

sächlich Halter ist (vgl. *H. Giger*, a.a.O., S. 153). Anlässlich einer Befragung am 25. Juni 1996 durch die Kantonspolizei gab M. an, dass ihr Freund und sie Besitzer des Fahrzeugs seien. Der Wagen sei von ihnen je zur Hälfte bezahlt worden. Der Angeklagte bestätigte diese Aussagen an Schranken und ergänzte, dass sie die Betriebskosten je zur Hälfte bezahlen würden. Demgemäss haben die beiden den Personenwagen zusammen angeschafft, benützen ihn beide und kommen gemeinsam für dessen Unterhalt auf. Sowohl M. als auch dem Angeklagten kommt deshalb zweifelsfrei Haltereigenschaft zu. Weiter ist davon auszugehen, dass der Angeklagte ebenfalls einen Schlüssel für den Wagen besitzt und somit jederzeit über den gemeinsamen Wagen verfügen kann (vgl. BGE 101 IV 35). Aus diesen Ausführungen folgt, dass das Fahrzeug im gleichgeordneten Gewahrsam beider Halter steht und die Vertrauenskomponente überwiegt. Das Gericht geht aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon aus, dass das von M. ausgesprochene Verbot der Benützung des Fahrzeuges wahrscheinlich aus der begründeten Sorge um ihren Lebenspartner resultierte, dieser könnte sich erneut strafbar machen.

Liegt somit gleichgeordneter Gewahrsam des Konkubinatspaars vor, ist gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung Art. 94 Ziff. 2 SVG anwendbar. Mangels eines Antrages ist der Angeklagte von der Anklage der Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch freizusprechen.

KGer 4. Abt. 24.2.1997

3299

Wirtschaftspolizei. Spielen um hohe Geldbeträge (Art. 30, 36 Abs. 1 lit.a Gesetz über das Gastgewerbe, bGS 955.11).

Bei der polizeilichen Kontrolle eines Gasthauses wurden an vier Tischen 16 kartenspielende Personen angetroffen. An drei Tischen wurde Poker gespielt. Diese Spieler hatten zwischen 0 und Fr. 310.--, total Fr. 1'011.--, auf dem Tisch und trugen Geldbeträge zwischen 0 und Fr. 2'300.--, total Fr. 4'510.--, auf sich. An einem weiteren Tisch spielten vier Personen Rommé. Die auf dem Tisch liegenden Geldbeträgen bewegten sich hier zwischen Fr. 50.-- und Fr. 400.--, total

Fr. 750.-- , während die von den Spielern auf sich getragenen Beträge zwischen Fr. 120.-- und Fr. 700.-- ein Total von Fr. 1'538.-- ausmachten. Das Kantonsgericht büsste den Wirt wegen Verstosses gegen das Verbot des Spiels um hohe Geldbeträge. Es bezeichnete bei einer Spieldauer pro Stunde einen Einsatz von Fr. 10.-- als Toleranzgrenze. Auf Appellation des Angeklagten hat das Obergericht das kantonsgerichtliche Urteil im Ergebnis bestätigt, allerdings mit abweichender Begründung zur Frage des hohen Geldbetrages.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 30 des kantonalen Gesetzes über das Gastgewerbe vom 30. April 1989 (GGG) ist das Spielen um hohe Geldbeträge oder Sachwerte in gastgewerblichen Betrieben untersagt und darf hier auch nicht geduldet werden. Die Verletzung von wirtschaftspolizeilichen Vorschriften im Sinne von Art. 25 bis 32 des Gesetzes hat zur Folge, dass der Inhaber mit Busse bestraft wird (Art. 36 Abs. 1 lit. a).

Der Begriff des "hohen Geldbetrages oder Sachwertes" ist vom Gesetzgeber nicht näher bestimmt worden. Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf das Protokoll der Expertenkommission vom 18. Mai 1988 zutreffend festhielt, geschah dies bewusst. Trotz Kritik an dieser Bestimmung in der Volksdiskussion hielten Regierungsrat und Kantonsrat daran fest. Der Regierungsrat führte in seiner Botschaft vom 17. Januar 1989 zuhanden der zweiten Lesung im Kantonsrat (S. 10) aus, dass es in der Vergangenheit kaum zu strafrechtlichen Verzeigungen gekommen sei. Auf diese Vorschrift solle aber nicht verzichtet werden, weil ihr prophylaktische Bedeutung zukomme.

Das Verbot des Spiels um hohe Geldbeträge in Gastbetrieben verfolgt klar sozialpolitische Ziele. Es soll vermieden werden, dass Spielrisiko und Alkoholkonsum in unheilvollem Zusammenwirken zu erheblichen Verlusten führen, wodurch gerade bei weniger bemittelten Familien sehr rasch finanzielle Notlagen und die Gefahr der Verarmung entstehen kann. Exemplarisch sei hier das Beispiel des Romméspielers S. erwähnt, der am fraglichen Abend mit Fr. 500.-- seiner sich auf ca. Fr. 4'000.- belaufenden Monatsentschädigung (inkl. Kinderzulage) der Arbeitslosenkasse unterwegs war, und davon Fr. 150.- als Spieleinsatz bereitlegte.

Der vom Appellanten gezogene Vergleich mit den in letzter Zeit eröffneten Spielcasinos ist nicht stichhaltig. Während in Wirtschaften das Spielen um Geld nicht weiter geregelt ist, bestehen für Spielsa-

lons und Casinos gesetzliche Vorschriften, und in den Betriebsbewilligungen werden entsprechende Bedingungen und Auflagen erteilt. In diesem Zusammenhang verdient erwähnt zu werden, dass beispielsweise im Kanton St. Gallen gefordert worden ist, Casino-Betreiber müssten einen Sozialfond einrichten.

Für die Frage, welcher Geldbetrag im Zusammenhang mit Spielen als hoch einzustufen ist, bieten die Vorschriften über den Spielbetrieb in Kursälen und die kantonalen Bestimmungen zum Spiel- und Lotteriegesetz gewisse Anhaltspunkte. In Art. 9 der eidgenössischen Verordnung (SR 935.53) wird festgehalten, dass der Einsatz eines Spielers beim Glücksspiel Boule pro Spielgang Fr. 5.– nicht übersteigen darf, und bei einem Geldspielautomaten ist der zulässige Höchsteinsatz nach Art. 3 Abs. 2 der kantonalen Verordnung (bGS 955.331) auf einen Franken begrenzt. Indessen können diese Beträge nicht unbesehen übernommen werden. Vielmehr ist mit Bezug auf das konkrete Spiel unter Berücksichtigung der sozial- und familienpolitischen Überlegungen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu urteilen.

2. Das Obergericht vermag den Überlegungen des Kantonsgerichtes, welches für mittlere Einkommen von Fr. 4'000.– bis Fr. 8'000.– von einem monatlichen Freibetrag (Sackgeld) von Fr. 200.– ausging und daraus bei vier Jassabenden von 4 bis 5 Stunden Dauer einen Höchsteinsatz von 10 bis 12 Franken pro Stunde errechnet hat, nicht in allen Teilen zu folgen. Über einen grösseren Zeitraum hinweg gehört nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit ein bestimmter Spieler in einem Kartenspiel kaum je stets zu den Verlierern. Im übrigen scheint auch die Vorinstanz davon auszugehen, dass der effektive Verlust innert einer Zeitspanne nicht primäres Entscheidungskriterium ist, sondern derjenige Wert, den ein Spieler für die Realisierung seiner Gewinnchance einzusetzen bereit ist. Wesentlich für die Beurteilung sind Art und Dauer des Spiels und die mittleren finanziellen Möglichkeiten eines Spielers, die sich am Freibetrag messen, den die Vorinstanz zu Recht mit ca. Fr. 200.– pro Monat beziffert hat. Wenn ein Spieler einen erheblichen Teil dieses Betrages im Spiel einsetzt, so beginnt sich die vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Gefährdung zu verwirklichen.

a) Zunächst gilt es zu berücksichtigen, dass beim Pokerspiel, anders als etwa beim Rommé, wo zu Beginn des Spiels der Einsatz abgemacht wird, es nicht beim anfänglichen Einsatz, der vor dem Verteilen der Karten geleistet wird, bleibt. Vielmehr können die Spie-

ler in einem zweiten Umgang je nach Stärke ihres Blattes den Einsatz erhöhen. Diese Erhöhung kann von den Mitspielern ausgeglichen oder aber überboten werden. Ein solches Überbieten ist an sich beliebige Male möglich, wobei es in der Natur der Sache liegt, dass beim Überbieten die eingesetzten Beträge im allgemeinen eine steigende Tendenz aufweisen. Schliesslich gewinnt den gesamten Einsatz derjenige Spieler, dessen Einsatz nicht überboten wird, oder derjenige, der, falls ausgeglichen wurde, das bessere Blatt besitzt. In Berücksichtigung dieses Spielkonzeptes ist es verständlich, dass die Aussagen der Beteiligten über die Höhe des Einsatzes stark differieren.

b) Auszugehen ist sodann vom Umstand, dass auf allen vier Tischen vor den Spielen Geldbeträge unterschiedlicher Höhe auf oder unter dem Teppich lagen. Mit dem Bereitlegen dieses Geldes bekundet ein Spieler - dies ist insbesondere beim Pokerspiel bedeutsam -, dass er es bei günstigen Karten und entsprechendem Spielverlauf zum Gewinn des Spiels einsetzen will.

Am Tisch 1 war es der Angeklagte, der mit Fr. 77.-- den höchsten Betrag vor sich liegen hatte.

Von den Spielern am Tisch Nr. 6, wo am fraglichen Abend um die höchsten Beträge gepokert wurde, sagte der Zeuge M. aus, dass der Anfangseinsatz Fr. 10.-- betragen habe. Dann sei je nach Karten um Fr. 20.-- bis Fr. 50.-- erhöht worden, und nach dem Auswechseln habe es geschehen können, dass nach weiterem Erhöhen schliesslich Fr. 500.-- im 'Pot' gelegen seien. Auch der Zeuge A. bestätigt, dass schon 200 Franken oder mehr auf dem Tisch gelegen seien.

Der Zeuge S., der am Tisch Nr. 5 Rommé spielte, gab zu Protokoll, dass bei jeder Kartenausgabe ein Spieler 5 Franken Einsatz zu geben hatte. Da der 'Pot' nur habe geleert werden können, wenn jemand fünfmal hintereinander gewonnen habe, so sei es vorgekommen, dass etwa Fr. 150.-- auf dem Tisch gelegen seien. Auch U. und J. bestätigten als Zeugen, dass Fr. 100.-- oder mehr auf dem Tisch gelegen seien. Selbst wenn berücksichtigt wird, dass es beim Rommé länger dauerte als beim Poker, wo der Gewinn in wenigen Minuten feststeht, so ist auch hier von einem Spiel um hohe Geldbeträge im Sinne von Art. 30 GGG auszugehen. Beim Verlust eines Spieles verlor ein Spieler zwischen 30 bis 40 Franken, was unüblich ist für ein Kartenspiel.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl die am Rommé-tisch eingesetzten Beträge wie auch die Einsätze beim Poker-

spiel als hoch im Sinne von Art. 30 GGG zu bezeichnen sind. Nach dem vorstehend Ausgeführten gilt dies vorab für den Poker-Tisch Nr. 6 und den Rommé-Tisch Nr. 5.

OGer 18.11.1997

2.3 Zivilprozess

3300

Vermittlungsverfahren. Auf die persönliche Teilnahme am Vermittlungsvorstand können die Parteien nicht verzichten (Art. 122, 124 ZPO).

Art. 124 ZPO sieht eine mündliche Verhandlung vor dem Vermittler vor. Gemäss der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers und auch mit Blick auf Sinn und Zweck des Sühneverfahrens, kann dieses nur mündlich, nicht aber schriftlich sein (Art. 125 ZPO).

Es fragt sich deshalb, ob es eine gesetzliche Grundlage für eine Dispensation gebe oder ob es den Parteien offen stehe, darüber eine Vereinbarung zu treffen. Letzteres wäre nicht möglich, wenn die Pflicht der mündlichen Verhandlung als zwingende Bestimmung qualifiziert werden muss (vgl. *M. Ehrenzeller*, Komm. N. 8 zu Art. 106 ZPO).

Die Möglichkeiten der Dispensation bzw. des Verzichts auf eine mündliche Verhandlung sind im Gesetz abschliessend geregelt: so ist sie in Art. 271 Abs. 4 ZPO für die Verhandlung vor Obergericht vorgesehen; ferner gibt Art. 214 Abs. 1 ZPO dem Kantonsgerichtspräsident die Möglichkeit, die Parteien u.a. aus wichtigen Gründen zu dispensieren. Für den Vermittlungsvorstand fehlt eine entsprechende Bestimmung. Es muss sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handeln.

Weiter fragt sich, ob die Dispositionsfreiheit die Möglichkeit des Verzichts auf den Vermittlungsvorstand gebe. Mit *Ehrenzeller* (Komm. N. 1 zu Art. 145 ZPO) ist dies für die Verhandlung vor Kantonsgericht