

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Aebi (Präsident i.V.), Oberrichterin Bratschi und Oberrichter Cavin sowie Gerichtsschreiberin Schreiber-Jaun

vom 12. April 2011

in der Strafsache gegen

1. A.

verteidigt durch Rechtsanwalt B.

Angeschuldigter/Appellant

2. X AG, handelnd durch A.

vertreten durch Rechtsanwalt B.

Beteiligte Verwaltung

ESBK Eidgenössische Spielbankenkommission

wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken

Regeste:

Ein Geldwechselautomat, welcher zwar in normaler Funktion im Verhältnis 1:1 wechselt, in der vom Angeschuldigten zusätzlich entwickelten „Crazy-Funktion“ jedoch für einen Einsatz von CHF 1 ein Wechselangebot von CHF 0.10 bis CHF 500.00 unterbreitet, erfüllt in dieser Zusatzfunktion sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken. Beim eingeworfenen Geld handelt es sich um einen Einsatz im Sinne der Gesetzgebung, es steht dabei ein geldwerter Vorteil in Aussicht, auch wenn das erste Wechselangebot immer eine Verlustofferte darstellt, und das dem Spieler nicht bekannte, frühestens übernächste Wechselangebot beinhaltet das Zufallsmoment, welches in Art. 3 Abs. 1 SBG gefordert wird. An der Illegalität vermag auch nichts zu ändern, dass der Angeschuldigte den Crazy-Changer-Automaten hat patentieren lassen können.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

Demgemäss ist unbestritten und durch die Abklärungen der ESBK erstellt, dass der „Crazy Changer“ über grundsätzlich zwei Funktionen verfügt. Zum einen über die gänzlich unproblematische Variante des reinen Geldwechsels (Herausgabe von Kleingeld im Verhältnis 1:1), zum andern über die „Crazy Funktion“, bei welcher der Automat den Wechsel von CHF 1.00 in einen höheren (CHF 2, 5, 10, 25, 50, 100, 250 oder maximal 500) oder tieferen Wert (CHF 0.10) anbietet).

Zur „Crazy Funktion“ hielt die Vorinstanz in ihren Erwägungen Folgendes fest (p. 10 140.8; vgl. dazu auch das Schlussprotokoll der ESBK, p. 08 02):

Dieses Angebot (min. CHF 0.10 und max CHF 500.00) kommt zufällig zu Stande und kann vom Benutzer nicht beeinflusst werden. Akzeptiert der Benutzer das vorgeschlagene Angebot mit der Taste „Start“, so wird das angekündigte Wechselangebot zum verbleibenden Guthaben addiert und das Gerät unterbreitet dem Benutzer ein neues Angebot. Will der Benutzer das Angebot nicht annehmen, so drückt er die Taste „Collect“ und er erhält das auf dem „Credit-Display“ angezeigte Guthaben ausbezahlt.

Drückt der Benutzer länger als eine Sekunde die Taste „Start“, so läuft das Gerät in der „Crazy-Funktion“ automatisch weiter, bis der Kredit aufgebraucht ist oder ein Wechselangebot von mindestens CHF 10.00 unterbreitet und automatisch angenommen wird.

In der vom Angeschuldigten verwendeten Softwareversion betrug der Einsatz immer CHF 1.00 (einsehbar unter „next change“). Im Display wurde zudem angegeben, in welchem Verhältnis der nächste Geldwechsel ausgeführt würde (z.B. CHF 1.00 zu CHF 0.10). Der Angeschuldigte führte zur Funktionsweise aus (p. 10 031 f.):

Wenn der Benutzer das Angebot annehmen würde, wird vom Guthaben CHF 1.00 abgezogen, der „Credit“ geht dann auf CHF 9.00 zurück. Der Credit wird dann auf CHF 9.10 geändert. Beim nächsten Vorgang kommt dann wieder ein Wechselvorschlag. Der Einsatz wäre dann wieder CHF 1.00. Beispielsweise wenn beim dritten oder vierten Vorgang der Benutzer das Spiel abbricht, erhält er den Betrag, der auf dem Display „Credit“ steht, zurück. Beispielsweise nach drei schlechten Wechselvorgängen bekommt der Benutzer nur noch das Restguthaben zurück.

Dass überwiegend Verlustofferten unterbreitet wurden, wurde durch die Abklärungen der ESBK bestätigt (p. 0816):

*Der Anteil der Verlustofferten, also der Spiele, bei denen dem Benutzer der Wechsel von CHF 1.00 in CHF 0.10 vorgeschlagen wird, beträgt aufgrund der von der ESBK durchgeführten Auswertung der auf dem Computer des Angeschuldigten sichergestellten Dateien „crazychanger_v4_stk**.xls) zwischen 87.5 bis 92.7 %. Die Auszahlquote beträgt zwischen 85 und 91 % des eingesetzten Betrages.*

Zusätzlich gab es bei der „Crazy-Funktion“ unbestrittenermassen die Zusatzfunktion „Auto Change“, bei welcher der Automat bei einem Drücken der Starttaste um mehr als eine Sekunde den Wechselvorgang selber machte, bis der Benutzer abbrach oder der Automat einen grösseren Wechselvorgang „1 wird gewechselt mit 5“ vorschlug, oder wenn der Kredit aufgebraucht war (vgl. dazu die Aussagen des Angeschuldigten p. 10 032).

Gemäss Angaben des Angeschuldigten dauerte der Vorgang selber 2 Sekunden. Angezeigt wurde er jeweils ebenfalls ca. 2 Sekunden, in denen der Benutzer über das weitere Vorgehen entscheiden konnte. Drückte dieser die Taste nicht, so lief der Vorgang weiter. Gemäss Geräteanalyse der ESBK dauerten in diesem Modus 10 Runden mit negativen Wechselangeboten rund 7.3 Sekunden (p. 04 04).

Umstritten ist nun, ob diese Zusatzfunktion aktiviert war. Gemäss Angaben des Angeschuldigten in der Hauptverhandlung konnte diese „Start“-Funktion (also der „Auto-Change“) nicht vom jeweiligen Wirt eingestellt werden, sondern nur von derjenigen Person, welche das Gerät aufstellte. Der Angeschuldigte gab an, er selber habe das Gerät so eingestellt, dass diese „Auto-Funktion“ sicher nicht eingestellt gewesen sei (p. 10 032).

Zur Klärung dieser Frage wurde durch die Vorinstanz zum einen B., Verfasser der Geräteanalyse vom 31. Oktober 2006 (p. 04 01 ff.) als Zeuge zur Fortsetzungsverhandlung geladen. Zum anderen wurde eine Überprüfung der durch die ESBK sichergestellten Geräte beschlossen. Eine eindeutige Klärung brachten diese Beweismassnahmen hingegen nicht. Bei dem von B. untersuchten Gerät war die „Auto-Change“-Funktion wohl aktiviert, doch handelte es sich bei diesem Gerät um einen Prototypen, welcher nirgends aufgestellt worden und damit nachweislich auch nie in Betrieb gewesen war.

Die von der ESBK an diversen Standorten erhobenen Geräte wurden im Zeitpunkt der Beschlagnahme nicht auf ihre Funktion hin überprüft. Die erst nachträglich vom urteilenden Richter angeordnete und am 7. Januar 2010 durch die ESBK durchgeführte Erhebung lässt, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, mit Bezug auf die untersuchten sieben Geräte keine eindeutigen Schlüsse zu (p. 10 069). Durch die Mitarbeitenden der ESBK wurden die Geräte vor der eigentlichen Überprüfung – welche dann in Anwesenheit des Angeschuldigten hätte durchgeführt werden sollen – lediglich ans Stromnetz angeschlossen und mit Geld geladen. Ausser bei einem Automaten, welcher nicht funktionierte, war gemäss B. die „Auto-Change“-Funktion bei allen Geräten aktiviert. Einstellungen wurden aber durch die ESBK-Mitarbeitenden nicht geändert. Die Geräte waren allerdings zuvor lange Zeit nicht in Betrieb, so dass sich die Batterien entleert haben könnten. Dass sie dann bei Versorgung mit Strom automatisch wieder in die Grundeinstellung versetzt wurden, wozu gemäss Gerätehersteller auch die Aktivierung der „Auto-Change“-Funktion gehört (p. 10 093/1), kann demnach nicht ausgeschlossen werden.

Die Kammer gelangt jedoch zum Schluss, dass der Frage, ob diese Zusatzfunktion aktiviert war oder nicht, keine Bedeutung zukommt. Die Verteidigung führt in ihrem schriftlichen Parteivortrag denn auch selber aus, der sogenannte „Auto-Change“-Modus - der an der Funktionsweise ohnehin nichts Grundlegendes ändern würde - sei unbeachtlich (p. 10 209).

Das Beweisergebnis präsentiert sich demnach wie folgt:

Der Angeschuldigte, aufgrund seiner beruflichen Vergangenheit bei der E. AG in D. bestens mit der Branche vertraut, liess Automaten des Typs „Crazy Changer“ nach seinen Ideen in England herstellen. Er führte hiezu aus: „Weil ich das Spielbankengesetz und die Verordnung dazu sehr gut kannte, fand ich eine Gesetzeslücke und wollte diese schliessen“ (p. 10 030). Er bzw. die X AG führte die Automaten in die Schweiz ein und stellte in der Zeit von Januar bis November 2006 nach und nach 16 Geräte an insgesamt 15 verschiedenen Standorten auf. Die Geräte wurden dort während unterschiedlich langen Zeiten betrieben und bewirtschaftet. Dabei erzielte die X AG Anteile am Betriebsergebnis von total CHF 12'577.40 (vgl. dazu die Übersicht im Schlussbericht der ESBK, p. 08 11, Motiv p. 10 140.9).

III. RECHTLICHES

1. Gesetzliche Grundlage

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

Nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG wird mit Busse bis zu CHF 500'000.00 bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt.

[...]

4. Erwägungen der Kammer

Vorweg kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, aber auch auf die umfassenden Erwägungen im Strafbescheid der ESBK vom 24. Oktober 2007 (p. 08 15 ff.), verwiesen werden. Ergänzend und unter Bezugnahme auf die Vorbringen der Verteidigung ist Folgendes festzuhalten:

[...]

Die Verteidigung bringt – wie dargelegt – vor, es handle sich in casu nicht um ein Spiel im Sinne des Gesetzes, es mangle am erforderlichen Lustelement. Nicht einmal der Angeschuldigte selber bestreitet indes, dass es sich bei Anwendung der Crazy-Funktion um ein Spiel handelt, führte er doch selber anlässlich der Hauptverhandlung vom 15. Januar 2009 aus, wenn der Benutzer beim dritten oder vierten Vorgang „das Spiel“ abbreche, erhalte er den Betrag, der auf dem Display „Credit“ stehe, zurück (p. 10 032). Es ist im Übrigen nicht anzuzweifeln, dass sich der Crazy Changer in der erwähnten Crazy-Funktion doch entscheidend von einem reinen Geldwechselautomaten unterscheidet. In der Anwendung dieser Funktion ist denn auch ohne weiteres das Lustelement zu erkennen. Entgegen den Vorbringen der Verteidigung kann nur eine gewisse Lust am Spiel den Benutzer überhaupt dazu motivieren, die Crazy-Funktion zu verwenden. Hätte er diese dem Spiel immanente Lust nicht, würde er ohne Verwendung einer Zusatzfunktion schlicht sein Geld wechseln. Der Angeschuldigte hätte diesfalls den Geldwechselautomaten erst gar nicht mit dieser Zusatzfunktion ausstatten müssen.

Wie zudem die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, bedarf es zwingend eines Einsatzes in Form von Geld, um letztlich den angestrebten Gewinn erzielen zu können. Diese Gewinnaussicht ist denn auch die einzige Motivation desjenigen, der den Einsatz leistet, um den Automaten überhaupt in der Crazy-Funktion zu verwenden. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang auch, dass dem Benutzer des Automaten zu Beginn des Spiels in der Crazy-Funktion immer ein „Verlustgeschäft“ angeboten wird. Denn da der Spieler weiss, zu welchem „Kurs“ sein Geld gewechselt wird, ist naheliegend, dass ein angebotener Gewinn mit Sicherheit bereits vom vorhergehenden Spieler akzeptiert worden wäre, wie dies auch die ESBK in ihrem Strafbescheid zutreffend festgehalten hat. Ein nächster, neuer Spieler leistet daher seinen Einsatz im Wissen um einen Verlust und in der Hoffnung, beim darauffolgenden Einsatz dafür einen Gewinn zu erzielen. Richtig ist zwar das Argument des Verteidigers,

bereits vor Leistung eines Einsatzes sei bekannt, ob der Benutzer gewinne oder verliere. Bloss hat der neue Spieler, wie oben erwähnt, im ersten Spiel immer einen Verlust hinzunehmen. Aus Sicht des Spielers ist damit die erste Verlustofferte nichts anderes als der Preis für die kommenden, noch unbekannten und zufälligen Wechselangebote. Dieses dem Spieler nicht bekannte frühestens übernächste Wechselangebot beinhaltet damit genau das Zufallsmoment, welches in Art. 3 Abs. 1 SBG gefordert wird. Hätte der Spieler nicht die Absicht, mit dem zufälligen, durch ihn damit nicht bestimmbareren übernächsten Angebot einen Gewinn zu erzielen, würde er mit Sicherheit nicht in die Crazy-Funktion wechseln. An dieser Ansicht der Kammer vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass der Angeschuldigte den Crazy Changer hat patentieren lassen können. Denn wie die Verteidigung selber darlegt, sagt ein erteiltes Patent nichts über die Legalität eines Automaten bzw. einer bestimmten Funktionsweise aus.

Damit erfüllt der Crazy Changer in der angebotenen Crazy-Funktion sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 3 Abs. 1 SBG, weshalb der in erster Instanz ergangene Schuldspruch zu bestätigen ist.