

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SU170052-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und  
lic. iur. Ch. Prinz sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. R. Bretscher

## Urteil vom 12. Juni 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_

gegen

**Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

sowie

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Verfahrensbeteiligte

betreffend

**Übertretung des Spielbankengesetzes**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht,  
vom 22. August 2017 (GC170003)**

**Strafverfügung:**

Die Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK vom 18. Dezember 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 3/7 062 ff.).

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 34 S. 35 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 2'000.–.
3. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen.
4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf Fr. 2'000.–. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer 4 sowie die Kosten der Strafverfügung der ESBK, Nr. 62-2009-046/05/Bef, vom 18. Dezember 2013 in der Höhe von Fr. 3'340.– werden dem Beschuldigten auferlegt.  
  
Über die Kosten gemäss Ziffer 4 stellt die Gerichtskasse Rechnung, während über die dem Beschuldigten von der ESBK auferlegten Kosten die ESBK Rechnung stellt.
6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens beim Obergericht des Kantons Zürich in der Höhe von Fr. 1'000.– werden auf die Staatskasse genommen.
7. Dem Beschuldigten wird eine Parteienschädigung von Fr. 4'590.– (inkl. 8 % MwSt) für die anwaltliche Vertretung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
8. (Mitteilung)
9. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 36 S. 2; Urk. 46 S. 2)

1. Es sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 22. August 2017 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei in Aufhebung der angefochtenen Strafverfügung der ESBK vom 18. Dezember 2013 das Verfahren gegen A.\_\_\_\_\_ vollumfänglich einzustellen.
3. Eventuell es sei der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen.
4. Subeventuell es sei der Beschuldigte mit einer Busse von Fr. 100.– zu bestrafen.
5. Es sei die Anschlussberufung der ESBK abzuweisen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das ganze Verfahren einschliesslich Berufungsverfahren zulasten der Staatskasse.

b) Der eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK:

(Urk. 40 S. 2; Urk. 51 S. 2)

1. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. August 2017 sei aufzuheben.
2. Im Falle der Nichtbezahlung der Busse von Fr. 2'000.– sei die Ersatzfreiheitsstrafe auf 66 Tage festzusetzen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich A.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen.

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessuales**

#### 1. Prozessgeschichte

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 34 S. 3 f.).

1.2. Gegen das vorstehend wiedergegebene schriftlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. August 2017 (Prot. I S. 35 f.), welches den Parteien in vollständig begründeter Ausfertigung am 9. Oktober 2017 zugegangen ist (Urk. 30), liess der Beschuldigte durch seine erbetene Verteidigung je fristgerecht am 17. Oktober 2017 die Berufung anmelden (Urk. 31) sowie am 25. Oktober 2017 die Berufungserklärung einreichen (Urk. 36). Mit Präsidialverfügung vom 17. November 2017 wurde der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK (nachstehend: ESBK) sowie der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und gleichzeitig Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt wird (Urk. 38).

1.3. Mit Eingabe vom 8. Dezember 2017 erhob die ESBK Anschlussberufung (Urk. 40). Mit Beschluss vom 20. Dezember 2017 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 42). Innert einmal erstreckter Frist (Urk. 44) gingen die begründeten Anträge des Beschuldigten am 7. Februar 2018 beim hiesigen Gericht ein (Urk. 46). Mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2018 wurde der ESBK Frist zur Berufungsantwort bzw. zur Begründung der Anschlussberufung sowie der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 48). Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (Urk. 50), reichte die ESBK die Berufungsantwort und Anschlussberufungsbegründung fristgerecht beim hiesigen Gericht ein (Urk. 51).

1.4. Mit Präsidialverfügung vom 7. März 2018 wurde dem Beschuldigten Frist zur Anschlussberufungsantwort sowie der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmung angesetzt (Urk. 53). Während die Vorinstanz erneut auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 55), liess der Beschuldigte am 3. April 2018 die Anschlussberufungsantwort einreichen (Urk. 56). Sowohl die Vorinstanz (Urk. 60) als auch die ESBK (Urk. 61) verzichteten auf eine weitere Stellungnahme. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Anwendbares Recht

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

2.2. Nach Art. 80 Abs. 1 VStrR können gegen Entscheide der kantonalen Gerichte die Rechtsmittel der StPO ergriffen werden. 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.

2.3. Die eidgenössische Strafprozessordnung trat am 1. Januar 2011 in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren – soweit das VStrR auf die StPO verweist – neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO).

## 3. Umfang der Berufung und Kognition der Berufungsinstanz

3.1. Gemäss Art. 80 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. EUGSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO II, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 402 N 1 f.). Der Beschuldigte focht das vorinstanzliche Urteil mit Ausnahme der Dis-

positivziffern 6 (Kosten des Beschwerdeverfahrens) und 7 (Parteientschädigung) an, weshalb diese Teile unanfechtbar in Rechtskraft erwachsen sind, was vorab festzustellen ist. Im Übrigen steht das vorinstanzliche Urteil im Rahmen des Berufungsverfahren zur Disposition.

3.2. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Die Berufungsinstanz überprüft den vorinstanzlichen Entscheid bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen üblicherweise frei (Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO). Bildeten jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen wird das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft, ob es rechtsfehlerhaft ist oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist. Relevant sind dabei klare Versehen bei der Sachverhaltsermittlung wie namentlich Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zur Akten- und Beweislage. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die 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/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 398 N 12 f.; BSK StPO-EUGSTER, 2. Aufl. 2014, Art. 398 N 3a). 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 oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür nicht (BGE 138 I 305 E. 4.3 mit Hinweisen). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher auch dann noch nicht willkürlich, wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte. Es ist somit zu überprüfen, ob das vorinstanzliche Urteil im Bereich der zulässigen Kognition Fehler aufweist.

3.3. Die urteilende Instanz muss sich sodann nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich wider-

legen. Vielmehr kann sich das Gericht auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Vorbringen der Parteien beschränken (Urteil des Bundesgerichts 6B\_958/2016 vom 19. Juli 2017 mit Verweis auf BGE 141 III 28 E. 3.2.4; 139 IV 179 E. 2.2; 138 IV 81 E. 2.2; 134 I 83 E. 4.1; 136 I 229 E. 5.2).

#### 4. Res iudicata/ne bis in idem

4.1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass es bei Abstellen auf die sogenannte doppelte Identität einerseits klar sei, dass es sich beim im Verfahren des Statthalteramtes des Bezirkes Winterthur untersuchten Straftatbestand und beim im Verfahren der ESBK untersuchten Straftatbestand um zwei verschiedene Straftatbestände handle, welche in wesentlichen Elementen nicht identisch seien. Andererseits sei es Sache des Bundes, im Rahmen des Spielbankengesetzes über die Zulässigkeit des Aufstellens und Betreibens des genannten Spielautomaten zu befinden. Eine durch das Statthalteramt des Bezirkes Winterthur erlassene Einstellungsverfügung vermöge daran nichts zu ändern, dass für den vorliegend in Frage stehenden Sachverhalt des Aufstellens eines Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG die ESBK zuständig sei. Das Statthalteramt des Bezirkes Winterthur als kantonale Behörde könne deshalb mit einem materiellen Entscheid (wie der vorliegenden Einstellungsverfügung) zwar eine Sperrwirkung für die in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich liegenden Tatbestände, z.B. aus dem UGG, erwirken. Es wäre jedoch systemwidrig, wenn das Statthalteramt auch für nicht in seinem sachlichen Zuständigkeitsbereich liegende Tatbestände wie jene des SBG eine solche Sperrwirkung erzeugen könnte. So besage auch die vom Bundesgericht entwickelte Evidenztheorie, dass fehlerhafte Entscheide nichtig seien, wenn sie mit einem tiefgreifenden und wesentlichen Mangel wie der fehlenden sachlichen Zuständigkeit behaftet seien (Urteil 6B\_339/2012 des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2012). Hätte das Statthalteramt des Bezirkes Winterthur also einen materiellen Entscheid gefällt, welcher den Bereich des SBG betroffen hätte und somit in Kompetenzüberschreitung ergangen wäre, hätte dies Nichtigkeit zur Folge gehabt. Die Vorinstanz erwog sodann, dass unabhängig davon, ob man der Auffassung der einfachen oder doppelten

Identität folge, das Statthalteramt lediglich in seinem Zuständigkeitsbereich liegende Entscheide mit Sperrwirkung fällen könne. Dem Statthalteramt sei überdies im Zeitpunkt des Erlasses der Einstellungsverfügung bewusst gewesen, dass es für den vorliegenden Sachverhalt sachlich gar nicht zuständig gewesen sei. Die erlassene Einstellungsverfügung habe für einen allfälligen Entscheid der ESBK im Rahmen des SBG keine Sperrwirkung erzeugen können. Die ESBK habe somit durch den Erlass der Strafverfügung vom 18. Dezember 2013 nicht gegen den Grundsatz "ne bis in idem" verstossen (Urk. 34 S. 21 ff.).

4.2. Wie schon vor der Vorinstanz (Urk. 11; Urk. 26) beruft sich der Beschuldigte auf den Grundsatz ne bis in idem und erhebt die Einrede der res iudicata. Zur Begründung lässt der Beschuldigte im Wesentlichen vorbringen, das Statthalteramt des Bezirkes Winterthur habe mit Einstellungsverfügung vom 2. November 2009 das Verfahren gegen den Beschuldigten wegen der auch dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegenden Tat eingestellt. Unbestritten sei neben der Tatsache der Einstellung des Verfahrens auch die Täteridentität. Im Zusammenhang mit der Täteridentität erwähnt die Verteidigung BGE 143 IV 104, in welchem das Bundesgericht ausdrücklich festhalte, dass eine beschuldigte Person wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden dürfe. Art. 11 StPO verwende den Ausdruck "dieselbe Straftat", wobei jeweils nur auf das Vorliegen der fraglichen Tat abgestellt werde und nicht auf ihre rechtliche Qualifizierung. Im vorliegenden Fall sei die Straftat klar definiert, nämlich durch den Vorwurf, der Beschuldigte habe das verbotene Spielgerät in der Bar B.\_\_\_\_\_ in Winterthur aufgestellt und betrieben. Das und nichts anderes sei die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat, und zwar identisch sowohl im Verfahren vor Statthalteramt Winterthur als auch im vorliegenden Verfahren. Wenn es um die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes gehe, so sei bereits zu Beginn der Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten von einer Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz ausgegangen worden. Das Statthalteramt habe von der Einbindung der ESBK in das Verfahren gewusst als auch umgekehrt die ESBK wissentlich und willentlich das Statthalteramt Winterthur die Untersuchung der Tat habe führen lassen. Die ESBK habe selber nie Untersuchungshandlungen geführt, sondern sich ausschliesslich auf die Akten des Statthalteramtes und die dortigen Einvernahmen gestützt (Urk. 46 S. 3 ff.).

4.3. Die ESBK macht geltend, die Verteidigung bringe im Wesentlichen vor, dass das Statthalteramt des Bezirks Winterthur mit Einstellungsverfügung vom 2. November 2009 das Verfahren gegen den Beschuldigten wegen der auch dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegenden Tat, nämlich Aufstellen und Betrieb eines gemäss SBG verbotenen Spielautomaten im Restaurant B.\_\_\_\_\_ in Winterthur von ca. 15. Dezember 2008 bis 14. April 2009, rechtskräftig eingestellt habe. Auf diesen Einstellungsentscheid stütze sich die Einrede der res iudicata des Berufungsklägers. Zunächst sei festzuhalten, so die ESBK, dass vorliegend zwei unterschiedliche Strafverfahren vor unterschiedlichen Strafverfolgungsbehörden zur Diskussion stünden. Während die ESBK für die Verfolgung von Wiederhandlungen gegen das Spielbankengesetz (SBG) zuständig sei, habe sich der Kanton Zürich um die Einhaltung der Bestimmungen des Unterhaltungsgewerbegesetzes (UGG) zu kümmern. Es sei deshalb die grundsätzliche Frage zu stellen, ob die Verfahrenseinstellung einer Behörde für den in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Tatbestand eine Sperrwirkung für die Tatbestände in der Zuständigkeit einer anderen Behörde entfalten könne. In BGE 119 Ib 311, S. 319 E. 3c leite das Bundesgericht aus dem Grundsatz "ne bis in idem" u.a. ab, dass dem Richter im ersten Verfahren die Möglichkeit zugestanden sein muss, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen. Diese Voraussetzung sei dann nicht erfüllt, wenn eine Behörde sachlich nicht zuständig sei, über einen bestimmten Tatbestand zu befinden. Dies treffe in casu zu, da der zu beurteilende Sachverhalt gar nicht erst in die kantonale Zuständigkeit falle. Als Tatobjekt gelte das mittlerweile als Glücksspielautomat qualifizierte Gerät des Typs "C.\_\_\_\_\_", welches einzig und allein in die Zuständigkeit der ESBK und somit des Bundes falle. Zum Zeitpunkt der Tatbegehung sowie zum Zeitpunkt der Einstellung durch das Statthalteramt sei noch nicht abschliessend geklärt gewesen, ob es sich beim "C.\_\_\_\_\_" tatsächlich um einen Glücksspielautomaten gemäss SBG handle und in wessen Zuständigkeit dieser schlussendlich falle. Die Qualifikation der ESBK des Gerätes "C.\_\_\_\_\_" als Glücksspielautomat sei erst mit Urteil vom 10. April 2012 höchstrichterlich bestätigt worden. Deshalb hätte das Statthalteramt im Jahre 2009 das von ihm geführte Verfahren richtigerweise bis zum Entscheid über die Qualifikation des Gerätes sistieren und anschliessend aufgrund fehlender Zustän-

digkeit einstellen müssen. Dem Statthalteramt Winterthur habe die fehlende Zuständigkeit bewusst sein müssen. Es könne nicht angehen, dass aufgrund der Einstellungsverfügung des Statthalteramtes, welche insbesondere angesichts der fehlenden Zuständigkeit habe ergehen müssen, eine "res iudicata"-Wirkung entstanden sei, welche die eigentlich zuständige Behörde ESBK an einem strafrechtlichen Entscheid hindere. Wie auch die Vorinstanz festgehalten habe, könne nur dann ein Verstoss gegen "ne bis in idem" vorliegen, wenn eine Verurteilung im ersten Strafverfahren materiell überhaupt möglich gewesen wäre. Im Ergebnis könne festgehalten werden, dass das Statthalteramt Winterthur für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes gar nicht zuständig gewesen sei und dass aus der erlassenen Einstellungsverfügung vom 2. November 2009 deshalb keine Sperrwirkung entstanden sei. Schon gestützt auf die Tatsache, dass das SBG und das UGG unterschiedliche Tatobjekte abdecken würden, könne es nicht sein, dass ein Entscheid einer Behörde eine Sperrwirkung für die Entscheide der anderen Behörde entfaltet. Folglich liege in casu keine "res iudicata" vor und die ESBK habe nicht gegen den Grundsatz "ne bis in idem" verstossen (Urk. 51 S. 2 ff.).

4.4. Die Verteidigung repliziert, dass es nicht zutrefte, dass vorliegend zwei unterschiedliche Strafverfahren von unterschiedlichen Strafverfolgungsbehörden zur Diskussion stünden, wobei sie zur Begründung bereits Ausgeführtes noch einmal wiederholt. Eine andere Sache sei der Umstand, dass zwei verschiedene Strafverfolgungsbehörden aktiv geworden seien. Dafür sei der Beschuldigte nicht verantwortlich und diese Doppelspurigkeit dürfe diesem auch nicht zum Nachteil gereichen. Komme hinzu, dass die beiden involvierten Behörden Statthalteramt und ESBK gegenseitig von den jeweiligen Verfahren gewusst hätten, diese nicht nur akzeptiert hätten, sondern sogar mit Wissen und Willen gefördert hätten. Insbesondere habe die ESBK gewusst von den Untersuchungshandlungen und vom Verfahren des Statthalteramtes, habe die Behörden ohne Widerspruch gewähren und letztlich für sich arbeiten lassen und habe schliesslich die Untersuchungsergebnisse übernommen. Dass der zu beurteilende Sachverhalt gar nicht in die kantonale Zuständigkeit gefallen sei, eine Verurteilung im Strafverfahren durch das Statthalteramt Winterthur materiell gar nicht möglich gewesen sei und dem Statthalteramt Winterthur demnach die Zuständigkeit gefehlt habe, sei demnach

nicht nur falsch, sondern stelle ein *venire contra factum proprium*, Willkür und Rechtsmissbrauch dar, habe die ESBK doch zu keinem Zeitpunkt gegen das Verfahren beim Statthalteramt interveniert, habe die Behörde mit Wissen und Willen gewähren lassen und sei erst nach Abschluss des Winterthurer Verfahrens tätig geworden, indem die ESBK die Untersuchungsakten vom Statthalteramt übernommen und einen zusätzlichen Strafbescheid über den immer gleichen Sachverhalt nachgeschoben habe. Eine Unzuständigkeitseinrede sei zu keinem Zeitpunkt erhoben worden (Urk. 56 S. 3 f.).

4.5. Der Grundsatz "ne bis in idem" ist völkerrechtlich in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) und in Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) sowie auch in der nationalen Gesetzgebung in Art. 11 Abs. 1 StPO verankert. Wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, darf gemäss Art. 11 Abs. 1 StPO wegen der gleichen Tat nicht erneut verfolgt oder gar bestraft werden. Einer erneuten strafrechtlichen Verfolgung wegen der gleichen Tat stehen deshalb grundsätzlich das Prinzip "ne bis in idem" entgegen sowie das Institut der materiellen Rechtskraft, welches bewirkt, dass eine formell rechtskräftig beurteilte Tat nicht mehr Gegenstand eines späteren Verfahrens gegen dieselbe Person sein kann. Erforderlich für die Anwendung des Grundsatzes sind Tat- und Täteridentität (zum Ganzen vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1056/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 1.2).

Der Begriff der "Identität" bedarf der Präzisierung: Nach der jüngeren Rechtsprechung des EGMR ist die Verfolgung und Bestrafung einer Tat ausgeschlossen, wenn der gleiche oder im Wesentlichen gleiche Sachverhalt bereits beurteilt worden ist ("identical facts or facts which are substantially the same"; Urteil des EGMR Nr. 14939/03 vom 10. Februar 2009 in Sachen Zolotukhin gegen Russland, § 82). Entscheidend ist, ob die konkreten Tatumstände dieselbe beschuldigte Person betreffen und in zeitlicher und räumlicher Hinsicht untrennbar miteinander verbunden sind (a.a.O., § 84) (eingehend zum Ganzen ACKERMANN, Bemerkungen zu EGMR, Grand Chamber, Case of Sergey Zolotukhin v. Russia, Urteil vom 10. Februar 2009 - Application no. 14939/03, *forumpoenale* 5/2009, 258 ff.). Tatidentität liegt demnach vor, wenn die zu beurteilenden Lebens-

sachverhalte gleich sind (sog. einfache Identität). Nicht verlangt ist nach der Rechtsprechung des EGMR eine sogenannt doppelte Identität, wonach auch die angewandten rechtlichen Normen identisch sind.

Das Gesagte gilt auch, wenn eine Einstellungsverfügung zum selben Lebenssachverhalt ergangen ist, da sie einem freisprechenden Endentscheid gleichkommt (Art. 320 Abs. 4 StPO). Eine sogenannte Teileinstellung kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn mehrere Lebensvorgänge oder Taten im prozessualen Sinn zu beurteilen sind (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1056/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 1.3 m.H.a. BGE 138 IV 241 E. 2.5 sowie Urteil des Bundesgerichts 6B\_653/2013 vom 20. März 2014 E. 3.1). Soweit es sich hingegen nur um eine andere rechtliche Würdigung ein- und desselben Lebensvorgangs handelt, scheidet eine teilweise Verfahrenseinstellung aus. Wegen ein- und derselben Tat im prozessualen Sinne kann nicht aus einem rechtlichen Gesichtspunkt verurteilt und aus einem andern das Verfahren eingestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B\_653/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2).

Der Grundsatz *ne bis in idem* greift hingegen dann nicht, wenn es um einen Vorwurf geht, den das Gericht im ersten Verfahren gar nicht aburteilen konnte, weil er ausserhalb seiner Kompetenz lag. Dem Gericht aus dem ersten Verfahren muss die Möglichkeit zugestanden haben, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen (BGE 119 Ib 311 E. 3 m.w.H.).

4.6. Die zuletzt genannte Voraussetzung trifft im vorliegenden Fall aufgrund der beschränkten Beurteilungskompetenz der verschiedenen Behörden nicht zu. Das Statthalteramt ist sachlich nicht zuständig, über einen Verstoss gegen das Spielbankengesetz eine Entscheidung zu fällen. Vielmehr fällt dies in die sachliche Zuständigkeit der ESBK. Die Einstellungsverfügung des Statthalteramtes des Bezirkes Winterthur stellt deshalb keine "res iudicata" dar. Überdies hat die Einstellungsverfügung den klaren Betreff "Widerhandlung gegen das UGG (Verbotenes Betreiben eines Unterhaltungsgewerbes durch zur Verfügung Stellen eines Spielautomaten, womit gegen Einsatz von Geld Warengewinne abgegeben werden)". Ein Bezug zu den bundesrechtlichen Bestimmungen des SBG fehlt somit. Wenn die Verteidigung sodann geltend macht, die ESBK habe nie interveniert und das

Statthalteramt gewähren lassen (Urk. 56 S. 4), so kann sie daraus nichts für sich ableiten. Die ESBK weist zu Recht darauf hin, dass im Tatzeitpunkt sowie zum Zeitpunkt der Einstellung durch das Statthalteramt noch nicht abschliessend geklärt war, ob es sich beim "C.\_\_\_\_\_" tatsächlich um einen Glücksspielautomaten gemäss SBG handelt und in wessen Zuständigkeit dessen Überprüfung schlussendlich fällt. Dass die ESBK selber keine Untersuchungshandlungen vorgenommen hat, schadet ebenfalls nicht. Ihr stand es ohne Weiteres offen, sich auf die Untersuchungsergebnisse des Statthalteramtes respektive der Polizei der Stadt Winterthur zu stützen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang zudem, dass die ESBK sowohl D.\_\_\_\_\_ als auch den Beschuldigten zu einer Einvernahme als beschuldigte Personen vorgeladen hat, beide jedoch nicht zur Einvernahme erschienen sind. Dass die ESBK in der Folge nicht weitere Schritte unternommen hat, weil sie der Ansicht war, dass die Einvernahmen nicht zwingend notwendig seien und die bereits vorhandenen Untersuchungsergebnisse ausreichen würden, schadet nicht. Ein solches Vorgehen stand ihr ohne Weiteres offen. Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz deshalb festzuhalten, dass die ESBK mit dem Erlass der Strafverfügung vom 18. Dezember 2013 nicht gegen den Grundsatz "ne bis in idem" verstossen hat.

## **II. Schuldpunkt**

Wie bereits eingangs erwähnt hat das Gericht in Sachverhaltsfragen nur eine beschränkte Kognition. Die Vorbringen der Verteidigung erschöpfen sich allesamt in einfachen Sachverhaltsrügen (Urk. 46 S. 5 f.; Urk. 56 S. 5), welche einer Überprüfung durch das Berufungsgericht nicht zugänglich sind. Es ist nicht erkennbar, dass die Vorinstanz bei der Sachverhaltserstellung in Willkür verfallen wäre. Vielmehr hat die Vorinstanz die zur Verfügung stehenden Beweismittel eingehend und zutreffend gewürdigt sowie die richtigen Schlüsse daraus gezogen. Insbesondere auch die Überlegungen zum Vorsatz des Beschuldigten sowie zum Rechtsirrtum geben zu keinen Beanstandungen Anlass. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist demnach auch zweitinstanzlich zu bestätigen.

### III. Strafzumessung

#### 1. Strafzumessung im konkreten Fall

1.1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Busse von Fr. 2'000.– (Urk. 34 S. 35). Die Verteidigung beantragt berufungsweise eventualiter, der Beschuldigte sei mit einer Busse von Fr. 100.– zu belegen (Urk. 46 S. 8).

1.2. Vorliegend reicht der gesetzliche Strafraum von Haft oder Busse bis Fr. 500'000.–. Anzumerken ist, dass die Haftstrafe bei der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches abgeschafft wurde, wobei das Spielbankengesetz offensichtlich noch nicht entsprechend revidiert wurde. Innerhalb des Strafraums ist die Strafe nach den Verhältnissen des Täters so zu bemessen, dass diese seinem Verschulden angemessen ist. Dabei bestimmt sich das Verschulden nach der Schwere der Verletzung oder der Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, weiter nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, inwieweit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Bestimmung des Gesamtverschuldens bildet die objektive Tatschwere. Berücksichtigt wird sodann das subjektive Tatverschulden. Insbesondere ist einer allfälligen Verminderung der Schuldfähigkeit (vgl. Art. 19 Abs. 2 StGB) sowie den Verschuldensminderungsgründen gemäss Art. 48 StGB Rechnung zu tragen (BGE 136 IV 59 f.). Gemäss der Spezialbestimmung in Art. 8 VStrR sind Bussen bis zu Fr. 5'000.– nach der Schwere der Widerhandlung und des Verschuldens (also aufgrund der Tatkomponente) zu bemessen. Andere Strafzumessungsgründe (und damit insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Täters bzw. die Täterkomponente) dürfen, müssen aber nicht berücksichtigt werden (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 71 f.). Vorliegend ist der Strafraum bedeutend höher, weshalb die Sonderbestimmung nicht zur Anwendung gelangt.

1.3. Die Verteidigung macht geltend, das Verschulden des Beschuldigten wiege sehr gering. Es beschränke sich auf seine eigenen Handlungen, nämlich das Leeren der Geldkassette im Gerät (im Betrag von wenigen hundert Franken) im

Dezember 2008. Mehr habe er mit dem Gerät nicht zu tun gehabt. Dazu komme, dass der Beschuldigte nicht gewinnorientiert gehandelt habe und schon gar keinen Gewinn zu eigenen Gunsten erzielt habe. Er sei lediglich Angestellter auf Lohnbasis gewesen. Sodann sei zu berücksichtigen, dass dem Beschuldigten eine strafbare Handlung vorgeworfen werde, von welcher im Zeitpunkt der Tat noch nicht bekannt gewesen sei, ob sie überhaupt strafbar gewesen sei, nämlich ob das fragliche Spielgerät verboten sei oder nicht. Ebenso stossend sei die lange Verfahrensdauer von über 9 Jahren, wobei eine erhebliche Zeit auf die Sistierung des vorliegenden Verfahrens zwecks Abwarten eines Entscheides über die vorgenannte Qualifikation des Gerätes gefallen sei. Aufgrund dessen sei eine allfällige Busse auf Fr. 100.– festzusetzen (Urk. 46 S. 8 f.).

1.4. Die ESBK führt aus, im Hinblick darauf, dass der Beschuldigte das Gerät ins Lokal gebracht, aufgestellt und auch gewartet habe, sei eine Busse in der Höhe von Fr. 2'000.– mehr als angemessen. Die Vorinstanz und auch die ESBK hätten sich bei der Festsetzung der Busse am untersten Rand des untersten Drittel des Strafrahmens bewegt, wobei auch dem Umstand Rechnung getragen wurde, dass der Beschuldigte auf Anweisung seines Bruders gehandelt habe. Auf das Vorbringen der Verteidigung, dass zu berücksichtigen sei, dass dem Beschuldigten eine Straftat vorgeworfen werde, von welcher im Tatzeitpunkt noch gar nicht bekannt gewesen sei, ob diese überhaupt strafbar sei oder nicht, entgegnet die ESBK nach einigen theoretischen Ausführungen, wenn im Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftig festgestanden habe, ob es sich bei Geräten des Typs "C.\_\_\_\_\_" um Glücksspielautomaten handle oder nicht, könne auf die Strafzumessung keinen Einfluss haben, gehe es doch bei Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG eben gerade darum, dass ein Gerät zum Zweck des Betriebs aufgestellt worden sei, welches der ESBK nicht zur Prüfung vorgelegt worden sei. Im Zusammenhang mit der langen Verfahrensdauer führt die ESBK aus, es handle sich bei der Qualifikation des Spielgerätes um eine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR, deren Beurteilung das Ruhen der Verjährung zur Folge habe. Die ESBK habe letztlich erst nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2012, mit welchem die Qualifikation der ESBK des Gerätes "C.\_\_\_\_\_" bestätigt worden sei, das Verfah-

ren fortsetzen und die Untersuchung zu einem Abschluss bringen (Urk. 51 S. 5 ff.).

1.5. Die objektive Tatschwere ist anhand ihrer Sozialgefährlichkeit zu bewerten (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c SBG). Gemäss den Ausführungen von D.\_\_\_\_\_ und der technischen Geräteanalyse der ESBK (Urk. 3/5 002 ff.) betrug der Einsatz pro Spiel Fr. 1.–, wobei die Spieldauer ca. 1.5 - 3 Sekunden betrug. Bei Gewinn (10 Punkte) gab der eingebaute Carddispenser eine Karte aus. Mit dieser konnten Getränke im Gegenwert von Fr. 10.– erworben werden. Ebenfalls gespielt werden konnte mit Gratis-Jetons, welche teilweise an Gäste verteilt wurden. Zu berücksichtigen ist zwar einerseits, dass der Automat, anders als beispielsweise in einem Vereinslokal, in der Bar B.\_\_\_\_\_ einem unbeschränkten Personenkreis offen stand, dass aber andererseits auf dem Automaten nur ein einfaches Spielangebot (lediglich das virtuelle Walzenspiel "E.\_\_\_\_\_" sowie ein dazugehöriges Risikospiele) angeboten wurde. Das Risikopotential ist demgemäss tiefer einzustufen als wenn ein multiples Spielangebot bestanden hätte. Es ist damit davon auszugehen, dass der Schutz der potentiellen Spieler und der Gesellschaft vor den Gefahren der Spielsucht nicht in hohem Masse beeinträchtigt war. Ein weiterer Zweck des SBG ist der Schutz ökonomischer bzw. fiskalischer Interessen des Staates am Angebot an Glücksspielen einzig in konzessionierten Spielbanken. Der Beschuldigte erhielt einen Anteil von 50% an den Geräteeinnahmen, 50% verblieben bei D.\_\_\_\_\_ als Betreiberin der Bar. Gemäss den beschlagnahmten Abrechnungsbogen betrug der Kasseneinhalt des Automaten per 10. März 2009 Fr. 120.– und per 7. April 2009 Fr. 860.–. Schliesslich wurden mit Verfügung vom 28. April 2009 Fr. 265.– sichergestellt. Zwar fällt der auf den Automaten erwirtschaftete effektive Reingewinn unter Berücksichtigung der Abschreibungen und Wartungskosten tiefer aus, dennoch sind auch fiskalische Interessen des Staates in einem gewissen Ausmass beeinträchtigt worden. Im Spektrum aller denkbar möglichen Fälle bewegt sich der vorliegend zu beurteilende aber im untersten Bereich. Die objektive Tatschwere ist deshalb als sehr leicht zu qualifizieren.

1.6. Bei der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte weder aus besonders beachtenswerten noch verwerflichen Beweggründen gehan-

delt hat. Zudem handelte der Beschuldigte eventualvorsätzlich, weshalb das subjektive Verschulden leichter zu veranschlagen ist, als dasjenige eines wissend und wollend Delinquierenden.

1.7. Zu den persönlichen und finanziellen Verhältnissen sowie dem Vorleben des Beschuldigten ist bekannt, dass dieser am tt. Juni 1950 geboren wurde und im Kanton Zürich aufgewachsen ist. Er besuchte neun Jahre die Volksschule, danach hat er eine Kochlehre gemacht. Nachdem er ein Gipsergeschäft eröffnet hatte, dieses aber aus gesundheitlichen Gründen wieder aufgeben musste, begann er die Arbeit mit Spielautomaten. Der Beschuldigte ist ledig, hat keine Kinder und organisiert in selbständiger Erwerbstätigkeit Umbauten. Er verdient damit Fr. 2'000.– bis Fr. 3'000.– netto. Hinzu kommt noch die AHV-Rente des Beschuldigten. Er hat weder Vermögen noch Schulden. Der monatliche Mietzins beläuft sich gemäss Angaben des Beschuldigten auf Fr. 2'600.–. Für die Krankenkasse muss er Fr. 450.– bezahlen (Prot. I S. 6 ff.). Mit der Vorinstanz kann das Geständnis des Beschuldigten zu keiner merklichen Strafreduktion führen, da die Beweislage als komfortabel bezeichnet werden kann (Urk.34 S. 34). Minim straf erhöhend wirkt sich die nicht einschlägige Vorstrafe aus dem Jahr 2009 wegen Verbrechen und Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz aus (Urk. 24).

1.8. Wie oben erwähnt moniert die Verteidigung eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes (Urk. 46 S. 9). Laut dem in Art. 5 StPO geregelten Beschleunigungsgebot hat die beschuldigte Person Anspruch darauf, dass die erhobenen Deliktswürfe ohne Verzug geklärt und allenfalls zur gerichtlichen Beurteilung gebracht werden. Die Behörden sind verpflichtet, das Strafverfahren zügig voranzutreiben, um die beschuldigte Person nicht unnötig über die gegen sie erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen. Das gilt für das ganze Verfahren. Welche Verfahrensdauer angemessen ist, hängt von den konkreten Umständen ab, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind. Kriterien hierfür bilden etwa die Schwere des Tatvorwurfs, die Komplexität des Sachverhaltes, die dadurch gebotenen Untersuchungshandlungen, das Verhalten des Beschuldigten und dasjenige der Behörden sowie die Zumutbarkeit für den Beschuldigten (BGE 130 I 269 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine in einem Verfahrensabschnitt eingetretene Verzögerung kann unter

Umständen dadurch ausgeglichen werden, dass die entsprechende Behörde andere Verfahrenshandlungen rasch vornimmt (Proff Hauser, Die Bedeutung des Beschleunigungsgebotes im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK für das zürcherische Strafverfahren, S. 146 f. unter Verweis auf Kass.-Nr. 94/287 S vom 20. Januar 1995, E. 3. d).

Tatsache ist, dass das Verfahren bis zum heutigen Tag bereits gut neun Jahre andauert. Teilweise lässt sich die effektiv lange Verfahrensdauer mit den Umständen des Falles begründen, beispielsweise musste im Zusammenhang mit dem Automaten doch ein länger andauerndes Qualifikationsverfahren durchgeführt werden, für welche Zeit aber eine formelle Sistierung durch die ESBK ergangen ist, da es sich dabei um eine entscheidende Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR handelte. Andere Lücken lassen sich aber nicht nachvollziehen, wie jener Zeitraum zwischen dem Begehren des Beschuldigten um gerichtliche Beurteilung vom 23. Dezember 2013 und der Überweisung an das Gericht durch die ESBK vom 3. September 2015 gut zwanzig Monate später. Das Beschleunigungsgebot wurde dadurch klarerweise verletzt, weshalb dem Beschuldigten unter diesem Titel eine leichte Strafreduktion zuzugestehen ist.

1.9. In Anbetracht des weiten Strafrahmens erscheint auch unter Berücksichtigung der geringen subjektiven Tatschwere und der Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine Busse von Fr. 2'000.– angemessen, zumal dies nur gerade 4 Promille der maximal möglichen Strafe entspricht. Der Beschuldigte ist folglich mit einer Busse von Fr. 2'000.– zu bestrafen.

## 2. Ersatzfreiheitsstrafe

2.1. Die Umwandlung einer Busse in Haft wegen einer Übertretung im Anwendungsbereich des VStrR richtet sich auch nach dem Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches nach Art. 10 VStrR und nicht nach Art. 106 StGB. Diese Bestimmung sieht ein von den allgemeinen Bestimmungen des StGB abweichendes Sonderregime betreffend Umwandlung einer Busse in Haft vor, soweit sie nicht eingebracht werden kann (Art. 10 Abs. 1 VStrR). Insbesondere gelten ein starrer Umwandlungsschlüssel von einem Tag Haft pro

30 Franken Busse und eine Obergrenze von maximal drei Monaten (Art. 10 Abs. 3 VStrR). Diese Ordnung gilt, wie das Bundesgericht mit einlässlicher Begründung festgehalten hat, für die Bussenumwandlung auf Grundlage des VStrR nach wie vor und ist nicht von der Neuregelung der Ersatzfreiheitsstrafe per Anfang 2007 abgelöst worden (BGE 141 IV 407).

2.2. Gestützt auf Art. 91 VStrR ist eine Ersatzfreiheitsstrafe allerdings nicht schon mit heutigem Urteil, sondern erst in einem Nachverfahren, d.h. nach Rechtskraft des Bussenentscheides und Nachweis der Uneinbringlichkeit der Busse, festzusetzen, wobei zur Umwandlung der Richter, der die Widerhandlung beurteilt hat oder zur Beurteilung zuständig gewesen wäre, zuständig ist.

#### **IV. Kosten**

1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren, mit Ausnahme der Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe, vollumfänglich. Gleichzeitig unterliegt auch die ESBK mit ihrem Begehren um Erhöhung der Anzahl Tage Ersatzfreiheitsstrafe. Hierzu ist allerdings zu sagen, dass sich der Antrag der ESBK in der Sache als materiell richtig erweist (vgl. Ziff. 2.1. verstehend), diesem aber zum jetzigen Zeitpunkt nicht entsprochen werden kann. Diese Ausgangslage gewichtend, rechtfertigt es sich die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dennoch vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen.

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

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 22. August 2017, bezüglich Dispositivziffern 6 und 7 (Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG.
2. Der Beschuldigte wird mit Fr. 2'000.– Busse bestraft.
3. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr.1'000.–.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
  - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Eidgenössische Spielbankenkommission
  - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürichsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - die Eidgenössische Spielbankenkommission mit Rechtskraftstempel.
8. 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, 12. Juni 2018

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. R. Bretscher