

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

2. Abteilung

Urteil vom 9. Dezember 2014

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer, H.P. Blaser, H. Zingg, R. Aebischer Obergerichtsschreiberin B. Widmer
Verfahren Nr.	O2S 13 18
Sitzungsort	Trogen
Berufungskläger/ Anschlussberufungs- beklagter Beschuldigter	A____ verteidigt durch: RA B____
Berufungsbeklagte/ Anschlussberufungs- klägerin Anklägerin	Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK, Eigerplatz 1, 3003 Bern
Berufungsbeklagte Anklägerin	Staatsanwaltschaft Appenzell Ausserrhoden vertreten durch: StA C____, Schützenstrasse 1A, 9100 Herisau
Gegenstand	Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über Glücks- spiele und Spielbanken (SBG)

A. Anträge

a) der Staatsanwaltschaft:

im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren:

--

b) der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK

aa) im erstinstanzlichen Verfahren (an Schranken):

1. A___ sei in Anwendung von Artikel 56 Absatz 1 Buchstabe a Spielbankengesetz der Widerhandlung gegen das SBG schuldig zu sprechen, begangen durch die Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken (Organisieren eines Pokerturniers der Variante Texas Hold'em No Limit) in den Räumlichkeiten des Pokerclubs E___ in F___, festgestellt am 17. Dezember 2010.
2. A___ sei zu einer Busse von CHF 1'500.00 zu verurteilen.
3. Das am 17. Dezember 2010 beschlagnahmte Spielgeld in der Höhe von CHF 780.00 sei anteilmässig im Betrag von CHF 390.00 bei A___ einzuziehen.
4. A___ sei zur Leistung einer Ersatzforderung zugunsten des Bundes in der Höhe von CHF 20.00 zu verurteilen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

bb) im Berufungsverfahren:

Auf die vom Rechtsvertreter von A___ eingereichte Berufung gegen das Urteil der Einzelrichterin des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 15.10.2013 sei nicht einzutreten.

Korrektur des Nichteintretensantrages gemäss act. B 11:

„Richtigerweise hätte die Abweisung der Berufung verlangt werden müssen.“

Zur Anschlussberufung:

A___ sei der vorsätzlichen Widerhandlung gegen Artikel 56 Absatz 1 Buchstabe a Spielbankengesetz schuldig zu sprechen (Organisation von Glücksspielen ausserhalb einer konzessionierten Spielbank, begangen am 17. Dezember 2010).

c) des Beschuldigten:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren (an Schranken):

1. Es sei der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates.

bb) im Berufungsverfahren:

in der Berufungserklärung (act. B 1):

1. Der Beschuldigte A___ sei vom Anklagevorwurf der vorsätzlichen Verletzung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG sowie auch der fahrlässigen Verletzung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 2 SBG frei zu sprechen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

in der Eingabe vom 5.2.2014 (act. B 17):

1. Auf die Berufung von A___ vom 22.11.2013 sei einzutreten
2. Auf die Anschlussberufung der ESBK im Verfahren gegen den Beschuldigten A___, datierend vom 17.12.2013, sei nicht einzutreten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

in der Eingabe vom 25.2.2014 (act. B 20):

1. Der Beschuldigte A___ sei vom Anklagevorwurf der vorsätzlichen Verletzung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG sowie auch der fahrlässigen Verletzung des Spielbankengesetzes im Sinne von Art. 56 Abs. 2 SBG frei zu sprechen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Kantonsgerichts vom 15.10.2013 aufzuheben und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zu weisen.
3. Die am 17.12.2010 beschlagnahmten Gelder seien in der Höhe von CHF 390.00 an den Beschuldigten A___ herauszugeben.
4. Auf eine Ersatzforderung des Bundes von CHF 20.00 sei zu verzichten.
5. Die Kosten der Untersuchung, der ersten Instanz als auch des Obergerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden seien vollständig von der Staatskasse zu tragen.
6. A___ sei eine Prozessentschädigung in der Höhe der ihm entstandenen Rechtsvertretungskosten aus der Staatskasse zu bezahlen.

B. Sachverhalt

Am 21. November 2008 wurde die E___ GmbH mit Sitz in F___ in das Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden eingetragen. Gesellschafter und Geschäftsführer ist A___, dessen Bruder D___ Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung, beide mit Einzelunterschriftsbefugnis (act. 1B 05/001). 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 ff.). A___ und D___ führten am 17. Dezember 2010 in den Räumlichkeiten des Pokerclubs E___ GmbH in F___ ein Pokerturnier („Abschluss Freeroll“) der Spielvariante „Texas Hold'em No Limit“ durch. An diesem Turnier spielten 46 Personen Poker. Sodann wurde Spielgeld im Betrag von total CHF 780.00 beschlagnahmt (act. 1B 01/005, 1B 01/007, 1B 02/006, 1B 02/013).

C. Prozessgeschichte

Der Beschuldigte wurde am 17. Dezember 2010 durch das Untersuchungsamt Altstätten einvernommen (act. 1B 04/001-005; D___: siehe Verfahren O2Z 13 19). Die Teilnehmer des Pokerturniers wurden gleichentags durch die Kantonspolizei Appenzell Ausserrhoden als Auskunftspersonen befragt (act. 1B 04/012-217). Daraufhin erging am 25. Oktober 2011 von der Eidgenössischen Spielbankenkommission (im Folgenden ESBK genannt) der Strafbescheid im abgekürzten Verfahren gegen den Beschuldigten (act. 1B 07/084-088). Der Beschuldigte teilte am 8. November 2011 der ESBK telefonisch mit, dass er den Strafbescheid im abgekürzten Verfahren nicht unterschreiben werde (act. 1B 07/077), woraufhin am 25. Januar 2012 das Schlussprotokoll erging (act. 1B 07/065-069). Von der Möglichkeit, zu diesem Schlussprotokoll Stellung zu nehmen oder einen Antrag auf Ergänzung zu stellen, machte der Beschuldigte keinen Gebrauch. Daraufhin erliess die ESBK am 25. Juni 2012 einen unbegründeten Strafbescheid gegen den Beschuldigten (act. 1B 07/031-033). Gegen diesen Strafbescheid erhob A___ am 23. Juli 2012 Einsprache, verbunden mit dem Antrag um Beurteilung durch das Strafgericht (act. 1B 07/027). Die ESBK erliess am 3. Oktober 2012 eine begründete Strafverfügung gegen den Beschuldigten. Darin wurde A___ der Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken, begangen am 17.12.2010, schuldig gesprochen und zu einer Busse von CHF 1'500.00 verurteilt (act. 1B 07/004-013). Daraufhin verlangte der Beschuldigte am 15. Oktober 2012 die Beurteilung durch das Strafgericht (act. 1B 07/001). Die ESBK überwies das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten am 26. Oktober 2012 zur gerichtlichen Beurteilung an die Staatsanwaltschaft Appenzell Ausserrhoden (act. 1B 00/001-003). Letztere wiederum überwies die

Überweisungsverfügung der ESBK vom 26. Oktober 2012 am 19. Juli 2013 an das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden (act. 1A). Am 15. Oktober 2013 fand die mündliche Hauptverhandlung statt (act. 16, 17). Das Urteil wurde am 4. November 2013 in begründeter Ausfertigung an die Parteien versandt (act. 24).

D. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil der Einzelrichterin des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 15. Oktober 2013 (ES2 13 7) wurde A___ der fahrlässigen Organisation von Glückspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken gemäss Art. 56 Abs. 2 SBG (begangen am 17.12.2010) schuldig gesprochen. Er wurde zu einer Busse von CHF 750.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 7 Tagen, verurteilt. Dazu wurde im Urteilsdispositiv vermerkt, dass gemäss Art. 90 Abs. 1 VStrR die Eidgenössische Spielbankenkommission das Urteil des Strafgerichts vollstreckt und die Busse dem Bund zufällt (Art. 93 Abs. 1 VStrR). Die Verfahrenskosten von total CHF 2'555.00 wurden dem Beschuldigten auferlegt und es wurde ihm keine Entschädigung zugesprochen. Entschieden wurde weiter, dass die am 17.12.2010 beschlagnahmten Gelder in der Höhe von total CHF 780.00 anteilmässig (CHF 390.00) bei A___ eingezogen werden und gemäss Art. 93 Abs. 1 VStrR dem Bund zufallen. Sodann entschied die Einzelrichterin, dass der Beschuldigte keine Ersatzforderung an den Bund zu leisten hat.

Auf eine Wiedergabe der Urteilsbegründung in den angefochtenen Punkten wird verzichtet und auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen.

E. Schriftenwechsel

- a) Gegen das Urteil vom 15. Oktober 2013, dessen Zustellung an den Beschuldigten in begründeter Ausfertigung am 5. November 2013 (act. 26) erfolgt war, liess dieser mit Eingabe vom 22. November 2013 (act. B 1) fristgemäss die Berufung einreichen.
- b) Mit Verfügung des Obergerichtspräsidenten vom 25. November 2013 wurde den Parteien die Zuweisung des Prozesses an die 2. Abteilung mitgeteilt (act. B 4).
- c) Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 25. November 2013 wurde der Staatsanwaltschaft sowie der ESBK Gelegenheit gegeben, einen schriftlichen und begründeten Nichteintretensantrag und/oder eine schriftliche Anschlussberufung

einzureichen (act. B 5). Die ESBK reichte mit Eingabe vom 17. Dezember 2013 fristgemäss Anschlussberufung ein (act. B 10).

- d) Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 23. Dezember 2013 wurde den Parteien mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Berufungsverfahren schriftlich durchzuführen (act. B 12).
- e) Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 14. Januar 2014 wurde dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft Gelegenheit gegeben, einen schriftlichen und begründeten Nichteintretensantrag und/oder eine schriftliche Anschlussberufung einzureichen. Weiter wurden dem Beschuldigten sowie der ESBK Frist eingeräumt, um die Begründung ihre Berufungs- und Anschlussberufungsanträge zu ergänzen (act. B 16).
- f) Der Beschuldigte liess sich mit Eingabe vom 5. Februar 2014 vernehmen (act. B 17). Eine weitere Eingabe von RA B___ ging am 26. Februar 2014 beim Obergericht ein (act. B 20). Die ESBK reichte am 14. März 2014 eine Stellungnahme ein (act. B 26). Der Beschuldigte liess sich am 28. März 2014 vernehmen (act. B 27). Eine weitere Eingabe von RA B___ datiert vom 8. April 2014 (act. B 30). Die ESBK nahm am 2. Mai 2014 Stellung (act. B 34), RA B___ am 20. Mai 2014 (act. B 36).

Auf die entsprechenden Ausführungen und Angaben in den in lit. a - f vorstehend angeführten Schriftstücken wird, soweit für die Beurteilung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

Erwägungen des Gerichts

1. Formelles

1.1 Zuständigkeit

Auf die zutreffende vorinstanzliche Erwägung Ziff. 1.2.1 zur örtlichen Zuständigkeit kann verwiesen werden.

Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit des Obergerichts ist auf die Art. 26 und 27 des am 1.1.2011 in Kraft getretenen Justizgesetzes vom 13. September 2010 (JG, bGS 145.31) hinzuweisen. Nach Art. 26 JG ist das Obergericht Berufungs- und Beschwerdeinstanz in der allgemeinen Strafrechtspflege, unter Vorbehalt der Befugnisse des Einzelrichters

(letztere beschränken sich laut Art. 27 JG auf den Bereich des Zwangsmassnahmenrechts).

1.2 Rechtskräftige Urteilspunkte

Festzuhalten ist, dass Dispositiv Ziff. 6 des Urteils der Einzelrichterin des Kantonsgerichtes vom 15.10.2013, welche festhält, dass der Beschuldigte keine Ersatzforderung an den Bund zu leisten hat, nicht angefochten worden ist (siehe nachstehende Erwägung Ziff. 1.7 und 1.8). Dementsprechend ist der genannte Urteilspunkt gestützt auf Art. 437 Abs. 1 lit. a StPO rechtskräftig.

1.3 Anwendbares Recht

Ebenfalls verwiesen werden kann auf die Erwägung Ziff. 1.1 der Vorinstanz zum anwendbaren Recht. Zu ergänzen ist folgendes:

Gestützt auf Art. 454 Abs. 1 StPO, wonach für Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheide, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt werden, neues Recht gilt, ist die StPO (SR 312.0) anwendbar.

Anwendbar auf den vorliegenden Fall ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0). Art. 1 VStrR sieht vor, dass dieses Gesetz Anwendung findet, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde übertragen ist. Dies ist gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52) der Fall. Ausdrücklich wird in jener Bestimmung festgehalten, dass das VStrR anwendbar und urteilende Behörde die Eidgenössische Spielbankenkommission ist.

Zu beurteilen ist vorliegend ein Vorfall vom 17. Dezember 2010. Die aktuellste Fassung des VStrR ist diejenige mit Stand am 1. Mai 2013. Gestützt auf die Übergangsregelung in Art. 106 Abs. 1 VStrR kommt aufgrund dessen, dass die Strafverfügung der ESBK am 3. Oktober 2012 erging, das VStrR mit **Stand am 1. Januar 2011** (nachfolgend mit **aVStrR** bezeichnet) zur Anwendung. Art. 82 aVStrR verweist für den Fall, dass die Artikel 73-81 nichts anderes bestimmen, für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten auf die entsprechenden Vorschriften der StPO.

Das SBG ist in der heutige gültigen Fassung, **Stand am 27. Dezember 2006**, anwendbar.

Die Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521) ist mit **Stand am 1. Januar 2010** massgebend (die aktuellste Version ist diejenige per 1.1.2011). Dies, weil ein Tatbestand vom 17.12.2010 zu beurteilen ist und eine anderslautende Übergangsbestimmung in der aktuellsten Version fehlt. Nachfolgend wird diese Verordnung mit **aVSBG** bezeichnet.

Die Verordnung des EJPD über Überwachungssysteme und Glücksspiele (Glücksspielverordnung, GSV; SR 935.521.21) ist mit der bis heute gültigen Fassung, **Stand am 26. Oktober 2004**, anwendbar.

1.4 Zulässigkeit der Berufung

Art. 80 Abs. 1 aVStrR verweist für Strafsachen, welche an das kantonale Gericht zur Beurteilung überwiesen wurden, auf die Rechtsmittel der StPO. Gestützt auf Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil der Einzelrichterin des Kantonsgerichts zulässig.

1.5 Legitimation

Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte, der vor erster Instanz verurteilt wurde, hat zweifellos ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Urteils der Vorinstanz vom 15. Oktober 2013.

Zu prüfen ist, ob die ESBK zur Erhebung einer Anschlussberufung legitimiert ist. Art. 74 Abs. 1 aVStrR führt ausdrücklich die beteiligte Verwaltung als Partei im gerichtlichen Verfahren auf. Somit ist die ESBK Partei und gestützt auf Art. 80 Abs. 2 aVStrR befugt, selbständig ein Rechtsmittel zu ergreifen.

Die Legitimation der Staatsanwaltschaft als Verfahrenspartei ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 aVStrR bzw. Art. 381 Abs. 1 StPO.

1.6 Berufungsgründe/Noven bei Übertretungen

Da vor der Einzelrichterin des Kantonsgerichts ausschliesslich Übertretungen zu beurteilen waren, ist vorliegend Art. 398 Abs. 4 StPO zu beachten. Danach prüft das Berufungsgericht das Urteil zunächst auf Rechtsfehler, womit offenbar (nach der üblicheren Termi-

nologie) Rechtsverletzungen gemeint sind. Analog zu Art. 95 BGG ist primär an Verletzungen des Bundesrechts, so der StPO oder des StGB, aber auch z. B. der Grundrechte nach BV oder EMRK zu denken. Gerügt werden kann in Anlehnung an Art. 398 Abs. 3 lit. a StPO ebenso Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, weiter (hier weniger aktuell) Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, wohl aber nicht Unangemessenheit, d.h. Ermessensfehler, nach Art. 398 Abs. 3 lit. c StPO (*Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., N. 12 zu Art. 398). Sämtliche Rechtsfragen sind mit freier Kognition zu prüfen, und zwar nicht nur materiellrechtliche, sondern auch prozessuale (*Hug/Scheidegger*, in Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., N. 23 zu 398). Ferner beschränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Überprüfung des Sachverhalts auf offensichtlich unrichtige Feststellungen (willkürliche Feststellung des Sachverhalts) und Rechtsverletzungen. Neue Behauptungen und Beweise können in diesem Verfahren nicht vorgebracht werden (*Eugster*, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., N. 3a zu Art. 398). Das Verfahren im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO kennt keine qualifizierte Rügepflicht (*Hug/Scheidegger*, a.a.O., N. 24 zu Art. 398). Die Rüge der offensichtlich unrichtigen oder auf Rechtsverletzung beruhenden Feststellung des Sachverhalts entspricht Art. 97 BGG. Relevant sind hier zunächst klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, liegend etwa in Versehen und Irrtümern, offensichtlichen Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- sowie Beweislage und der Urteilsbegründung (*Schmid*, a.a.O., N. 13 zu Art. 398).

1.7 Ergänzung Berufungsanträge

Die **ESBK** weist daraufhin, der Berufungskläger ergänze in der Berufungsbegründung seine ursprünglich in der Berufung gestellten Anträge. Diese Ergänzung verletze Art. 399 Abs. 3 StPO. Nach Ablauf der gesetzlichen Frist von 20 Tagen sei eine Ausdehnung des Berufungsantrages auf bisher nicht angefochtene Teile eines Urteils nicht mehr möglich. Es sei deshalb auf die ergänzenden Anträge nicht einzutreten. Gemäss Art. 69 ff. StGB verfüge das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient hätten oder bestimmt gewesen seien. Die Folgerung des Verteidigers des Beschuldigten, dass bei einem allfälligen Freispruch die akzessorische Einziehung und allenfalls Ersatzforderung dahinfalle, müsse deshalb im Einzelfall geprüft werden.

Der **Berufungskläger** stellt sich auf den Standpunkt, die Verteidigung habe mit Berufungserklärung einen vollumfänglichen Freispruch beantragt. Die logische Folge sei, dass die auf dem Schuldspruch basierenden akzessorischen Einziehungen und allenfalls

Ersatzforderungen mitangefochten seien. Ansonsten würde bei einem Freispruch eine Einziehung bzw. Ersatzmassnahme ohne Rechtsgrundlage vorliegen.

Weil in den formellen Anträgen auf S. 2 der Berufungserklärung nur der Freispruch aufgeführt ist, auf Seite 1 unten jedoch auch die Strafzumessung und die damit verbundenen Nebenfolgen, hätte gestützt auf Art. 400 Abs. 1 StPO der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte (nachfolgend Berufungskläger genannt) zur Verdeutlichung der Berufungserklärung aufgefordert werden müssen. Dies ist in der Folge unterblieben. Der Berufungskläger hat diese Verdeutlichung in seiner Eingabe vom 25. Februar 2014 (act. B 20) von sich aus vorgenommen, was angesichts der unterbliebenen Aufforderung zulässig sein muss. Unbesehen davon ist die Ergänzung der Berufungsanträge aber bereits deshalb zulässig, weil mit der Anfechtung z. B. des Schuldspruchs mit Antrag auf Freispruch für den Fall der Gutheissung der Anträge automatisch auch damit zusammenhängende Folgepunkte des Urteils (z. B. Sanktion, Nebenfolgen, vor allem Zivilpunkte, Kosten- und Entschädigungen) als angefochten gelten, also eigentlich alle Punkte nach Art. 399 Abs. 4 lit. b–g (*Schmid*, a.a.O., N. 18 zu Art. 399; *Eugster*, a.a.O., N. 7 zu Art. 399). Folglich sind die vom Berufungskläger vor Obergericht vorgenommenen Ergänzungen seiner Anträge zulässig.

1.8 Umfang der Anschlussberufung /Eintreten auf Anschlussberufung

Der **Berufungskläger** lässt seinen Nichteintretensantrag bezüglich der Anschlussberufung der ESBK damit begründen, es sei nicht klar ersichtlich, ob diese das ganze Urteil oder nur Teile desselben anfechte. Deshalb sei die Eingabe der ESBK vom 17. Dezember 2013 hinsichtlich der Anschlussberufung mangelhaft bzw. genüge den Anforderungen von Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO nicht. Zudem sei die ESBK der ihr obliegenden Rügepflicht nicht nachgekommen, indem sie die Berufungsgründe nicht geltend gemacht habe.

Die **ESBK** weist daraufhin, dass in der Anschlussberufung geltend gemacht werde, dass im Urteil erster Instanz die Feststellung des Sachverhaltes offensichtlich unrichtig erfolgt sei (Annahme von Fahrlässigkeit anstelle von Vorsatz) und somit eine Rechtsverletzung darstelle.

Aus dem Antrag sowie der Begründung der Anschlussberufung der ESBK geht klar hervor, dass sich die Anschlussberufung auf Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils bezieht, also auf den Schuldspruch gestützt auf Art. 56 Abs. 2 SBG. Klar ist auch, dass die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (nachfolgend Berufungsbeklagte genannt) statt des Schuldspruchs nach Art. 56 Abs. 2 SBG wegen fahrlässiger Tatbegehung einen solchen nach Art. 56 Abs. 1 wegen vorsätzlicher Tatbegehung verlangt. Hingegen

hat die ESBK keine Ausführungen und keinen Antrag zum Strafmass gemäss Urteilsdispositiv Ziff. 2 des erstinstanzlichen Urteils gemacht. Anzufügen ist, dass es in der Berufungserklärung auch nicht genügen würde, bloss festzuhalten, das Rechtsmittel richte sich gegen das Strafmass. Bei einer Anfechtung der Sanktion ist bspw. anzugeben, ob ein Wechsel der Strafart (Geldstrafe anstelle von Freiheitsstrafe) oder eine Strafminderung oder –schärfung angestrebt wird (*Eugster*, a.a.O., N. 4 zu Art. 399). Dasselbe gilt auch für die Anschlussberufung (vgl. Art. 399 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 401 Abs. 1 StPO). Aufgrund des Gesagten richtet sich somit die Anschlussberufung der ESBK einzig gegen den Schuldpunkt.

Der Vorwurf der ESBK gegenüber dem Berufungskläger, er habe die Rügepflicht nicht erfüllt bzw. die Berufungsgründe nicht genannt, ist zurückzuweisen, da in der Berufungserklärung vom 22. November 2013 ausdrücklich vorgebracht wird, das angefochtene Urteil sei rechtsfehlerhaft, beruhe auf einer Rechtsverletzung bzw. die Sachverhalts-erstellung sei willkürlich erfolgt (act. B1 S. 1 ff.). Die Minimalanforderungen an eine Begründung sind damit erfüllt. Auf die Anschlussberufung, welche sich einzig gegen den Schuldpunkt richtet, kann daher eingetreten werden.

1.9 Unterbliebene Befragung der Spieler in Anwesenheit des Beschuldigten

Der **Berufungskläger** lässt rügen, durch die Nichtabnahme der beantragten Befragungen der Pokerturnierteilnehmer in seinem Beisein sei sein rechtliches Gehör im Sinne von Art. 6 EMRK unheilbar verletzt, weshalb ein Freispruch zu erfolgen habe. Er habe keinen Verzicht auf die Befragung der Spieler erklärt.

Die **ESBK** wirft ein, dass sich die Aussagen der Spieler mit den eigenen Aussagen des Beschuldigten decken würden. Zudem sei das Schlussprotokoll unwidersprochen geblieben und es seien keine Anträge auf Ergänzung der Untersuchung (Neubefragung von Zeugen) gestellt worden.

Die Vorinstanz hat in Erw. 1.3 zutreffende rechtliche Ausführungen zu den Teilnahmerechten bei Beweiserhebungen gemäss Art. 147 StPO gemacht, insbesondere dass der Anspruch aus dieser Bestimmung nur uneingeschränkt gilt, wenn dem fraglichen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Wäre dies der Fall, dürften gemäss Abs. 4 von Art. 147 StPO die Aussagen der Spieler, die in Verletzung der Bestimmungen von Abs. 1 bis 3 erhoben worden sind, nicht zulasten des abwesenden Beschuldigten verwertet werden. Das Obergericht teilt die Meinung der Vorinstanz, dass der Beschuldigte durch die Aussagen der Spieler nicht stärker belastet wird als durch seine eigenen. Hinzu kommt, dass die Aussagen der Spieler in der nachfolgenden Beurteilung keine Verwendung fin-

den, also nicht ausschlaggebend sind. Aufgrund dieser Überlegungen erscheint der Verzicht der Vorinstanz – sowie auch des Obergerichts - auf die Wiederholung der Befragung der Spieler, wie sie in Art. 147 Abs. 3 StPO ausgeführt wird, als rechtmässig.

2. **Art. 56 SBG (Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken)**

2.1 **Anklagegrundsatz**

Der **Berufungskläger** lässt vorbringen, weder in der Anklage (Strafverfügung der ESBK) noch im Plädoyer der ESBK vor Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden sei ihm jemals eine fahrlässige Begehung vorgeworfen worden. Gegenstand einer gerichtlichen Beurteilung habe jedoch nur derjenige Anklagesachverhalt bilden dürfen, welcher nicht von einer Fahrlässigkeit ausgehe. Entsprechend seien das Anklageprinzip und auch das rechtliche Gehör verletzt worden, womit eine Rechtsverletzung vorliege. Der von der Einzelrichterin des Kantonsgerichts ausgesprochene Schuldspruch der fahrlässigen Verletzung von Art. 56 SBG decke sich nicht mit dem Anklagesachverhalt.

Die **ESBK** lässt einwenden, es sei nicht einsichtig, dass das Anklageprinzip und somit das rechtliche Gehör verletzt werde, wenn das Gericht entgegen der Anklage (auf vorsätzliche Tatbegehung) auf eine fahrlässige Tatbegehung erkenne. Der Grundsachverhalt und damit der Tatvorwurf bleibe bei beiden Begehungsarten der Gleiche. Sollte das angerufene Gericht dennoch auf eine Verletzung des Anklageprinzips und des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das erstinstanzliche Gericht erkennen, müsste das angefochtene Urteil aufgehoben werden und die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurückgewiesen werden.

Der Anklagegrundsatz wird in Art. 9 StPO festgehalten. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden (Umgrenzungsfunktion; Immutabilitätsprinzip). Letztere muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt damit zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). In der Anklage sind im Übrigen namentlich die Umstände aufzuführen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören (Urteil des Bun-

desgerichts 6B_899/2010 vom 10.1.2011 E. 2.3). Die Anforderungen an die Anklageschrift werden in Art. 325 StPO konkretisiert. Danach hat die Anklageschrift u.a. möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung zu bezeichnen. In der Anklage muss immer völlig klar sein, ob dem Angeklagten Fahrlässigkeit oder vorsätzliche Begehung vorgeworfen wird, denn die beiden Varianten verlangen durchaus ein unterschiedliches Vorgehen der Verteidigung (BGE 120 IV 348 E. 3c). Bei Fahrlässigkeitstaten gehört zu der in der Anklage zu bezeichnenden Tat die Aufführung sämtlicher Umstände, aus denen sich Pflichtwidrigkeit, Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tatfolgen ergeben (*Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Rz. 624). Wird lediglich die vorsätzliche Tatbestandsvariante angeklagt, fällt bei Verneinung eines Vorsatzes eine Verurteilung wegen der Fahrlässigkeitstatbestandsvariante ausser Betracht, weil die tatsächlichen Voraussetzungen der Fahrlässigkeit von der Anklageschrift umschrieben werden müssen (*Niggli/Heimgartner*, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, N. 6 zu Art. 350). In einem solchen Fall ist das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Weiterbearbeitung zurückzuweisen (Art. 409 Abs. 1 StPO). Die Rückweisung nach Art. 409 StPO erfolgt mit einem Beschluss (*Eugster*, a.a.O., N. 2 zu Art. 409). Gestützt auf Art. 333 i.V.m. Art. 409 Abs. 2 StPO muss die Vorinstanz der Staatsanwaltschaft Gelegenheit geben, die Anklage zu ändern (vgl.: *Oberholzer*, a.a.O., Rz. 1427).

Die Überweisungsschrift der ESBK vom 26. Oktober 2012 (act. 1B 00/001-003), welche als Anklage gilt (act. 1A), verweist bezüglich der Begründung auf die betreffend A___ am 3. Oktober 2012 erlassene Strafverfügung (act. 1B 07/004-013). In der genannten Strafverfügung wird der Beschuldigte einzig der vorsätzlichen Begehung von Art. 56 Abs. 1 lit. a SGB für schuldig befunden (S. 7 ff.). Von einer fahrlässigen Tatbegehung ist dagegen in den gesamten Verfahrensakten der ESBK nirgends die Rede und eine solche wurde von ihr auch nicht geprüft. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird (Erwägung Ziffer 2.3), geht das Obergericht, im Gegensatz zur Vorinstanz, beim subjektiven Tatbestand von Vorsatz aus. Damit erübrigt sich eine Rückweisung des Verfahrens an die Einzelrichterin des Kantonsgerichts mit der Anweisung, die Anklage sei durch die Staatsanwaltschaft bezüglich einer fahrlässigen Tatbegehung entsprechend zu ändern.

2.2 Objektiver Tatbestand

Mit Haft oder mit Busse bis zu CHF 500'000.00 wird bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt. Wer fahrlässig

handelt, wird mit Busse bis zu CHF 250'000.00 bestraft (Art. 56 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 SBG).

2.2.1 Tatbestandselement Glücksspiel

Der **Berufungskläger** lässt geltend machen, das fragliche Pokerturnier in der Variante „Texas Hold'em“ sei von der Vorinstanz zu Unrecht als Glücksspiel im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG qualifiziert worden. Das Bundesgericht habe mit seinem Urteil BGE 136 II 291 eine von der 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 im Sinne von Art. 60 VSBG herangezogen werden.

Die **ESBK** ist der Ansicht, das Bundesgericht habe in 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 ff. vom 20. Mai 2010 teilt das Obergericht die Meinung der Vorinstanz, dass es sich beim Pokerspiel der Variante „Texas Hold'em“ klar um ein Glücksspiel im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG handelt (gl.M.: *Zünd/Hugi Yar*, Rien ne va plus: Das Schweizerische Glücksspielrecht im Umbruch, in: Jusletter 17.11.2014, S. 18 ff.). Anzufügen ist, dass der Beschuldigte

gemäss eigenen Aussagen vor der Durchführung des Pokerturniers am 17. Dezember 2010 vom erwähnten Bundesgerichtsentscheid Kenntnis hatte (act. 17, S. 3 ff.). Auf eine Wiederholung der zutreffenden und sorgfältigen Begründung der Vorinstanz kann verzichtet und vollumfänglich auf deren Erwägung 2.1.5 verwiesen werden.

2.2.2 Tatbestandselement Einsatz

Der **Berufungskläger** lässt vorbringen, 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 andern Worten ohne die Bezahlung von CHF 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 CHF 20.00 möglich gewesen sei. Durch die Nichtabnahme der beantragten Befragungen der Pokerturnierteilnehmer im Beisein des Beschuldigten sei dessen rechtliches Gehör unheilbar verletzt worden. Es hätten sich nicht alle beteiligten Personen zum Einsatz geäußert.

Die **ESBK** wendet ein, die Leistung dieser CHF 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 CHF 20.00 bezahlt. Die Schlussfolgerung, dass es nicht möglich gewesen sei, ohne Leistung der CHF 20.00 am Pokerturnier teilzunehmen, decke sich auch mit den Aussagen von A___, der angegeben habe, dass vor Spielbeginn ein Eintritt von CHF 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“ im Sinne von 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 Entscheid 2C_322/2012 vom 31.8.2012 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 CHF 20.00 als blosser „Eintritt in die Spielbank“ im Sinne von Art. 23 lit. b SBG qualifiziert werden könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn der Eintritt unabhängig von einem konkreten Spiel bezahlt wird (so: Urteil des Bundesgerichts 2C_322/2012 vom 31.8.2012 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 E___ GmbH keine „Stehtische“ gab, sondern einzig „Sitztische“, also Tische mit Stühlen (act. 1B 01/001).

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 CHF 20.00 Einsatz im Sinne von 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 Berufungskläger 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 diesen Event am 17. Dezember 2010. Die Preise hätten sich mit der Zeit angesammelt (act. 17, S. 6). 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. (act. 1B 07/006 sowie 07/066-067). Wie bereits in vorstehender Erwägung 2.2.2 unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_322/2012 vom 31.8.2012 E. 3.5 ausgeführt, ist auch ein Warengewinn ein geldwerter Vorteil im Sinne von 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 A___ 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 **Berufungskläger** lässt geltend machen, die ESBK habe in einem E-Mail vom 26. November 2010 an G___ bestätigt, Freeroll-Pokerturniere mit optionaler Stuhlmiete würden Unterhaltungsspiele darstellen. Auf diese fachbehördliche Auskunft, welche dem Beschuldigten bekannt gewesen sei, habe sich dieser verlassen dürfen. Der Berufungskläger sei der festen Überzeugung gewesen, dass Pokerturniere ohne Poteinsatz und lediglich optionaler Stuhlmiete Spiele ohne Einsatzkomponente darstellen würden. Aus seiner Sicht habe kein Glücksspiel vorgelegen, weshalb er nicht vorsätzlich gehandelt habe. Auf die behördliche Auskunft an G___, einem Kollegen, habe er vertraut. Die **ESBK** geht von einer vorsätzlichen Tatbegehung aus. Der Beschuldigte habe gewusst, dass es sich beim Pokerspiel um ein Glücksspiel gehandelt habe und dass die in Aussicht gestellten Sachpreise einen Gewinn in geldwerter Form darstellen würden. Gegenüber der Kriminalpolizei Appenzell Ausserrhoden habe D___, der Bruder des Beschuldigten, am 25. September 2010 zu Protokoll gegeben, dass er das massgebende Bundesgerichtsurteil kenne. A___ sei von seinem Bruder über diese Sachlage informiert worden. Festzuhalten sei, dass der Beschuldigte (zusammen mit seinem Bruder) einziger Gesellschafter der E___ GmbH gewesen sei, die sich mit der Durchführung von Geschicklichkeitsspielen befasst habe. Als Gesellschafter einer solchen Unternehmung habe A___ Kenntnis von Art. 60 VSBG haben müssen. Er habe die von ihm am 17. Dezember 2010 durchgeführte Turnierform der ESBK aber nie zur Qualifikation unterbreitet. Es sei für die ESBK nicht nachvollziehbar, inwieweit der Beschuldigte aus einer an eine Drittperson erteilten Auskunft bezüglich eines konkreten, diese Drittperson betreffenden Sachverhalts, irgendwelche Ansprüche zu seinen Gunsten ableiten wolle.

In casu sind bei der Prüfung des subjektiven Tatbestandes die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches anwendbar (Art. 2 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 des Bundesgerichts 6B_466/2011 vom 16.3.2012 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 CHF 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 CHF 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 Strafbuch, Praxiskommentar*, 2. Aufl., 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 ff. 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 ff. E. 4c). Der Beschuldigte beruft sich auf eine E-Mail-Auskunft von H___ von der ESBK vom 26. November 2010. Dieser Auskunft liegt eine Anfrage von G___ bei der ESBK zu Poker-Stechturniere „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 (act. 19/3). Die ESBK antwortete per E-Mail, diese Turniere würden in der dargestellten Weise Unterhaltungsspiele darstellen, weshalb keine rechtlichen Bedenken bestehen würden (act. 19/3). Diese Auskunft war dem Beschuldigten bekannt (act. B20, S. 8 ff.). 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 E___ 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 CHF 20.00 bzw. die sog. Stuhlmiete (act. 17, S. 5 ff.). Sodann beruft sich der Beschuldigte auf eine zweite E-Mail-Auskunft von H___ von der ESBK vom 14. April 2011, worin es um eine Anfrage von G___ betreffend Durchführung von „Freeroll-Pokerturnieren“ an der Züsparing (act. 19/4). Aus der Antwort von H___, 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 Züsparing gab es bei dem von ihm am 17. Dezember 2010 angebotenen Pokerturnier keinerlei anderen Vergnügungsangebote. Zusammengefasst hat der Beschuldigte mit den Auskünften der ESKB 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 A___ 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.

3. Strafzumessung

Festzuhalten bleibt, dass in vorstehender Erwägung Ziff. 1.8 festgestellt wird, dass sich die Anschlussberufung der ESBK einzig gegen den Schuldpunkt richtet. Das Berufungsgericht überprüft jedoch das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Folglich bleibt es bei der von der Vorinstanz für eine fahrlässige Tatbegehung ausgefallten Busse von CHF 750.00 bzw. einer Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen (Dispositiv 2 des vorinstanzlichen Urteils).

4. Einziehung von Vermögenswerten

Der Berufungskläger verlangt die Herausgabe der beschlagnahmten Gelder in der Höhe von CHF 390.00 an ihn.

Es bleibt auch vor zweiter Instanz bei einem Schuldspruch. Auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz in Erwägung 3, wonach gestützt auf Art. 70 Abs. 1 StGB der von 39 Personen geleistete Spieleinsatz von je CHF 20.00, somit insgesamt CHF 780.00, beschlagnahmt und zur Hälfte beim Beschuldigten und zur Hälfte bei dessen Bruder D___ eingezogen wird, kann verwiesen werden.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Art. 97 Abs. 1 aVStrR verweist bezüglich der Kosten des gerichtlichen Verfahrens und deren Verlegung auf die Artikel 417-428 StPO. Zudem können gemäss dieser Bestimmung im Urteil die Verfahrenskosten der Verwaltung gleich wie die Kosten des Gerichtsverfahrens verlegt werden (Abs. 2). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Personen nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Dem Ver-

fahrendsausgang entsprechend, die Berufung wird vollumfänglich ab- und die Anschlussberufung gutgeheissen, sind die erst- und die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten sowie die Kosten des Verfahrens vor der ESBK dem Berufungskläger aufzuerlegen (vgl. Art. 422 Abs. 2 lit. d StPO). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf CHF 1'000.00 festgesetzt (Art. 29 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3).

Bezüglich der Entschädigungsfolgen findet sich im aVStrR kein Verweis auf die StPO. Für Entschädigungen im gerichtlichen Verfahren verweist Art. 101 Abs. 1 aVStrR auf Art. 99 VStrR. Letztere Bestimmung hält in Abs. 1 fest: „Dem Beschuldigten, gegen den das Verfahren eingestellt oder der nur wegen Ordnungswidrigkeit bestraft wird, ist auf Begehren eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat, auszurichten; sie kann jedoch ganz oder teilweise verweigert werden, wenn er die Untersuchung schuldhaft verursacht oder das Verfahren mutwillig erschwert oder verlängert hat.“ Wie die Vorinstanz in deren Erwägung 6.2 zutreffend ausgeführt hat, wurde das Verfahren gegen A___ weder eingestellt noch stand vorliegend eine Ordnungswidrigkeit i.S.v. Art. 3 aVStrR zur Diskussion. Der Beschuldigte hat demnach für die Verfahren vor beiden Gerichtsinstanzen keinen Entschädigungsanspruch.

In Abweisung der Berufung und Gutheissung der Anschlussberufung erkennt das Obergericht:

1. Es wird Vormerk genommen, dass das Urteil der Einzelrichterin des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 15. Oktober 2013 (ES2 13 7)
 - in Dispositiv Ziff. 6 (Beschuldigter hat keine Ersatzforderung an den Bund zu leisten)mangels Berufung in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Der Beschuldigte A___ wird schuldig gesprochen der vorsätzlichen Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG (Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken; Tatzeit: 17. Dezember 2010).
3. Er wird verurteilt zu einer Busse von CHF 750.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 7 Tagen (Art. 106 StGB).

Gemäss Art. 90 Abs. 1 aVStrR vollstreckt die Eidgenössische Spielbankenkommission das Urteil des Strafgerichts. Die Busse fällt dem Bund zu (Art. 93 Abs. 1 aVStrR).
4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus

CHF 2'255.00	Kosten des Verwaltungsverfahrens der ESBK
CHF 300.00	erstinstanzliche Gerichtsgebühr
<u>CHF 1'000.00</u>	zweitinstanzliche Gerichtsgebühr
CHF 3'555.00	insgesamt,

werden dem Beschuldigten A___ auferlegt.

5. Dem Beschuldigten wird für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zugesprochen.
6. Die am 17. Dezember 2010 beschlagnahmten Gelder in der Höhe von total CHF 780.00 werden anteilmässig (CHF 390.00) bei A___ eingezogen. Gemäss Art. 93 Abs. 1 aVStrR fallen sie dem Bund zu.
7. **Rechtsmittel:**
Den Parteien steht innert einer Frist von **30 Tagen** seit Zustellung dieses Urteils die Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 78-81 BGG). Die Beschwerde in Strafsachen ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG).
8. Zustellung am 28.04.2015 an:
 - den Berufungskläger über seinen Verteidiger
 - die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK (62-2010-62/05)
 - die Staatsanwaltschaft (U 12 1101)
 - die Vorinstanz (ES2 13 7)

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Obergerichtsschreiberin:

W. Kobler

B. Widmer

Die vom Beschuldigten gegen dieses Urteil
erhobene Beschwerde an das Bundesgericht
hat dieses mit Entscheid vom 17.11.2015
abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist
(6B_560/2015 & 561/2015).