

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU180021-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oerrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. Ch. Prinz sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. R. Bretscher

Urteil vom 21. Dezember 2018

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,**

2. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerinnen und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht,
vom 15. Februar 2018 (GC170013)**

Strafverfügung:

Die Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK vom 26. April 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 3/7 0609 ff.).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 31 S. 27 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Aufstellens von Glückspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 11'000.—.
3. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 4'541.25 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'541.25 amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)
zuzüglich Übersetzungskosten

Verlangt keine der Parteien ein Begründung, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.
5. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung und der Übersetzung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der Übersetzung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung der Kosten für die amtliche Verteidigung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
6. Die anteilmässigen Kosten der Strafverfügung Nr. ... vom 26. April 2017 in Höhe von Fr. 5'495.— werden dem Beschuldigten auferlegt. Er haftet solidarisch mit B._____ und C._____ für die Gesamtkosten des Verfahrens der eidgenössischen Spielbankenkommission von Fr. 13'563.—.

7. Die am 19. Juli 2013 beschlagnahmten Gelder von Fr. 4'620.– werden eingezogen und zur anteilmässigen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
8. Die am 19. Juli 2013 beschlagnahmten diversen Quittungen und Notizen werden eingezogen und vernichtet.
9. (Mitteilung)
10. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Des Verteidigers des Beschuldigten:

(Urk. 32 S. 2; Urk. 42 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei in Aufhebung der vorinstanzlichen Ziffern 1, 2, 5, 6, 7 und 8 des Dispositivs von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Die beschlagnahmten Gelder in Höhe von Fr. 4'620.– und die diversen Quittungen und Notizen seien dem Beschuldigten zurückzuerstatten.
3. Die Kosten der Untersuchung, des gerichtlichen Verfahrens und der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen und dem Beschuldigten sei eine angemessene Umtriebsentschädigung auszurichten.

b) Der eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK:

(Urk. 48 S. 2)

1. Die Berufungsanträge der Verteidigung seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kostenfolge zulasten des Beschuldigten.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Zum bisherigen Verfahrensgang kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 3 f.).

1.2. Der Beschuldigte reichte nach Zustellung des begründeten Urteils am 22. Mai 2018 (Urk. 29/3) fristgerecht am 28. Mai 2018 (Datum Poststempel) die Berufungserklärung ein (Urk. 32). Mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2018 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK (fortan: ESBK) sowie der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 34). Mit Beschluss vom 16. Juli 2018 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 36). Die Berufungsbegründung ging innert zweimal erstreckter Frist (Urk. 38 und 40) am 28. September 2018 beim hiesigen Gericht ein (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2018 wurde der Oberstaatsanwaltschaft sowie der ESBK Frist zur Berufungsantwort sowie der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 44). Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtete (Urk. 46), reichte die ESBK am 22. Oktober 2018 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufungsantwort ein (Urk. 48). Die Verteidigung verzichtete in der Folge auf eine Stellungnahme zur Berufungsantwort der ESBK (Urk. 50 und 52). 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 (Verwaltungs-

strafrecht; 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.

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 liess mit Ausnahme der Entschädigung der amtlichen Verteidigung und der Kostenfestsetzung das gesamte vorinstanzliche Urteil anfechten.

3.2. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in den Dispositiv-Ziffern 3 und 4 nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO). Im übrigen Umfang steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbotens gesamthaft zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

3.3. 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 ange-

fochtene 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. 2018, Art. 398 N 12 f.; BSK StPO-EUGSTER, 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.

4. Anklagegrundsatz

4.1. Ob eine Verletzung des Anklagegrundsatzes vorliegt, ist auch dann zu prüfen, wenn sie nicht gerügt wird (BSK StPO-NIGGLI/HEIMGARTNER, Art. 9 N 63a). Gemäss Art. 73 Abs. 2 VStrR gilt die Strafverfügung als Anklage. Die Strafverfügung hat eine Begründung zu enthalten und richtet sich im Übrigen nach den Vorschriften von Art. 64 VStrR (Art. 70 Abs. 2 VStrR). Die Verfügung hat demnach die beschuldigte Person, deren Tat sowie die gesetzlichen Bestimmungen zu nennen, welche zur Anwendung gelangen. Sodann sind darin die Strafe festzusetzen, die Kosten zu regeln, über die Beschlagnahmen zu entscheiden sowie das Rechtsmittel zu geben (vgl. Art. 64 Abs. 1 VStrR). Zur Konkretisierung des Inhalts kann auf Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO verwiesen werden. Demnach bezeichnet die Anklageschrift möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der

Tatausführung. Möglichst kurz heisst, dass die Anklageschrift diejenigen Umstände und Einzelheiten zu enthalten hat, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Die Darstellung des tatsächlichen Lebensvorganges ist auf die einzelnen Tatbestandselemente auszurichten. Die Umschreibung muss so konkret und unverwechselbar sein, dass keine Unklarheit über den Tatvorwurf aufkommen kann (vgl. für das ordentliche Strafverfahren die Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren [WOSTA], S. 238 f.). Durch eine detaillierte Angabe des Anklagevorwurfs werden insbesondere die durch das Anklageprinzip angestrebte Umgrenzungs- und Informationsfunktion erfüllt. Zum einen soll die beschuldigte Person Kenntnis erlangen, welcher konkreter Handlungen sie beschuldigt und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird, so dass sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann, und garantiert damit auch den Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 133 IV 235 E. 6.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in BGE 141 IV 437). Zum anderen soll auch das Gericht durch die Anklageschrift in die Lage versetzt werden, sich eine präzise Vorstellung des Anklagevorhalts zu machen. Es genügt demgemäss nicht, wenn pauschale Vorwürfe erhoben werden (BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325 N 18).

4.2. Die Anklageschrift erweist sich im vorliegenden Fall als grenzwertig. Über mehrere Seiten werden der Verfahrensgang, Stellungnahmen und Aussagen der involvierten Personen wiedergegeben sowie Beweismittel interpretiert. Von einer möglichst kurzen, aber präzisen Anklageschrift kann deshalb nicht gesprochen werden. Dennoch lässt sich der Anklageschrift in gerade noch genügender Weise entnehmen, dass der Beschuldigte im Privatclub «D._____» eine tragende Rolle innegehabt und damit eine Verantwortung für das Geschehen im Lokal getragen habe. Ihn hätte als faktischer Geschäftsführer nebst der Verantwortung auch eine gewisse Entscheidungsgewalt für die Vorgänge in den Clubräumlichkeiten getroffen. Indem er nicht dafür gesorgt habe, dass die Geldspielautomaten aus den Räumlichkeiten des Clubs entfernt werden, habe er den Tatbestand des «Aufstellens» im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG erfüllt. Dieser Vorwurf war auch für den Beschuldigten klar. Sodann wurde eine Verletzung des Anklagegrundsatzes auch durch die Verteidigung nicht moniert.

5. Verwertbarkeit der Einvernahmen

5.1. Des Beschuldigten

5.1.1. Der Beschuldigte wurde am 19. Juli 2013 (Urk. 3/2 0028 ff.) sowie am 31. Oktober 2013 (Urk. 3/4 0117 ff.) jeweils noch als Auskunftsperson anstatt als beschuldigte Person einvernommen.

5.1.2. Nach Art. 39 Abs. 1 VStrR wird der Beschuldigte vorerst über Name, Alter, Beruf, Heimat und Wohnort befragt. Danach wird der Beschuldigte über die ihm vorgeworfene Tat aufgeklärt und zur Aussage und Nennung der Beweismittel aufgefordert (Art. 39 Abs. 2 VStrR). Sodann hat der Beschuldigte das Recht, das eine Verteidigung anwesend ist. Der Beschuldigte kann die Aussage verweigern, was aktenkundig zu machen ist (Art. 39 Abs. 3 VStrR). Die StPO enthält mit Art. 158 Abs. 1 StPO eine vergleichbare Regelung. Die Untersuchungsorgane weisen die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden (lit. a), sie die Aussage und Mitwirkung verweigern kann (lit. b), sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen (lit. c) und sie eine Übersetzerin oder einen Übersetzer verlangen kann (lit. d). Einvernahmen ohne diese Hinweise sind nicht verwertbar (Art. 158 Abs. 2 StPO). Grundsätzlich gilt dieses Verwertungsverbot absolut. Verwertbar ist allerdings die Aussage dann, wenn die beschuldigte Person formal statt als beschuldigte Person als Auskunftsperson unter Hinweis auf deren Rechte einvernommen wird, weil diese in den entscheidenden Punkten deckungsgleich sind (RIKLIN, OFK-StPO, Art. 159 N 4 f.).

5.1.3. Da der Beschuldigte im Rahmen seiner Einvernahmen auf seine Rechte als Auskunftsperson hingewiesen wurde, sind seine Aussagen anlässlich der Einvernahmen vom 19. Juli 2013 und vom 31. Oktober 2013 verwertbar. Ohne Weiteres verwertbar sind auch seine Aussagen als beschuldigte Person anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (Prot. I S. 6 ff.).

5.2. Von C._____, E._____, F._____, G._____, H._____ und B._____

5.2.1. Der beschuldigten Person stehen auch im Verwaltungsstrafverfahren Teilnahmerechte zu (Art. 35 Abs. 1 VStrR und Art. 41 Abs. 3 VStrR). Sie hat mithin ein Anwesenheitsrecht sowie das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen (EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 186 und S. 240). Nach den Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat die beschuldigte Person ein Recht darauf, den Belastungszeugen zu befragen. Von gewissen Fällen abgesehen, in denen eine Konfrontation aus objektiven, von den Strafverfolgungsbehörden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich war, ist eine belastende Aussage nur verwertbar, wenn die beschuldigte Person den Belastungszeugen wenigstens einmal während des Verfahrens in direkter Konfrontation befragen konnte (BGE 133 I 33 E. 3.1; BGE 132 I 127 E. 2). Diese Regelung hat auch Eingang in Art. 147 Abs. 1 StPO gefunden, wonach die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen anwesend zu sein und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen dieses Artikels erhoben worden sind, dürfen nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO). Dem Anspruch, dem Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt ein absoluter Charakter zu. Es soll garantiert werden, dass sich keine Verurteilung auf Aussagen stützt, zu denen sich die beschuldigte Person nicht hat äussern können und deren Urheber sie nicht hat befragen können.

5.2.2. Der Beschuldigte wurde nicht mit C.____, E.____, F.____, G.____, H.____ und B.____ (Urk. 3/2 0032 ff.; Urk. 3/4 0090 ff.; Urk. 3/4 0139 ff.) konfrontiert, weshalb sein Recht auf Teilnahme verletzt wurde. Die Einvernahmen von C.____, E.____, F.____, G.____, H.____ und B.____ sind deshalb gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zu Ungunsten des Beschuldigten verwertbar.

5.2.3. Die Vorinstanz hat zur Erstellung des dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhaltes auch entscheidend auf die Aussagen der soeben genannten Personen abgestellt und diese mitunter zu Ungunsten des Beschuldigten verwertet. Dies war nicht statthaft. Es ist deshalb nachfolgend eine Sachverhaltserstellung durch das Berufungsgericht vorzunehmen.

II. Sachverhalt

1. Ausgangslage

Ohne weiteres ist erstellt, dass es sich bei den Geräten U6861, U6862, U6863, U6864 und U6865 um Glücksspielautomaten handelt und diese im Club «D._____» aufgestellt waren. Dies ergibt sich aus den Aussagen des Beschuldigten selber sowie den technischen Berichten der ESBK (Urk. 3/5 0160 ff.). Dem Beschuldigten war auch bewusst, dass die Glücksspielautomaten nicht legal waren (Prot. I S. 13). Fraglich erscheint jedoch, ob der Beschuldigte im Privatclub «D._____» eine tragende Rolle innehatte und somit auch die Verantwortung für das Geschehen im Lokal trug, zumal ihm – wie ihm dies weiter vorgeworfen wird – als faktischer Geschäftsführer nebst der Verantwortung auch eine gewisse Entscheidungsgewalt für die Vorgänge in den Clubräumlichkeiten oblegen habe (Urk. 3/7 0617). Dies gilt es nachfolgend zu prüfen.

2. Vorbemerkungen

Was die Vorinstanz zu den massgebenden Grundsätzen der Sachverhaltserstellung und den Beweiswürdigungsregeln (dabei insbesondere zur Aussagewürdigung) ausführt, ist nicht zu beanstanden (Urk. 31 S. 8 ff.). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

Da die Aussagen von C._____, E._____, F._____, G._____, H._____ und B._____ nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertet werden dürfen, ist zu prüfen, ob sich der Sachverhalt anhand der Aussagen des Beschuldigten selber und der verwertbaren objektiven Beweismittel erstellen lässt.

2.1. Aussagen des Beschuldigten

Der Beschuldigte sagte im Rahmen der Einvernahme vom 19. Juli 2013 aus, die für das Lokal verantwortliche Person sei C._____. Er wisse nicht, seit wann man im Lokal Online-Spiele spielen könne und wie die Einsätze geleistet würden. Er wisse nicht, welches Passwort man zum Spielen benötige. Er sei diesbezüglich

auch nie instruiert worden. Er kenne keine anderen Personen, die im Lokal an den Online-Terminals gespielt hätten. Er wisse nicht, an wen man sich wenden müsse, wenn das Online-Terminal nicht funktioniere. Er habe auch nie beobachten können, wie das Terminal gewartet worden sei. Auf Frage nach dem Schlüssel, welchen man bei ihm gefunden habe, gab er zur Antwort, wenn C._____ nicht im Lokal sei, habe er die Verantwortung. Über die Automaten wisse er nichts, er gebe keine Getränke raus und er kassiere nichts ein (Urk. 3/2 0028 ff.).

Anlässlich der Einvernahme des Beschuldigten am 31. Oktober 2013 gab dieser als Auskunftsperson zu Protokoll, er helfe im Club seiner Freundin mit (gemeint: C._____). Der Club sei Freitag bis Sonntag geöffnet. Er helfe putzen und werfe besoffene Leute aus dem Lokal. Er schaue zum Lokal, wenn C._____ nicht vor Ort sei. Er sei aber nicht ihr Stellvertreter. Zum Zeitpunkt der Kontrolle sei C._____ Chefin des Lokals gewesen. Er habe sich normalerweise jeden Freitag im Lokal aufgehalten. Die "Vietnamleute" würden viel trinken, da müsse er manchmal zum Rechten schauen. Er wisse nicht, wie viel Geld mit dem Verkauf von Essen und Getränken umgesetzt werde. Er besitze auch einen Schlüssel zum Lokal. Diesen wolle er nach den Ferien zurückgeben, C._____ gebe ihm keinen Lohn. Er wolle nichts mehr damit zu tun haben. Er habe gewusst, dass die Automaten nicht legal gewesen seien. Deswegen habe er nichts mehr damit zu tun haben wollen. Sie habe ihm auch keine Auskunft auf die Frage gegeben, weshalb österreichische Leute vorbei gekommen seien. Sie habe ihm auf seine Fragen nie eine Antwort gegeben. Er habe an einem Freitag auch einmal gesehen, dass ein Automat neu gewesen sei. Er habe gefragt, wer das Gerät gebracht habe, aber man habe ihm keine Antwort gegeben. Sie habe ihn teilweise auch heftig angeherrscht (gemeint: wenn er Fragen gestellt habe). Er habe keine Gewinne ausbezahlt und auch niemanden gesehen, der solche ausbezahlt habe. Auf die Frage, ob C._____ wisse, dass die Automaten illegal seien, habe diese auf seine Fragen geantwortet, er solle sie in Ruhe lassen, sie sei erwachsen. Auf Vorhalt der sichergestellten Abrechnungen gibt er zu Protokoll, er kenne das "dicke Buch", aber diese Blätter sehe er zum ersten Mal (Urk. 3/4 0117 ff.).

Anlässlich der Befragung durch die Vorinstanz erklärte der Beschuldigte, er habe sich im Club aufgehalten, damit die türkischen und albanischen Gäste keine Schwierigkeiten verursacht hätten. Im Club sei jeweils am Wochenende Karaoke gelaufen. Montags und Dienstags sei der Club geschlossen gewesen. Mittwochs und donnerstags hätten sich hauptsächlich Türken und Albaner, die in der Nähe wohnen würden, dort aufgehalten. Auch Vietnamesen hätten sich unter der Woche dort aufgehalten, seien aber hauptsächlich am Wochenende gekommen. Die Öffnungszeiten seien nicht immer regelmässig gewesen. Es habe öfters Probleme gegeben, wenn sich die Vietnamesen, Türken und Albaner gemeinsam im Club aufgehalten, Alkohol konsumiert und Glücksspiele gespielt hätten. Seine Person würde Respekt ausstrahlen. Ohne jemanden physisch zu bedrohen, hätten sich die Gäste jeweils, sobald er anwesend gewesen sei, ruhig und angemessen verhalten. Er habe sich selber als einen "Bodyguard" bezeichnet. Auch wenn er sich nicht im Club aufgehalten habe, seien die Gäste anständiger gewesen, da sie gewusst hätten, dass er als Bodyguard für den Club tätig gewesen sei. Er sei für den Club nie alleine verantwortlich gewesen, wenn C._____ nicht anwesend gewesen sei. Nur wenn C._____ etwas auswärts zu erledigen gehabt habe, habe sie ihm den Schlüssel zum Club übergeben. Sobald sie zurückgekehrt sei, habe er ihr jeweils den Schlüssel wieder zurückgegeben. Er wisse nicht, wer am Tage der Hausdurchsuchung die Verantwortung für den Club getragen habe. Er sei draussen gewesen und habe den Schlüssel in der Tasche gehabt. Er habe auch der Polizei vor Ort gesagt, dass C._____ in einer Stunde wieder in den Club kommen werde und er ihr dann den Schlüssel zurückgeben werde. Auf die Frage, wie lange er im Club als "Bodyguard" gearbeitet habe, antwortete der Beschuldigte, zwischen ihm und C._____ habe sich mit der Zeit eine enge Freundschaft entwickelt. Er habe ihr nur helfen wollen. Es sei eine Tatsache, dass C._____ sich als Frau nicht gegen die betrunkenen Männer im Club wehren könne. Er habe aber geplant, eine Woche nach der Razzia als Aushilfe aufzuhören. Sinngemäss räumt er ein, dass er seit Unterzeichnung des Untermietvertrages C._____ im Club ausgeholfen habe. Er habe C._____ auf die Glückspielautomaten aufmerksam gemacht, aber sie habe nicht auf ihn hören wollen. An den Automaten sei gespielt worden. Er habe C._____ gesagt, dass die Automaten nicht legal seien.

Sie habe ihm aber nicht geglaubt. Als er C._____ auf die Automaten angesprochen habe, habe sie ihm gesagt, es sei ihr Club und er solle sich nicht einmischen. C._____ habe ihm nichts erzählt. Ihm sei schon bewusst gewesen, dass es das Lokal von C._____ gewesen sei, aber er habe nicht gewollt, dass es zu Schwierigkeiten kommen würde und er deswegen von der Polizei vernommen würde. Er selber würde seine Rolle im Club nicht mit dem Wort "Verantwortung" beschreiben. Er sei nämlich nie offiziell am Geschäft beteiligt gewesen. Er bestreite, dass er unter der Woche die Verantwortung für den Club getragen habe. Er habe sich unter der Woche nie alleine dort aufgehalten. Er würde nie die alleinige Verantwortung "in so einer Sache übernehmen wollen". Viele Gäste hätten geglaubt, dass er Inhaber des Clubs gewesen sei. Jedoch sei dies nur ein Gerücht gewesen, das sich schnell verbreitet und dazu beigetragen habe, dass sich die Gäste im Club anständig verhalten hätten. Jedoch hätten sie nur jeweils jenen Gästen, die Schwierigkeiten verursacht hätten, gesagt, dass er Inhaber des Lokals sei. Vor den Behörden oder der Feuerpolizei habe C._____ ihn nie als Inhaber oder Mitverantwortlichen erwähnt. Er habe nie eine Gewinnbeteiligung für den Betrieb der Automaten erhalten. Er habe weder für Getränke noch für die Geldspielautomaten Geld erhalten. Auch von C._____ habe er nie Geld erhalten. Er habe auch nie Geld aus den Geldspielautomaten an Dritte weitergeleitet. Auf Vorhalt der Belastungen durch B._____ und C._____ bestritt der Beschuldigte diese (Prot. I S. 11 ff.).

Auffällig ist mit der Vorinstanz, dass der Beschuldigte seine Rolle respektive seine Verantwortung im Club mit jeder Einvernahme als geringer beschreibt. Während er bei seiner ersten Einvernahme noch einräumte, in der Abwesenheit von C._____ für das Lokal verantwortlich zu sein, relativierte er an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz, dass er für den Club nie alleine verantwortlich gewesen sei, wenn C._____ nicht anwesend gewesen sei. Nur wenn C._____ etwas auswärts zu erledigen gehabt habe, habe sie ihm den Schlüssel zum Club übergeben. Es ging dem Beschuldigten offensichtlich darum, seine Rolle im Club herunterzuspielen. Sodann weisen die Angaben des Beschuldigten auch Widersprüche auf, zum Beispiel in Bezug darauf, wann er im Club anwesend gewesen sei oder ob er mitbekommen habe, dass an den Automaten gespielt werde. Allerdings

kann aus diesem Aussageverhalten nicht einfach abgeleitet werden, dass der Beschuldigte eine weitergehende Verantwortung im Club getragen hätte. Erstellen lässt sich lediglich, dass der Beschuldigte regelmässig im Club verkehrte und als eine Art Türsteher/Rausschmeisser fungierte und so im Club für Ordnung sorgte. Dass er aber eine weitergehende Verantwortung innehatte, lässt sich nicht erstellen. Der Beschuldigte sagte wiederholt aus, er habe C._____ auf die Illegalität der Glücksspielautomaten hingewiesen. Diese habe aber jeweils abgeblockt und ihm gesagt, er solle sich nicht einmischen, was darauf hindeutet, dass er keinen Einfluss auf das "operative Geschäft" hatte.

Seine Aussagen werden im übrigen auch gestützt durch die Aussagen von C._____ bei der Einvernahme anlässlich der Hausdurchsuchung. Diese sagte aus, sie sei die Verantwortliche Person vor Ort. Sie schaue, dass es laufe. Sie mache alles, z.B. räume sie auf oder schaue, dass es genügend Getränke habe. Auf die Frage, wer für die Führung des Betriebs verantwortlich sei bzw. wer die Anweisungen erteile, gab C._____ zu Protokoll, das sei sie. Sie entscheide. Einen Schlüssel hätten nur sie und eine Putzfrau. Sie erhalte für den Betrieb der Automaten ein- bis zweimal pro Monat Fr. 300.– bis 400.– von B._____. Wenn etwas an den Automaten kaputt sei, dann kontaktiere sie B._____. Dieser komme dann für die Reparatur vorbei (Urk. 3/2 0032 ff.).

Nach der Darstellung von C._____ war es also sie, welche die alleinige Verantwortung im Club hatte respektive, dass es sie war, welche darüber entschieden hatte, was im Club passieren durfte. Sie war es auch, welche finanziell davon profitierte, dass die Glücksspielautomaten im Club aufgestellt waren.

2.2. Sicherstellungen beim Beschuldigten

2.2.1. Beim Beschuldigten konnten anlässlich der Hausdurchsuchung Fr. 4'500.– in einem losen Bündel aus der Hosentasche hinten links sichergestellt werden (Urk. 3/2 0017).

Der Beschuldigte sagte aus, er habe davon zwei Flugzeuggtickets kaufen wollen. Am 30. Juni 2013 habe C._____ für zwei Wochen nach

Vietnam fliegen wollen. Er habe die Tickets in einem Reisebüro gekauft, auch sein Visum sei erneuert worden. Das Reisebüro würde das sicher bestätigen (Urk. 3/4 0120 F/A 24). Vor der Vorinstanz sagte er hierzu aus, er habe nach Vietnam in die Ferien fliegen wollen. Bei der Einvernahme der ESBK habe er Bankbelege vorgelegt. Es habe sich aber niemand dafür interessiert. Auf diesen hätte man gesehen, dass er sich Geld von seinem Sohn ausgeliehen hätte. Er habe sich damals Tickets kaufen wollen. Er habe nicht gewusst, wie viel die Flugtickets nach Vietnam kosten würden. Er habe verschiedene Beträge gehört, etwas zwischen Fr. 2'000.– und Fr. 2'500.–. Deshalb habe er soviel Bargeld bei sich gehabt. Er habe die Flugtickets in den kommenden Tagen nach der Hausdurchsuchung kaufen wollen. Er könne dies auch beweisen, da er bereits ein Visum für Vietnam besorgt gehabt habe (Prot. I S. 14 f.).

2.2.2. Beim Beschuldigten wurde sodann in der Geldbörse eine Karte der I._____ GmbH gefunden, welche in andere Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz verwickelt sein soll.

Danach gefragt, sagte der Beschuldigte aus, J._____ drucke diese Karten. Dieser "mache mit Automaten". Er kenne J._____ aus Leibstadt seit dem Jahre 2002. Ihre Lokale seien gerade nebeneinander gewesen. Er habe ihm die Karte viele Jahre später an der ...-strasse in Zürich gegeben, als er ihn dort getroffen habe. Er habe sonst keinen Kontakt mehr mit diesem. J._____ habe ihm die Karte gegeben, damit er J._____ eventuelle Kunden zuhalten könne (Urk. 3/4 0120 F/A 23; Prot. I S. 17 f.).

2.2.3. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Visitenkarte und das viele Bargeld, welches der Beschuldigte in Form eines losen Bündels anlässlich der Hausdurchsuchung auf sich getragen hat, zwar Indizien sein könnten, dass der Beschuldigte in den Betrieb der Glückspielautomaten im Club involviert war. Jedoch reichen diese für sich alleine betrachtet nicht aus, um zu erstellen, dass der Beschuldigte tatsächlich die (Mit-)Verantwortung über das Lokal mit den illegalen Glücksspielautomaten innehatte.

2.2.4. Was den Schlüssel zum Club angeht, welchen der Beschuldigte im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung auf sich getragen hat, so ist mit der Vorinstanz zu erwähnen, dass der Beschuldigte in diesem Zusammenhang ein widersprüchliches Aussageverhalten zeigte (vgl. Urk. 31 S. 12). Doch auch daraus lässt sich lediglich ableiten, dass der Beschuldigte offensichtlich darauf bedacht war, sich selber (zunehmend) in einem günstigeren Licht zu präsentieren. Wohl hatte der Beschuldigte in Momenten der Abwesenheit von C._____ den Schlüssel jeweils bei sich und schaute dann zum Lokal. Doch auch daraus kann nicht mit rechtsgenügender Sicherheit geschlossen werden, dass die Verantwortung des Beschuldigten derart war, dass er auf den Betrieb der Glücksspielautomaten irgendeinen Einfluss hatte.

2.3. Fazit: Zwar lässt sich erstellen, dass es sich bei den Geräten U6861, U6862, U6863, U6864 und U6865 um Glücksspielautomaten handelt und diese im Club «D._____» aufgestellt waren. Erstellen lässt sich ebenso, dass der Beschuldigte um die Illegalität der Glücksspielautomaten wusste. Nicht erstellen lässt sich allerdings aufgrund der verwertbaren Beweismittel, dass der Beschuldigte im Privatclub «D._____» eine tragende Rolle innehatte und somit auch die Verantwortung für das Geschehen im Lokal trug respektive er als faktischer Geschäftsführer nebst der Verantwortung auch eine gewisse Entscheidungsgewalt für die Vorgänge in den Clubräumlichkeiten hatte. Der Beschuldigte ist demgemäss vom Vorwurf des Aufstellens von Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG freizusprechen.

III. Beschlagnahme

1. Die Vorinstanz erkannte, dass die beschlagnahmten Barmittel des Beschuldigten (in Anwendung von Art. 268 Abs. 1 lit. a StPO) eingezogen und zur anteilmässigen Deckung der Verfahrenskosten verwendet werden. Zudem seien die beim Beschuldigten beschlagnahmten Quittungen und Notizen einzuziehen und zu vernichten (Urk. 31 S. 27 f.).

2. Die Verteidigung beantragt, es seien die beschlagnahmten Gelder in der Höhe von Fr. 4'620.– und die diversen Quittungen und Notizen dem Beschuldigten zurückzuerstatten (Urk. 32 S. 2; Urk. 42 S. 2).

3. Gemäss Art. 79 Abs. 1 7. Spiegelstrich VStrR ist im Urteil auch über die beschlagnahmten Gegenstände zu entscheiden. Da das VStrR betreffend die Einziehung keine eigenen Bestimmungen enthält, kommen die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches respektive die Vorschriften der StPO zur Anwendung (Art. 2 und 82 VStrR).

Wurde ein Gegenstand allein zu Beweiszwecken in staatlichen Gewahrsam genommen, so ist er dem Berechtigten stets zurückzugeben; denn diesfalls bestehen nie Gründe für seine Einziehung. Soweit die Beschlagnahme sich, und sei es nur nebenher, auf Gesichtspunkte der Gefährlichkeit des Gegenstandes oder der Deliktsverstricktheit des Vermögenswertes bezieht, hat sich das weitere Vorgehen an der Beschlagnahme zu Einziehungszwecken zu orientieren (BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 267 N 8). Gegenstände werden eingezogen, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder dazu bestimmt waren oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 Abs. 1 StGB). An das Vorliegen einer Gefährdung sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Insbesondere genügt das Bestehen einer Gefahr, dass der Beschuldigte die Sache in Zukunft wieder für eine Deliktsbegehung nutzt. Gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht über die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen. Die Vermögenseinziehung ist, wie die Sicherungseinziehung, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person anzuordnen. Notwendig ist jedoch ein Kausalzusammenhang zwischen dem Delikt und dem Vermögenswert (HEIMGARTNER, OFK/StGB, Art. 70 N 3 und 5). Sodann kann gemäss Art. 268 Abs. 1 StPO vom Vermögen der beschuldigten Person so viel beschlagnahmt werden, als voraussichtlich nötig ist zur Deckung der Verfahrenskosten und Entschädigungen (lit. a) oder der Geldstrafen und Bussen (lit. b).

4. Der Beschuldigte ist von Schuld und Strafe freizusprechen, weswegen eine Anwendung von Art. 268 Abs. 1 lit. b StPO nicht in Frage kommt. Wie noch zu zeigen sein wird, werden dem Beschuldigten auch keine Kosten auferlegt werden, weshalb auch Art. 268 Abs. 1 lit. a StPO nicht zur Anwendung gelangt. Sodann kann dem Beschuldigten mit der Vorinstanz (Urk. 31 S. 26) nicht nachgewiesen werden, dass das beschlagnahmte Bargeld in der Höhe von Fr. 4'620.– aus den illegalen Glücksspielen stammt. Eine Vermögenseinziehung nach Art. 70 Abs. 1 StGB kommt demgemäss ebenfalls nicht in Frage. Das beschlagnahmte Bargeld in der Höhe von Fr. 4'620.– ist dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herauszugeben.

Was die beim Beschuldigten sichergestellten Quittungen und Notizen angeht, so ist nicht ersichtlich, dass diese einen Deliktsskonnex aufweisen. Und selbst wenn dem so wäre, so ist auch nicht ersichtlich, wie diese Gegenstände inskünftig die "Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden" sollten (vgl. Art. 69 StGB). Die beim Beschuldigten am 19. Juli 2013 beschlagnahmten "diversen Quittungen und Notizen" sind dem Beschuldigten deshalb nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herauszugeben.

IV. Kosten und Entschädigung

1. Untersuchungs- und erstinstanzliche Verfahrenskosten

Die Vorinstanz hat – dem damaligen Ausgang des Verfahrens entsprechend – die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 31 S. 27). Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung ist nicht angefochten (Urk. 42 S. 2) und zu bestätigen. Aufgrund des heutigen vollumfänglichen Freispruches des Beschuldigten sind diese Kosten im Sinne von Art. 426 Abs. 1 StPO ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Berufungsverfahren

2.1. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Unterliegt die Untersuchungsbehörde, trägt der verfahrensführende Kanton die Kosten (SCHMID/

JOSITSCH, a.a.O., Art. 428 N 3). Nachdem der Beschuldigte freizusprechen ist und die ESBK vollumfänglich unterliegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.2. Es erscheint unter Berücksichtigung der von der amtlichen Verteidigung eingereichten Honorarnote (Urk. 52) angemessen, die amtliche Verteidigung mit Fr. 2'170.05 zu entschädigen. Diese Kosten sind ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Umtriebsentschädigung

3.1. Die Verteidigung beantragt, es sei dem Beschuldigten eine angemessene Umtriebsentschädigung auszurichten ohne diese zu begründen oder zu beziffern (Urk. 42 S. 2).

3.2. Gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO hat die beschuldigte Person Anspruch auf eine angemessene Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind. Die Strafbehörde kann die Entschädigung nach Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO herabsetzen oder gänzlich verweigern, wenn die Aufwendungen der beschuldigten Person geringfügig sind. Eine Person muss demnach das Risiko einer gegen sie geführten materiell ungerechtfertigten Strafverfolgung bis zu einem gewissen Grade auf sich nehmen. Daher ist nicht für jeden geringfügigen Nachteil eine Entschädigung zu leisten. Die Entschädigungspflicht setzt vielmehr eine gewisse objektive Schwere der Untersuchungshandlungen und einen dadurch bedingten erheblichen Nachteil voraus (Urteil des Bundesgerichts 6B_808/2011 vom 24. Mai 2012 E. 3.2.).

3.3. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Beschuldigten aus seiner Beteiligung am Strafverfahren wirtschaftliche Einbussen entstanden sind. Der Beschuldigte ist arbeitslos und lebt von der IV-Rente seiner Ehefrau (Prot. I S. 7). Da sich auch der übrige Aufwand in dem von einem Bürger im Umgang mit Behörden zu gewärtigenden Rahmen bewegt, ist dem Beschuldigten keine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO zuzusprechen. Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass eine Anwendung von Art. 429 Abs. 1 lit. a

StPO ebenfalls nicht in Frage kommt, da der Beschuldigte amtlich verteidigt war. Ebenso wenig liegt ein Fall von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO vor, da keine "besonders schweren Verletzungen" in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten gegeben sind. Mit Ausnahme der Beschlagnahmen erfolgten keine weitergehenden Zwangsmassnahmen gegenüber dem Beschuldigten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 15. Februar 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. [...]
2. [...]
3. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 4'541.25 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'541.25 amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)
zuzüglich Übersetzungskosten

Verlangt keine der Parteien eine Begründung, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.
- 5.-8. [...]"

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist des Aufstellens von Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die am 19. Juli 2013 beschlagnahmten Gelder von Fr. 4'620.– werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben.

3. Die am 19. Juli 2013 beschlagnahmten diversen Quittungen und Notizen werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben, andernfalls nach Ablauf von drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft vernichtet.
4. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die amtliche Verteidigung wird für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'170.05 aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
7. Dem Beschuldigten wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche 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 Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben gemäss § 54 Abs. 1 PolG.
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, 21. Dezember 2018

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. R. Bretscher