

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SU190030-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und  
lic. iur. B. Gut sowie die Gerichtsschreiberin MLaw T. Künzle

## Urteil vom 19. Mai 2020

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

1. **Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK**,  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_
2. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**,  
vertreten durch lic. iur. Christian Philipp,  
Anklägerinnen und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung -  
Einzelgericht, vom 2. Juli 2019 (GA180015)**

**Strafverfügung:**

Die Strafverfügung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK vom 20. August 2018 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 3/07 035 ff.).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 12 S. 18 f.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Einsprecher ist schuldig der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 2 Bst. c SBG.
2. Der Einsprecher wird bestraft mit einer Busse von Fr. 6'600.–.
3. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'400.–.  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer sowie die Kosten der Strafverfügung Nr. 62-2014-017 vom 20. August 2018 in der Höhe von Fr. 4'680.– werden dem Einsprecher auferlegt.
6. Über die Kosten gemäss Ziffer 4 stellt die Gerichtskasse Rechnung, während über die dem Einsprecher von der Eidgenössischen Spielbankenkommission auferlegten Kosten die Eidgenössische Spielbankenkommission Rechnung stellt.
7. [Mitteilungen]
8. [Rechtsmittel]"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 8 f.)

a) **Der Verteidigung des Beschuldigten:**

(Urk. 13 S. 2; Urk. 30 S. 2)

1. Der angefochtene Entscheid vom 02.07.2019 des BGZ, 10. Abt. – Einzelgericht GA180015-L/U, sei aufzuheben;

2. Stattdessen sei im Sinne des [recte: der] bei der ersten Instanz eingebrachten Anträge zu entscheiden, nämlich:
  1. Die Strafverfügung Nr. 62-2014-017/02/Scs vom 20. August 2018 sei rücksichtlich Disp. Ziff. 1, 2, 3 sowie 4 aufzuheben;
  2. Der Beschuldigte sei von der Anklage eines Verstosses gegen das SBG freizusprechen, es sei demzufolge davon abzusehen, eine Strafmassnahme gegen den Beschuldigten zu verfügen;
  3. Die erfolgten Einziehungsverfügungen bzw. Einziehungen seien als hinfällig zu bezeichnen, und/bzw. aufzuheben;
  4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
- b) Der eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK):  
(Urk. 36 S. 2)
  1. Die Berufung des Beschuldigten sei vollumfänglich abzuweisen.
  2. A.\_\_\_\_\_ sei nach Neuurteilung unter Berücksichtigung von Art. 2 VStR i.V.m. Artikel 2 Absatz StGB sowie Art. 130 Absatz 1 Buchstabe a BGS der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz nach Art. 56 Absatz 1 Buchstabe c SBG eventualiter wegen Widerhandlung gegen das Geldspielgesetz nach Artikel 130 Absatz 1 Buchstabe a BGS zu verurteilen.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschuldigten.

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte / Prozessuales**

#### 1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht in Strafsachen, vom 2. Juli 2019 kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 12 S. 5 f.).

1.2. Mit Schreiben vom 18. Juli 2019 liess der Beschuldigte fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil anmelden (Urk. 10) und mit Eingabe vom 25. Juli 2019 folgte ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung (Urk. 13). Mit Präsidialverfügung vom 26. August 2019 wurde der Eidgenössischen Spielbankenkommission (nachfolgend: ESBK) und der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich Frist angesetzt, um ein Nichteintreten auf die Berufung des Beschuldigten zu beantragen oder Anschlussberufung zu erheben (Urk. 16). Sowohl die ESBK als auch die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich liessen diese Frist ungenutzt verstreichen (vgl. Urk. 17).

1.3. Mit Beschluss vom 27. September 2019 wurde in Anwendung von Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist zur Erstattung der schriftlichen Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 24), welche nach zweimaliger Fristerstreckung am 3. Dezember 2019 fristgemäss einging (Urk. 30). Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 erstattete die ESBK die Berufungsantwort (Urk. 36). Mit Präsidialverfügung vom 7. Januar 2020 wurde dem Beschuldigten Frist zur freigestellten Berufungsreplik angesetzt (Urk. 38). Nach einmaliger Fristerstreckung ging mit Eingabe vom 12. Februar 2020 innert Frist die Berufungsreplik ein, wobei sie die Bezeichnung "Berufungsbegründung" trägt und auch inhaltlich einer zweiten Berufungsbegründung gleichkommt (Urk. 42; siehe dazu hernach unter Ziffer 4). Die erwähnte Eingabe der Verteidigung des Beschuldigten wurde der ESBK und der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 45). Mit Schreiben vom 27. April 2020

gingen die Honorarnoten der erbetenen Verteidigung des Beschuldigten ein (Urk. 48, 50 und 51).

## 2. Anwendbares Recht

2.1. Gemäss Art. 57 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz; nachfolgend SBG) ist das Verwaltungsstrafrechtsgesetz vom 22. März 1974 (nachfolgend VStrR) anwendbar (vgl. auch Art. 1 VStR), welches sowohl materielle (Verwaltungsstrafrecht; Art. 2 ff. VStrR) als auch prozessuale Bestimmungen (Verwaltungsstrafverfahren; Art. 19 ff. VStrR) beinhaltet. Gegen Entscheide der kantonalen Gerichte können die Rechtsmittel der StPO ergriffen werden (Art. 80 Abs. 1 VStrR). 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.

2.2. Per 1. Januar 2019 ist sodann das neue Bundesgesetz über Geldspiele vom 29. September 2017 (Geldspielgesetz; BGS) in Kraft getreten, welches die Bestimmungen des Lotterie- und Spielbankengesetzes ersetzt. Die Übergangsbestimmungen in diesem Gesetz betreffen die Strafbestimmungen nicht. Dementsprechend kommen nach Art. 2 VStrR die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zur Anwendung, weshalb auf Fälle, welche sich wie der vorliegende vor dem 1. Januar 2019 zugetragen haben, das neue Gesetz nur anzuwenden ist, wenn es gemäss Art. 2 StGB das mildere ist. Diese Bestimmung gilt kraft Verweisung gemäss Art. 104 StGB auch für Übertretungen. Entsprechendes wird auch in der Botschaft zum BGS festgehalten. Gemäss der Botschaft gelten für die laufenden Verfahren wie auch für die Verfolgung von Straftaten, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangen wurden, die Strafbestimmungen des bisherigen Rechts, ausser die Anwendung des neuen Rechts würde zu einer milderen Sanktion führen (Anwendung des Grundsatzes der lex mitior; Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz, BBl 2015 S. 8506).

2.3. Ob das neue Gesetz im Vergleich zum alten milder ist, beurteilt sich nicht nach einer abstrakten Betrachtungsweise, sondern in Bezug auf den konkreten

Fall (Konkrete Vergleichsmethode). Grundsätzlich müssen in erster Linie die rechtlichen Bedingungen der streitigen Straftat geprüft werden. Ist das Verhalten sowohl nach altem als auch nach neuem Recht strafbar, muss ein Vergleich der insgesamt zu gewärtigenden Sanktionen vorgenommen werden. Der Richter hat die Tat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht (hypothetisch) zu prüfen und durch Vergleich der Ergebnisse festzustellen, nach welchem der beiden Rechte der Täter besser fährt. Massgeblich sind alle anwendbaren Strafzumessungsregeln. Der Richter hat deshalb den Sachverhalt in umfassender Weise sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht zu beurteilen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_115/2011 vom 26. Juli 2011 E. 3.5; BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, 4. Aufl., 2019, Art. 2 N 11 ff.).

### 3. Umfang der Berufung und Kognition des Berufungsinstanz

3.1. 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. 2018, Art. 398 N 12 f.; BSK StPO II-EUGSTER, 2. Aufl., 2014, Art. 398 N 3a). Neue

Beweise und Behauptungen können im Berufungsverfahren bei Übertretungen nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 letzter Satz StPO).

3.2. Die urteilende Instanz muss sich im Weiteren nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr kann sich das Gericht auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Vorbringen der Parteien beschränken (BGE 141 IV 249; BGE 138 IV 81 E. 2.2; BGE 136 I 229 E. 5.2).

3.3. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, wird die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung durch die Verteidigung nicht gerügt. Der dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt ist unbestritten. Es werden neben einem Prozesshindernis (vgl. zur Frage der Verjährung sogleich nachfolgend Ziffer 7) zumindest sinngemäss die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz beanstandet.

3.4. Das Urteil der Vorinstanz ist aufgrund des beantragten Freispruchs vollumfänglich angefochten und somit in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 13).

#### 4. Prozessuales

4.1. Gemäss Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO kann die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandelt werden, wenn unter anderem ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils bilden. Die Verfahrensleitung setzt nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens der Partei, welche Berufung erklärt hat, Frist zur schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 390 Abs. 3 StPO). Gemäss Art. 390 Abs. 4 StPO richtet sich das anschliessende Verfahren nach Art. 390 Abs. 2 – 4 StPO. Die Berufungsbegründung hat sich auf alle nach Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO angefochtenen Punkte zu beziehen und sie unterliegt ebenfalls der Vorprüfung von Art. 400 StPO. Im schriftlichen Verfahren ist die Einreichung einer Berufungsbegründung zudem ein Gültigkeitserfordernis (Art. 406 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 385 Abs. 1 und 2 StPO). Die schriftliche Begründung ersetzt insoweit die Parteivorträge des mündlichen Verfahrens. Sie muss den in Art. 385 Abs. 1 StPO aufgeführten Anforderungen genügen (Urteile des Bundesgerichtes

6B\_1418/2017 vom 23. November 2018 E. 4; 6B\_684/2017 vom 13. März 2018 E. 1.4.2; 6B\_622/2014 vom 20. Januar 2015 E. 4.1, je mit Hinweisen). Nach Vorprüfung der Berufungsbegründung wird der Gegenseite Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Nach Eingang der Berufungsantwort ist das allgemeine Recht auf Replik zu wahren (BSK StPO II-ZIEGLER/KELLER, a.a.O., Art. 390 N 4). Nach Eingang einer Replik ist die Möglichkeit einer Duplik zu geben, auch wenn die Eingabe keine neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Im Übrigen sind sie grundsätzlich ohnehin befugt, jederzeit Eingaben zu machen (Art. 109 Abs. 1 StPO).

4.2. Vorliegend liess der Beschuldigte nach Anordnung des schriftlichen Berufungsverfahrens die schriftliche Berufungsbegründung mit Eingabe vom 3. Dezember 2019 erstatten (Urk. 30). Nach Vorprüfung der Berufungsbegründung wurde der Gegenseite Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Die schriftliche Berufungsantwort der ESBK ging mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 ein (Urk. 36). Gestützt auf Art. 390 Abs. 3 StPO wurde dem Beschuldigten bzw. dessen Verteidigung die Gelegenheit zur Berufungsreplik gegeben (Urk. 38). Mit Eingabe vom 12. Februar 2019 liess der Beschuldigte formell und materiell keine Berufungsreplik sondern stattdessen eine zweite Berufungsbegründung einreichen (Urk. 37). Wie dargelegt, stellt die Berufungsbegründung im schriftlichen Berufungsverfahren ein Gültigkeitserfordernis dar. Daraus ergibt sich, dass es nicht möglich ist, eine bereits eingereichte Berufungsbegründung nachzubessern bzw. nachträglich zu ergänzen. Streng formalistisch gesehen, müsste daher die zweite Berufungsbegründung des Beschuldigten nicht zugelassen bzw. bei der Entscheidungsfindung unberücksichtigt bleiben. Da es den Parteien indessen offensteht, jederzeit Eingaben zu machen, erscheint es angezeigt, bei der zweiten Berufungsbegründung einfach von einer weiteren Eingabe im Sinne von Art. 109 Abs. 1 StPO auszugehen. Die zweite Berufungsbegründung wurde der Gegenseite demnach auch nur zur Kenntnisnahme zugestellt, ohne dass eine Frist zur Berufungsduplik angesetzt wurde.

## 5. Anklagegrundsatz

5.1. Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 9 und Art. 325 StPO, Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und lit. b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (Art. 350 StPO). Die beschuldigte Person muss aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Entscheidend ist, dass die betroffene Person genau weiss, welcher konkreter Handlungen sie beschuldigt wird und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_286/2018 vom 26. April 2019 E. 2.3.1).

5.2. Es gilt entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 42 S. 5) darauf hinzuweisen, dass die ESBK dem Beschuldigten sowohl im Strafbescheid vom 24. August 2015 als auch in der Strafverfügung vom 20. August 2018 den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG und nicht Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG zum Vorwurf machte (Urk. 3/07 012 ff.; Urk. 3/07 035 ff.). Gemäss Art. 74 Abs. 2 VStrR gilt die Strafverfügung mit der Überweisung ans Strafgericht als Anklage. Von einer unzulässigen Anklageänderung kann daher schon aus diesem Grund keine Rede sein. Im Übrigen gilt der Anklagegrundsatz im Sinne von Art. 9 StPO wie dargelegt nicht für die vorgenommene rechtliche Würdigung der Anklagebehörde. Das Gericht ist nur an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden. Im Übrigen legt die Verteidigung nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Anklage mangelhaft sein soll. Der Einwand der Verteidigung einer unzulässigen Anklageänderung ist mithin unbegründet.

## 6. Verschlechterungsverbot / reformatio in peius

6.1. Die ESBK beantragt als Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort vom 20. Dezember 2019 eventualiter eine Bestrafung des Beschuldigten nach Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS (Urk. 36 S. 2). Beim Tatbestand von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS handelt es sich um ein Vergehen, welches mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe sanktioniert wird.

6.2. Die Rechtsmittelinstanz darf Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (vgl. Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO). Der Sinn dieses Verschlechterungsverbots (Verbot der reformatio in peius) besteht darin, dass die beschuldigte Person nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll (BGE 142 IV 89 E. 2.1).

6.3. Da die ESBK im vorliegenden Verfahren nur Berufungsbeklagte ist, darf das Obergericht das vorinstanzliche Urteil nicht zum Nachteil des Beschuldigten abändern. Entsprechend dürfte auf den Eventualantrag der ESBK nicht eingetreten werden. Wie noch zu zeigen sein wird, erweist sich das alte Recht im vorliegenden Fall ohnehin als das mildere, weshalb diese Frage nicht weiter von Belang ist.

## 7. Verjährung

7.1. Die Verteidigung bringt vor, dass vorliegend die Verjährung bereits eingetreten sei, als sich die ESBK um die Sache "gekümmert" habe (Urk. 30 S. 5).

7.2. Die Verjährung stellt ein Prozesshindernis dar, was die Einstellung des Verfahrens zur Folge hätte (Art. 329 Abs. 1 lit. c und Abs. 4 StPO). Da, wie bereits erwähnt, am 1. Januar 2019 das Geldspielgesetz in Kraft getreten ist, ist zur Prüfung der Verjährungsfrage ebenfalls vorab zu klären, welches Recht auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Die Übergangsbestimmungen des Geldspielgesetzes geben keine Antwort auf diese Frage (Art. 140 ff. BGS). Somit kommen die Allgemeinen Bestimmungen des StGB zur Anwendung (Art. 333 Abs. 1 StGB).

Demnach ist im Sinne des Grundsatzes lex mitior (Art. 2 StGB, Art. 389 StGB) im konkreten Fall zu prüfen, ob das neue Recht betreffend die Verjährung das mildere ist. Um die Verjährung nach neuem Recht prüfen zu können, muss indessen zunächst geklärt werden, ob sich der Anklagevorwurf gegenüber dem Beschuldigten nach neuem Recht unter einem Tatbestand subsumieren lässt. Ansonsten

hätte mangels strafrechtlich relevanten Verhaltens ohnehin eine Einstellung zu ergehen.

7.3. Dem Beschuldigten wird seitens der ESBK vorgeworfen, in der Zeit vom 7. Februar 2014 bis 8. Februar 2014 in der Gastwirtschaft "C.\_\_\_\_\_" – deren Geschäftsführer der Beschuldigte zum besagten Zeitpunkt war – zwei Geldspielautomaten (1 und 2) mit den als Glücksspielautomaten qualifizierten Spielen gemäss Auflistung in der Strafverfügung aufgestellt und angeboten zu haben, ohne eine Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs durchgeführt bzw. eingeholt zu haben. Dadurch habe sich der Beschuldigte [nach altem Recht] der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG schuldig gemacht (Urk. 3/07 035 ff.).

7.4. Gemäss Art. 57 Abs. 2 SBG verjähren Übertretungen nach fünf Jahren. Laut Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB werden bis zur Anpassung der Verjährungsfristen nach anderen Bundesgesetzen die in den Bundesgesetzen festgelegten Fristen für die Verfolgungsverjährung für Übertretungen, welche mehr als ein Jahr betragen, um die ordentliche Dauer verlängert. Dies würde für den vorliegenden Fall bedeuten, dass die Verfolgungsverjährung 10 Jahre wäre. Die Vorinstanz hat mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bereits zutreffend dargelegt, dass entgegen dem Gesetzeswortlaut Übertretungen des SBG nach sieben Jahren verjähren, sodass Übertretungen des SBG nicht eine längere Verjährungsfrist haben als Vergehen (Urk. 12 S. 5; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_770/2010 vom 28. Februar 2011 E. 5.2.).

Die Verjährungsfrist für die Strafverfolgung des Beschuldigten betrug demnach 7 Jahre. Im Zeitpunkt des Erlasses der Strafverfügung der ESBK vom 20. August 2018 war die Verfolgungsverjährung entgegen der Auffassung der Verteidigung damit offensichtlich noch nicht eingetreten.

Im Weiteren hat die Vorinstanz richtig darauf hingewiesen, dass durch den Erlass der Strafverfügung die Verfolgungsverjährung nicht mehr eintreten kann (Art. 97 Abs. 3 StGB; Urk. 12 S. 5). Die Strafverfügung stellt nach bundesgerichtlicher

Rechtsprechung ein erstinstanzlichen Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB dar (BGE 133 IV 112 E. 9.4.4.). Nach dieser Bestimmung kann die Verjährung nicht mehr eintreten, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist.

7.5. Nach neuem Recht ist eine Subsumtion des Anklagevorwurfs unter Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS (Vergehen) oder Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS (Übertretung) möglich (vgl. dazu im Detail hernach). Übertretungen nach dem Geldspielgesetz verjähren nach fünf Jahren (Art. 137 BGS). Vergehen mit einer Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe haben eine Verjährungsfrist von 10 Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB). Nach dem Dargelegten war die Verfolgungsverjährung auch bei Anwendung des neuen Rechts im Zeitpunkt des Erlasses der Strafverfügung vom 20. August 2018 noch nicht eingetreten und kann gestützt auf Art. 97 Abs. 3 StGB auch nicht mehr eintreten.

## **II. Strafbarkeit**

### **1. Ausgangslage**

1.1. Die Vorinstanz kam zusammengefasst zum Schluss, dass aufgrund des Vergleichs der Sanktionen von Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS und Art. 59 Abs. 1 lit. a SBG das neue Recht nicht milder sei und wendete in der Folge das SBG an. Der Sachverhalt sei gestützt auf die Aussagen der Auskunftsperson D.\_\_\_\_\_, der Fotodokumentation und des Rapports der Stadtpolizei Zürich erstellt (Urk. 12 S. 8). Hinsichtlich des Tatbestands von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG hielt die Vorinstanz mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts fest, dass die Vorführungspflicht auch für Personen oder Betriebe ohne Spielbankenkonzession gelte. Bei den auf den Geräten (1, 2 und 3) verfügbaren Spiele handle es sich gemäss den Qualifikationsverfügungen Nr. 532-002 vom 2. Oktober 2013, Nr. 532-003 vom 26. Februar 2014, Nr. 532-004 vom 26. Februar 2014 und Nr. 512-026 vom 4. April 2014 um insgesamt 37 automatisierte Spiele im Sinne von Glückspielautomaten nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 SBG, was für das Strafgericht bindend sei (Urk. 12 S. 9). Da anlässlich der polizeilichen Kontrolle vom 8.

Februar 2014 der Beschuldigte und die Auskunftsperson D.\_\_\_\_\_ beim Spielen an den Automaten angetroffen worden seien, sei offensichtlich, dass die Automaten auch in Betrieb gewesen seien. Im Weiteren liege entgegen der Auffassung der Verteidigung keine unzulässige Anklageänderung vor, zumal dem Beschuldigten sowohl im Strafbescheid als auch in der Strafverfügung ein Verstoss gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG und nicht Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG vorgeworfen worden sei. Die rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde sei im Übrigen ohnehin nicht bindend für das Gericht. Die Vorinstanz bejahte auch den subjektiven Tatbestand im Sinne eines eventualvorsätzlichen Handelns des Beschuldigten und verneinte zugleich das Vorliegen eines Rechtsirrtums (Urk. 12 S. 11 ff.). Entsprechend wurde der Beschuldigte vorinstanzlich der Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG für schuldig befunden (Urk. 12 S. 14).

1.2. Die Verteidigung setzt sich in der Berufungsbegründung vom 3. Dezember 2019 nicht wirklich bzw. allenfalls oberflächlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Vielmehr werden im Wesentlichen nochmals dieselben Partei-standpunkte wie vor Vorinstanz vorgebracht bzw. wiederholt. Gemäss Verteidigung sei das alte Recht (SBG) auf den vorliegenden Fall anwendbar. Aufgrund der Verfügung der ESBK vom 31. März 2014 sei wohl darauf zu schliessen, dass die ESBK Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG "im Auge gehabt" habe, obwohl dies dort nicht genannt werde (Urk. 30 S. 3). Auf den relevanten Automaten seien zwar verschiedene Spiele praktizierbar, aber jeweils könne nur ein einzelner etwas vorkehren. Es handle sich demnach nicht um zahlreiche Geräte oder Spielmöglichkeiten. Im Zeitpunkt der ersten Verfügung sei keine Qualifikation der fraglichen Automaten vorgelegen, weshalb der Aufsteller auch keine Prüfungen oder Konformitätsbewertungen habe vorkehren müssen oder können (Urk. 30 S. 3). Die ESBK habe bis vor Bundesgericht selber die Ansicht vertreten, dass Art. 56 Abs. 1 SBG nicht auf Aufsteller wie Restaurants und der gleichen anwendbar sei (Urk. 30 S. 3). Der Beschuldigte sei ein "einfacher Rechtsgenosse", ein "kompletter Neuling" auf dem Gebiet, weshalb er nicht habe weitergehende Überlegungen anstellen müssen. Von Vorsatz oder Eventualvorsatz könne keine Rede sein (Urk. 30 S. 4). Auch die E.\_\_\_\_\_ sei zum fraglichen Zeitpunkt mit dem Werbe-

spruch " ... Franken ... Millionen" an die Öffentlichkeit getreten. Damit habe der Beschuldigte davon ausgehen dürfen, dass gegen ein ähnliches Gerät, welches er benutzt habe, keine Einwände bestünden (Urk. 30 S. 4). Die Polizei habe sofort zugeschlagen, ohne den Beschuldigten auf die Problematik hinzuweisen (Urk. 30 S. 4). Der Beschuldigte habe sich "gegebenenfalls" in einem Sachverhalts- bzw. Rechtsirrtum befunden, worauf er sich "vorsorglich" berufe. Er habe sich auf aussagekräftige Erklärungen von Behörden, Schreiben der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich vom 14. Mai 2008 und das Schreiben des Bundesamtes für Justiz vom 9. Januar 2008 als Legitimation stützen können (Urk. 30 S. 4). Die ESBK habe sich ursprünglich auf Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG berufen. Die Berufung auf Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sei offensichtlich eine Verlegenheitslösung der ESBK, um nicht im quasi rechtsfreien Raum zu landen (Urk. 30 S. 5). Die ausgesprochene Busse, welche als solche aber bestritten werde, sei unverhältnismässig hoch (Urk. 30 S. 5).

Mit Eingabe vom 12. Februar 2020 hält die Verteidigung grundsätzlich an ihrem Standpunkt fest, dass sich der Beschuldigte in einem Rechts- bzw. Sachverhaltsirrtum befunden habe, wonach Art. 56 Abs. 1 SBG nicht auf Gaststätten anwendbar sei. Im Weiteren wird vorgebracht, dass das BGS keine Vorführungspflicht mehr vorsehe, weshalb das Verhalten des Beschuldigten unter neuem Recht straflos bliebe und der Beschuldigte auch unter diesem Aspekt freizusprechen sei (Urk. 42 S. 5).

Nach dem Dargelegten ergibt sich, dass seitens der Verteidigung der Anklagesachverhalt an sich nicht bestritten wird. Vielmehr wird in der Hauptsache die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG entgegen der Auffassung der Vorinstanz verneint, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, ob der inkriminierte Vorwurf gegenüber dem Beschuldigten nach neuem und altem Recht unter Berücksichtigung der Vorbringen der Verteidigung strafbar ist.

## 2. Würdigung

### 2.1. Allgemeines

2.1.1. Die Vorinstanz beurteilte die Strafbarkeit des Beschuldigten nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG. Nach neuem Recht kommt, wie eingangs erwähnt, eine Subsumtion des Sachverhaltes unter Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS oder Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS in Betracht.

### 2.2. Strafbarkeit nach altem Recht

2.2.1. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG macht sich strafbar, wer Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewegung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs aufstellt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann bezüglich der objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen und der Subsumtion vorab vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 12 S. 9 ff.). Zusammenfassend bzw. ergänzend das Folgende:

2.2.2. Anlässlich der polizeilichen Kontrolle der Stadtpolizei Zürich in der Gastwirtschaft "C.\_\_\_\_\_" bespielten der Beschuldigte als Geschäftsführer und D.\_\_\_\_\_ als Gast Automaten, wobei durch die Stadtpolizei drei Geldspielautomaten "... [Automaten]" (1, 2 und 3) sichergestellt werden konnten (Urk. 3/01 002 f.). Das Gerät 3 entfiel nachfolgend im Untersuchungsverfahren aufgrund eines Rechtsmittelverfahrens gegen die Qualifikationsverfügung der ESBK Nr. 532-002 vom 2. Oktober 2013 (vgl. Urk. 03/07 0037). Mit Vergleichsberichten vom 14. August 2014 bzw. 4. September 2014 wurden die angetroffenen Spiele auf den Geräten 1 und 2 mit bereits qualifizierten Spielen verglichen und mit Verfügungen der ESBK vom 26. Februar 2014 und 4. April 2014 die darin aufgelisteten automatisierten Spiele, d.h. insgesamt 37 relevante Spiele, als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 SGB qualifiziert (Urk. 03/05 008 ff.). Die Vorinstanz wies zutreffend daraufhin, dass diese Qualifizierung vom Strafgericht nicht überprüft werden darf bzw. bindend ist (Urk. 12 S. 9; Urteil des Bundesgerichts 6B\_505/2018 vom 3. Mai 2019 E. 2.5; BGE 138 IV 106 E. 5.3.2). In der Gastwirtschaft "C.\_\_\_\_\_" befanden sich mithin zwei Geräte (1 und 2), welche mit

den als Glückspielautomaten qualifizierten automatisierten Spielen ausgestattet und zum Zwecke des Betriebs aufgestellt wurden bzw. in Betrieb waren, wobei sie vor der Inbetriebnahme unbestrittenermassen weder der ESBK zur Prüfung vorgeführt wurden noch über eine Konformitätsbewertung oder Zulassung verfügten.

Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist für die Tatbestandserfüllung völlig irrelevant, ob ein Gerät gleichzeitig nur von einem einzelnen Spieler bedient werden konnte (Urk. 30 S. 3). Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sanktioniert die Unterlassung der Vorführung der erwähnten Geräte durch die verantwortliche Person. Der Beschuldigte hatte als Geschäftsführer der Gastwirtschaft "C.\_\_\_\_\_" die Verantwortung. Dass die Vorführungspflicht auch für Personen oder Betriebe ohne Spielbankenkonzession, insbesondere auch für Gaststätten, gilt, hat die Vorinstanz bereits ausführlich mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dargelegt. Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 12 S. 9; Urteile des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 2.2. f.; 6B\_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2; BGE 138 IV 106 E. 5.3.2.). Unbehelflich ist daher auch der Einwand der Verteidigung, der Beschuldigte sei im Vorfeld von der Polizei bzw. den Behörden nicht auf die Problematik hingewiesen worden und die installierten Spiele seien von der ESBK erst später mittels Qualifikationsverfügungen als Glücksspiele bzw. Glückspielautomaten qualifiziert worden (Urk. 30 S. 3). Die ESBK konnte vor der Kontrolle durch die Stadtpolizei Zürich noch gar keine Kenntnis von den erwähnten Geräten in der Gastwirtschaft "C.\_\_\_\_\_" haben, da der Beschuldigte die Geräte mit den automatisierten Spielen entgegen seiner Pflicht nicht zur Prüfung vorführte. Sinn und Zweck des Qualifikationsverfahrens ist es gerade, die Legalität eines vorzuführenden Automaten abzuklären. Der objektive Tatbestand im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ist demnach mit der Vorinstanz erfüllt.

2.2.3. Der Beschuldigte macht in subjektiver Hinsicht geltend, er habe nicht gewusst, dass die Bestimmung einer Vorprüfung auch für Gastwirtschaften anwendbar sei. Er sei die Meinung gewesen, sein Handeln sei legal. Von Vorsatz oder

Eventualvorsatz könne keine Rede sein. Er habe sich in einem Rechts- bzw. Sachverhaltsirrtum befunden (Urk. 30 S. 4; Urk. 42 S. 3).

Ein sogenannter Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter von einem Tatbestandsmerkmal keine oder eine falsche Vorstellung hat. In diesem Fall fehlt dem Irrenden der Vorsatz zur Erfüllung der fraglichen Strafnorm (BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, a.a.O., Art. 13 N 10). Bei einer solchen Konstellation ist der Täter zu seinen Gunsten nach seiner irrigen Vorstellung zu beurteilen (Art. 19 Abs. 1 StGB). Im Unterschied zum Sachverhaltsirrtum betrifft der Rechtsirrtum Konstellationen, bei welchen der Täter in Kenntnis von allen Tatumständen und damit vorsätzlich handelt, aber sein Tun für erlaubt hält. Der Irrtum bezieht sich mithin auf die Rechtswidrigkeit seiner Tat (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_505/2018 vom 3. Mai 2019 E. 3.2.; BGE 129 IV 238 E. 3.1; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, a.a.O. Art. 21 N 7). Befand sich der Täter in einem Rechtsirrtum, handelt er nicht schuldhaft. War der Irrtum dennoch vermeidbar, mildert das Gericht die Strafe (Art. 21 StGB). Zureichend ist ein Grund nur dann, wenn dem Täter aus seinem Rechtsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen. Die Unkenntnis einer Rechtspflicht führt nicht per se zur Unvermeidbarkeit eines Irrtums und somit zum Entfallen der Schuld. Vielmehr sind bei Anlass zu Zweifeln vorab Erkundigungen einzuholen (TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 21 N 6 f.). Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass sich der Rechtsunterworfenen um Kenntnis der Rechtslage zu bemühen hat und deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_387/2017 vom 26. September 2017 E. 5.3. m.w.H.).

Vorliegend stellte oder liess der Beschuldigte als Geschäftsführer Geräte mit automatisierten Spielen in der Gastwirtschaft zum Betrieb aufstellen, ohne zuvor um eine behördliche Vorführung oder Bewilligung für die Aufstellung der Geräte ersucht bzw. sich mindestens entsprechend erkundigt zu haben. Dies tat er nach seinen Angaben im Glauben, sein Handeln sei legal bzw. dagegen bestünden keine behörderlichen Einwände. Er habe die Geräte im Wesentlichen aufgestellt,

um die Attraktivität des Lokals zu erhöhen und nicht, um Spielsüchtige anzulocken (Urk. 30 S. 4). Dadurch beruft er sich nach dem Dargelegten dogmatisch auf einen sogenannten Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) nach Art. 21 StGB i.V.m. Art. 2 VStrR und nicht auf einen Sachverhaltsirrtum.

Die Vorinstanz hat sich entgegen der Auffassung der Verteidigung mit dem Einwand eines Rechtsirrtums bereits ausführlich auseinandergesetzt, worauf vorab verwiesen werden kann (Urk. 12 S. 11 ff.). Der Beschuldigte musste als Geschäftsführer einer Gastwirtschaft darum besorgt sein, dass in seinem Laden nicht einfach irgendwelche Spielgeräte aufgestellt werden, ohne davor Erkundigungen über die Zulässigkeit bzw. eine etwaige Bewilligungspflicht derselben einzuholen. Es ist allgemein bekannt, dass das Spiel- und Automatenwesen in der Schweiz gesetzlich streng reguliert ist. Völlig irrelevant ist, ob Dritte, wie beispielsweise die E.\_\_\_\_\_, zeitlich Werbung mit einem Jackpot auf Geräten gemacht hätten (vgl. Urk. 32), zumal es sich dabei um einen anderen Sachverhalt handelt und ein mutmasslich deliktisches Handeln von Dritten ohnehin nicht als Rechtfertigung des eigenen Handelns dienen kann. Ebenso wenig ist stichhaltig, dass der Beschuldigte ein Rechtsgenosse mit normalen Kenntnissen sei und behördliche Schreiben über die Legalität kursiert hätten. Die erwähnten Schreiben des Bundesamtes für Justiz und der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, adressiert an eine Drittperson "F.\_\_\_\_ GmbH" stammen beide aus dem Jahr 2008 und haben keinerlei Bezug zum vorliegenden Sachverhalt (vgl. dazu Urk. 7/1+2). Sie sind in keiner Art und Weise geeignet, eine Vertrauensgrundlage für das Handeln des Beschuldigten darzustellen. Nähere Ausführungen darüber erübrigen sich von vornherein. Der Beschuldigte hatte demnach keine zureichende Gründe zur Annahme, nichts Unrechtes zu tun. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass ein gewissenhafter Mensch in der gleichen Situation nicht einfach auf die Schreiben zweier unzuständiger Behörden und das Verhalten Dritter abgestellt hätte. Der Beschuldigte hätte sich vielmehr vor Inbetriebnahme und Aufstellung der Geräte bei der zuständigen Behörde, der ESBK, über die Zulässigkeit seines Handelns, d.h. die Aufstellung von Geräten mit automatisierten Spielen ohne Vorprüfung, informieren müssen. Die Berufung auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum geht demnach fehl.

Im Weiteren ist in subjektiver Hinsicht festzuhalten, dass der Beschuldigte die Geräte mit automatisierten Spielen aufstellte oder aufstellen liess, um die Attraktivität des Lokals zu erhöhen (Urk. 30 S. 4). Da er auf den Geräten selbst spielte, hatte er Kenntnis vom multiplen Spielangebot. Die Inbetriebnahme und das Aufstellen der Geräte erfolgte ohne die dafür notwendigen Abklärungen bei der zuständigen Behörde über die Legalität solcher Automaten in der Gastwirtschaft. Der Beschuldigte nahm durch sein Handeln somit mindestens in Kauf, dass die Automaten nicht geprüft waren.

2.2.4. Das Handeln des Beschuldigten ist nach dem Gesagten im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG strafbar.

### 2.3. Strafbarkeit nach neuem Recht

2.3.1. Nach Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS wird bestraft, wer vorsätzlich, ohne die dafür nötigen Bewilligungen andere Geldspiele als diejenigen nach Art. 130 Abs. 1 lit. a durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt. Gestützt auf Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS wird bestraft, wer vorsätzlich ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele oder Grossspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt. Spielbankenspiele sind gemäss Art. 3 lit. g BGS Geldspiele, die einer eng begrenzten Anzahl von Personen offenstehen; ausgenommen sind die Sportwetten, die Geschicklichkeitsspiele und die Kleinspiele. Gemäss Botschaft zum BGS und Art. 3 VGS handelt es sich bei Geldspielen, die "einer eng begrenzten Anzahl von Personen offenstehen", um Spielbankensysteme bei denen höchstens 1000 Personen gleichzeitig teilnehmen können. Dies bedeutet insbesondere, dass alle Spiele Spielbankenspiele darstellen, bei welchen entweder ein einzelner Spieler gegen die Veranstalterin spielt oder die Teilnehmerzahl klein oder limitiert ist (Botschaft BGS, S. 8438). Da im vorliegenden Fall die Geräte unbestrittenermassen nur jeweils gleichzeitig von einer Person bedient werden konnten, ist demnach eine Subsumtion des Anklagesachverhaltes unter Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS zu prüfen. Entgegen der Auffassung der Verteidigung entfällt die Strafbarkeit nicht einfach dadurch, dass die Unterlassung der Vorführung nach neuem Recht nicht mehr unter Strafe gestellt wird (Urk. 42 S. 5).

2.3.2. Gemäss Art. 3 lit. a BGS handelt es sich bei Geldspielen um Spiele bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht. Dass es sich bei den relevanten 37 automatisierten Spiele um Glücksspiele bzw. Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG handelt, wurde mit den Verfügungen der ESKB vom 4. April 2014 und 26. April 2014 altrechtlich rechtskräftig festgestellt. Entsprechend ist erstellt, dass es sich bei diesen Spielen um Geldspiele handelt, bei denen der in Aussicht gestellte Geldgewinn oder geldwerte Vorteil ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Dass der Beschuldigte über keine Bewilligung verfügte, ist unbestritten. Im Weiteren ist erforderlich, dass eine der erwähnten Tathandlungen von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS zu bejahen ist, d.h. die Durchführung, Organisation oder das zur Verfügung stellen von Spielbankenspielen. Die Tatbestandshandlung des Durchführens umfasst alle Handlungen in Verbindung mit der konkreten Umsetzung eines Geldspieles oder mit der öffentlichen Zugänglichmachung desselben, d.h. Vertriebs- und Verkaufshandlungen. Unter Organisation ist der Aufbau der Struktur zu verstehen, mit der die Durchführung des Spiels ermöglicht wird. Mit zur Verfügung stellen ist unter anderem gemeint, dass zum Zweck der Organisation oder Veranstaltung Räumlichkeiten bereitgestellt oder Einrichtungen beschafft werden (Botschaft BGS, S. 8498).

Indem der Beschuldigte als Geschäftsführer die Geräte (1 und 2) in der Gastwirtschaft "C.\_\_\_\_\_" aufstellte bzw. aufstellen liess und in Betrieb setzte, ist die Tatbestandsvariante des Durchführens zu bejahen. Der Beschuldigte hat dadurch für Drittpersonen im Lokal Spielbankenspiele zugänglich gemacht. Folglich hat er Spielbankenspiele durchgeführt, ohne dafür eine Bewilligung zu erheben.

Der objektive Tatbestand im Sinne von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS ist demnach zu bejahen.

2.3.3. In subjektiver Hinsicht gilt es festzuhalten, dass der Beschuldigte als Geschäftsführer einer Gastwirtschaft die Verantwortung für den Betrieb der Automaten hatte und die Automaten der Öffentlichkeit zugänglich machte, ohne über eine

entsprechende Bewilligung zu verfügen. Er kannte das multiple Spielangebot. Damit hat er die Durchführung von Spielbankenspielen zumindest in Kauf genommen.

2.3.4. Bezüglich des Rechtsirrtums kann vollumfänglich auf das oben Ausgeführte verwiesen werden (Ziffer 2.2.3). Die Berufung auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum geht fehl.

2.3.5. Nach dem Gesagten ist das Handeln der Beschuldigten auch nach neuem Recht im Sinne von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS strafbar.

#### 2.4. Zwischenfazit

Entsprechend lässt sich als Zwischenfazit festhalten, dass die Strafbarkeit des Beschuldigten sowohl nach alten und neuem Recht gegeben ist. Ein Vergleich der Strafandrohungen gemäss Art. 56 Abs.1 lit. c SBG (Übertretungstatbestand; Busse bis zu Fr. 500'000.–) und Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS (Vergehen; Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren) ergibt, dass das alte Recht im vorliegenden Fall das mildere Recht ist.

#### 2.5. Urteilsdispositiv der Vorinstanz

2.5.1. Ist das Dispositiv eines Entscheides unklar, widersprüchlich oder unvollständig oder steht es mit der Begründung im Widerspruch, so nimmt die Strafbehörde, die den Entscheid gefällt hat, auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen eine Erläuterung oder Berichtigung des Entscheids vor (Art. 83 Abs. 1 StPO). Die Berichtigung bezweckt nicht die materielle Überprüfung eines Entscheids, sondern dessen Klarstellung beziehungsweise die Korrektur offensichtlicher Versehen. Ein solches liegt vor, wenn aus der Lektüre des Textes eines gerichtlichen Entscheids eindeutig hervorgeht, dass das, was das Gericht aussprechen oder anordnen wollte, nicht übereinstimmt mit dem, was es tatsächlich ausgesprochen oder angeordnet hat (BGE 142 IV 281 E. 3.1).

2.5.2. Im Urteilsdispositiv der Vorinstanz ist ein Schuldspruch nach Art. 56 Abs. 2 lit. c SBG ergangen (Urk. 12 S. 18). Mithin wurde der Beschuldigte im offensicht-

lichen Widerspruch zu den vorinstanzlichen Erwägungen, aus denen klar auf eine vorsätzliche Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG geschlossen wurde (vgl. Urk. 12 S. 14), der fahrlässigen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz im Sinne von Art. 56 Abs. 2 lit. c SBG schuldig gesprochen. Entsprechend hätte die Vorinstanz das Urteilsdispositiv aufgrund dieses offensichtlichen Versehens von Amtes wegen berichtigen müssen.

2.5.3. Für das Obergericht ist das vorinstanzliche Urteilsdispositiv massgeblich. Das Verschlechterungsgebot gilt auch für eine härtere rechtliche Qualifikation der Tat – eine vorsätzliche und nicht fahrlässige Widerhandlung gegen das SBG – (BGE 139 IV 282 E. 2.5 f.). Dem Obergericht steht es demnach nicht zu, den Beschuldigten der vorsätzlichen Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG schuldig zu sprechen.

### 3. Fazit

Der Beschuldigte hat sich demnach zwar der vorsätzlichen Tatbegehung nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG strafbar gemacht, ist aber nach dem Dargelegten in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs der fahrlässigen Tatbegehung nach Art. 56 Abs. 2 lit. c SBG schuldig zu sprechen.

## **III. Sanktion**

### 1. Strafzumessung im konkreten Fall

1.1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Busse von Fr. 6'600.– (Urk. 12 S. 18). Die Verteidigung beantragt berufungsweise eventualiter, der Beschuldigte sei mit einer tieferen Busse zu belegen (Urk. 30 S. 5).

1.2. Vorliegend reicht der gesetzliche Strafraumen bei der fahrlässigen Widerhandlung bis zu einer Busse von Fr. 250'000.– (Art. 56 Abs. 2 SBG). Innerhalb des Strafraumens 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 betroffe-

nen 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 sinngemäss geltend, das Verschulden des Beschuldigten wiege sehr gering. Es sei nur ganz kurz (während Stunden) gehandelt worden. Der Beschuldigte habe praktisch nichts getan, ein Gast habe offenbar um Fr. 20.– gespielt. Man sei daher ohne Zweifel im Bagatellbereich (Urk. 42 S. 5).

1.4. Die objektive Tatschwere ist anhand ihrer Sozialgefährlichkeit zu bewerten (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c SBG). Die Auskunftsperson D.\_\_\_\_\_ sagte dazu aus, er habe schon einige Male im Lokal gespielt, aber nicht regelmässig. Er habe einen Einsatz von Fr. 20.– durch einen Noteneinzug gemacht (Urk. 3/01 007 Frage 7). Er habe auch schon einmal Fr. 30.– gewonnen (Urk. 3/01 008 Frage 15). Da er nicht viel spiele, wisse er nicht, wie viel er bis jetzt verloren habe (Urk. 3/01 009 Frage 17). Gemäss den Verfügungen der ESKB vom 28. Februar 2014 und 4. April 2014 ist der Einsatz bei den meisten automatisierten Spielen zwischen Fr. 0.50 bis Fr. 10.– bzw. teilweise bis Fr. 50.– bzw. Fr. 100.– einstellbar, wobei bei gewissen Spielen Gewinne von bis zu mehreren Tausend Franken erzielt werden können (Urk. 3/05 042 ff.; Urk. 3/05 065; Urk. 03/05 089 ff.). Zu berücksichtigen ist weiter, dass die zwei Geräte, beispielsweise anders als in einem

Vereinslokal, einen unbeschränkten Personenkreis offen standen und über ein multiples Spielangebot von Walzen-, Tisch- und Kartenspielen verfügten, was den Schutz der potentiellen Spieler und der Gesellschaft vor den Gefahren der Spielsucht in höherem Mass beeinträchtigt. Dass dem Beschuldigten jedoch lediglich ein kurzer Deliktszeitraum, d.h. der Zeitraum von 7. bis 8. Februar 2014, vorgeworfen wird, relativiert das Ausmass der Gefährdung wiederum erheblich. Ein weiterer Zweck des SBG ist der Schutz ökonomischer bzw. fiskalischer Interessen des Staates am Angebot an Glücksspielen einzig in konzessionierten Spielbanken. Gemäss Protokoll der Kassenleerung betrug der Kasseninhalt des Gerätes 1 Fr. 1'060.– und des Gerätes 2 Fr. 120.– (Urk. 3/05 004+05 005). Zwar fällt der auf die Geräte erwirtschaftete effektive Reingewinn unter Berücksichtigung der Abschreibungen und Wartungskosten tiefer aus, dennoch sind auch fiskalische Interessen des Staates in geringem Ausmass beeinträchtigt worden. Im Spektrum aller denkbar möglichen Fälle bewegt sich der vorliegend zu beurteilende aber im noch unteren Verschuldensbereich. Die objektive Tatschwere ist deshalb als noch leicht zu qualifizieren.

1.5. Bei der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte aus rein finanziellen Motiven handelte und die Attraktivität des Lokals gegenüber Mitbewerbern steigern wollte. Dadurch verschaffte er sich einen unrechtmässigen Vorteil. Er nahm durch sein Handeln eventualvorsätzlich in Kauf, dass die Automaten nicht geprüft waren. Das subjektive Verschulden ist etwas leichter zu veranschlagen, als dasjenige eines wissend und wollend Delinquierenden.

1.6. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist wenig bekannt, da er durchwegs von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte und vor Vorinstanz nicht zur Hauptverhandlung erschien (Prot. I S. 4). Gemäss seinen Angaben im Datenerfassungsblatt vom 5. September 2019 ist er verheiratet und selbständig erwerbend bzw. Geschäftsinhaber der G. \_\_\_\_\_ GmbH, erziele jedoch seit April 2018 kein Einkommen mehr, sein Vermögen habe per Ende 2017 Fr. 150'705.– und die Schulden (ohne Berücksichtigung der Hypothekarschulden) Fr. 80'000.– betragen (Urk. 23). Die Steuerberechnung des Beschuldigten aus dem Jahr 2017 liegt vor. Daraus lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigte im Jahr

2017 ein steuerbares Einkommen von Fr. 187'966.– und Vermögen Fr. 159'771.– hatte (Urk. 20/2). Das Gericht hat die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit möglichst aktuell und genau zu ermitteln, weshalb die Verhältnisse im Zeitpunkt des sachrichterlichen Urteils massgebend sind. Indessen ist bei selbständig Erwerbenden zu berücksichtigen, dass die Einkünfte stark schwanken können, weshalb auf einen repräsentativen Durchschnitt der letzten Jahre abzustellen ist (BGE 134 IV 60 E. 6.1.; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_792/2011 vom 19. April 2012 E. 1.4.1.). Gemäss Steuererklärung aus dem Jahr 2016 erzielte der Beschuldigte ein steuerbares Einkommen von Fr. 167'728.– und hatte ein Vermögen von Fr. 73'457.– (Urk. 3/06 043 ff.). Entsprechend ist bei der Bemessung der Bussenhöhe zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte in den letzten Jahren über ein durchschnittliches Einkommen von über Fr. 100'000.– verfügte.

1.7. 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).

1.8. Tatsache ist, dass das Verfahren bis zum heutigen Tag bereits gut sechs Jahre andauert. Dabei fällt insbesondere auf, dass nach der Einsprache des Beschuldigten vom 28. September 2015/26. November 2015 gegen den Strafbe-

scheid vom 24. August 2015 beinahe 3 Jahre bis zum Erlass der Strafverfügung vom 20. August 2018 vergingen. Das Beschleunigungsgebot wurde dadurch klarerweise verletzt, weshalb dem Beschuldigten unter diesem Titel eine merkliche Strafreduktion zuzugestehen ist.

1.9. In Anbetracht des weiten Strafrahmen erscheint auch unter Berücksichtigung des leichten Tatverschuldens und der Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine Busse von Fr. 5'000.– angemessen, zumal dies nur gerade 2 % der maximal möglichen Busse von Fr. 250'000.– entspricht. Der Beschuldigte ist folglich mit einer Busse von Fr. 5'000.– 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 – dies nur der Vollständigkeit halber – nicht schon mit heutigem Urteil, sondern erst in einem Nachverfahren, d.h. nach Rechtskraft des Bussenentscheides und Nachweis der Unbringlichkeit der Busse, festzusetzen, wobei zur Umwandlung der Richter, der die Widerhandlung beurteilt hat oder zur Beurteilung zuständig gewesen wäre, zuständig ist.

#### **IV. Beschlagnahme / Einziehung**

Im Berufungsverfahren stellt der Verteidiger den Antrag, die erfolgten Einziehungsverfügungen bzw. Einziehungen seien hinfällig bzw. aufzuheben (Urk. 13 S. 2). Gemäss Verfügung der ESKB vom 25. Februar 2014 wurden die Geldspielautomaten 1 und 2 (vgl. Urk. 3/07 003; Ziffer 1.25; S. 3) eingezogen und verwertet bzw. bei Unverwertbarkeit vernichtet. Diese Einziehungsverfügung erwuchs am 17. April 2015 in Rechtskraft (Urk. 3/07 001-07 005). Entsprechend ist auf diesen Antrag der Verteidigung nicht einzutreten.

#### **V. Kostenfolgen**

1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziffer 4, 5 und 6) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren grossmehrheitlich. Die vorgenommene Reduktion der Bussenhöhe ist eine Ermessensfrage und rechtfertigt keine andere Kostenverteilung. Ausgangsgemäss hat der Beschuldigte demnach auch die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu tragen. Die Frage einer Parteientschädigung an die erbetene Verteidigung des Beschuldigten ist obsolet.

#### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Übertretung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 2 lit. c SBG.
2. Der Beschuldigte wird mit Fr. 5'000.– Busse bestraft.
3. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Auf den Berufungsantrag 2. Ziffer 3 des Beschuldigten wird nicht eingetreten.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4, 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
  - die 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.
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, 19. Mai 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

MLaw T. Künzle