

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 899/2017

Urteil vom 3. Mai 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Tobler,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
2. Eidgenössische Spielbankenkommission, Eigerplatz 1, 3003 Bern,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand
Übertretung des Spielbankengesetzes; Willkür etc.,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 12. Juni 2017 (SU160053-O/U/hb-gs).

Sachverhalt:

A.

Am 13. November 2013 führte die Stadtpolizei Zürich (Kommissariat Gewerbedelikte) in der Bar "A. _____" eine gezielte Kontrolle durch und stellte dabei zwei Geldspielautomaten ("Photoplay", PC "msi") sowie einen USB-Stick sicher. In der Folge wurde gegen den bei der Kontrolle anwesenden Patentinhaber der Bar, X. _____, wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (SBG; SR 935.52) eine Strafuntersuchung angehängt. Der Untersuchungsbeamte des Sekretariats der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) beschlagnahmte die sichergestellten Sachen am 16. November 2014. Die ESBK qualifizierte die Geräte bzw. ein Grossteil der Spiele am 26. Februar 2014 als Glücksspielautomaten bzw. Glücksspiele.

B.

Die ESBK erliess am 24. Juni 2015 einen Strafbescheid, gegen den X. _____ Einsprache erhob. Am 7. Oktober 2015 erliess die ESBK gegen ihn eine Strafverfügung wegen Widerhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG, begangen in der Zeit vom 1. November 2013 bis 13. November 2013, und büsste ihn mit Fr. 11'000.--.

X. _____ stellte ein Begehren um gerichtliche Beurteilung.

Das Bezirksgericht Zürich sprach ihn am 24. Mai 2016 vom Vorwurf der Übertretung des SBG frei, trat auf die beantragte Einziehung nicht ein und wies den Antrag auf eine Ersatzforderung ab.

Die ESBK erhob Berufung.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestrafte X. _____ am 12. Juni 2017 wegen Übertretung von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG mit einer Busse von Fr. 11'000.--, zog die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 350.-- zuhanden der Bundeskasse ein, auferlegte ihm die Verfahrenskosten und sprach keine Prozessentschädigung zu.

C.

X. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben, ihn freizusprechen und die Sache zur Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, eventualiter zur Neuurteilung, an die Vorinstanz zurückzuweisen, sowie ihm die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) zu bewilligen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 398 Abs. 4 StPO, da die ESBK nicht Willkür gerügt habe. Die Vorinstanz gehe entgegen der verbindlichen erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung nicht davon aus, in der Bar habe eine Hausdurchsuchung der ESBK ohne Einwilligung des Beschwerdeführers und ohne Gefahr in Verzug stattgefunden (Beschwerde S. 3).

Die Erstinstanz habe festgestellt, in den Akten befinde sich ein polizeiliches Durchsuchungsprotokoll der ESBK als Auftraggeberin, ein schriftlicher Durchsuchungsbefehl liege aber nicht vor, weshalb davon auszugehen sei, dass die ESBK keinen solchen je ausgestellt habe; zudem könne eine Einwilligung des Beschwerdeführers den Akten nicht entnommen werden, es liege auch kein Fall von Gefahr in Verzug vor. Die Vorinstanz unterscheide falsch zwischen Tat- und Rechtsfrage (Beschwerde S. 4). Der Auftrag zur Hausdurchsuchung betreffe einen Lebenssachverhalt und stelle eine Tatfrage dar. Die erhobenen Beweise seien nicht verwertbar (Beschwerde S. 5). Handle es sich aber beim Vorbringen der Berufungsführerin (unten E. 1.2) um eine Rechtsfrage, dann sei der erstinstanzliche Sachverhalt nicht tangiert, dass nämlich die Hausdurchsuchung im Auftrag der ESBK stattgefunden habe (Beschwerde S. 5 f.).

1.2. Die ESBK hatte vor der Vorinstanz gerügt, der Beschwerdeführer sei erstinstanzlich im Wesentlichen deshalb freigesprochen worden, weil die Polizeikontrolle ohne formellen Durchsuchungsbefehl des Direktors des Sekretariats der ESBK erfolgt sei. Dabei verkenne die Erstinstanz, dass die Stadtpolizei Zürich, Gewerbedelikte, die Kontrolle gestützt auf § 18 des Gastgewerbegesetzes des Kantons Zürich (GS 935.11) durchgeführt habe. Nach diesem Gesetz sei den Kontrollorganen jederzeit Zugang zu allen Betriebsräumen eines Gastwirtschaftsbetriebes zu gewähren.

Nach der Vorinstanz macht die ESBK damit entgegen der Verteidigung eine Rechtsverletzung geltend. Entsprechend liege keine Einschränkung ihrer materiellrechtlichen und prozessualen Überprüfungsbefugnis vor (Urteil S. 8). Indem die ESBK in ihrer Berufungserklärung vorbringe, ihre Feststellungsverfügung sei am 11. März 2014 im Bundesblatt publiziert worden, bringe sie auch keine neuen Beweise i.S.v. Art. 398 Abs. 4 StPO vor, sondern verweise lediglich darauf, dass ihre bereits in der Untersuchung genannte Qualifikations- bzw. Feststellungsverfügung öffentlich zugänglich sei (Bundesblatt Nr. 9 vom 11. März 2014). Darauf könne abgestellt werden (Urteil S. 9).

1.3. Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Die Berufungsinstanz kann die erstinstanzliche Sachverhaltsfeststellung somit nur auf Willkür und damit nur mit beschränkter Kognition prüfen. Sie ist an den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt gebunden, soweit sie diesen nicht als willkürlich beurteilt (dazu sowie zur Kognition des Bundesgerichts z.B. die Urteile 6B 152/2017 vom 20. April 2017 E. 1, 6B 220/2017 vom 11. Juli 2017 E. 2 und 6B 360/2017 vom 9. Oktober 2017 E. 1.3).

1.4. Der Beschwerdeführer legt der Beschwerde eine Kopie des Durchsuchungsprotokolls vom 13. November 2013 bei. Angekreuzt ist im Protokoll eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 StPO. Als Auftraggeberin ist die ESBK eingetragen. Das ist eine Tatsache. Auf welcher Rechtsgrundlage die Durchsuchung erfolgte oder erfolgen durfte, ist dagegen Rechtsfrage.

1.5.

1.5.1. Die Vorinstanz führt zur Sache aus, die Erstinstanz begründe den Freispruch damit, dass die Hausdurchsuchung ohne Durchsuchungsbefehl und damit nicht gesetzeskonform erfolgt sei, weshalb der objektive Sachverhalt mangels verwertbarer Beweismittel nicht erstellt sei. Die Vorinstanz hält dazu fest, unbestritten habe die Gewerbepolizei die Sachen sichergestellt, welche danach formal korrekt beschlagnahmt worden seien. Dazu bedürfe es nicht zwingend einer vorangehenden Hausdurchsuchung. Diese sei erst anzuordnen, wenn die beschuldigte Person sich weigere, die

Gegenstände herauszugeben, oder wenn Anhaltspunkte bestehen, sie verstecke diese (EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, 2012, S. 194). Bei Einwilligung sei kein Hausdurchsuchungsbefehl erforderlich. Den Akten seien mit Ausnahme der gegenteiligen Behauptungen der Verteidigung keine Hinweise auf eine Verweigerung des Zutritts oder der Herausgabe zu entnehmen. Ein Durchsuchungsbefehl sei nicht nötig gewesen (Urteil S. 9 f.).

1.5.2. Die Vorinstanz führt anschliessend aus, die Durchsuchung wäre auch zulässig gewesen, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Beschwerdeführer nicht eingewilligt hatte. Von der Hausdurchsuchung gemäss Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) seien nur Räume mit Anspruch auf Privatsphäre erfasst (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 203). Der allgemein zugängliche Raum einer Bar falle nicht darunter, weshalb die Polizei keines Durchsuchungsbefehls durch die ESBK bedürft habe. Für patentierte Gewerbebetriebe gelte das Gastgewerbegesetz, welches in § 18 unter dem Titel "Aufsicht" regle, dass den Kontrollorganen jederzeit Zugang zu allen Betriebsräumen zu gewähren sei. Das sei eine genügende gesetzliche Grundlage für die Gewerbebehörde, die Bar zu betreten. Die von der ESBK erhobene Beweise seien verwertbar (Urteil S. 10 f.).

1.6. Aufgrund der Eventualbegründung (oben E. 1.5.2) können die erstinstanzlichen Feststellungen dahingestellt bleiben, insbesondere die Frage einer Einwilligung (oben E. 1.5.1), so dass insoweit auf die Beschwerde (insb. S. 6 f.) nicht einzutreten ist. Die auf BGE 139 IV 246 E. 1.2 und 3.2 gestützten Einwendungen hinsichtlich einer fehlenden Rechtsgrundlage zum "Hausdurchsuchungsauftrag" (Beschwerde S. 8) sind nicht stichhaltig.

Art. 57 Abs. 1 SBG verweist für die Verfolgung von Widerhandlungen gegen seine Bestimmungen auf das VStrR. Gemäss Art. 46 Abs. 1 VStrR können unter anderem Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (lit. a), sowie Gegenstände und andere Vermögenswerte, die voraussichtlich der Einziehung unterliegen (lit. b), beschlagnahmt werden. Welche Vermögenswerte der Einziehung unterliegen, ergibt sich durch Verweisung in Art. 2 VStrR aus Art. 69 ff. StGB. Gemäss Art. 48 VStrR dürfen Wohnungen und andere Räume insbesondere dann durchsucht werden, wenn es wahrscheinlich ist, dass sich Gegenstände oder Vermögenswerte, die der Beschlagnahme unterliegen, oder Spuren der Widerhandlung darin befinden (Abs. 1); die Durchsuchung erfolgt aufgrund eines schriftlichen Befehls des Direktors oder Chefs der beteiligten Verwaltung (Abs. 3); ist Gefahr im Verzug und kann ein Durchsuchungsbefehl nicht rechtzeitig eingeholt werden, so darf der untersuchende Beamte von sich aus eine Durchsuchung anordnen und vornehmen, wobei die Massnahme in den Akten zu begründen ist (Abs. 4). Soweit das Verwaltungsstrafrecht des Bundes einzelne strafprozessuale Fragen nicht abschliessend regelt, sind die Bestimmungen der StPO grundsätzlich analog anwendbar

(Urteil 1B 497/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 2.1).

Die Beschlagnahme nach Art. 46 Abs. 1 VStrR stellt eine provisorische prozessuale Massnahme zur vorläufigen Sicherstellung der allenfalls der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte oder von als Beweismittel geeigneten Gegenständen oder Vermögenswerten dar und greift dem Entscheid über deren spätere Verwendung nicht vor (vgl. BGE 120 IV 365 E. 1c S. 366 f.). Als prozessuale Zwangsmassnahme setzt die Beschlagnahme im Verwaltungsstrafverfahren einen hinreichenden Tatverdacht voraus (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Sie muss überdies verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 45 Abs. 1 VStrR; Art. 197 Abs. 1 lit. c-d StPO). Ausgeschlossen ist die Beschlagnahme, wenn eine strafrechtliche Einziehung bereits als offensichtlich unzulässig erscheint (Art. 46 Abs. 1 lit. b VStrR, e contrario) oder der betreffende Gegenstand oder Vermögenswert offenkundig über keinen Beweiswert verfügt (Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR, e contrario) (Urteil 1B 497/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 2.2).

Bei der Beschlagnahme als dem eigentlichen Verwaltungsstrafprozess vorgeschalteten Verfahrensschritt sind allerdings nicht dieselben strikten strafprozessualen Grundsätze zu wahren wie im Verwaltungsstrafverfahren selbst. Insbesondere gelten nicht die gleichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass und an die rechtliche Beurteilung der zur Diskussion stehenden Handlungen. Der Nachweis strafbarer Handlungen muss noch nicht vorliegen, sondern dazu soll die Beschlagnahme, soweit sie zu Ermittlungszwecken erfolgt, und die daran anschliessende Durchsuchung der Unterlagen und Gegenstände unter anderem gerade dienen. Es muss immerhin aufgrund einer vorläufigen Einschätzung von einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Strafhandlungen, der Massgeblichkeit der fraglichen Vermögenswerte und Objekte sowie der rechtlichen Bedeutung derselben ausgegangen werden können; gleichzeitig darf es dabei für die Zulässigkeit einer Beschlagnahme auch sein Bewenden haben (Urteil 1B 497/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 2.3).

1.7. Wie die Vorinstanz feststellt, war die patentpflichtige Bar allgemein öffentlich zugänglich.

1.7.1. Gemäss § 1 des Gastgewerbegesetzes des Kantons Zürich untersteht das Gastgewerbe der Aufsicht des Staates. Die fragliche Bar bedurfte eines Patentes, und dessen Erteilung kann an Bedingungen geknüpft und mit Auflagen verbunden werden (§ 2 Abs. 2 Gastgewerbegesetz). Gemäss § 18 Gastgewerbegesetz ("Aufsicht") ist den Kontrollorganen "jederzeit Zugang zu allen Betriebsräumen zu gewähren". "Allgemein zugänglich" sind Örtlichkeiten, wenn ein unbestimmter Personenkreis Zutritt hat (§ 2 Verordnung zum Gastgewerbegesetz; GS 935.12).

1.7.2. Somit hatte der Beschwerdeführer der Gewerbepolizei jederzeit Zugang zu den Gewerberäumen zu gewähren. Bei einer derartigen Kontrolle stellte die Gewerbepolizei die fraglichen Gegenstände sicher, die vom zuständigen Untersuchungsbeamten im Rahmen der provisorischen prozessualen Massnahme beschlagnahmt werden konnten (oben E. 1.6). Die ESBK handelte in ihrem gesetzlichen Aufgabenbereich und war befugt, der Gewerbepolizei einen diesbezüglichen "Auftrag" zu erteilen. Dass die Stadtpolizei ein vordrucktes Formular "Durchsuchungsprotokoll" verwendete und dabei die Rubrik "Hausdurchsuchung (Art. 244 StPO)" ankreuzte, obwohl keine strafprozessuale Hausdurchsuchung im technischen Sinne vorlag, führt nicht zur Konsequenz, dass das Vorgehen den strikten gesetzlichen Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung genügen müsste und deshalb grundsätzlich eines schriftlichen Befehls (Art. 48 Abs. 3 VStrR; vgl. Art. 241 Abs. 1 StPO) bedurft hätte. Entgegen den Beschwerdevorbringen (S. 9) handelte es sich bei der Bar nicht um Räume, die "Geschäftszwecken" im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VStrR dienen. Diese Bestimmung schützt Räume, bei denen der Bürger Anspruch auf Wahrung der mit solchen Räumen typischerweise verbundenen Privatsphäre hat; entsprechend formuliert Art. 49 Abs. 3 VStrR die Eingriffsvoraussetzungen im Falle "besonders sensibler Rechtsgüter" (EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 203, 2004; vgl. SCHMID/JOSITSCH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2017, Rz. 1068, S. 459).

1.7.3. Der Beschwerdeführer kann sich für seinen Standpunkt auch nicht auf ANDREAS DONATSCH ET AL. (StGB, 19. Aufl. 2013, N. 1 ff. zu Art. 186 StGB) berufen. Zwar steht dem Inhaber der Bar das Hausrecht zu (a.a.O., N. 1); das Eindringen in den geschützten Bereich muss aber stets unrechtmässig sein (a.a.O. N. 13; ebenso DERSELBE, StGB/JStGB, 20. Aufl. 2018). Der Beschwerdeführer verweist zudem auf NIKLAUS SCHMID (Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 244 StPO [ebenso SCHMID/JOSITSCH in der 3. Aufl. 2017]), wonach Art. 244 f. StPO auch "Restaurants" erfasse. Hingegen nennen SCHMID/JOSITSCH (Schweizerisches Strafprozessrecht, a.a.O., Rz. 1068, S. 459 [ebenso die 2. Aufl.]) "Restaurants" in der im Übrigen identischen Auflistung nicht. THORMANN/BRECHBÜHL (in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 244 StPO) vertreten die Ansicht, die Bestimmung betreffe auch Gaststätten, deren öffentliche Zugänglichkeit nicht auch für staatliche Eingriffe in Form von Hausdurchsuchungen bestehe. Aufgrund der Ausführungen dieser Autoren lässt sich das zu beurteilende polizeiliche Vorgehen im Rahmen der gesetzmässigen gewerbepolizeilichen Kontrollfunktion nicht im Sinne von Art. 48 Abs. 3 VStrR in Frage stellen.

1.7.4. Unter diesen Voraussetzungen ist ebensowenig eine Verletzung von Art. 8 EMRK ersichtlich (Beschwerde S. 10). Allerdings werden von Art. 8 EMRK in der autonomen Auslegung des Wortlauts "Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz" durch den EGMR nach MEYER-LADEWIG ET AL. (EMRK, 4. Aufl. 2017, N. 89 zu Art. 8 EMRK), auf den sich der Beschwerdeführer beruft, auch "gewerbliche Räume" geschützt. Gemeint sind indessen die Durchsuchung von Wohnungen oder Büros, insoweit die betroffene Person die Achtung ihrer Privatsphäre erwarten kann (a.a.O. NN. 92, 31). Weiter muss das innerstaatliche Recht Schutz gegen willkürliche Eingriffe durch Behörden geben (a.a.O., N. 39). Die Rechtsgüter "Familienleben" "Wohnung" und "Korrespondenz" waren in casu nicht tangiert. Überdies bildeten weder der patentierte Barbetrieb die "Privatsphäre" des Beschwerdeführers als Patentinhaber, noch ist ein im Sinne der EGMR-Rechtsprechung "willkürliches" Vorgehen der zuständigen Behörden der ESBK oder der Gewerbepolizei ersichtlich. Der Beschwerdeführer konnte nicht "erwarten", dass in seinem Barbetrieb keine gewerbepolizeilichen Kontrollen stattfinden.

1.7.5. Es bestand für die von der beauftragten Gewerbepolizei durchgeführte Kontrolle und Sicherstellung eine genügende (oben E. 1.6) gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 57 Abs. 1 SBG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VStrR und § 18 Gastgewerbegesetz. Die beschlagnahmten Gegenstände sind als Beweise verwertbar.

1.8. Unbehelflich ist ferner das Vorbringen der fehlenden Qualifikationsverfügung in den Akten

(Beschwerde S. 11 ff.). Aufgrund der öffentlichen Publikation im Bundesblatt (oben E. 1.2) gilt die Qualifikationsverfügung der ESBK vom 26. Februar 2014 (BBI 2014 2016) grundsätzlich dem Beschwerdeführer als Betreiber von Geldspielautomaten als bekannt und überdies als gerichtsnotorisch. Die ESBK offerierte damit im Berufungsverfahren kein neues Beweismittel im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO, sondern wies lediglich auf diesen Sachverhalt im Rahmen ihrer Begründungsbliegenheit hin. Die von der ESBK im Dispositiv ihrer Strafverfügung vom 7. Oktober 2015 aufgelisteten "qualifizierten Spiele" sind in der Qualifikationsverfügung (BBI 2014 2016) enthalten. Das Dispositiv verweist mit den "qualifizierten Spielen" genau auf diese Feststellungsverfügung.

1.9. Der Betrieb eines Glücksspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken kann den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen, nachdem der Automat durch Verfügung der ESBK als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 S. 110 f.). Solange kein Entscheid der als Fachbehörde zuständigen ESBK gemäss Art. 64 Abs. 1 VSBG (Spielbankenverordnung; SR 935.521) vorliegt, ist die Qualifikation des Geldspielautomaten offen; es kann nicht die Aufgabe der Strafgerichte sein, bei Fehlen einer diesbezüglichen Verfügung der ESBK selber darüber zu befinden, ob der Automat als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomat zu qualifizieren ist (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 S. 111; Urteil 6B 709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.3). Aus strafrechtlicher Sicht ist davon auszugehen, dass der Betrieb eines Geldspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nur erfüllen kann, wenn der Geldspielautomat durch einen Entscheid der ESBK als Glücksspielautomat im Sinne des Spielbankengesetzes qualifiziert worden ist (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 S. 110 f.; Urteil 6B 709/2011 vom 5. Juli 2012 E.

2.4.2).

Die Strafverfügung der ESBK pönalisierte eine Übertretung in der Zeit vom 1. November 2013 bis 13. November 2013. Die Qualifikationsverfügung wurde im Bundesblatt vom 11. März 2014 publiziert. Im Zeitraum der Übertretung waren mithin die dem Schuldspruch zugrunde gelegten Spiele nicht als "automatisierte Spiele" qualifiziert.

Durch den Betrieb der fraglichen Automaten in der Zeit vom 1. November 2013 bis 13. November 2013 in der Bar wurde mithin der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG nicht erfüllt (vgl. BGE 138 IV 106 E. 5.3.3 S. 111; Urteil 6B 709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 1.3).

2.

Die Vorinstanz bestrafte den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG. Nach diesem Tatbestand wird bestraft, wer Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs aufstellt, wobei gegebenenfalls eine Einziehung der durch den Betrieb erlangten Vermögenswerte in Betracht kommt (BGE 138 IV 106 E. 5.3.4 S. 111).

2.1. Der Beschwerdeführer wiederholt die Einwendungen vor der ESBK im Strafverfahren (Strafverfügung S. 5) und rügt, die Vorinstanz verletze mit der Anwendung von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG Bundesrecht. Diese Bestimmung sei nur auf Spielbanken anwendbar, während sich Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG wörtlich auf Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken beziehe. Das lasse nur schliessen, dass die anderen Litterae in Art. 56 SBG nur innerhalb konzessionierter Spielbanken gelten würden (Beschwerde S. 13 ff.). Die ESBK habe darauf hingewiesen, dass Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG nicht auf in Gaststätten aufgestellte Glücksspielautomaten anwendbar sei (Urteil 6B 709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.1). Dieser Hinweis des Beschwerdeführers erweist sich als unbehelflich.

2.2. Die ESBK hatte im eben zitierten Verfahren weiter geltend gemacht, die Verwendung eines Glücksspielautomaten sei ausserhalb von konzessionierten Spielbanken ohnehin schon gemäss Art. 4 Abs. 1 SBG per se verboten. Das Bundesgericht liess dahingestellt, ob der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG allenfalls nur die Verletzung der gestützt auf Art. 6 SBG in Art. 65 und Art. 66 VSBG statuierten Pflichten der Betreiber einer Spielbank erfasse. Das Bundesgericht habe im Urteil 6B 466/2011 vom 16. März 2012 zum Anwendungsbereich von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG nicht abschliessend Stellung genommen (Urteil 6B 709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2).

Das Bundesgericht hielt indessen fest: Für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorführpflicht betreffend Geldspielautomaten würden die Art. 61 ff. VSBG keine hinreichende Grundlage bieten. Ein Geldspielautomat müsse gerade auch dann vorgeführt werden, wenn er nicht für den Betrieb in den Spielbanken bestimmt sei (argumentum e contrario aus Art. 62 lit. a VSBG), sondern ausserhalb einer konzessionierten Spielbank, etwa in einer Gaststätte oder in einem Spielsalon, betrieben werden solle. Denn gerade in diesem Fall sei es von entscheidender Bedeutung,

ob es sich um einen Geschicklichkeitsspielautomaten handle, der nach Massgabe des kantonalen Rechts in Gaststätten und Spielsalons betrieben werden dürfe, oder ob der Geldspielautomat als Glücksspielautomat zu qualifizieren sei, dessen Betrieb ausserhalb von konzessionierten Spielbanken gemäss Art. 4 Abs. 1 SBG verboten sei (Urteil 6S.112/2004 vom 18. Juni 2004 E. 2.4.2). Die Pflicht zur Vorführung eines Geldspielautomaten zum Zweck von dessen Qualifizierung durch die ESBK bestehe unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Art. 62 VSBG uneingeschränkt (Urteil 6B 709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2).

2.3. Nach dieser Rechtsprechung muss ein Geldspielautomat gerade auch dann vorgeführt werden, wenn er nicht für den Betrieb in den Spielbanken, sondern ausserhalb einer konzessionierten Spielbank bestimmt ist, insbesondere in einer Gaststätte. Nach der ratio dieses Entscheides ist mithin Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG auf die Aufstellung von Geldspielautomaten anwendbar. Den Betreiber solcher Geräte trifft eine Vorführpflicht gemäss Art. 61 Abs. 1 VSBG (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 S. 110, 111; bereits Urteil 6S.112/2004 vom 18. Juni 2004 E. 2.4.2). Unterlässt er dies und betreibt ein derartiges Gerät, nimmt er eine Verletzung von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG zumindest in Kauf.

Die ESBK führt zutreffend in ihrer Strafverfügung (S. 5 f.) aus, wer einen Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten (Geldspielautomaten) in Verkehr setzen wolle, müsse ihn vor Inbetriebnahme vorführen. Den Aufsteller eines Geldspielautomaten treffe die Pflicht sicherzustellen, dass dieser vorher geprüft wurde. Wer sich dieser Vorführpflicht widersetze, werde gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG bestraft. Die ESBK weist weiter zutreffend darauf hin, nach BGE 138 IV 106 E. 5.3.2 S. 111 könne eine Verletzung auch vor Erlass einer Feststellungsverfügung stattfinden. Die Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG und Art. 6 Abs. 1 SBG verhielten sich spiegelbildlich. Da die Vorführpflicht zeitlich vorgehe, könne es nicht darauf ankommen, ob bereits ein rechtskräftiger Qualifikationsentscheid vorliege. Die Vorführpflicht gemäss Art. 61 ff. VSBG, deren Nichteinhaltung Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sanktioniere, gelte sowohl für konzessionierte Spielbanken als auch für Personen oder Betriebe ohne Spielbankkonzession. Eine andere Auslegung würde zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen und den Schutzgedanken des SBG aushöhlen.

2.4. Die Vorinstanz bestätigt zu Recht diese rechtliche Würdigung der Sache durch die ESBK in der Strafverfügung (Urteil S. 16).

2.4.1. Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz beschäftige sich nicht mit seinem Vorbringen, er habe nicht mit "Wissen und Wollen" das fragliche Gerät aufgestellt, und verletze damit sein rechtliches Gehör im Sinne von Art. 6 EMRK. Er habe nicht wissen können, dass es sich um Glücksspiele handle, da sie von der ESBK noch nicht qualifiziert worden seien (Beschwerde S. 15 f.). Das Vorbringen ist unbehelflich. Es ist nicht ersichtlich, wie der Beschwerdeführer die Geräte ohne "Wissen und Wollen" hätte aufstellen können. Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe wissentlich und willentlich sein Einverständnis gegeben, die Automaten in seinem Lokal aufzustellen, ohne diese vorab der ESBK zur Prüfung vorgeführt zu haben, womit der subjektive Tatbestand nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG erfüllt sei. Ein Wissen um die Qualifikation sei nicht vorausgesetzt, sei es doch Sinn und Zweck der Vorführpflicht, dass die ESBK dies prüfe (Urteil S. 16). Die Vorinstanz verneint ferner zutreffend einen entschuldbaren Rechtsirrtum (Urteil S. 17).

2.4.2. Schliesslich prüft die Vorinstanz das Argument, die Busse sei viel zu hoch, und folgt sachlich den Ausführungen der ESBK (Urteil S. 18 ff.). Es handle sich um ein Zustands- und nicht um ein Dauerdelikt. Belegt sei, dass bis zu Fr. 100.-- eingesetzt werden konnten, was eine hohe Sozialgefährlichkeit bewirke. Die Automaten seien dem unbeschränkten Personenkreis offen gestanden. Die objektive Tatschwere wiege nicht mehr leicht. In subjektiver Hinsicht hält die Vorinstanz fest, "dass die Spiele der beiden Automaten 'versteckt' waren und man auf der Google-Startseite oben auf der Favoritenliste den Eintrag 'Musikbox' anklicken musste, damit die Spiele gestartet wurden" (Urteil S. 21). Vor diesem Hintergrund sei es nicht glaubhaft, wenn der Beschwerdeführer das Wissen um die Illegalität der Spiele abstreite. Er habe aus rein finanziellen Motiven gehandelt, da er zumindest zur Hälfte an den Gewinnen partizipieren sollte. Auch die subjektive Tatschwere sei nicht mehr als leicht zu qualifizieren.

Dass der aus dem Kosovo stammende und zunächst als Türsteher arbeitende Beschwerdeführer als "Neu-Wirt" dem Aufsteller "B._____" einfach glaubte, dass es sich um legale Geräte handle, erscheint nach den vorstehenden Ausführungen wenig glaubhaft, und dass er perspektivlos sei, kann nicht zur Kassierung der Busse Anlass geben.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um

unentgeltliche Rechtspflege kann gutgeheissen werden. Angesichts konträrer kantonaler Entscheidungen erscheint die Beschwerdeführung vertretbar (vgl. Urteil 6B 978/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 4). Der Beschwerdeführer reicht eine Unterstützungsbestätigung vom 18. August 2017 ein, wonach er vollumfänglich von den Sozialen Diensten Zürich unterstützt wird, so dass seine Bedürftigkeit dargelegt ist. Entsprechend sind keine Kosten zu erheben. Sein Rechtsvertreter ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Rechtsanwalt Martin Tobler wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Mai 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw