

Illegales Anbieten von Geldspielen – Auslegung und Bewertung der relevanten Bestimmungen des BGS

Die Straftaten im Zusammenhang mit illegalem Geldspiel im schweizerischen Strafrecht haben in der Lehre bis anhin kaum Beachtung gefunden. Zu Unrecht, wie ansehnliche Fallzahlen belegen. Die vorliegende Abhandlung über den Tatbestand des illegalen Anbietens von Geldspielen soll hier Abhilfe schaffen. Die einschlägigen Straftatbestände des neuen Geldspielrechts werden ausgelegt und kommentiert. Der Auslegung folgt eine Darstellung der wichtigsten präventiven und repressiven Massnahmen im Zusammenhang mit dem illegalen Anbieten von Geldspielen. Schliesslich wird auch ersichtlich, dass – aller Kritik zum Trotz – insgesamt potente Massnahmen vorhanden sind, um das illegale Anbieten von Geldspielen zu verhindern.

I. Einleitung	50
II. Tatbestand des Geldspiels	50
III. Geldspielkategorien des BSG	51
IV. Illegales Anbieten von Geldspielen	52
V. Flankierende Instrumente	56
VI. Umgehungsproblematik?	58
VII. Bewertung	58

Zitiervorschlag:

MICHAEL WEBER, Illegales Anbieten von Geldspielen – Auslegung und Bewertung der relevanten Bestimmungen des BGS, sui generis 2021, S. 49

Michael Weber, BLaw, Hilfsassistent von Prof. Dr. iur. Sarah Summers an der Universität Zürich (michael.weber@rwi.uzh.ch).

URL: sui-generis.ch/168

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.168>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Unter dem Regime des Lotteriegesetzes (LG)¹ und des Spielbankengesetzes (SBG)² wurden im Zusammenhang mit illegalem Geldspiel zwischen 2014 und 2018 durchschnittlich 251 Verfahren pro Jahr eröffnet.³ Eine inkonsistente Praxis der Geldspiel- und Gerichtsbehörden haben das Geldspielrecht für die Gesetzesadressaten jedoch oft selbst zum Glücksspiel gemacht. Das aus dem Jahre 1923 stammende LG und das (vergleichsweise neue) SBG von 1998 wurden durch neue technologische Entwicklungen im Geldspielbereich auch zunehmend strapaziert.
- 2 Am Ende eines langen und harzigen Reformprozesses steht nun das Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS)⁴, das am 1. Januar 2019 in Kraft getreten ist. Dieses hat das Geldspielrecht der Schweiz konsolidiert und aktualisiert.⁵
- 3 Die Straftatbestände des alten Rechts wurden leider kaum vertieft behandelt, obwohl die technologische Entwicklung im Geldspielsektor einige Fragen aufgeworfen hatte.⁶ Auch was das BGS betrifft standen dessen Straftatbestände bisher nicht im Fokus der Lehre. Der vorliegende Aufsatz soll hier im Bereich des illegalen Anbietens von Geldspielen Abhilfe schaffen. Hierfür werden die relevanten Bestimmungen des BGS, die für die Abgrenzung von legalem und illegalem Anbieten von Geldspielen relevant sind, ausgelegt (II.–IV.). Da sich der Gesetzgeber für das BGS sowohl am alten Recht als auch an der dazu entwickelten Doktrin orientierte,⁷ kann bei der Auslegung der noch relativ neuen Bestimmungen des BGS auf die zum alten Recht entwickelte Lehre und Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Schliesslich werden einige flankierende Instrumente des BGS und des Straf- und Strafprozessrechts dargestellt, die im Zusammenhang mit dem Angebot illegaler Geldspiele beachtlich sind (V.).

II. Tatbestand des Geldspiels

- 4 Nach der Legaldefinition in Art. 3 lit. a BGS sind Geldspiele Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten

1 Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (LG; SR 935.51).

2 Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken vom 18. Dezember 1998 (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52).

3 Siehe unten Rz. 23.

4 Bundesgesetz über Geldspiele vom 29. September 2017 (Geldspielgesetz, BGS; SR 935.51).

5 Vgl. Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz (BBl 2015 8387 ff.) S. 8406.

6 Siehe hierzu bspw. CAMILL DROLL / MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Spielbanken und Geschicklichkeits- und Glücksspiele, *ContraLegem* 2018/2, S. 29 ff.

7 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8388 und 8406.

Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht. Ein Geldspiel im Sinne des BGS besteht damit aus zwei Elementen, die kumulativ vorliegen müssen: Einsatz und Gewinnmöglichkeit.⁸

1. Einsatz

Beim Einsatz kann es sich um Geld oder um ein Geldsurrogat handeln, worunter auch Rechtsgeschäfte fallen.⁹ Massgebend ist das Element des «Kaufzwangs», d.h. dass die Teilnahme die Bezahlung einer Gebühr oder ein anderes Rechtsgeschäft voraussetzt.¹⁰ Neben dem Kauf eines Loses oder dem Münzeinwurf in einen Spielautomaten stellen bspw. auch der Warenkauf oder die Wahl einer Telefonnummer, bei der eine Zusatzgebühr belastet wird, einen Einsatz dar.¹¹

Das Vorliegen eines Einsatzes ist unabhängig von der Frage zu beantworten, ob der Veranstalter aus den Einsätzen bzw. dem Spiel einen Gewinn erzielt.¹² Auch auf die Höhe des Einsatzes kommt es nicht an.¹³ Mitunter sind auch Einsätze von einigen bzw. einem Rappen erfasst.¹⁴

Ob ein Kaufzwang vorliegt, beurteilt sich aufgrund der subjektiven Meinung des durchschnittlichen Teilnehmers.¹⁵ Daraus folgt eine Aufklärungspflicht bei Vorliegen verschiedener Teilnahmeoptionen.¹⁶ Sofern neben der Teilnahme per Telefon, bei der Zusatzgebühren belastet werden, gleichzeitig auch kostenlos über das Internet teilgenommen werden kann, handelt es sich nicht um ein Geldspiel, sondern um ein Gratispiel, wenn dem Teilnehmer klar kommuniziert wird, dass ihm beide Möglichkeiten offenstehen und die Gewinnchancen dieselben sind.¹⁷

Es kann sich beim Einsatz nur um direkt mit dem Spiel zusammenhängenden Aufwand handeln.¹⁸ Gewöhnliche Telekommunikationskosten oder das Porto beim

8 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8435 f.; Bundesamt für Justiz (BJ), Merkblatt zu Gratispielen und Einsatz vom 31. Juli 2019, S. 1.

9 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8435 f.; BJ, Merkblatt zu Gratispielen (Fn. 8), S. 1.

10 Vgl. LUCAS DAVID, in: David/Schwenninger/Senn/Thalmann (Hrsg.), *Werberecht Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2010, Art. 1 LG, N 8; siehe auch BJ, Merkblatt zu Gratispielen (Fn. 8), S. 1.

11 Vgl. BGE 123 IV 175 E. 2a; Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8436; DAVID (Fn. 10), N 8.

12 BGE 123 IV 175 E. 2a und E. 2c; DAVID (Fn. 10), N 8.

13 BGE 123 IV 175 E. 2a; DAVID (Fn. 10), N 8.

14 Vgl. BGE 123 IV 175 E. 2a.

15 BGE 123 IV 175 E. 2a/bb; BGE 99 IV 25 E. 4a; DAVID (Fn. 10), N 8.

16 Vgl. BGE 99 IV 25 E. 4a.

17 Vgl. BGE 99 IV 25 E. 4a; DAVID (Fn. 10), N 8; siehe auch *Votum Dittli*, AB 2017 S 318 f.

18 Vgl. DAVID (Fn. 10), N 8.

Briefversand gelten damit nicht als Einsatz, sofern keine Zusatzgebühr erhoben wird.¹⁹ Für die Beurteilung eines Einsatzes ebenfalls irrelevant sind allenfalls unterschiedliche Gebühren verschiedener Teilnahmemöglichkeiten, sofern sie sich auf die gewöhnlichen «Kommunikationsgebühren» beschränken, da der Anbieter nicht beeinflussen kann, ob jemand bspw. über eine Flatrate verfügt oder welches Kommunikationsmedium (Internet, Telefon, Post) gewählt wird.

2. Gewinnmöglichkeit

- 9 Eine Gewinnmöglichkeit liegt vor, wenn der Einsatz die Möglichkeit auf einen Geldgewinn oder einen anderen geldwerten Vorteil eröffnet (vgl. Art. 3 lit. a BGS). Ein Gewinn besteht in der positiven Differenz zwischen Bruttoerlös und Einsatz.²⁰ Der Spieler muss somit mehr erlangen können, als er eingesetzt hat.²¹ Dies setzt voraus, dass dem möglichen Gewinn ein ökonomischer Wert zukommt.²² Fraglich ist, ob eine gewisse Schwelle überschritten sein muss, damit von einem Gewinn gesprochen werden kann. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass ein Sticker im Wert von 6 Rappen keinen Gewinn darstellen könne.²³ Dies findet keine Stütze im Gesetz. Auch ein Sticker von 6 Rappen hat einen ökonomischen Wert, nämlich 6 Rappen. Zudem werden Einsätze bereits ab einem Rappen erfasst.²⁴ Ausserdem könnte die Qualifikation als Geldspiel durch Stückelung des Gewinns umgangen werden. Die Schwelle bei einem bestimmten Betrag anzusetzen wäre überdies willkürlich. Auch bei der Gewinnmöglichkeit sollte daher kein Schwellenwert vorausgesetzt werden.

III. Geldspielkategorien des BSG

- 10 Das BGS teilt die Geldspiele in Art. 3 lit. b–g in verschiedene Kategorien ein. Die Strafnormen der Art. 130 f. BGS knüpfen ebenfalls an diese Kategorisierung an. Für die Bestimmung der einschlägigen Strafnorm ist deshalb stets auch eine Qualifikation des Geldspiels vorzunehmen. Im Folgenden werden die für die Abgrenzung der einzelnen Geldspielkategorien wesentlichen Merkmale dargestellt.

19 Vgl. BGE 123 IV 175 E. 2a/bb; Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8436; BJ, Merkblatt zu Gratisspielen (Fn. 8), S. 1; Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2017 S 320; DAVID (Fn. 10), N 8.

20 ANDREAS GLARNER / ALEXANDRA KÖRNER / CARLO SCHMID, Lootboxen und Skin Gambling im Schweizer Glücksspielrecht, Jusletter vom 21. Januar 2019, S. 7.

21 GLARNER/KÖRNER/SCHMID (Fn. 20), S. 7.

22 Vgl. DAVID (Fn. 10), N 8.

23 BGE 103 IV 213 E. 2b; DAVID (Fn. 10), N 8.

24 Siehe oben Rz. 6.

1. Lotterien und Geschicklichkeitsspiele

11 Lotterien sind Geldspiele, die einer unbegrenzten oder zumindest einer hohen Anzahl Personen offenstehen und bei denen das Ergebnis durch ein und dieselbe Zufallsziehung oder durch eine ähnliche Prozedur ermittelt wird (Art. 3 lit. b BGS; vgl. auch Art. 106 Abs. 3 lit. a BV²⁵). Geschicklichkeitsspiele sind hingegen Geldspiele, bei denen der Spielgewinn ganz oder überwiegend von der Geschicklichkeit der Spielerin oder des Spielers abhängt (Art. 3 lit. d BGS).

12 Bei der Lotterie bestimmt der Zufall über Gewinn sowie über dessen Umfang und Beschaffenheit.²⁶ Durch dieses aleatorische Element grenzt sich die Lotterie vom Geschicklichkeitsspiel ab. Bei gemischten Spielen, bei denen sowohl Zufall als auch Geschicklichkeit über das Ergebnis entscheiden, ist die Qualifikation anhand des massgebenden Merkmals vorzunehmen: Hängt das Ergebnis überwiegend vom Zufall ab, handelt es sich um eine Lotterie; überwiegt dagegen das Element der Geschicklichkeit, handelt es sich um ein Geschicklichkeitsspiel, auch wenn Zufallselemente ebenfalls eine Rolle spielen können.²⁷ Mit anderen Worten müssen bei Geschicklichkeitsspielen einigermaßen komplexe Fertigkeiten des Spielers den Spielverlauf mehr beeinflussen, als es der Zufall tut.²⁸ Zu berücksichtigen sind zudem die in Art. 2 VGS²⁹ nicht abschliessend aufgeführten Merkmale von Geschicklichkeitsspielen.

2. Sportwetten

13 Sportwetten sind Geldspiele, bei denen der Spielgewinn abhängig ist von der richtigen Vorhersage des Verlaufs oder des Ausgangs eines Sportereignisses (Art. 3 lit. c BGS).

14 Das BGS enthält im Bereich der Wetten nur für die Sportwetten eine ausdrückliche Definition. Andere Arten von Wetten fallen damit unter die allgemeine Definition des Geldspiels in Art. 3 lit. a BGS. Da das BGS im Wettbereich aber nur für Sportwetten ein Bewilligungsverfahren vorsieht, ist daraus zu schliessen, dass andere Arten von Wetten ausgeschlossen sind (vgl. den Bewilligungsvorbehalt für Geldspiele in Art. 4 BGS).³⁰

25 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

26 BGE 123 IV 175 E. 2d; BJ, Evaluation der kantonalen Massnahmen zu den Lotterien und Wetten, Schlussbericht vom 21. September 2010, S. 69; DAVID (Fn. 10), N 11.

27 Vgl. BGE 136 II 291 E. 5.3.3; Urteil des Bundesgerichts 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002 E. 6.3 und 6.4.

28 BJ, Merkblatt über legale Spiele in der Schweiz vom 31. Juli 2019, S. 2; gleich wohl auch BGE 136 II 291 E. 5.2.1.

29 Verordnung über Geldspiele vom 7. November 2018 (Geldspielverordnung, VGS; SR 935.511).

30 Siehe Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8437; BJ, Merkblatt über legale Spiele (Fn. 28), S. 2; BJ, Merkblatt Sportwetten vom

15 Grundsätzlich liesse sich eine Abgrenzung zu den Lotterien über das Element des Zufalls erreichen, da bei der Vorhersage des Verlaufs oder des Ausgangs eines Sportereignisses nicht nur der Zufall, sondern auch Fachwissen eine Rolle spielt.³¹ Dieses Element ist jedoch zu vage und führt überdies zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit den Geschicklichkeitsspielen. Eine klare Abgrenzung ergibt sich hingegen bereits aus den in der Definition enthaltenen Einschränkungen: Erstens sind nur Wetten auf Sportereignisse erlaubt und zweitens nur auf die Vorhersage des Verlaufs oder des Ausgangs des Sportereignisses. Somit handelt es sich immer dann um eine Sportwette, wenn diese beiden Merkmale gegeben sind. Die Stärke des Zufallselements ist für die Qualifikation nicht relevant.

16 Die eigentliche Teilnahme am Sportereignis ist vom Anwendungsbereich des BGS ausgenommen (siehe Art. 1 Abs. 2 lit. c BGS), obwohl je nach Ausgestaltung der Teilnahmebedingungen der Tatbestand der Sportwette erfüllt wäre.³²

3. Gross- und Kleinspiele

17 Das BGS teilt die oben dargestellten Geldspiele weiter in Grossspiele, Kleinspiele und Spielbankenspiele ein. Unter die Grossspiele fallen Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele, die je automatisiert oder interkantonal oder online durchgeführt werden (Art. 3 lit. e BGS). Als Kleinspiele gelten demgegenüber Lotterien, Sportwetten und Pokerturniere, die je weder automatisch noch interkantonal noch online durchgeführt werden (Art. 3 lit. f BGS). Das BGS zählt hierzu Kleinlotterien, lokale Sportwetten sowie kleine Pokerturniere (s. Art. 3 lit. f BGS), deren spezifische Voraussetzungen und Merkmale in den Art. 34 ff. BGS sowie Art. 37 ff. VGS geregelt sind.

18 Gross- und Kleinspiele unterscheiden sich aufgrund ihrer Dimension: Sobald das betreffende Geldspiel automatisiert, interkantonal oder online durchgeführt wird, handelt es sich um ein Grossspiel.³³ Auf Geschicklichkeitsspiele ist das BGS überhaupt erst anwendbar, wenn sie als Grossspiele durchgeführt werden, ansonsten sie gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b BGS vom Anwendungsbereich des BGS ausgenommen sind.

20. September 2019, S. 1; Votum Bundesrätin Sommaruga, AB2016 S381. Zur *ratio* des Ausschlusses (erhöhtes Gefahrenpotenzial) anderer Arten von Wetten siehe Votum Bundesrätin Sommaruga, AB2016 S381.

31 Vgl. Votum Bundesrätin Sommaruga, AB2016 S381.

32 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8433f.

33 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8437.

4. Spielbankenspiele

19 Spielbankenspiele sind Geldspiele, die einer eng begrenzten Anzahl Personen offenstehen; ausgenommen sind die Sportwetten, die Geschicklichkeitsspiele und die Kleinspiele (Art. 3 lit. g BGS). An demselben Spielbankenspiel können gleichzeitig höchstens 1'000 Spielerinnen und Spieler teilnehmen (Art. 3 Satz 1 VGS). Einerseits können bei Spielbankenspielen somit nur eine kleine oder begrenzte Anzahl Personen gleichzeitig spielen, andererseits gelten als Spielbankenspiele auch Spiele, bei denen ein einzelner Spieler gegen die Veranstalterin spielt.³⁴

20 Sportwetten, Geschicklichkeitsspiele und Kleinspiele können bereits *per definitionem* keine Spielbankenspiele sein (vgl. Art. 3 lit. g, 2. Halbsatz BGS). Für die Abgrenzung der Spielbankenspiele zu den Klein- und Grossspiellotterien ist auf das Element der Teilnehmerzahl abzustellen:³⁵ Lotterien haben entweder eine hohe Teilnehmerzahl oder sind – bei kleinerer Teilnehmerzahl – im Gegensatz zu Spielbankenspielen zumindest so ausgestaltet, dass unbegrenzt viele Personen teilnehmen könnten.³⁶ Als hoch gilt eine Teilnehmerzahl ab 1'000 Personen.³⁷

IV. Illegales Anbieten von Geldspielen

21 Das illegale Anbieten von Geldspielen wird in Art. 130 Abs. 1 lit. a und Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS unter Strafe gestellt:

Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich [...] ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele oder Grossspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt [...].

Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS: Mit Busse bis zu 500 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich [...] ohne die dafür nötigen Bewilligungen andere Geldspiele als diejenigen nach Artikel 130 Absatz 1 Buchstabe a durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt [...].

22 Art. 130 Abs. 1 lit. a und Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS decken zusammen das illegale Anbieten von Geldspielen in seiner Gesamtheit ab: Der Vergehenstatbestand (Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS) erfasst illegale Spielbankenspiele und Grossspiele und der Übertretungstatbestand (Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS) erfasst alle anderen Geldspiele. Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS ist damit als Auffangtatbestand ausgestaltet.³⁸

34 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8438.

35 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8436.

36 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8436.

37 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8436; vgl. auch Art. 3 Satz 1 VGS *e contrario*.

38 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8500.

1. Ausmass illegalen Geldspiels in der Schweiz

23 2019 eröffnete die ESBK³⁹ 108 Strafverfahren in Zusammenhang mit illegalem Geldspiel (2018: 98 Verfahren) und entschied in insgesamt 214 Verfahren (2018: 225 Entscheide).⁴⁰ Die Comlot⁴¹ eröffnete 2019 ihrerseits 66 Dossiers wegen Verstössen gegen das Geldspielgesetz (2018: 78 Dossiers).⁴² Insgesamt wurden in den letzten fünf Berichtsjahren vor Inkrafttreten des BGS (2014–2018) 1'257 Verfahren eröffnet, was einem Jahresdurchschnitt von 251 Verfahren entspricht.⁴³ Die Zahlen für 2019 liegen somit unter dem langjährigen Durchschnitt, was, abgesehen von einer hohen vermuteten Dunkelziffer,⁴⁴ auch mit der erhöhten Belastung der beiden Behörden zu tun haben dürfte.⁴⁵

2. Ratio Legis

24 Anbieter von Geldspielen haben ihr Angebot mit dem Aufkommen neuer, leistungsfähigerer Technologien stetig weiterentwickelt, was sich insbesondere in einer starken Verschiebung hin zu Online-Geldspielen zeigt.⁴⁶ Der bisherige Rechtsrahmen vermochte die sich verändernde Geldspiellandschaft immer weniger zufriedenstellend zu regulieren.⁴⁷ Schweizer Spielerinnen und Spieler, die nicht regulierte Webseiten nutzten, waren zudem erhöhten Sucht- und Vermögensrisiken ausgesetzt.⁴⁸ Dadurch wurde auch der einheimische Geldspielmarkt in Mitleidenschaft gezogen, da Schweizer Geldspielanbieter im Online-Geldspielbereich beschränkt waren und ausländische Anbieter kaum konkurrenzieren konnten.⁴⁹

25 Die Strafbestimmungen in Art. 130 Abs. 1 lit. a und Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS sollen daher verhindern, dass Geldspiele

39 Eidgenössische Spielbankenkommission.

40 ESBK, Jahresbericht 2019, S. 17; ESBK, Jahresbericht 2018, S. 17.

41 Lotterie- und Wettkommission Comlot; die Comlot wurde am 1. Januar 2021 zur «Gespa».

42 Comlot, Jahresbericht 2019, S. 17; Comlot, Jahresbericht 2018, S. 9. Die Strafverfolgung obliegt im Lotterie- und Wettbereich jedoch den kantonalen Strafverfolgungsbehörden (vgl. Art. 135 Abs. 1 BGS).

43 Comlot, Jahresbericht 2018, S. 9; Comlot, Jahresbericht 2017, S. 9; Comlot, Jahresbericht 2016, S. 9; Comlot, Jahresbericht 2015, S. 10; Comlot, Jahresbericht 2014, S. 9; ESBK, Jahresbericht 2018, S. 17; ESBK, Jahresbericht 2017, S. 16; ESBK, Jahresbericht 2016, S. 21; ESBK, Jahresbericht 2015, S. 21; ESBK, Jahresbericht 2014, S. 19.

44 Vgl. ESBK, Jahresbericht 2016, S. 6.

45 Vgl. Comlot, Jahresbericht 2019, S. 15f.; ESBK, Jahresbericht 2019, S. 17.

46 Vgl. ARTUR BALDAUF / THOMAS BRÜSEHABER, Abschätzung der finanziellen Auswirkungen des neuen Geldspielgesetzes, Eine explorative Bestandsaufnahme, Abschlussbericht, Bern 2015, III; Comlot, Jahresbericht 2013, S. 11.

47 Vgl. Comlot, Jahresbericht 2018, S. 3; Comlot, Jahresbericht 2017, S. 3; Comlot, Jahresbericht 2013, S. 15; ESBK, Jahresbericht 2015, S. 7; ESBK, Jahresbericht 2016, S. 6.

48 Vgl. BJ, «Internetsperre» und ihre Alternativen, Notiz zum Geldspielgesetz vom 4. Juli 2017, S. 2 und 15; Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8408f.

49 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8400f. und 8408f.

ausserhalb behördlicher Kontrolle durchgeführt werden, mit Ausnahme solcher Spiele, bei denen die mit dem Geldspiel einhergehenden Gefahren als gering eingestuft werden (bspw. Geldspiele im privaten Kreis; vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a BGS i.V.m. Art. 1 VGS). Damit stehen sie auch ganz im Sinne der dem BGS zugrundeliegenden Zwecke: Die Bevölkerung soll angemessen vor den Gefahren geschützt werden, die von den Geldspielen ausgehen (Art. 2 lit. a BGS; Art. 106 Abs. 5 BV); Geldspiele sollen sicher und auf transparente Weise durchgeführt werden (Art. 2 lit. b BGS) und es sollen wertvolle Erträge für das Gemeinwesen gesichert werden (vgl. Art. 2 lit. c und d BGS; Art. 106 Abs. 2 und 4 BV).

Die Einteilung in Vergehen und Übertretungen wurde aufgrund der unterschiedlichen Gefährlichkeit der jeweiligen Spiele vorgenommen.⁵⁰ Spielbankenspiele und Grossspiele sind aufgrund ihrer Konzeption grundsätzlich als gefährlicher einzustufen als andere Arten von Geldspielen.⁵¹ Insbesondere schätzt der Gesetzgeber die von online durchgeführten Spielbankenspielen und Grossspielen ausgehende Gefahr als gross ein, da diese sich rasch verbreiten können.⁵²

3. Objektiver Tatbestand

Tathandlung ist das Anbieten eines Geldspiels, d.h. die Durchführung, die Organisation oder das Zurverfügungstellen eines Geldspiels. Das Anbieten muss zudem illegal, ohne die nötigen Konzessionen oder Bewilligungen erfolgen.

a) Illegales Geldspiel

Art. 4 Satz 1 BGS stellt den Grundsatz auf, dass wer legal Geldspiele durchführen will, eine Bewilligung oder eine Konzession braucht. Geldspiele, die nicht durch Konzessionen und Bewilligungen abgedeckt sind, sind illegal.

Der Begriff der Konzession beschränkt sich auf die Konzessionspflicht von Spielbanken (vgl. Art. 5 ff. BGS). Der Konzessionär muss aber zusätzlich für jedes Spielbankenspiel eine Bewilligung einholen (Art. 16 Abs. 1 BGS). Der Grossspielveranstalter benötigt entsprechend eine Veranstalterbewilligung (Art. 21 BGS) und für jedes Spiel eine Grossspielbewilligung (Art. 24 Abs. 1 BGS). Für Kleinspiele wird lediglich eine Spielbewilligung vorausgesetzt (Art. 32 Abs. 1 BGS). Bewilligungspflichtig ist jeweils auch die Änderung eines bereits bewilligten Spiels.⁵³

50 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8497.

51 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8437 und 8497; Votum Abate (Kommissionssprecher), AB 2016 S 380.

52 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8497.

53 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498. Im alten Recht war das Anbieten veränderter Spiele in Art. 56 Abs. 1 lit. d SBG noch ausdrücklich unter Strafe gestellt.

- 30 Illegal sind somit in erster Linie Geldspiele, für die gar keine Bewilligung vorliegt. Illegal können aber auch grundsätzlich bewilligte Geldspiele sein, sofern die Spielbewilligung eine sachliche, räumliche oder zeitliche Begrenzung des Spiels oder Auflagen enthält und gegen diese verstossen wird.⁵⁴ Das Anbieten des Geldspiels ist somit nur solange legal, als durch die Spielbewilligung aufgestellten Schranken beachtet und die Auflagen eingehalten werden. Unabhängig von einer ausdrücklichen Erwähnung in der Spielbewilligung ergibt sich eine räumliche Beschränkung bereits daraus, dass eine Konzession nur das Angebot von Spielen innerhalb der konzessionierten Spielbank erlaubt (Art. 5 Abs. 2 BGS) und die Spielbewilligungen ebenfalls territorial begrenzt sind (Art. 3 IKV⁵⁵, Art. 1 Abs. 3 C-LoRo⁵⁶ für Grossspiele; vgl. auch Art. 49 Abs. 2 und 3 GSK⁵⁷; für Kleinspiele ergibt sich dies aus der Begrenzung auf das Kantonsgebiet, vgl. Art. 3 lit. fund – spezifisch für lokale Sportwetten – Art. 35 Abs. 1 BGS). Es fehlt somit an einer gültigen Spielbewilligung, wenn diese räumliche Grenze überschritten wird. Diese Einschränkung gilt natürlich nicht für Online-Geldspiele, sofern für diese eine Konzession bzw. Bewilligung vorliegt (s. Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BGS für Spielbanken; für Grossspiele ergibt sich die Möglichkeit der Online-Durchführung bereits aus ihrer Definition in Art. 3 lit. e BGS).
- 31 *Per se* illegal ist zudem, was nicht bewilligt werden kann, wie Geldspiele, die sich keiner der drei bewilligungsfähigen Spielkategorien (Spielbankenspiele, Grossspiele oder Kleinspiele) zuteilen lassen.⁵⁸ Zudem steht es den Kantonen frei, für Kleinspiele strengere Regeln zu erlassen bzw. diese teilweise oder gesamthaft zu verbieten (vgl. Art. 41 Abs. 1 BGS). Auch bestimmte *Kategorien* von Grossspielen können durch das kantonale Recht verboten werden (Art. 28 BGS), nicht aber bloss konkrete Grossspiele auf ihrem Territorium.⁵⁹
- 32 Kein illegales Geldspiel liegt vor beim Anbieten von Grattispielen, d.h. Spiele, die den Tatbestand des Geldspiels i.S.v. Art. 3 lit. a BGS nicht erfüllen, und von Geldspielen, die gemäss Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 BGS nicht unter das BGS fallen.

54 Vgl. dazu bspw. die Voraussetzungen an das Spiel *Tactilo* in Comlot, Jahresbericht 2013, S. 9f.

55 Interkantonale Vereinbarung betreffend die gemeinsame Durchführung von Lotterien vom 26. Mai 1937 (IKV; SAR 959.010).

56 9ème Convention relative à la Loterie Romande du 18 novembre 2005 (C-Loro).

57 Gesamtschweizerisches Geldspielkonkordat vom 20. Mai 2019 (GSK).

58 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8500.

59 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8449.

b) Tathandlung

Die Tathandlung kann alternativ in der Durchführung, der Organisation oder dem Zurverfügungstellen bestehen:

Durchführen umfasst alle Handlungen in Verbindung mit der konkreten Umsetzung eines Geldspiels.⁶⁰ Die Botschaft nennt exemplarisch Verkaufs- oder Vertriebshandlungen.⁶¹ Je nach Ausgestaltung des Geldspiels kann aber auch bereits das Zugänglichmachen der Spielmöglichkeit eine Durchführungshandlung darstellen, bspw. indem den Spielern eine Plattform zum Geldspiel bereitgestellt wird.⁶² Damit es sich beim Zugänglichmachen aber um ein Durchführen handelt, müsste sich das Geldspiel darin bereits erschöpfen, d.h., um zu spielen dürfen keine weiteren Handlungen – ausser den Spielhandlungen selbst – nötig sein, da sich die Durchführung ansonsten nicht vom Zurverfügungstellen unterscheidet.

Organisieren meint den Aufbau der Struktur, mit der die Durchführung des Geldspiels ermöglicht wird.⁶³ Auf die Qualität der Organisationshandlung kommt es nicht an, weshalb auch an sich triviale und erfolglose Handlungen eine Organisationshandlung darstellen können.⁶⁴

Grundsätzlich wird die Organisation in der Durchführung aufgehen.⁶⁵ Konstellationen, bei denen der Organisator an der konkreten Umsetzung nicht beteiligt ist, sind bspw. bei stark hierarchischem Aufbau einer Organisation oder Gruppe denkbar,⁶⁶ sofern dem Organisator die Durchführungshandlung seiner Handlanger nicht sowieso zugerechnet werden kann. Organisator ist gemäss einem Entscheid der ESBK aber auch, wer auf einer von der Schweiz aus betriebenen Webseite Hypertextlinks setzt, die auf Webseiten mit illegalem Glücksspielangebot führen.⁶⁷ Die ESBK sah darin ein Zusammenführen von Anbieter und Nutzer, weshalb die Verlinkung eine Organisationshandlung darstelle.⁶⁸ Diese Qualifikation war wohl auf die ansonsten fehlende Strafbarkeit der Werbung für illegale Spielbankenspiele im SBG zurückzuführen. Heute würde die Verlinkung richtigerweise als Werbung qualifiziert und nicht als Organisationshandlung,

60 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

61 Siehe Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

62 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

63 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

64 Vgl. Strafbescheid der Eidgenössischen Spielbankenkommission 81.07-046/01 vom 6. Dezember 2007 E. 1.2.

65 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

66 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

67 Strafbescheid der Eidgenössischen Spielbankenkommission 81.07-046/01 vom 6. Dezember 2007 E. 1.2.

68 Strafbescheid der Eidgenössischen Spielbankenkommission 81.07-046/01 vom 6. Dezember 2007 E. 1.2.

denn das Geldspiel ist von der Verlinkung vollkommen unabhängig. Die Strafbarkeit der Verlinkung richtet sich daher nach Art. 131 Abs. 1 lit. b BGS.⁶⁹

37 Zurverfügungstellen meint schliesslich, dass zum Zweck der Organisation oder der Veranstaltung von Geldspielen Räumlichkeiten bereitgestellt, der gesamte oder Teile des mit dem Geldspiel verbundenen Zahlungsverkehrs übernommen oder Einrichtungen beschafft werden.⁷⁰ Das Aufstellen von Geldspielautomaten, das im alten Recht noch separat unter Strafe gestellt wurde (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. c und lit. d SBG), ist damit ebenfalls vom Grundtatbestand erfasst, wobei es sich jeweils um einen Fall von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS handeln dürfte, denn Spielautomaten stellen entweder automatisierte Grossspiele oder Spielbankenspiele dar.

38 Beim Zurverfügungstellen handelt es sich um eigentliche Gehilfenschaftshandlungen, die zu selbständig strafbaren Handlungen aufgewertet wurden, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden.⁷¹ Ohne die ausdrückliche Nennung dieser Tathandlung würden Vertreiber und Wiederverkäufer gemäss Botschaft straflos bleiben, wenn der Veranstalter des Geldspiels seinen Sitz im Ausland hat, da Art. 25 StGB⁷² nicht anwendbar sei.⁷³ Diese Aufwertung der Gehilfenschaftshandlung zur selbständigen Tathandlung wäre meines Erachtens nicht notwendig. Gehilfenschaft setzt eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat voraus.⁷⁴ Unabhängig vom (Wohn-)Sitz oder Aufenthalt des eigentlichen Spielveranstalters wird bereits die tatbestandsmässige Handlung des Organisierens eines Geldspiels in der Schweiz erfüllt, indem der Veranstalter die Erlaubnis zum Vertrieb und Wiederverkauf in der Schweiz erteilt. Die Organisationshandlung erstreckt sich somit auch auf die Schweiz. Der Organisator handelt damit grundsätzlich tatbestandsmässig und rechtswidrig. Das blosses Zurverfügungstellen von Räumlichkeiten oder die technische Unterstützung wäre somit als Gehilfenschaft strafbar. Eine Strafbarkeitslücke ist daher nicht ersichtlich. Dies gilt auch in Bezug auf den Übertretungstatbestand von Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS, da Gehilfenschaft ausdrücklich für strafbar erklärt wird (Art. 131 Abs. 2 BGS i.V.m. Art. 105 Abs. 2 StGB).

39 Die Strafbarkeit wird durch diese Verselbständigung der Gehilfenschaftshandlung unnötig ausgedehnt. Damit fällt nämlich nicht nur die obligatorische Strafmilderung

69 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8500.

70 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8498.

71 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8499.

72 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

73 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8499.

74 GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 13 N 87 und N 113.

weg (vgl. Art. 25 StGB), sondern es wird auch das versuchte Zurverfügungstellen von Geldspielen strafbar, wohingegen versuchte Gehilfenschaft straflos bleibt.⁷⁵ Die eigentliche Natur des Zurverfügungstellens als Gehilfenschaftshandlung sollte daher zumindest bei der Strafzumessung mildernd berücksichtigt werden.

4. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv wird Vorsatz vorausgesetzt (Art. 130 Abs. 1, Art. 131 Abs. 1 BGS), wobei Eventualvorsatz genügt (Art. 12 Abs. 2 StGB).

Im Gegensatz zu den Vorgängerbestimmungen des SBG ist die fahrlässige Begehung nicht mehr strafbar (vgl. Art. 55 Abs. 3, Art. 56 Abs. 2 SBG). Zwar sah der Entwurf noch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vor (vgl. Art. 127 Abs. 3 und Art. 128 Abs. 2 E-BGS). Diese Bestimmungen wurden in den parlamentarischen Beratungen jedoch gestrichen, da sie unverhältnismässig und systemwidrig seien.⁷⁶ Der Bundesrat befürchtet deswegen Strafbarkeitslücken, denn er geht davon aus, dass der Betreiber eines Geschicklichkeitsautomaten, der diesen nachträglich zu einem Glücksspielautomaten abändert, aufgrund der fehlenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht bestraft werden könnte, wenn ihm die vorsätzliche Abänderung nicht nachweisbar wäre.⁷⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass wer an Hard- oder Software von Spielautomaten Änderungen vornimmt, dies in jedem Fall vorsätzlich tut. Hinsichtlich der Qualifikation als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten muss der Betreiber zumindest in Kauf nehmen, dass dadurch der Glücks- oder der Geschicklichkeitskoeffizient in nicht unerheblichem Masse verändert wird. Er handelt damit zumindest eventualvorsätzlich. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass durch die Veränderung eines Spielautomaten unter Umständen ein neues Spiel geschaffen wird, dass wiederum einer Bewilligungspflicht unterliegt (vgl. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 BGS). Das Anbieten des neuen Spiels ohne Bewilligung würde den Tatbestand von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS erfüllen.

5. Qualifikation

Wird die Tat i.S.v. Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS gewerbs- oder bandenmässig begangen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagesstrafen (Art. 130 Abs. 2 BGS). Abs. 2 enthält somit eine Qualifikation für schwere Fälle, worunter der Gesetzgeber die gewerbs- und bandenmässige Durchführung versteht.⁷⁸

75 Vgl. STRATENWERTH (Fn. 74), § 13 N 123 und N 129.

76 Votum Abate (Kommissionssprecher), AB 2016 S 460.

77 Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2016 S 460.

78 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8499.

43 Die Definitionen der Gewerbs- und Bandenmässigkeit entsprechen denjenigen des Kernstrafrechts.⁷⁹ Die unter dem LG geltende Auslegung der Gewerbsmässigkeit, bei der auf Art. 31 aBV und Art. 52 Abs. 3 aHRegV⁸⁰ zurückgegriffen wurde, gilt für die Strafbestimmungen des BGS somit nicht mehr.⁸¹ Dies ergibt sich auch aus der Systematik: Während die Strafbestimmung des Art. 42 LG für den Tatbestand an Art. 33 LG und damit an eine im Grunde nicht-strafrechtliche Norm anknüpfte, wurde im BGS auf das Erfordernis der Gewerbsmässigkeit für die Definition einzelner Spielarten verzichtet. Die in Art. 130 Abs. 2 BGS angesprochene Gewerbsmässigkeit ist daher nicht an eine vorbestehende Definition oder Auslegung an anderem Ort im BGS gebunden. Überdies ist die Gewerbsmässigkeit im Zusammenhang mit der Bandenmässigkeit zu lesen, was ebenfalls für eine rein strafrechtliche Auslegung spricht.

44 Die Mindeststrafdrohung von 180 Tagessätzen Geldstrafe stellt eine Abweichung von der in Art. 34 Abs. 1 StGB statuierten Obergrenze von 180 Tagessätzen dar. Der Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, im BGS eine neue Obergrenze zu statuieren, womit unklar ist, wie viele Tagessätze schlussendlich gesprochen werden können. Den Materialien ist zudem nicht zu entnehmen, dass die Abweichung vom neuen Sanktionenrecht intendiert war. Es handelt sich wohl um ein redaktionelles Versehen. Als Lösung bietet es sich an, im Falle einer Geldstrafe (nur) genau 180 Tagessätze zu sprechen, womit sowohl Art. 34 Abs. 1 StGB als auch Art. 130 Abs. 2 BGS eingehalten würden.

6. Versuch und Gehilfenschaft

45 Versuch und Gehilfenschaft richten sich im Falle des Verbrechens- (Art. 130 Abs. 2 BGS) und des Vergehenstatbestands (Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS) nach den allgemeinen Regeln des StGB, d.h. Art. 22 f. und Art. 25 StGB sind anwendbar (Art. 333 Abs. 1 StGB). Dies gilt auch für Verbrechen und Vergehen im Zusammenhang mit Spielbankenspielen, bei denen das Verwaltungsstrafrecht zur Anwendung kommt (Art. 134 Abs. 1 BGS i.V.m. Art. 2 VStrR⁸²). Im Falle des Übertretungstatbestands (Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS) sind Versuch und Gehilfenschaft aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Art. 131 Abs. 2 BGS ebenfalls strafbar (Art. 131 Abs. 2 BGS i.V.m. Art. 105 Abs. 2 StGB), womit die Art. 22 f. und 25 StGB auch auf die Übertretung anwendbar sind.

79 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8499.

80 Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (HRegV; SR 221.411), nicht mehr in Kraft.

81 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8499; zur Auslegung siehe BGE 107 Ib 391 E. 3; BGE 133 II 68 E. 8.3.

82 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0).

V. Flankierende Instrumente

Zur Erreichung der in Art. 2 BGS definierten Zwecke enthalten das BGS und das Straf- und Strafprozessrecht neben den Straftatbeständen *flankierende* Instrumente, welche an die in den Art. 130 Abs. 1 lit. a und Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS vorgenommene Abgrenzung zwischen legalem und illegalem Geldspiel anknüpfen.

1. Voraussetzung des guten Rufs

Für die Erlangung einer Konzession oder einer Veranstalterbewilligung wird vorausgesetzt, dass der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin einen guten Ruf geniesst (Art. 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 1, Art. 22 Abs. 1 lit. b, Art. 33 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 BGS). Die Voraussetzung des guten Rufs ist insbesondere dann nicht erfüllt, wenn der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin, wichtige Geschäftspartner oder die wirtschaftlich Berechtigten ohne die nötigen schweizerischen Bewilligungen Geldspiele durchführen oder durchgeführt haben (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 VGS; ähnlich in Art. 24 Abs. 1 VGS). Die Beteiligten an der Durchführung illegaler Geldspiele i.S.v. Art. 130 Abs. 1 lit. a oder Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS haben damit keine Möglichkeit mehr, eine Konzession oder Bewilligung zur legalen Durchführung von Geldspielen zu erlangen. Illegale Geldspielanbieter sollen damit auch für die Zukunft vom Geldspielmarkt ausgeschlossen werden. Die intendierte Abschreckung und der Wille, den Geldspielmarkt «sauber zu halten», ist verständlich, allerdings stellt sich die Frage, ob nicht auch der vorbestrafte Geldspielanbieter zukünftig besser unter staatlicher Aufsicht Geldspiele anbieten würde, statt dass er sich u.U. erneut im illegalen Bereich betätigt, da ihm der legale Markt nun definitiv verschlossen bleibt.

2. Überwachungsmassnahmen

Mit der Reform des Geldspielrechts wurde die Möglichkeit eingeführt, für Verdachtsfälle von Art. 130 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 BGS den Post- und Fernmeldeverkehr zu überwachen (Art. 269 Abs. 2 lit. m StPO⁸³) und verdeckte Ermittlungen durchzuführen (Art. 286 Abs. 2 lit. k StPO), allerdings nur, soweit Grossspiele betroffen sind, da die für Spielbankenspiele zuständige ESBK (Art. 134 Abs. 2 BGS) keine geheimen Überwachungsmassnahmen anordnen kann.⁸⁴ Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs dürfte sich insbesondere mit Blick auf das stetig wachsende Online-Angebot als nützlich erweisen.

83 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

84 Eine entsprechende Kompetenz fehlt im VStrR, das gemäss Art. 134 Abs. 1 BGS zur Anwendung kommt.

3. Beschlagnahme und Einziehung

- 49 Spieleinrichtungen, -einsätze und -gewinne können der Beschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. a und d StPO, Art. 46 Abs. 1 lit. a und b VStrR) und der Einziehung (Art. 69 Abs. 1 StGB, Art. 70 Abs. 1 StGB) unterliegen.⁸⁵ Gegenstand der Vermögenseinziehung gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB können insbesondere Einsätze und Gewinne sein.⁸⁶ Von der Sicherungseinziehung (Art. 69 Abs. 1 StGB) können Spieleinrichtungen betroffen sein, die Tatmittel darstellen und die der Täter auch in Zukunft zum illegalen Geldspiel nutzen könnte.⁸⁷ In Anlehnung an die Rechtsprechung in Deutschland sollten als Spieleinrichtungen nur Gegenstände gelten, die ihrer Natur nach dem Geldspiel dienen und die nach den Umständen zur Verwendung für Geldspiele geeignet und bestimmt sind, worunter insbesondere Geldspielautomaten oder andere Spielgeräte (spezielle Tische etc.) fallen dürften.⁸⁸
- 50 Im vorliegenden Kontext ist besonders die Möglichkeit der Einziehung von Spieleinsätzen und -gewinnen hervorzuheben, da diese auch die straflosen Spieler trifft.⁸⁹ Die Gefahr einer Einziehung kann eine abschreckende Wirkung auf die Spieler haben.⁹⁰

4. Netzsperrern

- 51 Das Instrument der Netzsperrere (Art. 86 ff. BGS) dient dazu, die Besteuerung im Geldspielbereich zu sichern und die Spieler vor nicht bewilligten (und damit potenziell gefährlichen) ausländischen Online-Angeboten zu schützen.⁹¹ Die Geldspielbehörden ESBK und Gespa (bis 31. Dezember 2020 Comlot) veröffentlichen regelmässig Liste mit Internetadressen von aus der Schweiz erreichbaren ausländischen Online-Geldspielseiten (Art. 86 Abs. 3, Art. 88 Abs. 1 BGS), welche die Fernmeldedienst-

anbieter in der Folge zu sperren haben (Art. 86 Abs. 4 BGS). Hierzu wird derzeit eine sog. DNS-Sperre eingesetzt, d.h., die Adresse (oder URL) wird nicht mehr aufgelöst und der Internetbenutzer wird automatisch auf eine Informationsseite des Fernmeldediensteanbieters weitergeleitet (siehe Art. 89 BGS).⁹² Die Informationsseite informiert über die Sperrung, deren Grund sowie über alternative, in der Schweiz zugelassene Angebote.⁹³

Netzsperrern werden als wirksam angesehen, da sie den 52 uninformierten Zugriff auf die entsprechenden Seiten verhindern.⁹⁴ Es wird erwartet, dass der durchschnittliche Spieler von der Netzsperrere aufgehhalten wird oder dank der Informationsseite auf ein legales Angebot umsteigt.⁹⁵ Allerdings lassen sich die Sperrern relativ leicht umgehen.⁹⁶ Mithilfe eines *Virtual Private Network* (VPN), das einfach zu erwerben und zu bedienen ist und heutzutage oftmals mit der Antivirus- oder Browser-Software mitgeliefert wird, kann problemlos auf die gesperrten Seiten zugegriffen werden.⁹⁷ Zudem ist die (gegenwärtig) eingesetzte Technologie der DNS-Sperre lückenhaft, da sog. *Native Apps* nicht erfasst werden, die im Unterschied zu *Web Apps* keine Domainnamen verwenden, sondern über andere Adressierungselemente kommunizieren.⁹⁸

In Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber ist aber da- 53 von auszugehen, dass die Informationsfunktion der Netzsperrere tatsächlich bei einem Grossteil der Spieler dazu führen wird, dass sie auf ein legales Angebot umsteigen.⁹⁹ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass ein solches legales Angebot geschaffen wird, was mit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BGS für Spielbanken und mit der ausdrücklichen Erwähnung in Art. 3 lit. e BGS für Grossspiele ermöglicht wurde.¹⁰⁰ Die Comlot stellte überdies fest, dass sich die ausländischen Anbieter, um nicht auf der Sperrliste zu landen und

85 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G.16/2004 vom 12. Februar 2004 E. 2; Beschluss des Bundesstrafgerichts BV.2019.50 vom 20. Dezember 2009 E. 2 und E. 3; BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 27.

86 Vgl. MARC THOMMEN, in: Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, Einziehung – Kriminelle Organisation – Finanzierung des Terrorismus – Geldwäscherei, Band I, Zürich 2018, Art. 69, N175: Buch- und Bargeld fallen grundsätzlich unter Art. 70 StGB.

87 Vgl. für die Voraussetzungen der Sicherungseinziehung FLORIAN BAUMANN, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht (StGB/JStGB), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Band I (Art. 1 – 136 StGB), 4. Aufl., Basel 2019, Art. 69, N 5 ff.; die von den fraglichen Gegenständen ausgehende zukünftige Gefahr muss sich immer in Verbindung mit dem Gebrauch durch den Berechtigten bzw. dem Täter ergeben, THOMMEN (Fn. 86), N 279.

88 Vgl. Oberlandesgericht Köln, Einziehung eines Grundstücks, Beschluss vom 16. September 2005, NStZ 2006, S. 225 ff., 226 E. 2.

89 Das Spielen illegaler Geldspiele ist in der Schweiz grundsätzlich straflos; vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8409.

90 BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 27.

91 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8408 f. und 8473.

92 Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8474 f. und 8478.

93 BJ, Merkblatt über das Spielen auf illegalen Online-Seiten vom 31. Juli 2019, S. 2.

94 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8475; BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 13.

95 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8475; BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 13.

96 BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 13.

97 Vgl. BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 13.; FLORENT THOUVENIN / BURKHARD STILLER, Gutachten: Netzsperrern vom 16. September 2016, S. 18, betrachten Netzsperrern daher als ungeeignet und damit unverhältnismässig i.w.S., wobei sie allerdings selbst einräumen, dass die Netzsperrere Nutzern dienen werde, die nicht gezielt das illegale Angebot suchen (siehe S. 15). Ein Beispiel für Antivirus-Software mit VPN ist bspw. Bitdefender; eine VPN-Funktion enthält z.B. der Browser Opera.

98 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8474 f.

99 Vgl. Botschaft zum Geldspielgesetz (Fn. 5), S. 8475; BJ, «Internetsperre» (Fn. 48), S. 13; Votum Bundesrätin Sommaruga, AB 2016 S 375.

100 Vgl. Sommaruga, AB 2016 S 375. Die beiden Grossspielanbieter und fünf Spielbanken haben von dieser Möglichkeit auch bereits Gebrauch gemacht: vgl. ESBK, Online-Spielbanken; Swisslos; LoRo.

gesperrt zu werden, selbst darum bemühen, Zugriffe aus der Schweiz zu unterbinden.¹⁰¹ Die Spieler können sich freilich auch in diesem Fall mittels VPN Zugriff verschaffen. Der Gesetzgeber ist daher angehalten, die technologische Entwicklung im Auge zu behalten, um ein völliges Erodieren der Netzsperrre durch neue Technologien zu verhindern und sein eigenes Arsenal entsprechend anzupassen.¹⁰²

VI. Umgehungsproblematik?

54 Den Schweizer Spielbanken wird im Online-Bereich vorgeworfen, sie würden ihre Online-Dienstleistungen gerade eben bei denjenigen Anbietern im Ausland kaufen, die sie durch die Netzsperrre vom Markt verdrängen wollten.¹⁰³ Dies betrifft auch die Wirksamkeit der von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS und das System der Netzsperrre. Die ESBK bringt diesbezüglich vor, dass die Spielbanken für eine Bewilligung des Spiels belegen müssten, dass der ausländische Spieldienstleister «strenge Voraussetzungen erfüllt und korrekt lizenziert ist.»¹⁰⁴ Tatsächlich macht es einen Unterschied, ob die Online-Spiele auf ausländischen Internetseiten direkt durch den Schweizer Spieler aufgerufen werden oder ob der Spieler formell auf der Plattform einer Schweizer Spielbank spielt, materiell jedoch unter Umständen (ob für ihn ersichtlich oder nicht) auf einer ausländischen Plattform spielt. Im Falle des Spielens über eine Schweizer Spielbank trägt diese nämlich die Verantwortlichkeit für Fairness, Transparenz und die Sicherheit des Spiels. Der Spieler hat in der Spielbank einen Anknüpfungspunkt in der Schweiz, der ihm einen durchsetzbaren Anspruch verschafft. Die Spielbank wird ihrerseits durch die ESBK beaufsichtigt und hat selbst auch ein (zumindest *image*-technisches) Interesse daran, die Regeln des BGS und der Ausführungsverordnungen einzuhalten. Schliesslich unterliegen auch die Gewinne der Besteuerung für die AHV/IV (vgl. Art. 2 lit. e, Art. 119 Abs. 1 BGS).

55 Der ausländische Spieldienstleister macht sich seinerseits nicht wegen illegalen Angebots von Spielbankenspielen i.S.v. Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS strafbar. Der Tatbestand von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS ist teleologisch zu reduzieren: Zwar bietet der ausländische Spieldienstleister (gemäss der Berichterstattung weitgehend autonom)¹⁰⁵ Spielbankenspiele an, die sich zudem spezifisch

an den Schweizer Markt richten, womit zumindest ein Zurverfügungstellen vorliegt, je nach Autonomie wohl aber bereits ein Durchführen im Sinne des Tatbestands. Er verfügt selbst auch nicht über die nötigen Konzessionen und Bewilligungen. Allerdings ist formell die Schweizer Spielbank Anbieterin des Online-Spiels. Diese trägt alle Verantwortung. Sie untersteht der behördlichen Aufsicht und Kontrolle, muss die Vorgaben zum Spielerschutz einhalten und einen Grossteil der Einnahmen an den Staat abliefern. Die Gefahren, denen Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS vorbeugen soll, verwirklichen sich in diesem Fall nicht. Überdies ist auch beachtlich, dass die ESBK das Spiel in Kenntnis des tatsächlichen Anbieters im Ausland bewilligt. Das *Outsourcing* ist damit ebenfalls von der Bewilligung umfasst.

Soweit die Netzsperrren und die Strafbestimmungen betroffen sind, findet somit keine Umgehung der Geldspielregelung statt.

VII. Bewertung

Durch das BGS wird das Geldspielrecht in der Schweiz konsolidiert und aktualisiert. Die Rechtsunsicherheit unter der Geltung des LG und des SBG sollte beseitigt und neue Entwicklungen sollten erfasst werden. Zentral zur Erreichung dieser Ziele ist der einheitliche Begriffskomplex des BGS: Die offene, auf das Notwendige reduzierte Definition des Geldspiels in Art. 3 lit. a BGS lässt es zu, auch neue Phänomene wie *Skin Gambling*¹⁰⁶ oder *Lootboxen*¹⁰⁷ zu erfassen.¹⁰⁸ Die Straftatbestände der Art. 130 Abs. 1 lit. a und Art. 131 Abs. 1 lit. a BGS, die das illegale Anbieten von Geldspielen verbieten, sind soweit lückenlos und das legale Geldspiel lässt sich der grundsätzlichen Bewilligungspflicht und den abschliessend statuierten Ausnahmen in Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 BGS klar vom illegalen Geldspiel unterscheiden. Schwierigkeiten dürfte es vor allem bei der Qualifikation eines Spiels als Geldspiel oder allenfalls bei der Kategorisierung des Geldspiels geben, auch wenn die Legaldefinitionen in Art. 3 BGS und die Konkretisierungen im VGS diese Problematik etwas abschwächen sollten.

Die Möglichkeit geheimer Überwachungsmaßnahmen in schweren Fällen, die Beschlagnahme und Einziehung von Spieleinrichtungen, -einsätzen und -gewinnen sowie die Netzsperrren stellen grundsätzlich wirksame Ins-

101 Comlot, Jahresbericht 2019, S. 14 f.

102 Vgl. FELIX UHLMANN / BEAT STALDER, «Unverhältnismässig, weil unwirksam»? Zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren im Internet, sic! 2018, S. 370.

103 NZZ am Sonntag vom 19. April 2020, S. 16.

104 NZZ am Sonntag vom 19. April 2020, S. 17.

105 Vgl. NZZ am Sonntag vom 19. April 2020, S. 16.

106 *Skins* sind virtuelle Güter in Videospiele; beim *Skin Gambling* werden Geldspiele mit *Skins* als Einsatz gespielt (vgl. GLARNER/KÖRNER/SCHMID [Fn. 20], N 3 und N 8).

107 *Lootboxen* sind virtuelle Boxen innerhalb eines Videospiele, die eine zufällige Auswahl von Spielobjekten enthalten (vgl. GLARNER/KÖRNER/SCHMID [Fn. 20], N 6).

108 Siehe hierzu bspw. GLARNER/KÖRNER/SCHMID (Fn. 20).

trumente zur Absicherung des legalen Geldspiels dar. Die Voraussetzung des guten Rufs als Voraussetzung für eine Bewilligung sollte aufgegeben werden und stattdessen bspw. eine Bewilligung unter strengerer Aufsicht ermöglicht werden.

Insgesamt stehen damit potente Massnahmen zur Unterbindung des illegalen Anbietens von Geldspielen zur Verfügung. Die Zukunft wird zeigen, ob sie sich auch in der Praxis bewähren können. 59