

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 393/2020

Urteil vom 26. Juli 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, als präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Muschietti,
Bundesrichterin Koch,
Gerichtsschreiber Traub.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Pascal Felchlin,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte (Übertretung des Spielbankengesetzes), Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 19. Februar 2020 (SU190002-O/U/gs).

Sachverhalt:

A.

Auf Einsprache gegen ihren Strafbescheid vom 27. Juni 2016 hin sprach die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) A._____, Geschäftsführer eines Vereinslokals, wegen Aufstellens von Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Betriebszulassung schuldig. Sie verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 15'100.–. Weiter ordnete sie an, die beschlagnahmten Automaten seien bei ihrem Eigentümer A._____ einzuziehen und zu vernichten. Weitere Gegenstände (PC-Terminals) seien einzuziehen und zu verwerten resp. (bei Unverwertbarkeit) zu vernichten; ein allfälliger Erlös sei an A._____ zu erstatten. Zwei Datenträger entliess die Eidgenössische Spielbankenkommission aus der Beschlagnahme; sie seien nach Rechtskraft des Urteils an A._____ herauszugeben resp. (bei Verzicht) zu vernichten. Beschlagnahmte Barschaften über Fr. 3'050.– (aus der Hosentasche des im Lokal aushelfenden B._____) und Kasseneinhalte von Fr. 430.– seien einzuziehen. Der bei A._____ beschlagnahmte Betrag von Fr. 110'483.40 (lose in Plastiktüten in einer Kiste auf dem Balkon seiner Privatwohnung gefunden) sei einzuziehen. A._____ habe dem Bund eine Ersatzforderung von Fr. 94'500.60 zu bezahlen. Die Verurteilung sei im Strafregister einzutragen (Strafverfügung vom 25. April 2018).

A._____ verlangte eine gerichtliche Beurteilung. Das Bezirksgericht Dietikon sprach ihn der Übertretung nach Art. 56 Abs. 1 lit. c des damaligen Spielbankengesetzes schuldig und belegte ihn mit einer Busse von Fr. 9'000.–. Vier beschlagnahmte Spielautomaten zog es ein und ordnete deren Vernichtung an. Weitere be-

schlagnahmte und einzuziehende Gegenstände (PC-Terminals) seien zu verwerten resp. (bei Unverwertbarkeit) zu vernichten; ein allfälliger Erlös sei an A. _____ zu erstatten. Zwei Datenträger entliess das Bezirksgericht aus der Beschlagnahme; sie seien nach Rechtskraft des Urteils an A. _____ herauszugeben resp. (bei Verzicht) zu vernichten. Die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 430.– (Kasseninhalte) sei bei A. _____ einzuziehen. Die Barschaft von Fr. 3'050.– aus der Hosentasche von B. _____ werde zuhanden der Bundeskasse definitiv beschlagnahmt und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten herangezogen. Die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 110'483.40 werde im Umfang von Fr. 8'000.– eingezogen und im Übrigen zur Deckung der Verfahrenskosten und der Busse herangezogen; der Restbetrag werde aus der Beschlagnahme entlassen und an A. _____ herausgegeben. Von einer Ersatzforderung für nicht mehr vorhandene widerrechtlich erlangte Vermögensvorteile sah das Bezirksgericht ab (Urteil vom 26. September 2018).

B.

Die Eidgenössische Spielbankenkommission erhob Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragte, das beschlagnahmte Bargeld von Fr. 110'483.40 sei einzuziehen. A. _____ sei zu verpflichten, dem Bund unter dem Titel einer Ersatzforderung zusätzlich Fr. 33'566.60 (über die beschlagnahmte Barschaft hinausgehende Einnahmen) zu bezahlen.

Das Obergericht verpflichtete A. _____, dem Bund als Ersatz für nicht mehr vorhandenen widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 95'890.– zu bezahlen. Mit der beschlagnahmten Barschaft von Fr. 110'483.40 und deren allfälligen Erträgen seien die Busse und die Verfahrenskosten zu decken. Im Umfang des Überschusses bleibe die Beschlagnahme zur Sicherung der Ersatzforderung aufrecht, bis diese vollständig bezahlt sei resp. bis in einem allfälligen Zwangsvollstreckungsverfahren über die Anordnung von Sicherungsmassnahmen nach Art. 98 ff. SchKG entschieden worden sei. Ein allfälliger Restbetrag sei an A. _____ herauszugeben (Urteil vom 19. Februar 2020).

C.

A. _____ führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und er sei zu verpflichten, dem Bund als Ersatz für nicht mehr vorhandenen widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 8'000.– zu bezahlen. Die mit Verfügung der ESBK vom 14. November 2013 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 110'483.40 sei vorab zur Deckung der Busse und der Verfahrenskosten heranzuziehen, im Umfang von weiteren Fr. 8'000.– sei die Beschlagnahme zur Sicherung der Ersatzforderung bis zu deren vollständiger Bezahlung aufrecht zu erhalten. Der Restbetrag sei an ihn herauszugeben.

Erwägungen:

1.

1.1. Strittig ist die Höhe der Ersatzforderung und in diesem Zusammenhang zunächst die Frage, ob die Vorinstanz grundsätzlich auf die bezirksgerichtliche Feststellung, der deliktisch erzielte Gewinn belaufe sich auf Fr. 8'000.–, zurückkommen durfte. Dazu macht der Beschwerdeführer geltend, nur die Einziehung und die Ersatzforderung seien Gegenstand des Berufungsverfahrens. Schuldspruch und Sanktion seien hingegen rechtskräftig. Es gelte die Dispositionsmaxime (Art. 404 Abs. 1 StPO). Die Vorinstanz sei bei der Bemessung der Ersatzforderung vom Sachverhalt abgewichen, wie er dem rechtskräftigen Schuldspruch und der Strafzumessung zugrunde liege. Die Deliktssumme von Fr. 8'000.– bilde einen wesentlichen Faktor der rechtskräftigen Strafzumessung. Für die Beurteilung der Nebenfolgen sei daher ebenfalls von einem illegalen Gewinn von Fr. 8'000.– (statt von Fr. 96'320.–) auszugehen.

1.2. Nach Art. 404 Abs. 1 StPO überprüft das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten. Die damit statuierte Dispositionsmaxime begrenzt den Streitgegenstand im Berufungsverfahren. In den nicht angefochtenen Punkten wird das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig (zur amtlichen Publ. bestimmtes Urteil 6B 1370/2019 vom 11. März 2021 E. 1.2; Urteil 6B 533/2016 vom 29. November 2016 E. 4.2). Die Rechtskraft erstreckt sich auf rechtsgestaltende Festlegungen des Urteils und deren rechtliche Komponenten (z.B. Merkmale eines strafrechtlichen Tatbestands), nicht aber auf zugrundegelegte Tatsachen. Soweit im erstinstanzlichen Urteil festgestellte Tatsachen sowohl für den rechtskräftigen Strafpunkt als auch für die

angefochtenen Nebenfolgen (Einzahlung resp. Ersatzforderung) bedeutsam sind, besteht keine Bindung der Berufungsinstanz an die Feststellungen der ersten Instanz. Dies gilt vorliegend auch für den deliktischen Gewinn. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Strafzumessung bildet hier also keinen Grund, die angefochtenen Nebenfolgen nur unter eingeschränktem Blickwinkel resp. anhand von gegebenenfalls unzutreffenden oder unvollständigen Tatsachen zu beurteilen, auch wenn die ESBK das Urteil des Bezirksgerichts einzig hinsichtlich Einziehung und Ersatzforderung angefochten hat. Die Dispositionsmaxime hinderte die Vorinstanz daher nicht, das Ausmass des illegalen Gewinns eigenständig zu beurteilen.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die Überprüfungsbefugnis, die ihr im Bereich von Übertretungen zustehe, überschritten. Die bezirksgerichtlichen Feststellungen zum Umfang des aus dem illegalen Glücksspiel erzielten Gewinns seien nicht willkürlich. Das Bezirksgericht habe aus seinen Aussagen - dem einzigen verfügbaren Beweismittel - zu Recht geschlossen, dass er keine Gewinne ausbezahlt und keine Spieleinsätze einbehalten, sondern von den Benutzern der Automaten bloss eine Gebühr von Fr. 20.- pro Stunde (für Internet und Casinogames) resp. Fr. 10.- (ohne Casinogames) verlangt habe. Das Bezirksgericht bezeichne dies als zwar unüblich, aber nicht gänzlich lebensfremd, zumal das Erzielen eines Gewinns nicht das einzig mögliche Motiv zum Spielen darstelle. Möglich sei auch, dass zu Unterhaltungszwecken gespielt wurde. Beim in den Kassen der Automaten sichergestellten Geld könne es sich somit ohne Weiteres um Gebühren zur Nutzung der Geräte während einer bestimmten Zeit gehandelt haben. Daraus habe das Bezirksgericht zutreffend geschlossen, seine Aussagen könnten nicht als Schutzbehauptungen abgetan werden (vgl. bezirksgerichtliches Urteil S. 10). Diese Folgerung beruhe auf einer sorgfältigen Prüfung der Plausibilität seiner Aussagen. Die Gewinnsumme von Fr. 8'000.-, die das Bezirksgericht anhand seiner Angaben festgelegt habe, sei nicht offensichtlich unrichtig. Somit habe die Vorinstanz diesen Sachverhalt nicht neu beurteilen dürfen.

2.2. Die Vorinstanz geht als Berufungsgericht davon aus, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich das Bezirksgericht einzig auf die Aussage des Beschwerdeführers gestützt habe, er habe nur eine Nutzungsgebühr vereinnahmt, und daraus einen deliktischen Gewinn von Fr. 8'000.- ableitete. Da diesbezüglich von einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung auszugehen sei, sei der deliktisch erlangte Gewinn im Berufungsverfahren neu zu bestimmen.

2.3. Waren im erstinstanzlichen Hauptverfahren Übertretungen (hier nach Art. 56 des ehemaligen SBG) zu beurteilen, so beschränkt sich die Überprüfungsbefugnis des Berufungsgerichts auf Rechtsfragen sowie die Frage, ob die erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen willkürlich sind oder auf einer Rechtsverletzung beruhen (Art. 398 Abs. 4 StPO; Urteil 6B 1284/2020 vom 3. Juni 2021 E. 2.3). Hinsichtlich des Sachverhalts überprüft das Bundesgericht anhand der einschlägigen Rügen in der Beschwerdeschrift frei, ob die vorinstanzliche Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung auf deren Willkürfreiheit hin rechtens ist (Urteil 6B 763/2019 vom 28. April 2020 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

2.4. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, die Gewinnschätzung sei nicht nachvollziehbar. Auf Aussagen des Beschwerdeführers abstellend hatte das Bezirksgericht festgehalten, im Zweifel sei davon auszugehen, er habe lediglich Nutzungsgebühren (von 20 Franken pro Stunde) vereinnahmt. Die Benutzer der Automaten hätten zu ihrer Unterhaltung gespielt. Es seien keine Gewinne an die Spieler ausbezahlt und auch keine verfallenen Einsätze (als Gewinn des Betreibers) einbehalten worden. Das Bezirksgericht qualifizierte Nutzungsgebühren von insgesamt Fr. 8'000.- als Gewinn aus illegalem Betrieb von Glücksspielautomaten. Dieser Festlegung fehlt ein Zusammenhang mit den aus drei Gerätekassen beschlagnahmten 430 Franken. Indessen durfte nicht darauf verzichtet werden, den einzigen objektiven Anhaltspunkt in die Schätzung einzubeziehen. Dies gerade auch deswegen, weil die Feststellung über vereinnahmte Nutzungsgebühren für (zum reinen Zeitvertrieb genutzte) Geräte nicht zwanglos mit der Qualifikation der fraglichen Geräte als Glücksspielautomaten vereinbar ist.

Unter diesen Umständen bestand keine Bindung an den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt nach Art. 398

Abs. 4 StPO. Die Vorinstanz durfte die Beweise selbst würdigen und den illegal erzielten Gewinn sowohl seiner Natur nach (Benutzungsgebühr oder Geldgewinn im Sinn von Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG) wie auch in seiner Höhe neu feststellen.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt das vorinstanzliche Erkenntnis, der Gewinn aus illegalem Glücksspiel betrage Fr. 96'320.–, als willkürliche Feststellung des Sachverhalts. Er verlangt, die Beschlagnahme der (nicht deliktischen) Barschaft von Fr. 110'483.40 sei (über die Deckung von Busse und Verfahrenskosten hinaus) nur zur Sicherung einer Ersatzforderung von Fr. 8'000.– zu schützen. Er macht geltend, die vom sichergestellten Kasseninhalt ausgehende vorinstanzliche Hochrechnung des illegal erwirtschafteten Gewinns sei ihrerseits offensichtlich unrichtig. Einnahmen aus einer Betriebszeit von bloss rund zweieinhalb Stunden seien nicht repräsentativ für die Nettoeinnahmen eines Zeitraums von zweieinhalb Monaten. Weiter sei es realitätsfremd anzunehmen, der durchschnittliche stündliche Gewinn von Fr. 172.– sei an acht Stunden täglich erzielt worden. Nachmittags und spätabends sei das Lokal nur selten gleich gut besucht gewesen wie zur Feierabendzeit.

3.2. Die Vorinstanz schickt voraus, die Einziehung von Vermögenswerten (Art. 70 Abs. 1 StGB, Art. 267 Abs. 3 StPO; vgl. Art. 2 und 82 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0]) bedinge einen Kausalzusammenhang zwischen Delikt und Vermögenswert. Die Einnahmen aus dem Betrieb der Automaten seien ursächlich auf die Verletzung der Vorführungspflicht nach Art. 56 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (SBG; aufgehoben per 1. Januar 2019) zurückzuführen. Indessen gebe es keine Beweise, dass das auf dem Balkon gefundene Geld von Fr. 110'483.40 auch nur teilweise aus dem illegalen Spielbetrieb stamme. Aus den defizitären finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers allein lasse sich nicht auf eine deliktische Herkunft schliessen. Eine Einziehung dieses Geldes falle mangels Deliktsverstrickung nicht in Betracht. Stattdessen bestehe gegenüber dem Beschwerdeführer eine Ersatzforderung nach Art. 71 StGB in Verbindung mit Art. 2 VStrR in Höhe des durch illegales Glücksspiel erwirtschafteten Gewinns. Diese Ersatzforderung sei mittels der nicht deliktischen Gelder vom Balkon zu sichern (Art. 71 Abs. 3 StGB; angefochtenes Urteil S. 10 ff.).

Den von der ersten Instanz ermittelten Gewinn aus illegalem Glücksspiel im Betrag von Fr. 8'000.– hält die Vorinstanz für nicht nachvollziehbar. Die diesbezüglichen Aussagen des Beschwerdeführers seien unglaublich. Daher sei der deliktische Gewinn im Berufungsverfahren neu zu bestimmen. Die Vorinstanz schätzt die Ersatzforderung (Art. 71 in Verbindung mit Art. 70 Abs. 5 StGB). Sie führt dazu aus, unstrittig sei, dass im Lokal des Beschwerdeführers zwischen 29. August und 11. November 2013 acht Spielautomaten in Betrieb gestanden seien. Das Lokal sei täglich von 12.00 bis 24.00 Uhr geöffnet gewesen. Bei der Hausdurchsuchung am 11. November 2013 sei aus den drei Automatenkassen, in denen sich Geld befunden habe, ein Betrag von insgesamt Fr. 430.– beschlagnahmt worden. Dabei handle es sich um Einnahmen aus der Zeit zwischen der letzten Kassenleerung um 16.30 Uhr bis zur Hausdurchsuchung um 18.55 Uhr. Für die Wochenendtage sei eine höhere Besucherfrequenz anzunehmen als für den 11. November 2013, einen Montag. Andererseits könne aus dem an diesem Tag zwischen 16.30 und 18.55 Uhr angefallenen Gewinn nicht auf das Gewinnaufkommen der gesamten (auch den Nachmittag umfassenden) Öffnungszeit eines Durchschnittstags geschlossen werden. Um tageszeitbedingten Schwankungen bei den Einnahmen Rechnung zu tragen, sei zugunsten des Beschwerdeführers nur eine tägliche Betriebsdauer von acht (statt zwölf) Stunden zu veranschlagen. Damit komme man auf einen massgebenden Gewinn aus illegalem Glücksspiel von Fr. 96'320.–. Abzüglich der beschlagnahmten Fr. 430.– ergebe sich eine Ersatzforderung von Fr. 95'890.–.

Die Vorinstanz erkennt, die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 110'483.40 sei (samt allfälligen Erträgen) zur Deckung der Busse und der vom Beschwerdeführer zu tragenden Verfahrenskosten heranzuziehen (Art. 268 Abs. 1 StPO). Im überschüssenden Betrag sei die Beschlagnahme zur Sicherung der Ersatzforderung aufrecht zu erhalten (Art. 71 Abs. 3 StGB). Ein allfälliger Restbetrag sei an den Beschwerdeführer herauszugeben.

3.3. Lässt sich der Umfang der einzuziehenden resp. von einer Ersatzforderung erfassten Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann ihn das Gericht schätzen (Art. 71 und Art. 70 Abs. 5 StGB).

3.4. Aus dem angefochtenen Urteil geht nicht hervor, welcher Teil der aus drei Automatenkassen beschlagnahmten 430 Franken effektiv Gewinn des Betreibers gewesen und welcher Teil allenfalls noch als Spielgewinn an Benutzer zurückgeflossen wäre, wenn die Hausdurchsuchung nicht stattgefunden hätte. Indessen steht fest (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass sich zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchung nur ein einziger Spieler im Lokal befand. Dieser gab an, er habe ungefähr zehn Minuten vor der Kontrolle zu spielen begonnen (angefochtenes Urteil S. 18). Diesen Umständen nach standen dem beschlagnahmten Betrag noch keine erheblichen Anwartschaften auf Spielgewinne gegenüber; dies unabhängig davon, ob entsprechende Auszahlungen aus den Kassen der Geräte oder separat erfolgten (vgl. Urteil 2C 442/2007 vom 19. November 2007 E. 3.1). Von einer erheblichen Differenz zwischen Kassensinhalt und illegalen Einnahmen ist nicht auszugehen. Die Vorinstanz durfte die Schätzung willkürfrei auf der unbestrittenen Tatsache aufbauen, dass sich innerhalb von zweieinhalb Stunden seit der letzten Kassenleerung 430 Franken angesammelt haben. Zeitlich breiter abgestützte Anhaltspunkte fehlen. Der Einwand, die zur Feierabendzeit aus den Automatenkassen sichergestellten Einnahmen seien nicht repräsentativ für die Nettoeinnahmen des gesamten Betriebszeitraums, stellt die vorinstanzliche Gewinnschätzung nicht infrage. Zwar beruht der betragsliche Ausgangswert auf Einnahmen aus einer umsatzstarken Tageszeit. Die Hausdurchsuchung fand indessen an einem Montag statt, einem wohl unterdurchschnittlich ertragreichen Tag. Vor diesem Hintergrund verletzt die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen hinsichtlich der für die Schätzung massgebenden Faktoren nicht, wenn sie eine durchschnittliche Bespielung von drei Automaten über die gesamte Betriebszeit hinweg annimmt. Sodann trägt die vorinstanzliche Hochrechnung der im Tagesverlauf schwankenden Auslastung auch anderweitig Rechnung: Die Vorinstanz nimmt an, dass die Geräte während täglich acht Stunden (bei einer Betriebszeit von zwölf Stunden) bespielt wurden. Dabei ist sie davon ausgegangen, der von der ESBK veranschlagte stündliche Durchschnittsgewinn sei ab etwa 16.30 Uhr erzielbar gewesen. Wenn dem Beschwerdeführer folgend angenommen wird, dass das Besucheraufkommen nicht nur am Nachmittag (12 bis 17 Uhr) geringer ist, sondern in den späten Abendstunden (22 bis 24 Uhr) wiederum deutlich zurückgeht, stehen sieben Stunden mit geringeren Einnahmen fünf umsatzstärkere Stunden gegenüber. Indem die Vorinstanz den stündlichen Durchschnittsgewinn zwar anhand tatsächlicher Einnahmen aus einer Tageszeit mit vermutlich höherer Frequenz errechnet, den betreffenden Ansatz im Gegenzug aber mit acht Stunden (bei einer Betriebszeit von zwölf Stunden) multipliziert, konkretisiert sie die zu schätzenden Faktoren der Gewinnberechnung pflichtgemäss zu Gunsten des Beschwerdeführers.

3.5. Insgesamt hat die Vorinstanz den als Ersatzforderung einzusetzenden Betrag willkürfrei geschätzt (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 147 IV 73 E. 4.1.2). Das angefochtene Urteil ist unter allen gerügten Gesichtspunkten bundesrechtskonform.

4.

Die Beschwerde ist unbegründet. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Juli 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Denys

Der Gerichtsschreiber: Traub