

3. Strafrecht

3632

Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz; SBG; SR 935.52). Objektiver und subjektiver Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG (vorsätzliche Tatbegehung) erfüllt. Zureichende Gründe für die Berufung auf einen Rechtsirrtum gemäss Art. 21 StGB wurden verneint.

Sachverhalt:

Am 21. November 2008 wurde die G. GmbH mit Sitz in H. in das Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden eingetragen. Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung ist S., dessen Bruder, D., Gesellschafter und Geschäftsführer, beide mit Einzelunterschriftsbefugnis. Am 20. Mai 2010 entschied das Bundesgericht, dass das Pokerspiel, darunter die Variante Texas Hold'em, als Glücksspiel zu qualifizieren ist (BGE 136 II 291). S. und D. führten am 17. Dezember 2010 in den Räumlichkeiten des Pokerclubs G. in H. ein Pokerturnier („Abschluss Freeroll“) der Spielvariante „Texas Hold'em No Limit“ durch. An diesem Turnier spielten 46 Personen Poker. In der Folge wurde Spielgeld im Betrag von total Fr. 780.00 beschlagnahmt.

Aus den Erwägungen:

2.2 Objektiver Tatbestand

Mit Haft oder mit Busse bis zu Fr. 500'000.00 wird bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt. Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu Fr. 250'000.00 bestraft (Art. 56 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 SBG).

2.2.1 Tatbestandselement Glücksspiel

Der Beschuldigte macht geltend, das fragliche Pokerturnier in der Variante „Texas Hold'em“ sei von der Vorinstanz zu Unrecht als Glücksspiel i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SBG qualifiziert worden. Das Bundesgericht habe mit seinem Urteil BGE 136 II 291 eine von der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) erlassene Qualifikationsverfügung, welche die darin beschriebene Pokervariante als Geschicklichkeitsspiel qualifiziert habe, aufgrund von Mängeln

im Qualifikationsverfahren (unsichere Datenbasis etc.) aufgehoben. Der Widerruf einer mangelhaften Qualifikation, welche in einem Verwaltungsverfahren auf Gesuch hin erlassen worden sei, könne nicht in einem Strafverfahren umkehrschlussweise als Glücksspielqualifikation i.S.v. Art. 60 Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung; VSBG; SR 935.521) herangezogen werden.

Die ESBK ist der Ansicht, das Bundesgericht habe in BGE 136 II 291 E. 5.3.3 entschieden, „Texas Hold'em“ eigne sich zum Glücksspiel oder lasse sich leicht zum Glücksspiel verwenden. Als Konsequenz aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe die ESBK sämtliche von ihr erlassenen Qualifikationsverfügungen betreffend Pokerturniere als Geschicklichkeitsspiele widerrufen. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Überlegungen stelle die Qualifikation der vom Beschuldigten durchgeführten Pokervariante als Glücksspiel die einzige Möglichkeit dar.

Die Definition von Glücksspielen findet sich in Art. 3 SBG. Dieser lautet wie folgt:

Begriffe und Abgrenzung

¹ Glücksspiele sind Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.

² Glücksspielautomaten sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft.

³ Geschicklichkeitsspielautomaten sind Geräte, die ein Geschicklichkeitsspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft und dessen Gewinn von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt.

⁴ Der Bundesrat erlässt nach Anhören der Kantone Vorschriften über die Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen.

Gestützt auf den einschlägigen Bundesgerichtsentscheid BGE 136 II 291 teilt das Obergericht die Meinung der Vorinstanz, dass es sich beim Pokerspiel der Variante „Texas Hold'em“ klar um ein Glücksspiel i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SBG handelt (gleicher Meinung: *Zünd/Hugi Yar*, Rien ne va plus: Das Schweizerische Glücksspielrecht im Umbruch, in: Jusletter vom 17. November 2014, S. 18 ff.). Anzuführen ist, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen vor der Durchführung des Pokerturniers am 17. Dezember 2010 vom erwähnten Bundesgerichtsentscheid Kenntnis hatte.

2.2.2 Tatbestandselement Einsatz

Der Beschuldigte bringt vor, die sogenannte fakultative „Stuhlmiete“ sei kein Einsatz nach Art. 3 Abs. 1 SBG. Die Stuhlmiete sei optional gewesen und es hätte auch stehend mitgespielt werden können, mit anderen Worten ohne die Bezahlung von Fr. 20.00 pro Stuhl. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, das Bezahlen einer optionalen Stuhlmiete stelle eine Einsatzkomponente dar, sei willkürlich bzw. bundesrechtswidrig. Es hätte sämtlichen Auskunftspersonen die Frage gestellt werden müssen, ob diese einen

Spieleinsatz für das Pokerturnier hätten leisten müssen, bzw. ob einfach optional eine Stuhlmiete für Fr. 20.00 möglich gewesen sei. Durch die Nichtabnahme der beantragten Befragungen der Pokerturnierteilnehmer im Beisein des Beschuldigten sei dessen rechtliches Gehör unheilbar verletzt worden.

Die ESBK wendet ein, die Leistung dieser Fr. 20.00 sei „conditio sine qua non“ für die Teilnahme am Turnier gewesen. Bis auf eine Person hätten alle Spieler, die ausgesagt hätten, ausnahmslos gesagt, sie hätten die Fr. 20.00 bezahlt. Die Schlussfolgerung, dass es nicht möglich gewesen sei, ohne Leistung der Fr. 20.00 am Pokerturnier teilzunehmen, decke sich auch mit den Aussagen von S., der angegeben habe, dass vor Spielbeginn ein Eintritt von Fr. 20.00 hätte bezahlt werden müssen. Unerheblich sei der Einwand der Verteidigung, die Stuhlmiete sei optional gewesen. Tatsache sei, dass alle Spieler eine Teilnahmegebühr entrichtet hätten.

Zunächst ist danach zu fragen, ob zu den „Einsätzen“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SBG nur Spieleinsätze gehören (Geld, um das gespielt wird; siehe beispielsweise Art. 40 Abs. 2 SBG) oder auch Kommissionen (Geld, das bezahlt werden muss, damit man spielen kann). Das Bundesgericht hat diese Frage in seinem Urteil vom 31. August 2012 (Urteil 2C_322/2012, E. 3.5) klar beantwortet: Der Vorteil, der gewonnen werden kann, muss nicht zwingend in einer frankenmässigen Relation zum geleisteten Einsatz stehen: es kann auch ein anderer geldwerter Vorteil sein, z. B. Spielpunkte, Warengewinne, Jetons. Es geht nur darum, dass Geld bezahlt wird, um spielen zu können. Zu fragen ist weiter, ob das „Stuhlgeld“ von Fr. 20.00 als blosser „Eintritt in die Spielbank“ i.S.v. Art. 23 lit. b SBG qualifiziert werden könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn der Eintritt unabhängig von einem konkreten Spiel bezahlt wird (Urteil BGer 2C_322/2012, E. 3.8). Dies ist in casu aber gerade nicht der Fall, weil es um einen Stuhl an einem der Pokertische ging und damit um eine Zahlung für die Teilnahme an einem bestimmten Spiel. Sodann wird die Aussage des Beschuldigten, es hätte wahlweise auch kostenlos, diesfalls aber stehend, mitgespielt werden können, klar dadurch widerlegt, dass es gemäss Fotoaufnahme des Spiellokals der G. GmbH keine „Stehtische“ gab, sondern einzig „Sittische“, also Tische mit Stühlen.

Gestützt auf diese Überlegungen kommt das Obergericht übereinstimmend mit der Vorinstanz zum Schluss, dass der von den Teilnehmern des Pokerturniers vom 17. Dezember 2010 unter dem Titel „Stuhlmiete“ bezahlte Betrag von Fr. 20.00 Einsatz i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SBG darstellt.

2.2.3 Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil

Gemäss Art. 3 Abs. 1 SBG sind Glücksspiele Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Der Beschuldigte hat vor der Einzelrichterin des Kantonsgerichts auf deren Vorhalt, dass es laut Akten Sachpreise zu gewinnen gegeben habe, geantwortet, das seien gesponsorte Preise gewesen, aber nicht speziell für die-

sen Event am 17. Dezember 2010. Die Preise hätten sich mit der Zeit angesammelt. Wie die Vorinstanz in ihrer Erwägung 2.3.5 ausgeführt hat, gab es am Turnier vom 17. Dezember 2010 verschiedene Sachpreise zu gewinnen, unter anderem ein iPod Shuffle, Sets bestehend aus T-Shirts, Frottée-Tüchern und Kartensets, Schnaps- und Biergläser etc. Wie bereits in vorstehender Erwägung 2.2.2 unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 31. August 2012 (Urteil BGer 2C_322/2012, E. 3.5), ausgeführt, ist auch ein Warengewinn ein geldwerter Vorteil i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SBG, wobei dieser nicht zwingend in Relation zum Einsatz stehen muss. Aufgrund dieser Sachlage ist, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Erwägung 2.3.5), auch dieses Tatbestandselement klar erfüllt.

2.2.4 Tathandlung: Organisieren

Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffende Erwägung 2.4.4 der Vorinstanz verwiesen werden, wonach feststeht, dass der Beschuldigte am 17. Dezember 2010 ein Glücksspiel ausserhalb einer konzessionierten Spielbank organisiert hat.

2.2.5 Fazit bezüglich des objektiven Tatbestandes

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass S. mit der Durchführung des Pokerturniers am 17. Dezember 2010 den objektiven Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG (Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken) erfüllt hat.

2.3 Subjektiver Tatbestand

Der Beschuldigte macht geltend, die ESBK habe in einem E-Mail vom 26. November 2010 an M. bestätigt, Freeroll-Pokerturniere mit optionaler Stuhlmiete würden Unterhaltungsspiele darstellen. Auf diese fachbehördliche Auskunft, welche dem Beschuldigten bekannt gewesen sei, habe sich dieser verlassen dürfen.

Die ESBK geht von einer vorsätzlichen Tatbegehung aus. S. habe mehrmals bestätigt, dass er sowohl das Spielbankengesetz als auch die Definition des Glücksspiels nach Art. 3 SBG kenne und ihm das massgebende Bundesgerichtsurteil BGE 136 II 291 bekannt sei. Vom Beschuldigten sei bis vor der Hauptverhandlung im ordentlichen Gerichtsverfahren erster Instanz nie geltend gemacht worden, er habe das Pokerturnier gestützt auf die an eine Drittperson erteilte Auskunft der ESBK als zulässig erachtet.

In casu sind bei der Prüfung des subjektiven Tatbestandes die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches anwendbar (Art. 2 altes Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht [aVStrR] i.V.m. Art. 57 Abs. 1 SBG). Diese sind auch auf Übertretungen anwendbar (Art. 104 StGB). Art. 12 Abs. 2 StGB hält fest, dass vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen begeht, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Gemäss Art. 12 Abs. 3 begeht ein Verbrechen oder Vergehen fahrlässig, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht

Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (bezüglich Art. 56 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 SBG; vgl. Urteil BGer 6B_466/2011, E. 4.3.1).

Die Vorinstanz ist in ihrer Erwägung 2.6 bezüglich des Tatbestandselementes des Leistens eines Einsatzes zum Schluss gelangt, der Beschuldigte habe gemeint, die Durchführung eines Freeroll-Turniers mit Bezahlung einer Stuhlmiete sei legal, weshalb es ihm am direkten Vorsatz fehle. Der Beschuldigte habe sich in einem Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 Abs. 1 StGB befunden, weil er sich aber besser hätte informieren müssen, wäre der Irrtum vermeidbar gewesen (Art. 13 Abs. 2 StGB).

Art. 13 StGB lautet wie folgt: „Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zu Gunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Abs. 1). Hätte der Täter den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht vermeiden können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht ist (Abs. 2).“

Das Obergericht gelangt aufgrund der nachfolgend aufgeführten Begründung zu einer anderen Auffassung als die Vorinstanz, nämlich, dass sich der Beschuldigte nicht in einem Sachverhalts-, sondern in einem sog. Subsumtionsirrtum befunden hat. Der Beschuldigte hat für die sitzende Teilnahme am Spiel von jedem Turnierbesucher eine Zahlung von Fr. 20.00 verlangt. Dies hat er bewusst so entschieden und auch umgesetzt. Somit liegt auch bezüglich des Tatbestandselementes „Einsatz“ Vorsatz vor. Dass der Beschuldigte nun gemeint hat, die Zahlung der „Stuhlmiete“ von Fr. 20.00 sei rechtlich anders zu qualifizieren bzw. falle nicht unter das Spielbankengesetz, beschlägt nach Ansicht des Obergerichts jedoch nicht einen Sachverhalts-, sondern einen Subsumtionsirrtum. Dieser ist jedoch unbeachtlich (BGE 112 IV 132 E. 4b; BGE 105 IV 181 E. 4b; *Trechsel/Jean-Richard*, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2012, N 4 zu Art. 21). Der Beschuldigte hat sich nicht über ein Sachverhaltselement, sondern über dessen rechtliche Qualifizierung geirrt. Anders wäre es, wenn eine falsche Vorstellung über ein Tatbestandsmerkmal rechtlicher Natur (z.B. Fremdheit der Sache bei der Veruntreuung) vorliegen würde. Dann würde es sich um einen Sachverhaltsirrtum handeln (vgl. BGE 129 IV 238 E. 3.2). Der Vorsatz muss sich nicht auf die Strafbarkeit der Tat beziehen (BGE 109 IV 27 E. 4b). Gegenstand des Vorsatzes sind nicht die rechtlichen Begriffe oder die Rechtswidrigkeit der Handlung, sondern die Tatumstände, d.h. die äusseren Gegebenheiten mitsamt ihrer sozialen Bedeutung (BGE 129 IV 238 E. 3.2.2).

Zu prüfen bleibt, ob sich der Beschuldigte auf Rechtsirrtum berufen kann. Der Rechtsirrtum ist in Art. 21 StGB geregelt. Danach handelt nicht schuldhaft, wer bei der Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er

sich rechtswidrig verhält. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe. Auf Rechtsirrtum kann sich nur berufen, wer aus zureichenden Gründen annahm, er sei zur Tat berechtigt gewesen (BGE 105 IV 181 E. 4c). Der Beschuldigte beruft sich auf eine E-Mail-Auskunft von A. von der ESBK vom 26. November 2010. Dieser Auskunft liegt eine Anfrage von M. bei der ESBK zu Poker-Stehturnieren "Freeroll-Poker-Turniere" zugrunde, an denen ohne Einsatzkomponente gespielt und auch keine Gebühr erhoben werde. Wer wolle, könne (optional) einen Stuhl mieten, Eintritt werde nicht erhoben. Die ESBK antwortete per E-Mail, diese Turniere würden in der dargestellten Weise Unterhaltungsspiele darstellen, weshalb keine rechtlichen Bedenken bestehen würden. Diese Auskunft war dem Beschuldigten bekannt. Das Obergericht ist der Ansicht, dass sich der Beschuldigte nicht auf diese Auskunft berufen kann. Die Umstände des vorliegend zu beurteilenden Falles weichen von den im E-Mail beschriebenen ab. So war es, wie vorstehend ausgeführt, am 17. Dezember 2010 im Lokal der G. GmbH nicht möglich, stehend Poker zu spielen (vgl. vorstehende Erwägung 2.2.2). Von insgesamt 41 Turnierteilnehmern leisteten denn auch deren 39 den Einsatz von Fr. 20.00 bzw. die sog. Stuhlmiete. Sodann beruft sich der Beschuldigte auf eine zweite E-Mail-Auskunft von A. von der ESBK vom 14. April 2011, worin es um eine Anfrage von M. betreffend Durchführung von „Freeroll-Pokerturnieren“ an der Züspa ging. Aus der Antwort von A., dass das Eintrittsgeld für eine Messeveranstaltung nicht als Einsatz für ein Pokerturnier gewertet werde, sofern die Messe über diverse anderweitige Stände bzw. Attraktionen verfüge, kann der Beschuldigte mangels Vergleichbarkeit ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten. Im Gegensatz zur Züspa gab es bei dem von ihm am 17. Dezember 2010 angebotenen Pokerturnier keinerlei andere Vergnügungsangebote. Zusammengefasst hat der Beschuldigte mit den Auskünften der ESBK gegenüber einem Dritten keine zureichenden Gründe vorbringen können, um sich auf Rechtsirrtum zu berufen. Anzuführen ist, dass es ihm freigestanden wäre, vor der Durchführung des fraglichen Pokerturniers bei der ESBK eine Anfrage in eigener Sache zu machen.

Das Obergericht kommt zum Schluss, dass der Beschuldigte den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG in vorsätzlicher Weise begangen hat.

2.4 Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich S. der vorsätzlichen Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken und damit der vorsätzlichen Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG, begangen am 17. Dezember 2010, schuldig gemacht hat.

OGer, 09.12.2014

Das Bundesgericht wies am 17. November 2015 eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Urteil BGer 6B_560/2015).