Urteilskopf

129 IV 107

13. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. Free Lotto Association GmbH & Co. International KG gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau (Nichtigkeitsbeschwerde) 6S.324/2002 vom 21. November 2002

Regeste (de):
Widerhandlungen gegen das Lotteriegesetz (Art. 38 Abs. 1 LG); Konfiskation (Art. 43 LG), Einziehung (Art. 59 StGB), Verhältnis (Art. 333 Abs. 1 StGB).

Art. 59 StGB hat Vorrang vor Art. 43 LG und findet auch Anwendung auf Vermögenswerte, die durch Widerhandlungen gegen das Lotteriegesetz erlangt worden sind (E. 3).

Regeste (fr):
Infractions à la loi sur les loteries et les paris professionnels (art. 38 al. 1 LLP); confiscation (art. 43 LLP), confiscation de valeurs patrimoniales (art. 59 CP), relation (art. 333 al. 1 CP).

L'art. 59 CP prime l'art. 43 LLP; il s'applique également aux valeurs patrimoniales provenant d'une infraction à la loi sur les loteries et les paris professionnels (consid. 3).

Regesto (it):
Infrazioni alla legge federale concernente le lotterie e le scommesse professionalmente organizzate (art. 38 cpv. 1 LLS); confisca (art. 43 LLS), confisca di valori patrimoniali (art. 59 CP), relazione (art. 333 cpv. 1 CP).

L'art. 59 CP prevale sull'art. 43 LLS; si applica ugualmente ai valori patrimoniali provenienti da un'infrazione alla legge concernente le lotterie e le scommesse professionalmente organizzate (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 107

BGE 129 IV 107 S. 107

A.- X. ist an verschiedenen Gesellschaften, unter anderem an der Free Lotto Association GmbH & Co. International KG, Düsseldorf (nachfolgend Free Lotto), beteiligt, die gewerbsmässig Kunden in der Schweiz für das deutsche Zahlenlotto akquirieren.

B.- Das Bezirksamt Kreuzlingen verurteilte X. mit Strafverfügung vom 23./24. Mai 2000 wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LG zu einer Busse von Fr. 3'000.-.

BGE 129 IV 107 S. 108

Zugleich ordnete es gestützt auf Art. 43 LG und Art. 59 StGB die Einziehung des mit Verfügung vom 18. August 1999 bei der Postfinanz AG auf einem Postkonto der Free Lotto durch Kontosperre beschlagnahmten Vermögenswerts von Fr. 250'000.- zu Gunsten des Kantons Thurgau an. X. focht seine Verurteilung wegen Widerhandlung gegen das Lotteriegesetz nicht an; diese ist somit in Rechtskraft erwachsen. Nachdem das Obergericht des Kantons Thurgau einen ersten Entscheid betreffend die Einziehung aufgehoben hatte, ordnete das Bezirksamt Kreuzlingen mit Verfügung vom 28. Juni 2001 die Einziehung von Fr. 138'000.- von dem auf die Free Lotto lautenden Postkonto an. Die Bezirksgerichtliche Kommission hob mit Urteil vom 17. September / 7. November 2001 die Einziehung in Gutheissung der von der Free Lotto erhobenen Einsprache auf. In Gutheissung der von der Staatsanwaltschaft dagegen erhobenen Berufung ordnete das Obergericht des Kantons Thurgau mit Urteil vom 14. März 2002 die Einziehung eines Vermögenswerts im Betrag von Fr. 138'000.- von dem mit Verfügung vom 18. August 1999 bei der Postfinanz AG auf dem Postkonto der Free Lotto beschlagnahmten Vermögenswert von Fr. 250'000.- zu Gunsten des Kantons Thurgau an.

C.- Die Free Lotto führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Das Lotteriegesetz vom 8. Juni 1923 (LG; SR 935.51) ist am 1. Januar 1924 in Kraft getreten. Es ist seither nie geändert worden. Die Konfiskation im Sinne von Art. 43 LG ist nicht als sachliche Massnahme, sondern als Nebenstrafe ausgestaltet (siehe schon ERNST BLUMENSTEIN, Gutachten und Gesetzesentwurf betreffend bundesrechtliche Regelung des Lotteriewesens, Bern 1913, S. 107; WILLY STAEHELIN, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten als Strafgesetz, Diss. Zürich 1941, S. 123). Sie ist nicht obligatorisch, sondern fakultativ. Art. 43 LG listet die Objekte auf, die bei der Durchführung einer verbotenen Lotterie (siehe Art. 4 LG) in den damals bekannten Formen üblicherweise verwendet wurden, nämlich einerseits Lose, Coupons und Ziehungslisten und andererseits den hiefür bezogenen Kaufpreis sowie ferner die Druckschriften und Publikationsmittel,

welche der - ebenfalls verbotenen und strafbaren (siehe Art. 4 und 38 LG) - Ankündigung oder Bekanntmachung einer Lotterie dienen.

3.2 Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 21. Dezember 1937 betreffend Einziehung und Verfall wurden durch das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) umfassend revidiert (siehe Botschaft, BBl 1971 I 993ff., 1007 f., 1031 f.; Verhandlungen der eidgenössischen Räte, AB 1973 N 451 ff., 459, 495 ff.; AB 1973 S 578 f.). Art. 58 StGB in dieser neuen Fassung regelte erstmals in allgemeiner Form die Ausgleichseinziehung. Der Richter verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person unter anderem die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind, soweit die Einziehung zur Beseitigung eines unrechtmässigen Vorteils oder Zustandes als geboten erscheint (Art. 58 Abs. 1 lit. a StGB in der Fassung von 1974); sind die Vermögenswerte

nicht mehr vorhanden, so wird auf eine Ersatzforderung des Staates in der Höhe des unrechtmässigen Vorteils erkannt (Art. 58 Abs. 4 StGB in der Fassung von 1974). Das bis dahin geltende Recht hatte lediglich die Einziehung gefährlicher Gegenstände und den Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen vorgesehen (Art. 58 und 59 StGB in der Fassung von 1937). Die Einziehungsbestimmungen des Strafgesetzbuches sind durch Bundesgesetz vom 18. März 1994 ein weiteres Mal revidiert worden. Neu wird unter anderem die Verjährung des Rechts zur Einziehung der durch strafbare Handlungen erlangten Vermögenswerte ausdrücklich geregelt (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 3 StGB; zur Verjährung des Einziehungsrechts siehe schon BGE 117 IV 233 E. 5) und die Möglichkeit der richterlichen Schätzung des Umfangs des einzuziehenden Vermögenswerts vorgesehen (Art. 59 Ziff. 4 StGB). Die so genannte Ausgleichseinziehung beruht vor allem auf dem grundlegenden sozialethischen Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (BGE 104 IV 228 E. 6b; BGE 106 IV 336 E. 3b/aa; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., 1997, N. 1 zu Art. 59 StGB, mit Hinweisen).

3.3

3.3.1 Art. 59 StGB hat als neuere, allgemeine, die Einziehung von Vermögenswerten umfassend regelnde Bestimmung Vorrang vor dem älteren Art. 43 LG, der die Ausgleichseinziehung nur rudimentär - nämlich soweit den noch vorhandenen Kaufpreis für Lose, Coupons oder Ziehungslisten betreffend - regelt und welcher vor

den grundlegenden Änderungen der Einziehungsbestimmungen des Strafgesetzbuches in den Jahren 1974 und 1994 geschaffen worden war.

3.3.2 Zwar finden gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, zu welchen auch Art. 59 StGB gehört, auf Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, nur insoweit Anwendung, als diese Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen. Dieser Vorbehalt kann indessen in Anbetracht der grundlegenden sozialethischen Bedeutung der Ausgleichseinziehung, wie sie in Art. 59 StGB ausgestaltet ist, nicht auch in Bezug auf veraltete Einziehungsbestimmungen in irgendwelchen Spezialgesetzen gelten, welche die Ausgleichseinziehung nur rudimentär regeln. Der Vorbehalt in Art. 333 Abs. 1 am Ende StGB betrifft insoweit allenfalls Bestimmungen, deren Anwendungsbereich weiter ist als derjenige von Art. 59 StGB, sowie insbesondere Vorschriften, durch welche der Gesetzgeber bewusst eine von Art. 59 StGB abweichende Regelung getroffen hat. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen die Bestimmungen des Strafgesetzbuches betreffend die Einziehung von Vermögenswerten bei sämtlichen strafbaren Handlungen des eidgenössischen Rechts anwendbar sein (siehe JEAN GAUTHIER, Quelques aspects de la confiscation selon l'article 58 du Code pénal Suisse, Festgabe Schultz, in: ZStrR 94/1977 S. 364 ff., 365). Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei einer Revision des Lotteriegesetzes auf den Erlass von besonderen Bestimmungen betreffend die Einziehung, zumindest die Ausgleichseinziehung, verzichten wird, wie dies bei der Änderung von verschiedenen Spezialgesetzen bereits geschehen ist, etwa bei der Totalrevision des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken durch Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 (SR 935.52). Dies bedeutet aber nicht, dass bis zu einer solchen Revision des Lotteriegesetzes infolge des in Art. 333 Abs. 1 am Ende StGB genannten Vorbehalts Art. 43 LG allein anwendbar bleibt. Vielmehr ist aus den erwähnten Gründen sowie mit Rücksicht auf die Vorstellungen des Gesetzgebers der in Art. 333 Abs. 1 am Ende StGB umschriebene Vorbehalt im dargestellten Sinne restriktiv auszulegen.

3.3.3 Das Bundesgericht hat bereits in BGE 97 IV 248 E. 3 die Verpflichtung des Teilnehmers an einer lotterieähnlichen Kettenbriefaktion zur Bezahlung des widerrechtlich erzielten Gewinnes an den Staat in Anwendung des damals, im Jahre 1971, geltenden

Art. 59 StGB betreffend Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen bestätigt, und es ist damit davon ausgegangen, dass diese Bestimmung - trotz der spezialgesetzlichen Regelung der Konfiskation in Art. 43 LG - auch bei Widerhandlungen gegen das Lotteriegesetz anwendbar ist.

3.3.4 Auch in der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass Art. 59 StGB betreffend die Einziehung von Vermögenswerten vollumfänglich auf die eidgenössische Nebenstrafgesetzgebung anwendbar ist und diese nur insoweit ihre eigenständige Bedeutung behält, als sie weiter als Art. 59 StGB geht (NIKLAUS SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 1998, N. 13 zu Art. 59 StGB; derselbe, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., in: ZStrR 113/1995 S. 321 ff., 327). Allerdings wird andererseits auch die Ansicht vertreten, dass Art. 43 LG als "lex specialis" Vorrang habe (WILLY STAEHELIN, a.a.O., S. 143; CHRISTIAN KLEIN, Die Ausnützung des Spieltriebes durch Veranstaltungen der Wirtschaftswerbung und ihre Zulässigkeit nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1970, S. 110 Fn. 14; MADELEINE VOUILLOZ, La confiscation en droit pénal - art. 58 ss CP, in: AJP 2001 S. 1387 ff., 1388). Diese Meinungen sind indessen einerseits zu einer Zeit geäussert worden, als das Strafgesetzbuch die Einziehung von durch strafbare Handlungen erlangten Vermögenswerten nicht vorsah, und sie beziehen sich andererseits lediglich auf das Verhältnis von Art. 43 LG zur Sicherungseinziehung im Sinne von Art. 58 StGB. Insoweit mag Art. 43 LG, worüber hier jedoch nicht abschliessend zu entscheiden ist, als zwar ältere, aber speziellere Bestimmung Vorrang haben und daher, im Falle der Bestrafung des Beschuldigten, eine Konfiskation beispielsweise der für das verbotene Unternehmen hergestellten Druckschriften und Publikationsmittel gestützt auf Art. 43 LG zulässig sein, auch wenn diese Gegenstände nicht im Sinne von Art. 58 Abs. 1 StGB die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden und daher eine Einziehung gestützt auf Art. 58 Abs. 1 StGB unzulässig wäre (siehe dazu auch BGE 117 IV 336 E. 2 mit Hinweisen). Allerdings ist die als Nebenstrafe ausgestaltete Konfiskation im Sinne von Art. 43 LG fakultativ und dürfte der Richter daher von einer Konfiskation der in dieser Bestimmung genannten Gegenstände absehen, wenn diese völlig ungefährlich sind.

3.4 Die Vorinstanz hat somit Art. 59 StGB betreffend die Einziehung von Vermögenswerten zu Recht als anwendbar erachtet.

Dass eine Einziehung des beschlagnahmten Vermögenswerts im Betrag von Fr. 138'000.- auch bei Anwendung von Art. 59 StGB ausser Betracht falle, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. (...)