kognition nicht möglich (Urk. 44 S. 4 f.).

7.2. Wie erwähnt ist die in den Art. 19-61 VStrR getroffene Regelung über die Ausgestaltung der Strafuntersuchung abschliessend. Im Verwaltungsstrafverfahren ist die Durchführung einer Untersuchung durch Vornahme gewisser Untersuchungshandlungen gegenüber einem bestimmten Beschuldigten nicht unerlässlich und eine Einvernahme des Beschuldigten nicht zwingend erforderlich. Gemäss Art. 37 Abs. 3 VStrR kann sogleich das Schlussprotokoll aufgenommen werden, wenn besondere Untersuchungshandlungen nicht nötig sind. Mit Eröffnung des Schlussprotokolls wird dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben, sich dazu auszusprechen, die Akten einzusehen und eine Ergänzung der Untersuchung zu beantragen (Art. 61 Abs. 2 bzw. Abs. 3 StPO). Vorliegend ist der untersuchende Beamte gemäss diesen Vorschriften verfahren. Der Beschuldigte wurde im Schlussprotokoll auf die Möglichkeiten hingewiesen, Stellung zu nehmen, eine Ergänzung der Untersuchung zu beantragen und die Akten einzusehen (Urk. 3/1/38). Inwiefern dieses im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen stehende Vorgehen das rechtliche Gehör des Beschuldigten verletzt, wird von der Verteidigung nicht dargelegt und ist nicht ersichtlich. Dem Beschwerdeführer wurde die Gelegenheit gegeben, als Beschuldigter in einer Strafuntersuchung Parteirechte wahrzunehmen. Er hat davon keinen Gebrauch gemacht, sondern in seiner Stellungnahme zum Schlussprotokoll lediglich geltend gemacht, im fraglichen Zeitpunkt hätten in zahlreichen Lokalen gleiche Geräte gestanden und es sei nie eine Reklamation deswegen erfolgt. Bei täglichen polizeilichen Kontrollen sei nie etwas beanstandet worden und auch die ESBK habe keine Hinweise gegeben (Urk. 3/2/24). Damit hat er entgegen den Ausführungen der Verteidigung eindeutig auf weitere Untersuchungshandlungen, auch auf eine Einvernahme als Beschuldigter, verzichtet. Sein rechtliches Gehör wurde durch dieses Vorgehen folglich nicht verletzt (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichtes 6B_92/2008 vom 20. Juni 2008, E. 2.2).

8. Verletzung der Teilnahmerechte des Beschuldigten

8.1. Weiter wird geltend gemacht, es liege ein Verfahrensfehler vor, da weder mit dem Mitbeschuldigten F.____ noch der Zeugin G.____ eine Konfrontationseinvernahme erfolgt sei. Dies gelte insbesondere, wenn mehrere Beschuldigte

vorhanden seien, da jeder für seine Sache schauen und sich nicht selber belasten müsse, wie es offensichtlich bei F. _____ der Fall gewesen sei (Urk. 44 S. 5).

8.2. Von gewissen Fällen abgesehen, in denen eine Konfrontation aus objektiven, von den Strafverfolgungsbehörden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich war, sind belastende Aussagen von Zeugen und Auskunftspersonen grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte den Belastungszeugen wenigstens einmal während des Verfahrens in direkter Konfrontation befragen konnte. Den Teilnahmerechten, inkl. dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt grundsätzlich ein absoluter Charakter zu. Jedoch wird dies insofern relativiert, als er nur uneingeschränkt gilt, wenn dem fraglichen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_92/2008 vom 20. Juni 2008, E. 3.3.1; BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481; BGE 129 I 151 E. 3.1 S. 154, je mit Hinweisen).

8.3. Grundsätzlich gilt dies auch im Verwaltungsstrafverfahren (vgl. Art. 35 VStrR und Art. 41 Abs. 3 VStrR). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Verzicht trotz des grundsätzlich absoluten Charakters des Teilnahmerechts möglich ist, wie es das Bundesgericht angedeutet hat (Urteil des Bundesgerichtes 6B_92/2008 vom 20. Juni 2008, E. 3.3.3). Sodann stellt sich die Frage, ob der Beschuldigte mit seiner Stellungnahme zum Schlussprotokoll auf seine Teilnahmerechte, insbesondere auf Konfrontationseinvernahmen mit den belastenden Personen, rechtsgültig verzichtet hat.

8.4. Das den Strafprozess beherrschende Gebot der materiellen Wahrheit verlangt, dass die Untersuchungsbehörden und die Gerichte den Sachverhalt, der Gegenstand des Verfahrens bildet, aus eigener Initiative ermitteln. Diese Pflicht der Behörden zur Ermittlung der materiellen Wahrheit besteht unabhängig vom Vorliegen entsprechender Anträge der Verfahrensbeteiligten. Vielmehr ist die Untersuchungsbehörde (auch wenn es sich dabei um eine Verwaltungsbehörde handelt) verpflichtet, von sich aus formkorrekte Befragungen durchzuführen und die Teilnahmerechte eines Beschuldigten zu wahren. Diesen Aspekt hat das Bundesgericht im genannten Urteil nicht erwogen, sondern einzig festgehalten, die fraglichen Aussagen hätten keine ausschlaggebende Bedeutung und ausser-

dem sei der Beschwerdeführer im Schlussprotokoll ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass er die Möglichkeit habe, dazu Stellung zu nehmen und eine Ergänzung der Untersuchung zu beantragen, von dieser Möglichkeit habe er keinen Gebrauch gemacht (a.a.O.). Vorliegend können diese Fragen letztlich offen bleiben, nachdem der angeklagte Sachverhalt ohne die Aussagen von F._____ und G._____ erstellt ist, diese mithin für die Sachverhaltserstellung irrelevant sind (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 12).

9. Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit

Schliesslich wird geltend gemacht, wenn im Bereich der Kaugummiautomaten "stimulierendes „Beigemüse“" als Anlass zur Anrufung des SBG genommen werde, sei dies willkürlich und verstosse gegen die Rechtsgleichheit. Dies werde im Bereich des Marketing als "incentive" bezeichnet, sei üblich und gebe nirgends Anlass zur Einschaltung und Anrufung des SBG (Urk. 44 S. 5 f.). Nachdem die ESBK den fraglichen "Kaugummiautomaten", den "E._____", als Glückspielautomaten qualifiziert und sich ausführlich dazu geäussert hat, dass es sich gerade nicht um "stimulierendes „Beigemüse“" handelt, und dieser Entscheid vom Strafrichter nicht überprüft werden kann (unten Ziff. 12), erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Jedenfalls ist die Rechtsgleichheit nicht verletzt.

IV. Zu den materiellen Vorbringen

10. Angeklagter Sachverhalt

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe sich durch das Aufstellen bzw. Betreiben des als Glücksspielautomaten zu qualifizierenden "E._____" ausserhalb einer konzessionierten Spielbank in der Zeit von Januar 2007 bis 30. Mai 2007 der (eventualvorsätzlichen) Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG schuldig gemacht (Urk. 3/1/20). Zudem wurde die Einziehung des im Eigentum der Einziehungsbetroffenen stehenden Glückspielautomaten "E._____" verfügt (Urk. 3/1/28).

11. Rügen des Beschuldigten sowie der Einziehungsbetroffenen

11.1. Zunächst wird geltend gemacht, die Verfügung des Präsidenten der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 19. September 2006 habe jedenfalls bis Februar 2007 aufschiebende Wirkung gehabt, weshalb während dieser Zeit keine strafbare Handlung vorliegen könne. Zudem stelle das Betreiben des Automaten "E._____" nicht per se eine strafbare Handlung dar, sondern nur, wenn das Kriterium eines Geldgewinnes erfüllt sei. Die Sammelkarten hätten nicht gegen Bargeld getauscht werden können, sondern hätten den Kauf von Kaugummis "stimulieren" sollen, was keinen Gewinn darstelle. In der Zeit, als die aufschiebende Wirkung der Verfügung nicht mehr bestanden habe, sei der Automat nicht als "Geldspielautomat" betrieben worden. Es fehle somit an einem tatbestandsmässigen Verhalten. Ferner habe der Beschuldigte A._____ dafür gesorgt, dass nichts gemacht worden sei, was gemäss Verfügung der ESBK vom 2. August 2006 nicht zulässig gewesen sei. Somit fehle es ihm am Vorsatz. Dazu komme, dass der fragliche Automat erst mit Urteil des Bundesgerichtes vom 19. November 2007 als Glückspielautomat qualifiziert worden sei, weshalb der subjektive Tatbestand schon aus objektiven Gründen nicht gegeben gewesen sei (Urk. 44 S. 4, S. 5 f. und S. 7 f.).

11.2. Schliesslich wird geltend gemacht, die fragliche Übertretung sei verjährt, weshalb keine Bestrafung erfolgen könne. Der verwaltungsrechtliche Entscheid habe nicht die Bedeutung eines erstinstanzlichen Urteils. Es gehe nicht an, die Praxis zum Strafbefehl auf Entscheide der ESBK, die sich parteiisch verhalte, anzuwenden (Urk. 44 S. 6 f.).

11.3. Abschliessend wird festgehalten, dass die mit Verfügung der Vorinstanz vom 31. Mai 2011 erfolgte Ergänzung des Urteils unzulässig sei (Urk. 44 S. 8). Darauf wird nachfolgend zurückzukommen sein (unten Ziff. 15).

12. Sachverhaltserstellung und rechtliche Würdigung

12.1. Mit Verfügung vom 2. August 2006 qualifizierte die ESBK den Spielautomaten "E._____" als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG und verbot unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, den Spielautomaten

ausserhalb von konzessionierten Spielbanken zu betreiben. Einer Beschwerde gegen diese Verfügung entzog sie die aufschiebende Wirkung (Urk. 12/1). Gegen diese Verfügung der ESBK erhob unter anderem die Einziehungsbetroffene Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken.

12.2. Die Einziehungsbetroffene ersuchte einerseits um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung des Präsidenten der Rekurskommission vom 19. September 2006 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde für die am 2. August 2006 bereits in Betrieb stehenden Automaten superprovisorisch wiederhergestellt (Urk. 12/2 Disp. Ziff. 4). Am 11. Dezember 2006 hob der Präsident der Rekurskommission Ziff. 4 seiner superprovisorischen Verfügung auf und wies das Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vollständig (d.h. auch in Bezug auf die am 2. August 2006 bereits in Betrieb stehenden Automaten) ab (Urk. 12/3). Dagegen erhob u.a. die Einziehungsbetroffene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht und beantragte, es sei die mit Präsidialverfügung vom 19. September 2006 gewährte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung aufrechtzuerhalten bzw. es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (vgl. Urk. 12/4 E. 1 i.V.m. Urk. 13). Im Rahmen der Einladung zur Vernehmlassung bis zum 7. Februar 2007 teilte das Bundesgericht der Rekurskommission mit, dass bis zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung Vollziehungsvorkehren zu unterbleiben hätten (Urk. 13 = Urk. 45). Mit Urteil vom 26. März 2007 wies das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab (Urk. 12/4).

12.3. Andererseits erhob die Einziehungsbetroffene Beschwerde in der Sache an das Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der ESBK vom 2. August 2006. Mit Urteil vom 25. Juni 2007 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab. Dagegen erhob die Einziehungsbetroffene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht. Dieses wies mit Urteil vom 19. November 2007 die Beschwerde ebenfalls ab (Urk. 12/5).

12.4. Gestützt auf Art. 111 Abs. 2 OG (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege [SR 173.110], das im damaligen Zeitpunkt anwendbar war, vgl. Urk. 12/4 E. 2) hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei einer Verfügung,

die zu nicht einer Geldleistung verpflichtet, nur aufschiebende Wirkung, wenn sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügt wird. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 4) wurde vom Bundesgericht (bzw. dem zuständigen Präsidenten) die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht verfügt. In der Einladung zur Vernehmlassung wurde lediglich festgehalten, dass Vollziehungsmassnahmen seitens der ESBK bzw. der Rekurskommission zu unterbleiben hätten. Mithin wurde die Rekurskommission einzig aufgefordert, nicht gegen Betreiber der Automaten vorzugehen und beispielsweise Automaten zu beschlagnahmen. Dies hatte jedoch keinen Einfluss auf die Frage, ob der "E._____" als Glücksspielautomat zu qualifizieren ist. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat (Urk. 24 S. 10 f.), hatten die Beschwerden der Einziehungsbe betroffenen lediglich in der Zeit vom 19. September 2006 bis zum 11. Dezember 2006 aufschiebende Wirkung.

12.5. Aufgrund der Verfügung der ESBK vom 2. August 2006 (bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichtes vom 19. November 2007) sind die Spielautomaten "E._____" als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG zu qualifizieren. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 24 S. 10), kann diese Verwaltungsverfügung vom Strafrichter nicht überprüft werden (BGE 129 IV 246 E. 2.1 = Pra 93 [2004] Nr. 71). Mithin ist auch im Strafverfahren davon auszugehen, dass der Spielautomat "E._____" – auch im fraglichen Zeitpunkt von Januar 2007 bis 30. Mai 2007 – ein Glücksspielautomat ist. Aus der Qualifikation als Glücksspielautomat folgt definitionsgemäss, dass beim "E._____" ein geldwerter Vorteil in Aussicht steht (Art. 3 Abs. 2 SBG: "Glücksspielautomaten sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten [...]"; und Art. 3 Abs. 1 SBG: "Glücksspiele sind Spiele, bei denen [...] ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht [...]"). Die Ausführungen der Verteidigung betreffend das Kriterium eines Geldgewinnes sind somit unbeachtlich (Urk. 44 S. 4, S. 5 f., S. 8 f.).

12.6. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG und Art. 333 Abs. 3 und 4 StGB wird mit Busse bis zu Fr. 500'000.– bestraft, wer (eventual-) vorsätzlich ausserhalb konzessionierter Spielbanken Glücksspiele organisiert oder gewerbsmässig betreibt. Eine abschliessende Definition der Tathandlung ("organisieren oder ge-

werbsmässig betreiben") ist nicht möglich. An das Erfordernis der Organisationshandlung werden keine hohen Anforderungen gestellt (BGE 108 IV 117 ff.). Durch das Aufstellen und Betreiben eines verbotenen Glückspielautomaten wird jedenfalls ein Glückspiel organisiert, da dadurch erst der Zugang dazu ermöglicht wird.

12.7. Die Einziehungsbetroffene ist unbestritten Eigentümerin des fraglichen "E._____" und stellte ihn dem Betreiber des Internet Café "D._____" zur Verfügung (Urk. 10/2). Die Anwendbarkeit von Art. 6 VStrR und damit die Verantwortlichkeit des Beschuldigten für die B._____. GmbH (die Einziehungsbetroffene), deren Gesellschafter und Geschäftsführer er im fraglichen Zeitpunkt war (Urk. 3/1/44 f.), ist unbestritten. Dass die Einziehungsbetroffene in der Zeit von Januar 2007 bis 30. Mai 2007 einen "E._____" im Internet Café "D._____" betrieb, insbesondere den Automaten regelmässig leerte und neu auffüllte, und dass das Internet Café "D._____" keine konzessionierte Spielbank im Sinne von Art. 4 SBG darstellt, wurde ebenfalls nicht bestritten (vgl. insbes. Prot. I S. 6 f.). Dadurch ist der objektive Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG erfüllt, dies ist dem Beschuldigten zuzurechnen.

12.8. Als Geschäftsführer der Einziehungsbetroffenen, die Partei in den obgenannten Verfahren betreffend die Qualifikation des "E._____" war (vgl. Ziff. 12.2 und 12.3), wusste der Beschuldigte, dass die ESBK den "E._____" mit Verfügung vom 2. August 2006 als Glückspielautomaten qualifiziert hatte und den Rechtsmitteln der Einziehungsbetroffenen – mit Ausnahme der Zeit vom 19. September 2006 bis zum 11. Dezember 2006 – die aufschiebende Wirkung entzogen worden war. Indem er bzw. die Einziehungsbetroffene trotz des ausdrücklichen Hinweises, dass es gestützt auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG verboten sei, den Spielautomaten "E._____" ausserhalb von konzessionierten Spielbanken zu betreiben, einen solchen im "D._____" betrieb, handelte er im eingeklagten Zeitraum (Januar 2007 bis 30. Mai 2007) mit (direktem) Vorsatz. Er konnte nicht davon ausgehen, dass nach der Präsidialverfügung vom 11. Dezember 2006, gegen die er bzw. die Einziehungsbetroffene am 26. Dezember 2006 Beschwerde erhoben hatte (vgl. Urk. 12/4 E. 1), weiterhin eine aufschiebende Wirkung bestand. Indem er trotzdem den "E._____" weiterhin betrieb, verletzte er bewusst und gewollt

Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, weshalb auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist. Daran ändern auch die Ausführungen der Verteidigung nichts, der Beschuldigte habe dafür gesorgt, dass nichts gemacht werde, was gemäss Verfügung der ESBK vom 2. August 2006 nicht zulässig sei. Gemäss dieser Verfügung war gerade der Betrieb des "E._____" unzulässig, unabhängig von weiteren Bedingungen wie einem Geldgewinn. Entgegen der Verteidigung wurde der "E._____" auch nicht erst mit dem Urteil des Bundesgerichtes vom 19. November 2007 als Glücksspielautomat qualifiziert, sondern mit der genannten Verfügung der ESBK, wobei dies aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde einzig für die hier nicht interessierende Zeit vom 19. September 2006 bis zum 11. Dezember 2006 nicht galt.

12.9. Nachdem die Einziehungsbetroffene Partei und somit Adressatin der Verfügung betreffend Qualifikation des "E._____" war, ist es auch unbeachtlich, ob die Polizei diesen nie beanstandete und ob um das "D._____" in weiteren Lokalen ein bzw. mehrere "E._____" betrieben wurden.

12.10. Nachdem vorliegend keine aufschiebende Wirkung für vor dem 2. August 2006 aufgestellte Geräte gegeben ist und lediglich der Betrieb in der Zeit von Januar 2007 bis 30. März 2007 eingeklagt ist, kann offen bleiben, wann der fragliche "E._____" aufgestellt wurde, insbesondere ob dies vor dem 2. August 2006 geschah.

13. Verjährung

13.1. Wie erwähnt macht die Verteidigung geltend, die Übertretung sei verjährt (Urk. 44 S. 6 f.). Die ESBK macht in ihrer Berufungsantwort geltend, Übertretungen im Spielbankengesetz verjähren erst nach sieben Jahren (Urk. 54). Nachdem die Verteidigung dies im vorinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht hatte, stellt sich die Frage, ob sie mit diesem Einwand im Berufungsverfahren noch zu hören ist.

13.2. Gemäss Art. 398 Abs. 4 Satz 2 StPO ist auf neue Behauptungen nicht einzugehen. Unter "neue Behauptungen" sind gemäss Sinn der Regelung (Beschränkung auf den Sachverhalt, wie er sich vor Vorinstanz präsentierte)

solche zu verstehen, die den Sachverhalt betreffen und nicht aber solche, die rechtliche Fragen betreffen (vgl. auch Art. 99 BGG). Im Strafverfahren ist das Recht von Amtes wegen anzuwenden ("iura novit curia"), weshalb es im erstinstanzlichen Verfahren keine Rügepflicht des Beschuldigten gibt. Auch die Frage der Verjährung ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen, was die Vorinstanz auch getan hat (Urk. 24 S. 7). Folglich ist der Beschuldigte im erstinstanzlichen Verfahren nicht gehalten, Behauptungen zur Rechtsanwendung, beispielsweise dem Eintritt der Verjährung, aufzustellen, er kann sich vielmehr darauf verlassen, dass das Gericht das von Amtes wegen anzuwendende Recht korrekt anwenden wird. Entsprechend muss es ihm offenstehen, eine falsche Rechtsanwendung der Vorinstanz im Berufungsverfahren zu rügen, auch wenn er dies vor Vorinstanz nicht thematisiert hat. Deshalb handelt es sich nicht um eine neue Behauptung im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO, auf die im Berufungsverfahren nicht eingegangen werden könnte.

13.3. Eine Übertretung im Sinne des Spielbankengesetzes verjährt gemäss Art. 57 Abs. 2 SBG in fünf Jahren. Diese Bestimmung hat als "lex specialis" Vorrang vor Art. 11 Abs. 1 VStrR und Art. 109 StGB. Diese Bestimmung wurde (noch) nicht an den neuen Teil des StGB angepasst. Die Übertretungen im Sinne des Spielbankengesetzes verjähren somit neurechtlich gemäss Art. 57 Abs. 2 SBG i.V.m. Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB in zehn Jahren. Die Verjährungsfrist für Vergehen im Sinne des Spielbankengesetzes beträgt hingegen lediglich sieben Jahre (Art. 57 Abs. 1 Satz 1 SBG i.V.m. Art. 2 VStrR und Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB). Das Bundesgericht hielt dazu fest, es könne nicht sein, dass für Übertretungen eine längere Verjährungsfrist gelte als für nach dem gleichen Gesetz zu ahndende Vergehen. Führe die Regelung von Art. 336 Abs. 6 StGB im Nebenstrafrecht dazu, dass für Übertretungen eine längere Verjährungsfrist als für Vergehen desselben Gesetzes gelte, reduziere sich die für Übertretungen geltende Verjährungsfrist entsprechend. Die Verjährungsfrist für Übertretungen im Sinne des Spielbankengesetzes betrage daher gleich wie die Verjährungsfrist für die Vergehen im Sinne dieses Gesetzes sieben Jahre (Urteil des Bundesgerichtes 6B_770/2010 vom 28. Februar 2011, E. 5.2 mit Hinweis auf BGE 134 IV 328 E. 2.1, noch offen gelassen in Urteil 6B_92/2008 vom 20. Juni 2008, E. 1.5.1.2,

wo fälschlicherweise von einer Verjährungsfrist von 7 ½ Jahren bei Vergehen die Rede ist).

13.4. Somit verjähren vorliegend die dem Beschuldigten vorgeworfenen Übertretungen des Spielbankengesetzes nach sieben Jahren. Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils vom 31. März 2011 waren die Taten von Januar 2007 bis 30. Mai 2007 folglich noch nicht verjährt und gestützt auf Art. 97 Abs. 3 StGB kann auch keine Verjährung mehr eintreten.

13.5. Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Erlass eines Strafbescheids gestützt auf Art. 64 VStrR Parallelen zu einem Strafbefehl aufweist, der auf summarischer Grundlage getroffen werden kann. Strafverfügungen gestützt auf Art. 70 VStrR sind hingegen einem gerichtlichen Urteil gleichzustellen, da dem Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren weitgehende Mitwirkungsrechte eingeräumt werden und sie in einem kontradiktorischen Verfahren erlassen werden (BGE 133 IV 112 E. 9.4.4). Vorliegend wurde betreffend den Beschuldigten am 11. November 2009 ein Strafbescheid bzw. betreffend die Einziehungsbetroffene ein Einziehungsbescheid erlassen. Im Einverständnis mit den Parteien wurde die Einsprache als Begehren um gerichtliche Beurteilung behandelt (Art. 71 VStrR), weshalb keine Strafverfügung (bzw. Einziehungsverfügung) erlassen wurde, sondern sogleich die Akten dem zuständigen Gericht überwiesen wurden. Der Strafbescheid vom 11. November 2009 stellt somit entgegen der Vorinstanz kein erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB dar, das den Eintritt der Verjährung verhindert hätte.

V. Strafzumessung

14. Die von der Vorinstanz festgesetzte Busse von Fr. 2'000.– wurde seitens des Beschuldigten nicht beanstandet und erscheint angesichts seines Verschuldens und des weiten Strafrahmens angemessen (Urk. 24 S. 18 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Er ist daher mit einer Busse von Fr. 2'000.– zu bestrafen, unter Ansetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse.

VI. Einziehung und Ersatzforderung

15. Einziehung

15.1. Die Vertretung der Einziehungsbetroffenen macht wie erwähnt geltend, die mit Verfügung der Vorinstanz vom 31. Mai 2011 erfolgte Ergänzung des Urteils sei unzulässig, da es um wesentliche Aspekte des Verfahrens gehe. Mit gefällttem Urteil entschwände der urteilsfällenden Instanz die Herrschaft über das Verfahren (Urk. 44 S. 8).

15.2. Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 31. Mai 2011 ihr Urteil in Anwendung von § 166 GVG/ZH ergänzt bzw. berichtigt (Urk. 28). Sie führte diesbezüglich aus, dass in den Erwägungen zwar erwähnt worden sei, dass der Spielautomat "E._____" definitiv einzuziehen und zu vernichten sei. Versehentlich fehle aber die entsprechende Anordnung im Urteilsdispositiv. Dabei handle es sich um ein offensichtliches Versehen, das von Amtes wegen zu korrigieren sei.

15.3. Grundsätzlich ist ein Gericht an seine erlassenen Entscheide gebunden, und zwar selbst dann, wenn der Entscheid unrichtig ist. Die Neufassung eines Entscheids ist gemäss dem in casu darauf anwendbaren Prozessrecht (die Hauptverhandlung im vorliegenden Verfahren war am 9. November 2010) nur in den Fällen von §§ 162-166 GVG/ZH möglich. Das Dispositiv des Urteils vom 31. März 2011 ist unvollständig, hat dieses doch gemäss § 160 Ziff. 12 i.V.m. Ziff. 9 GVG/ZH unter anderem den Entscheid über die Einziehung beschlagnehmter Gegenstände zu enthalten (vgl. auch Art. 81 Abs. 4 lit. e StPO).

15.4. Gemäss § 166 GVG/ZH können offenkundige Versehen, wie Schreibfehler, Rechnungsfehler und irrige Bezeichnungen der Parteien, vom Kanzleibeamten im Einverständnis mit dem Präsidenten und unter Mitteilung an die Parteien berichtigt werden. Die Berichtigung kann auch durch das Gericht beschlossen bzw. verfügt werden und ist an keine Frist gebunden (Hauser/Schweri, a.a.O., § 167 N 3 f.; vgl. auch Art. 83 StPO). Die Aufzählung von offenkundigen Versehen ist nicht abschliessend ("wie"). Ein offenkundiges Versehen ist immer dann anzunehmen, wenn aus dem Text einer gerichtlichen Entscheidung ohne Weiteres

hervorgeht, dass das, was das Gericht hat aussprechen oder anordnen wollen, nicht übereinstimmt mit dem, was es tatsächlich ausgesprochen oder angeordnet hat. Entsprechend muss es sich beim zu korrigierenden Irrtum um einen Fehler im Ausdruck und nicht um einen solchen in der Willensbildung handeln (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 166 N 1). Versteckte Mängel liegen vor, wenn der Entscheid nicht den wirklichen Willen des Gerichtes wiedergibt, wobei der tatsächliche Wille aus den Erwägungen selbst nachvollziehbar ist. Solche Fehler können gemäss Praxis ebenfalls berichtigt werden. Damit wird gerade kein Mangel in der Willensbildung korrigiert und der Entscheid erfährt keine inhaltliche Änderung, da diesem nichts beigefügt wird, was nicht bereits Inhalt der richterlichen Entscheidungsfindung war. Insbesondere dürfen bei Lücken im Dispositiv zu dessen Auslegung und zur Feststellung des Inhalts die Urteilsbegründungen herangezogen werden, aber nur dann, wenn der Sinn und Inhalt sich eindeutig aus ihnen ergeben. Entsprechend kann das Dispositiv berichtigt werden. Liefert hingegen auch die Urteilsbegründung keine unbedingt zuverlässige Auskunft, sondern ist auch sie lückenhaft oder unklar, so ist der Weg der Erläuterung (§§ 162 ff. GVG/ZH) zu beschreiten (ZR 109 [2010] Nr. 4 E. 5b mit Verweis auf Hauser/Schweri, a.a.O., § 157 GVG N 65).

15.5. Vorliegend ist die Berichtigung des Urteils durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen im Urteil vom 31. März 2011 ergibt sich eindeutig, dass der Glücksspielautomat "E._____" einzuziehen und zu vernichten ist. Sie hat nicht nur die (theoretischen) Voraussetzungen für eine Einziehung angeführt, sondern konkret ausgeführt, dass der "E._____" rechtswidrig aufgestellt worden sei und zudem eine erhebliche Möglichkeit einer missbräuchlichen Verwendung biete (Urk. 24 S. 19 f.). Die Vorinstanz hat somit den entsprechenden Willen eindeutig und klar gebildet, aber aufgrund eines offensichtlichen Versehens diesen Willen im Dispositiv nicht zum Ausdruck gebracht. Entsprechend war sie berechtigt, ihr Urteil im Hinblick auf die Einziehung zu berichtigen.

15.6. In materieller Hinsicht wurde die verfügte Einziehung von der Vertretung der Einziehungsbetroffenen nicht beanstandet. Unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz ist der entsprechende Entscheid zu bestätigen und der im Restaurant D._____ am 30. Mai 2007 sichergestellte und mit Verfügung vom 22. Juni 2007 (Urk. 3/4/18 f.) beschlagnahmte Glücksspielautomat des Typs "E._____" einzuziehen und zu vernichten (Urk. 24 S. 19 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

16. Ersatzforderung

Die Vorinstanz verpflichtete die Einziehungsbetroffene, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 3'620.– zu bezahlen (Urk. 24 S. 20 ff.). Zwar wird von der Vertretung der Einziehungsbetroffenen beantragt, die entsprechende Anordnung sei aufzuheben bzw. nicht zu bestätigen, ohne dass sie jedoch dartut, inwiefern diese Anordnung rechtsfehlerhaft oder diesbezüglich eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes der Vorinstanz gegeben ist. Mithin mangelt es diesbezüglich an Beanstandungen, so dass nicht geprüft werden kann, ob diese von der Überprüfungsbefugnis gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO gedeckt sind. Nachdem infolge des Schuldspruchs eine strafbare Handlung und somit eine Anlasstat vorliegt, ist die vorinstanzliche Anordnung zu bestätigen. Die Einziehungsbetroffene, die B._____ GmbH, ist zur Bezahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 3'620.– zu verpflichten.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

17. Bei diesem Verfahrensausgang ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Urk. 24 S. 23 Dispositiv Ziff. 4, 5 und 6.a sowie 6.c) zu bestätigen, soweit es den Beschuldigten A._____ sowie die Einziehungsbetroffene B._____ GmbH betrifft.

18. Im Berufungsverfahren unterliegen sowohl der Beschuldigte wie auch die Einziehungsbetroffene mit ihren Anträgen vollumfänglich. Hauptgegenstand des Berufungsverfahrens bilden die Anträge des Beschuldigten A._____, während sich die Anträge der Einziehungsbetroffenen B._____ GmbH sinngemäss auf das Nichtvorliegen einer strafbaren Handlung und die Einziehung des "E._____" be-

schränken. Deshalb sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten A._____ zu neun Zehnteln und der Einziehungsbetroffenen B._____ GmbH zu einem Zehntel aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 418 StPO und Art. 97 VStrR).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A._____** ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.
2. Der Beschuldigte **A._____** wird mit Fr. 2'000.– Busse bestraft.
Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen.
3. Der mit Verfügung vom 22. Juni 2007 beschlagnahmte Glücksspielautomat des Typs "E._____" wird eingezogen und vernichtet.
4. Die Einziehungsbetroffene **B._____ GmbH** wird verpflichtet, dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 3'620.– zu bezahlen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4, 5 und 6.a sowie 6.c) wird betreffend den Beschuldigten A._____ und die Einziehungsbetroffene B._____ GmbH bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu neun Zehnteln dem Beschuldigten A._____ und zu einem Zehntel der Einziehungsbetroffenen B._____ GmbH auferlegt.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung/Vertretung dreifach für sich, den Beschuldigten und die Einziehungsbetroffene
 - die Eidgenössische Spielbankenkommission

- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz

9. 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, 1. Februar 2012

Der Präsident:

Dr. F. Bollinger

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Stark