

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH160248-O/U/BEE

Verfügung vom 23. Januar 2017

in Sachen

Schweiz. Eidgenossenschaft, Eidgenössische Spielbankenkommission

ESBK,

Beschwerdeführerin

gegen

A._____,

Beschwerdegegner

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

sowie

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Einstellung des Verfahrens**

Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirks Winterthur vom 2. Februar 2016, GC150043-K

Erwägungen:

I.

1. Mit Strafbescheid vom 25. April 2013 sprach die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK; Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren) A. _____ (Beschwerdegegner im vorliegenden Verfahren) in Anwendung von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG (Spielbankengesetz [Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken], SR 935.52) schuldig des Aufstellens von Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs, begangen durch Betreiben eines Glücksspielautomaten des Typs "Super Competition" im Restaurant B. _____ in Winterthur in der Zeit von Dezember 2008 bis zum 14. April 2009. Die ESBK bestrafte den Beschwerdegegner mit einer Busse von Fr. 2'000.-- (Urk. 11 [Akten des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, Geschäfts-Nr. GC150043] /3 [Untersuchungsakten ESBK] /07 033-034 = Urk. 3/8). Auf eine Einsprache des Beschwerdegegners erliess die ESBK am 18. Dezember 2013 eine Strafverfügung mit demselben Schuldspruch und derselben Strafe (Urk. 11/3/07 062-068 = Urk. 3/10).

2. Der Beschwerdegegner stellte am 23. Dezember 2013 ein Begehren um gerichtliche Beurteilung (Urk. 11/3/07 070-071 = Urk. 3/11). Am 3. September 2015 überwies die ESBK die Akten in Anwendung von Art. 73 VStrR (Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht; SR 313.0) der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Verfahrensbeteiligte im vorliegenden Verfahren) zur gerichtlichen Beurteilung mit der Bemerkung, dass die Überweisung als Anklage gelte (Urk. 11/2). Am 8. September 2015 liess die Oberstaatsanwaltschaft dem Einzelgericht des Bezirks Winterthur (Vorinstanz) die Überweisung der ESBK vom 3. September 2015 im Sinne einer Anklage zukommen (Urk. 11/1).

Die Vorinstanz führte am 2. Februar 2016 eine Hauptverhandlung durch (Urk.11/Prot. S. 7 ff.) und stellte das Verfahren mit Verfügung vom 2. Februar

2016 infolge Verjährung ein (Urk. 11/12 [Fassung ohne Begründung] und Urk. 11/15 = Urk. 3/2 = Urk. 10 [begründete Fassung]).

3. Gegen die vorinstanzliche Einstellungsverfügung vom 2. Februar 2016 reichte die ESBK am 11. August 2016 bei der hiesigen Kammer eine Beschwerde ein. Damit beantragt sie, die angefochtene vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 2).

Die Oberstaatsanwaltschaft verzichtete explizit auf eine Stellungnahme zur Beschwerde (Urk. 7). Der Beschwerdegegner beantragt in seiner Beschwerdeantwort vom 13. September 2016 die Abweisung der Beschwerde (Urk. 14 S. 2). Die ESBK hält in einer Replik vom 30. September 2016 an ihren Beschwerdeanträgen fest (Urk. 17 S. 2). Die Staatsanwaltschaft äusserte sich innert Frist (Urk. 20, Urk. 21) nicht zur Replik. Der Beschwerdegegner hält in einer Duplik vom 31. Oktober 2016 an seinen Anträgen gemäss Beschwerdeantwort fest (Urk. 22 S. 2). Auf Zustellung der Duplik erklärte die ESBK mit Eingabe vom 28. November 2016, auf weitere Bemerkungen zu verzichten (Urk. 25). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die angefochtene vorinstanzliche Verfügung und damit auch die dagegen gerichtete Beschwerde haben ausschliesslich eine Übertretung zum Gegenstand (Widerhandlung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c BSG [Urk. 3/2 S. 3 f. Erw. I], vgl. auch nachfolgend Erw. 7). Die Beschwerde ist von der Verfahrensleitung, d.h. dem Kammerpräsidenten allein zu beurteilen (Art. 395 lit. a StPO).

2. Gegen Verfügungen der erstinstanzlichen Gerichte, so auch gegen die angefochtene vorinstanzliche Verfügung vom 2. Februar 2016, ist eine Beschwerde zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO). Die ESBK ist Partei (Art. 74 Abs. 1 VStrR) und als solche zur Beschwerde legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die begründete Fassung der angefochtenen Verfügung wurde der ESBK am 2. August

2016 zugestellt (Urk. 11/16). Die am 11. August 2016 zur Post gegebene Beschwerde (Urk. 4) erfolgte innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist (Art. 396 Abs. 1 StPO; Art. 90 f. StPO) und ist rechtzeitig. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner habe geltend gemacht, er habe den fraglichen Spielautomaten anfangs Dezember 2008 geleert und in einen Lagerraum gestellt, nachdem er erfahren habe, dass der Spielautomat nicht mehr erlaubt sei. Danach habe er den Automaten nicht mehr kontrolliert und auch nicht mehr geleert. Es sei von dieser Sachdarstellung auszugehen (Urk. 3/2 S. 5 - 7 Erw. 2.2).

Für den Eintritt der Verjährung sei der Zeitpunkt des Erlasses der Strafverfügung der ESBK relevant. Diese sei einem erstinstanzlichen Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB und Art. 333 Abs. 6 lit. d StGB gleichzustellen, nach welchem die Verjährung nicht mehr eintritt. Somit sei zu prüfen, ob im Zeitpunkt der Zustellung der Strafverfügung der ESBK, also am 18. Dezember 2013 die Verjährung eingetreten sei (Urk. 3/2 S. 7 Erw. 2.3).

Bei der Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG handle es sich um eine Übertretung. Art. 57 Abs. 2 SBG sehe für Übertretungen eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vor. Diese würde sich gemäss Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB verdoppeln, mithin auf zehn Jahre verlängern. Ein Vergehen gegen dasselbe Gesetz (SBG) verjähre bereits nach sieben Jahren. Es könne aber nicht sein, dass die Verjährungsfrist für Übertretungen länger sei als für Vergehen, sondern dies stelle ein gesetzgeberisches Versehen dar. Nach der Stufenordnung der Verjährungsfristen gälten für Verbrechen die längsten Verjährungsfristen und sollten Vergehen innert kürzerer und Übertretungen innert nochmals kürzerer Zeit verjähren. In Anbetracht dessen und der Tatsache, dass der aktuelle Gesetzgeber in seinem Entwurf zum Geldspielgesetz nach wie vor eine Verjährungsfrist für Übertretungen von fünf Jahren vorsehe, sei die Verjährungsfrist gemäss Art. 57 Abs. 2 SBG nicht zu verlängern (Urk. 3/2 S. 7 f. Erw. 2.3).

Die strafrechtlich relevanten Handlungen hätten sich bis Mitte Dezember 2008 zugetragen. Die Strafverfügung der ESBK datiere vom 18. Dezember 2013 und sei dem Beschwerdegegner am 23. Dezember 2013 und damit zu einem Zeitpunkt zugestellt worden, als die Verjährung bereits eingetreten sei. Demzufolge sei das Verfahren gestützt auf Art. 329 Abs. 4 StPO einzustellen (Urk. 3/2 S. 8 Erw. 2.4).

4. Die ESBK macht in ihrer Beschwerde dazu geltend, das Bundesgericht habe die Verjährungsfrist für Übertretungen im Sinne des SBG auf sieben Jahre festgesetzt. Die vorinstanzliche Erwägung, wonach die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 57 Abs. 2 SBG nicht zu verlängern sei, treffe deshalb nicht zu. Daran ändere nichts, dass im Entwurf des neuen Geldspielgesetzes für Übertretungen wiederum eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorgesehen sei, da es sich dabei noch nicht um geltendes Recht handle (Urk. 2 S. 6 Ziff. 2.1 mit Verweisung auf BGE 134 IV 328 und das Urteil des Bundesgerichts 6B_770/2010 vom 28. Februar 2011).

Sodann ruhe gemäss Art. 11 Abs. 3 VStrR die Verjährung bei Vergehen und Übertretungen während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht oder über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage (Urk. 2 S. 6 Ziff. 2.2). Im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens gemäss Art. 61 VSBG, das bereits im Jahr 2008 von Amtes wegen eröffnet worden sei, habe die ESBK mit Verfügung vom 26. August 2010 den Spielautomaten "Super Competition" und faktisch gleiche Geräte als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG qualifiziert. Das Bundesgericht habe diese Qualifikation mit Urteil vom 10. April 2012 bestätigt (Urk. 2 S. 3 lit. D). Die Frage der Qualifikation des Spielautomaten "Super Competition" als Glücksspiel- oder als Geschicklichkeitsautomaten sei im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR eine Vorfrage im Verwaltungsstrafverfahren, da dieses ohne entsprechende Qualifikationsverfügung nicht abgeschlossen werden könne. Während der Dauer dieses Qualifikationsverfahrens habe das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdegegner geruht (Urk. 2 S. 6 Ziff. 2.2 mit Verweisungen).

Zum Zeitpunkt des Erlasses der Strafverfügung vom 18. Dezember 2013, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als erstinstanzliches Urteil gelte, sei die zu beurteilende Straftat noch nicht verjährt gewesen. Danach habe die Verjährung nicht mehr eintreten können. Es liege somit kein Prozesshindernis vor, das der materiellen Beurteilung der Sache entgegenstehen würde. Die angefochtene Einstellungsverfügung der Vorinstanz verletze Bundesrecht, weshalb sie aufzuheben sei (Urk. 2 S. 7).

5. Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, Art. 57 Abs. 2 SBG enthalte eine klare, absolute Verjährungsfrist von fünf Jahren, die weder verlängert noch unterbrochen werden könne (Urk. 14 S. 5).

Sodann sei die Strafverfügung (vom 18. Dezember 2013) nicht einem Urteil im gerichtlichen Verfahren gleichzusetzen. Das Bundesgericht habe in BGE 139 IV 62 erwogen, die diesbezügliche Rechtsprechung gemäss BGE 133 IV 112 zu ändern. Die Strafverfügung der ESBK vom 18. Dezember 2013 sei lediglich die begründete Fassung des ursprünglichen Strafbescheids der ESBK. Beide Erlasse seien durch dieselbe Person, den ... [Funktion] der ESBK Dr. C. _____ erlassen worden. Von einem materiellen Unterschied zwischen Strafbescheid und Strafverfügung oder von einer Überprüfung des Strafbescheids durch eine unabhängige Rechtsmittelinstanz könne keine Rede sein. Um als erstinstanzliches Urteil gelten zu können, hätte die Strafverfügung auf einem separaten Verfahren beruhen müssen, das einem gerichtlichen Verfahren gleichgesetzt werden könne. Davon könne vorliegend keine Rede sein. Der Beschwerdegegner habe gegen die Strafverfügung der ESBK - entsprechend der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung - die gerichtliche Beurteilung verlangt. Das heisse, dass erste und verjährungsunterbrechende Instanz im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB das erkennende Gericht sei, von welchem die Beurteilung des Falles verlangt werde, und eben nicht die ursprünglich den Strafbescheid bzw. die Strafverfügung erlassende Behörde. Diese könne nicht verjährungsunterbrechende gerichtliche Behörde sein, da das Erfordernis des unabhängigen Richters eine Personalunion von Untersuchungs-, Strafverfügungs-, Anklage- und Gerichtsinstanz ausschliesse (Urk. 14 S. 5 - 8).

Demnach sei die Verjährung durch den Erlass der Strafverfügung der ESBK vom 18. Dezember 2013 nicht unterbrochen worden (Urk. 14 S. 8).

Art. 11 Abs. 3 VStrR gelte grundsätzlich nur für die allgemeine Verjährungsbestimmung gemäss Abs. 1, nicht aber für separate Verjährungsbestimmungen in einer Spezialnorm wie Art. 57 Abs. 2 SBG. Sodann sei das von der ESBK erwähnte Qualifikationsverfahren betreffend das Gerät "Super Competition" keine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR im vorliegenden Verfahren gewesen und habe kein Ruhen der Verjährung im vorliegenden Verfahren bewirken können (Urk. 14 S. 9).

Auch die angefochtene vorinstanzliche Verfügung vom 2. Februar 2016 habe nicht die Bedeutung eines erstinstanzlichen Urteils im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB. Ein solches liege auch heute noch nicht vor. Die Beschuldigung gegen den Beschwerdegegner sei heute auf alle Fälle verjährt (Urk. 14 S. 10).

6. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in Replik und Duplik, die im Wesentlichen dieselben Aspekte betreffen, wird soweit relevant nachfolgend eingegangen.

7. Der Beschwerdegegner ist einer Widerhandlung gegen das SBG im Sinne von dessen Art. 56 Abs. 1 lit. c beschuldigt (Strafverfügung der ESBK vom 18. Dezember 2013 [Urk. 3/10] und Überweisung vom 3. September 2015 [Urk. 11/2], die als Anklage gilt [Art. 73 Abs. 2 VStrR i.V. mit Art. 57 Abs. 1 SBG]). Eine Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ist eine Übertretung (Art. 56 Abs. 1 SBG i.V. mit Art. 333 Abs. 3 StGB).

7.1. Eine Übertretung gemäss SBG verjährt nach fünf Jahren (Art. 57 Abs. 2 SBG). Diese Regelung geht als *lex specialis* den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches und damit auch dessen Bestimmung betreffend die Verjährung von Übertretungen (Art. 109 StGB) vor (vgl. Art. 333 Abs. 1 StGB).

7.2. Gemäss Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB werden die Verfolgungsverjährungsfristen für Übertretungen, die über ein Jahr betragen, in anderen Bundesgesetzen bis zu deren Anpassung um die ordentliche Dauer verlängert. Diese Bestimmung

ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft (Änderung der Allgemeinen Bestimmungen und der Bestimmungen zur Anwendung und Einführung des Strafgesetzbuches, AS 2006 3459, 3535). Seither wurde die Verfolgungsverjährungsfrist gemäss Art. 57 Abs. 2 SBG nicht angepasst. Nach dieser gesetzlichen Regelung wird sie demnach um ihre ordentliche Dauer, d.h. um fünf Jahre auf 10 Jahre verlängert.

7.3. Führt die Regelung von Art. 333 Abs. 6 StGB im Nebenstrafrecht aber dazu, dass für Übertretungen eine längere Verjährungsfrist als für Vergehen desselben Gesetzes gelten würde, reduziert sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die für die Übertretungen geltende Verjährungsfrist entsprechend (BGE 134 IV 328). In diesem Urteil vom 16. Oktober 2008 erwog das Bundesgericht, dass Vergehen neurechtlich gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. c (a)StGB in 7 Jahren verjährten, wobei die Verjährung nicht mehr unterbrochen und nach dem erstinstanzlichen Urteil nicht mehr eintreten könne. Ausgehend von der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 11 Abs. 2 VStrR ergäbe die Anwendung von Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB eine Verfolgungsverjährung von 10 Jahren. Es könne indessen nicht sein, dass für Übertretungen eine längere Verjährungsfrist gelte als für nach dem gleichen Gesetz zu ahndende Vergehen; diese sei daher auf das für letztere geltende Mass zu verringern. Daraus folge, dass neurechtlich sowohl die dem dortigen Beschwerdegegner vorgeworfenen Übertretungen als auch die Vergehen innert 7 Jahren verjährten (BGE 134 IV 328, 331 f. E. 2.1).

a) Diese Rechtsprechung wandte das Bundesgericht in einem Urteil vom 28. Februar 2011 auch auf das Spielbankengesetz an und hielt fest, dass die Verjährungsfrist für Übertretungen im Sinne des SBG gleich wie die Verjährungsfrist für die Vergehen im Sinne dieses Gesetzes sieben Jahre betrage (6B_770/2010 E. 5.2). Die gegenteilige Position des Beschwerdegegners - Art. 57 Abs. 2 SBG enthalte eine klare, nicht verlängerbare, absolute Verjährungsfrist von fünf Jahren, auf welche BGE 134 IV 328 nicht anwendbar sei (Urk. 14 S. 5) - ist damit widerlegt.

b) In einem Urteil vom 11. Dezember 2012 hielt das Bundesgericht sodann fest, Übertretungen gemäss Heilmittelgesetz verjährten entgegen der sich aus Art. 87 Abs. 5 HMG i.V.m. Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB ergebenden Regelung nicht

in zehn Jahren, sondern in sieben Jahren, da die Verjährungsfrist für Übertretungen im Sinne eines Spezialgesetzes vernünftigerweise nicht länger sein könne als die Verjährungsfrist für Vergehen im Sinne desselben Spezialgesetzes (BGE 139 IV 62, 65 E. 1.3.2 mit Hinweisen auf das Urteil 6B_374/2008 vom 27. November 2008 und auf BGE 134 IV 328). Diese Erwägung bezieht sich nicht nur auf das Heilmittelgesetz und auch nicht nur auf Art. 11 Abs. 2 VStrR (BGE 134 IV 328), sondern allgemein auf Verjährungsfristen für Übertretungen im Sinne eines Spezialgesetzes und somit auch auf Art. 57 Abs. 2 SBG.

c) Zwar kann man sich fragen, ob und ggfs. inwieweit diese bundesgerichtliche Rechtsprechung durch die auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzte Änderung von Art. 97 StGB (AS 2013 4417 f.) mit einer Verlängerung der Verfolgungsverjährung überholt ist. Nach der neuen Bestimmung beträgt die Verjährungsfrist für Vergehen, die mit Freiheitsstrafe von drei Jahren bedroht sind, 10 Jahre (bisher 7 Jahre). Im vorliegenden Fall braucht dies aber nicht weiter untersucht zu werden. Auf den vorliegenden Fall bleibt die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung aus zwei Gründen anwendbar. Einerseits soll der Beschwerdegegner die ihm vorgeworfenen Übertretungen von Dezember 2008 bis April 2009 begangen haben, also lange bevor (am 1. Januar 2014) die Verlängerung der Verfolgungsverjährung gemäss Art. 97 StGB in Kraft getreten ist. Die am 1. Januar 2014 in Kraft gesetzte Regelung ist für den Beschwerdegegner nicht milder und deshalb nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 StGB, Art. 389 Abs. 1 StGB). Andererseits enthält Art. 55 Abs. 1 SBG für die dort aufgeführten Tatbestände eine Strafandrohung bis zu einem Jahr Gefängnis. Für solche Vergehen verjährt die Strafverfolgung auch nach dem neuen Recht wie vorher in sieben Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. d StGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die Verjährungsfrist für Übertretungen nicht länger sein als für nach dem gleichen Gesetz zu ahnende Vergehen (vorstehend lit. b).

d) Zusammenfassend verjährt die Strafverfolgung für die dem Beschwerdegegner vorgeworfene Übertretung - entgegen der angefochtenen Verfügung - in sieben Jahren. Aus dem bundesrätlichen Entwurf vom 21. Oktober 2015 zu einem neuen Bundesgesetz über Geldspiele (BBL 2015 8387 ff.) folgt nichts anderes.

Dieser Entwurf ist noch relativ weit von einer Gesetzwerdung entfernt. Die Vorlage befindet sich in Beratung bei den eidgenössischen Räten (vgl. www.parlament.ch, Stichwort Geldspielgesetz, besucht am 23. Januar 2017). Eine Vorwirkung ist nicht anzunehmen. Es gelten nach wie vor Art. 57 Abs. 2 SBG i.V. mit Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB und die vorstehend zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu.

7.4. Gemäss Art. 11 Abs. 3 VStrR ruht die Verjährung bei Vergehen und Übertretungen während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht oder über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage oder solange der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst.

Die ESBK ist gestützt darauf der Auffassung, dass die Verjährung der dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Übertretung während der Dauer des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens über die Frage, ob der Spielautomat "Super Competition" ein Glücksspielautomat sei, vom Juli 2008 bis zum diesbezüglichen Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2012 geruht hat (Urk. 2 S. 6). Der Beschwerdegegner ist demgegenüber der Auffassung, dass Art. 11 VStrR grundsätzlich nur für die allgemeine Verjährungsbestimmung gemäss dessen Abs. 1, nicht aber für separate Verjährungsbestimmungen in einer Spezialnorm wie im SBG gilt und dass das verwaltungsrechtliche Qualifikationsverfahren betreffend den Spielautomaten "Super Competition" nicht eine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR betroffen habe. Vielmehr habe es sich um ein vom vorliegenden Verfahren völlig fremdes Verfahren gehandelt, in welchem der Beschwerdegegner weder Parteistellung noch Gelegenheit zur Teilnahme gehabt habe. Dieses Qualifikationsverfahren vermöge demnach nicht ein Ruhen der Verjährung zu bewirken (Urk. 14 S. 9).

a) Art. 57 Abs. 1 SBG erklärt das VStrR als anwendbar. Abs. 2 von Art. 57 SBG bestimmt, dass die Übertretung in fünf Jahren verjährt. Art. 11 VStrR trägt den Untertitel "C. Abweichungen vom Strafgesetzbuch / VI. Verjährung". Abs. 1 von Art. 11 VStrR bestimmt, dass eine Übertretung in zwei Jahren verjährt. Abs. 3 bezieht sich auch auf Vergehen und auch auf "eine andere nach dem einzelnen

Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage". Entgegen der nicht weiter begründeten oder untermauerten Auffassung des Beschwerdegegners bezieht sich somit der Abs. 3 des Art. 11 VStrR nicht nur auf Verfahren über die Leistungs- und Rückleistungspflicht und nicht nur auf Abs. 1 derselben Bestimmung, sondern allgemein auf die Verjährung von Vergehen und Übertretungen nach einzelnen Verwaltungsgesetzen, so auch auf die Verjährung gemäss SBG und speziell auch auf Art. 57 Abs. 2 SBG.

b) Dem Beschwerdegegner wird eine Übertretung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG vorgeworfen. Notwendiges Tatbestandsmerkmal von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ist, dass es sich beim aufgestellten Gerät um einen Glücksspielautomaten handelt. Ob das aufgestellte Gerät als Glücksspielautomat zu qualifizieren ist oder nicht, ist aber nicht vom Strafrichter zu entscheiden, sondern in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren festzustellen (BGE 138 IV 106, 111 E. 5.3.2). Zwar kann der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG (im Unterschied zum Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB, den das Bundesgericht in BGE 138 IV 106 prüfte) vor Erlass einer (verwaltungsrechtlichen) Feststellungsverfügung über die Qualifikation des fraglichen Automaten erfüllt sein. Gleichwohl lässt sich erst nach Abschluss des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens beurteilen, ob der fragliche Automat die Kriterien eines Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG erfüllt und unter Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG subsumiert werden kann (Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BV.2012.42,43 vom 6. Februar 2013 E. 3.3). Bei dieser Frage handelt es sich mithin um eine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR.

c) Die Verjährung der Strafverfolgung des Beschwerdegegners wegen der vorgeworfenen Übertretungen im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ruhte demnach gemäss Art. 11 Abs. 3 VStrR während der gerichtlichen Verfahren über die Qualifikation des Spielautomaten "Super Competition". Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner an diesen gerichtlichen Verfahren nicht beteiligt war. Gleichwohl handelte es sich dabei um gerichtliche Verfahren über eine für die Beurteilung der dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Übertretung wesentliche Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR. Die ESBK wies zutreffend darauf hin,

dass am 13. April 2010 im Bundesblatt bekanntgegeben wurde, die ESBK beabsichtige, den Automaten "Super Competition" als Glücksspielautomaten i.S. von Art. 3 Abs. 2 SBG zu qualifizieren (Urk. 17 S. 5 Ziff. 2). Mit dieser Publikation wurden Personen, die sich am Verfahren als Partei beteiligen wollten, aufgefordert, dies der ESBK mitzuteilen (BBl 2010 2408). Am 21. September 2010 wurde im Bundesblatt die Verfügung der ESBK vom 26. August 2010 publiziert, mit welcher der Spielautomat "Super Competition" als Glücksspielautomat qualifiziert wurde, versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung (Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht; BBl 2010 5909). Überdies war der Beschwerdegegner über die entsprechenden gerichtlichen Verfahren orientiert, indem das Strafverfahren gegen ihn mit ihm mitgeteilter Verfügung der ESBK vom 2. Februar 2011 bis zur Endentscheid im Verwaltungsverfahren betreffend die Qualifikation des Spielautomaten "Super Competition" sistiert wurde, mit dem Hinweis, dass dieses Verfahren zurzeit beim Bundesverwaltungsgericht hängig war (Urk. 11/3/07 001-004).

d) Die Verjährung der Strafverfolgung des Beschwerdegegners wegen der vorgeworfenen Übertretung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ruhte indessen entgegen der Auffassung der ESBK (Urk. 2 S. 6 Ziff. 2.2) nicht während der ganzen Dauer des verwaltungsrechtlichen Qualifikationsverfahrens für den "Super Competition". Gemäss Art. 11 Abs. 3 VStrR ruht die Verjährung nur während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens.

Die ESBK qualifizierte mit Verfügung vom 26. August 2010 den Spielautomaten "Super Competition" als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG (Urk. 3/6). Dass bis dahin diesbezüglich ein Einspracheverfahren stattgefunden hätte, ergibt sich aus dieser Verfügung nicht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Hingegen hatte ein Gerichtsverfahren stattgefunden. Mit Verfügung vom 28. November 2008 hatte die ESBK festgestellt, für die Prüfung des Spielautomaten "Super Competition" zuständig zu sein. Gegen diese Verfügung wurde beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde eingereicht. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 4. Juni 2009 ab (Urk. 3/6 S. 2 f. lit. B - F). Sodann wurden gegen die Verfügung der ESBK vom 26. August 2010 Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Dieses wies die Be-

schwerden mit Urteil vom 3. August 2011 ab, soweit es darauf eintrat. Gegen dieses Urteil wurden Beschwerden beim Bundesgericht eingereicht. Das Bundesgericht wies die Beschwerden mit Urteil vom 10. April 2012 ab (2C_693/2011, 2C_744/2011). Die Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht und vor Bundesgericht über die Beschwerden gegen die Verfügung der ESBK vom 26. August 2010 sind gerichtliche Verfahren über eine Vorfrage im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VStrR, während denen die Verjährung ruhte. Die Verjährung ruhte insoweit vom Oktober 2010 (Beschwerde vom 28. September 2010 ans Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der ESBK vom 26. August 2010 [Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. August 2011 B-7090/2010]) bis zum 10. April 2012 (Urteil des Bundesgerichts), d.h. während rund 18 Monaten.

Da bereits daraus folgt, dass die Verjährung noch nicht eingetreten ist (vgl. nachfolgend Erw. 7.5), braucht nicht geprüft zu werden, ob die Verjährung auch während des Beschwerdeverfahrens betreffend Zuständigkeit der ESBK zur Prüfung des Spielautomaten "Super Competition" ruhte (ca. sechs Monate, erledigt mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Juni 2009).

7.5. Die Verjährungsfrist für die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Übertretungen beträgt sieben Jahre (vorstehend Erw. 7.3.d). Die Verjährung ruhte während der rund 18 Monate der gerichtlichen Verfahren über die Qualifikation des Spielautomaten "Super Competition" (vorstehend Erw. 7.4.d). Dem Beschwerdegegner wird das Aufstellen des Glücksspielautomaten "Super Competition" ab Dezember 2008 vorgeworfen. Die Verjährung tritt somit nicht vor Juni 2017 ein. Sie ist heute noch nicht eingetreten.

7.6. Bei dieser Feststellung muss auch nicht mehr geprüft werden, ob der Strafverfügung der ESBK vom 18. Dezember 2013 die Wirkung eines erstinstanzlichen Urteils im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB und von Art. 333 Abs. 6 lit. d StGB zukommt oder nicht (tatsächlich liess das Bundesgericht in BGE 139 IV 62, 69 E. 1.4.6 eine Änderung der diesbezüglichen Rechtsprechung offen und bezeichnete es als folgerichtig, dass die Verjährung auch beim Erlass einer Strafverfügung nach dem Erlass eines Strafbescheids erst mit der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils im gerichtlichen Verfahren zu laufen aufhört. Der Beschwerde-

gegner führte durchaus beachtliche Argumente dafür an). Auch wenn der Strafverfügung der ESBK vom 18. Dezember 2013 keine solche Wirkung zukäme und bis heute noch kein erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB und von Art. 333 Abs. 6 lit. d StGB vorläge, ist die Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten.

8. Die Vorinstanz stellte somit das Verfahren zu Unrecht infolge Verjährung ein. In Gutheissung der Beschwerde ist deshalb die angefochtene vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese - allenfalls nach einer Weiterführung des Beweisverfahrens (vgl. Urk. 11/ Protokoll S. 12 unten und Urk. 3/2 S. 4) - neu entscheidet.

III.

Dieser Beschluss schliesst das Strafverfahren nicht ab. Es handelt sich um einen Zwischenentscheid (vgl. Art. 93 BGG). Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist zuhanden der das Strafverfahren abschliessenden Strafbehörde in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b - d GebV OG i.V. mit § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

Es wird verfügt:

(Oberrichter lic. iur. Th. Meyer)

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirks Winterthur vom 2. Februar 2016 im Verfahren GC150043 aufgehoben und die Sache wird zur allfälligen Weiterführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an das Einzelgericht zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.

3. Die Regelung der Kostenaufgabe und allfälliger Entschädigungen für das Beschwerdeverfahren wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Beschwerdeführerin (per Gerichtsurkunde)
 - Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, zweifach, für sich und für den Beschwerdegegner
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, ad VARK/2015/10030968 (gegen Empfangsbestätigung)
 - das Einzelgericht des Bezirks Winterthur, ad GC150043, unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 11) (gegen Empfangsbestätigung)

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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.

Zürich, 23. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. C. Tschurr