

perchè la decisione in parola è stata presa *prima* dell'entrata in vigore della l. f. ord. funz. fed. ed allorquando contro le punizioni disciplinari pronunciate dall'amministrazione sopra il fondamento dell'art. 4 cp. 2 l. f. 2 luglio 1897 non era dato ricorso qualsiasi all'autorità giudiziaria.

Del resto, anche se il Tribunale federale potesse giudicare della fondatezza delle misure disciplinari ordinate sotto l'impero della legislazione anteriore alla l. f. ord. funz. fed. dell'11 giugno 1928, la cognizione della pena che è stata inflitta all'attore con la sospensione dell'aumento di stipendio, gli sarebbe ciò nondimeno sottratta. Infatti nel sistema della l. f. ord. funz. fed., il Tribunale federale, adito come istanza unica di ricorso a sensi dell'art. 60 di detta legge, non può sindacare « la riduzione o la sospensione dell'aumento ordinario di stipendio » pronunciata, a titolo di pena disciplinare, in conformità all'art. 31 cp. 1 cifra 7 l. f. ord. funz. fed.. Il ricorso alla Camera del contenzioso dei funzionari è dato, dall'art. 34 cp. 1 l. f. sulla giurisdizione amministrativa e disciplinare soltanto contro le pene disciplinari consistenti nel licenziamento o nel collocamento in posizione provvisoria, ossia contro le pene disciplinari dell'art. 31 cp. 1 cifre 8 e 9 l. f. ord. funz. fed.

*Il Tribunale federale pronuncia :*

La domanda è respinta.

## II. VERFAHRENSRECHT

### PROCÉDURE

Vgl. Nr. 7 und 8. — Voir n<sup>os</sup> 7 et 8.

## C. STRAFRECHT — DROIT PÉNAL

### LOTTERIEGESETZ

#### LOI SUR LES LOTERIES

#### 9. Urteil des Kassationshofes vom 11. Februar 1929

##### i. S. Bundesanwaltschaft gegen Obrecht.

Art. 1 Abs. 2 eidg. Lotteriegesez : Unter den « ähnlichen auf Zufall gestellten Mitteln » sind nur solche zu verstehen, bei denen wie bei Los- oder Nummernziehung der Zufall allein massgebend ist.

A. — In ihrem Urteil vom 18. Mai 1928 hat die Erste Strafkammer des bernischen Obergerichts erkannt : .....

III. Robert Obrecht, vorgenannt wird freigesprochen, ohne Entschädigung, von der Anschuldigung der Widerhandlung gegen das Lotteriegesez, angeblich begangen dadurch, dass er

a) im August 1925 eine Lotterie veranstaltet und als Inserat mit der Ideal-Preisaufrage : « Dem Mutigen gehört die Welt » im Emmenthaler-Blatt in Langnau i. E. in den Nummern vom 11. und 13. August 1925, im Landfreund in Bern in den Nummern vom 31. Juli, 7. und 21. August 1925, in den Zeitschriften « Blatt für Alle » vom 5. September 1925, « Der Sonntag » vom 9. August 1925 und in den « Emmenthaler Nachrichten » vom 24. Juli 1925 ausgedündigt hat ;

b) im Sommer 1925 eine Lotterie veranstaltet und im « Landfreund » in Bern vom 12., 19. und 26. Juni 1925 ein Inserat betitelt « Sommerpreisaufrage » ; Frisch gewagt ist halb gewonnen » hat erscheinen lassen ;

c) im Frühjahr 1926 eine Lotterie veranstaltet und im « Badener Tagblatt » vom 13. April 1926 durch ein Inserat

« Wer macht es ausfindig » (Sich regen bringt Segen) ausgekündet hat ;

d) im Frühjahr 1926 eine Lotterie veranstaltet und diese im « Generalanzeiger von Aarau und Umgebung » vom 19. März 1926 durch ein Inserat mit der Überschrift « Glück nur Glück » ausgekündet hat ;

e) im Herbst 1926 eine Lotterie veranstaltet und durch ein Inserat mit der Überschrift « Grosse Ereignisse » (Probieren geht über Studieren) im « Tagesanzeiger für Stadt und Kanton Zürich » vom 28. Oktober 1926, in der Basler « Nationalzeitung » vom 10. Dezember 1926 öffentlich ausgekündet hat ;

f) im Herbst 1927 eine Lotterie veranstaltet und durch ein Inserat mit der Überschrift « 5000 Fr. für eine Ansichtskarte » im « Volksrecht » vom 14. Dezember 1927 öffentlich ausgekündet hat ;

g) im Herbst 1927 eine Lotterie veranstaltet und durch Versendung der Preisauflage mit der Lösung « Wer will kann viel » bekanntgegeben hat ;

h) im Sommer 1927 eine Lotterie veranstaltet und durch Versendung von Prospekten für einen Postkartenwettbewerb mit der Aufschrift « 10,000 Mark für eine Ansichtskarte » bekanntgegeben hat ;

i) im Sommer 1927 eine Lotterie veranstaltet und durch Versendung eines internationalen Preisausschreibens für Ölgemälde-Imitationen bekanntgegeben hat ;

k) im Herbst 1927 eine Lotterie veranstaltet und durch Inserate mit der Überschrift « Preisauflage » (Emsiges Ringen führt zum Gelingen) im « Tagblatt der Stadt Zürich » vom 7. September 1927 öffentlich ausgekündet hat.

IV. Dagegen wird Robert Obrecht, vorgenannt schuldig erklärt der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923, begangen dadurch, dass er im Sommer 1925 eine Lotterie, betitelt « Internationales Brief-Fest » (« Volksbrieffest ») veranstaltet und im « Bund » vom

17. August 1925 und im « Emmenthalerblatt » vom 25. August 1925 ausgekündet hat, und er wird in Anwendung von Art. 1, 4, 38, 46, 47, 48 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 6. Juni 1923, Art. 31, 33 und 8 des BG über das Bundesstrafrecht vom 4. Februar 1853, BG betr. Umwandlung der Geldbussen in Gefängnis vom 1. Juli 1922 in Verbindung mit Art. 151 Org. der Bundesrechtspflege, Art. 368 und 468 StV verurteilt :

1. zu einer Busse von 500 Fr. im Falle der Nichterhältlichkeit binnen drei Monaten umzuwandeln in 50 Tage Gefängnis ;

2. zu 100 Fr. erstinstanzlichen Staatskosten ;

3. zu 20 Fr., gleich einem Viertel der auf 80 Fr. bestimmten Rekurskosten.

V. Die verbleibenden erst- und oberinstanzlichen Staatskosten wurden dem Staat auferlegt.

VI. Verteidigungskosten werden keine gesprochen.

B. — Dieses — in teilweiser Abänderung eines erstinstanzlichen Urteils erlassene — Obergerichtsurteil stützt sich auf folgenden

#### *Tatbestand :*

1. Der Kassationsbeklagte Obrecht, welcher Inhaber eines Versandgeschäftes in Wiedlisbach (Kt. Bern) ist, hat durch Auskündigungen in Zeitungen und Zeitschriften, sowie durch Versenden von Prospekten, Wettbewerbe und Preisausschreiben veranstaltet, die nach seinen eigenen Aussagen alle auf gleichen Grundlagen beruhen : Wer an einer solchen Veranstaltung teilnehmen wollte, hatte dem Veranstalter Obrecht eine Geldbetrag einzusenden oder die von Obrecht vertriebene Zeitschrift « Vaterhaus » zu abonnieren ; neben dieser ersten Voraussetzung zur Teilnahme am Wettbewerb war von jedem Teilnehmer noch eine kleine andere Leistung zu erfüllen, wie die Lösung eines in den Inseraten des Kassationsbeklagten verkehrt gedruckten, einfachen Sprichworts, die Einsendung

einer schönen Postkarte, das Schreiben eines kleinen Briefes; bei Verteilung der ausgesetzten Preise wurde in den unter III des angefochtenen Urteils aufgeführten Fällen so vorgegangen, dass der Kassationsbeklagte oder das von ihm präsierte, aus seinen Angestellten gebildete « Preisgericht », die am saubersten ausgeführten Lösungen ausuchte und unter deren Einsender in der Reihenfolge des Einganges und unter Berücksichtigung der bisherigen Kundenqualität die Preise verteilte; für unrichtige Lösungen will — was von der Vorinstanz nicht bestritten wird — der Kassationsbeklagte die eingesandten Geldbeträge wieder zurückvergütet haben; bei dem unter IV des Obergerichtsurteiles erwähnten « Internationalen Brief-Fest » sah der Kassationsbeklagte nach dem bei den Akten befindlichen Prospekt, den erlassenen Inseraten und seinen Aussagen eine von den übrigen Veranstaltungen abweichende Verteilung der Preise vor. Jeder Teilnehmer an dieser Veranstaltung hatte ein Teilnehmerformular auszufüllen, einen Brief an den Kassationsbeklagten zu schreiben und einen Betrag von 2 Fr. 50 Cts. einzusenden; die Briefe sollten gemischt und unter den Teilnehmern in Umlauf gesetzt werden; die Teilnehmerformulare dagegen sollten gemischt in eine mit Tuch verdeckte Schachtel gelegt und dann gezogen werden; die ausgesetzten Preise sollten auf die zuerst gezogenen Teilnehmerformulare fallen.

2. Zur Begründung dieses Urteils wird ausgeführt:

Die Lotterie im Sinne von Art. 1 des Lotteriegesetzes setzt zunächst die Leistung eines Einsatzes voraus, sofern die übrigen Voraussetzungen nicht etwa bei Abschluss eines den Einsatz in sich enthaltenden Rechtsgeschäftes geschaffen werden. Der Kassationsbeklagte habe aber bei allen den in Frage stehenden Veranstaltungen nicht nur die Lösung eines Preisrätsels, sondern auch die Einzahlung eines Betrages verlangt.

Auch die zweite Voraussetzung einer Lotterie im Sinne

von Art. 1 — die Inaussichtstellung eines vermögensrechtlichen Vorteils — sei hier erfüllt. Es könne demgegenüber nicht etwa eingewendet werden, jeder Teilnehmer habe einen seinem Einsatz entsprechenden Gegenwert erhalten. Der Marktwert dieser Gegenwerte hätte den Einsatz nicht erreicht; denn die eigentlichen Gewinne seien naturgemäss aus der Differenz zwischen Einsatz und Marktwert der übrigen Zuwendungen bezahlt worden. Diese Differenz stelle den eigentlichen Einsatz dar.

Dagegen frage es sich, ob auch die dritte Voraussetzung einer Lotterie im Sinne von Art. 1 — wonach über Erwerbung, Grösse und Beschaffenheit des Gewinnes durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird — vorhanden sei. In dieser Beziehung sei vorerst zu entscheiden, ob diese Voraussetzung nur dann erfüllt sei, wenn der Gewinnanfall ausschliesslich auf den Zufall gestellt sei, oder auch dann, wenn der Zufall nur die wesentliche Rolle spiele. Es müsse das erstere angenommen werden. Denn bei der Los- und Nummernziehung spiele ausschliesslich der Zufall mit; wenn das Gesetz verlange, dass die andern Ausspielmittel ebenfalls und zwar der « Los- oder Nummerziehung ähnlich auf den Zufall » gestellt sein müssen, so gebe es deutlich zu erkennen, dass darunter nur die ausschliesslich auf Zufall gestellten Mittel verstanden seien; noch deutlicher drücke sich der französische Text aus, der von « procédé analogue » spreche.

Vorliegend seien nun bei den unter III des Urteils erwähnten Veranstaltungen die Gewinne vom Kassationsbeklagten (des von ihm vorgeschobenen « Preisgerichtes ») verteilt worden und zwar nach seinen Behauptungen in der Weise, dass in allen Fällen auf die Reihenfolge und Sauberkeit der Lösungen, sowie darauf abgestellt worden sei, ob der betreffende Teilnehmer schon früher Kunde des Geschäfts gewesen sei. Durch die vielfältigen Möglichkeiten der Vertauschung und Kombina-

tion dieser verschiedenen Kriterien sei die Zufallsmöglichkeit zwar gesteigert, aber keines der drei Kriterien sei derart, dass die Entscheidung, wenn die Veranstaltung zur Anwendung gelangt wäre, in ähnlicher Weise, wie bei Nummern- oder Losziehung, durch den Zufall bewirkt worden wäre. Der Zeitpunkt des Eintreffens der Lösung hänge unter andern auch von der Raschheit der Auffassung ab; beim Kriterium der Kundeneigenschaft seien die frühern Kaufleistungen massgebend. Dem Charakter eines wirklichen Wettbewerbes aber seien die Veranstaltungen besonders dadurch genähert worden, dass auch die Sauberkeit der Lösung berücksichtigt werden solle. Unter diesen Umständen habe der Zufall bei der Preisverteilung nicht die durch das Gesetz verlangte Rolle gespielt.

Dass der Kassationsbeklagte in dieser Weise vorgegangen sei, sei zwar nicht strikte nachgewiesen, aber gewisse Anhaltspunkte lägen dafür vor. Jedenfalls sei in verschiedenen seiner Auskündungen auf Sauberkeit und Frühzeitigkeit der Lösung als für die Gewinnverteilung massgebend hingewiesen worden.

C. — Gegen dieses Urteil erhebt die *Schweizerische Bundesanwaltschaft* rechtzeitig und formrichtig Kassationsbeschwerde ans Bundesgericht, mit dem Begehren: Das Urteil der Ersten Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, vom 18. Mai 1928 i. S. Obrecht sei inbezug auf Dispositiv III, a-k und Dispositiv IV aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Erste Strafkammer zurückzuweisen.

D. — Der *Kassationsbeklagte* schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

#### *Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Art. 1 Abs. 2 BG betreffend die Lotterie und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 bestimmt: « Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in

Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird (der französische Text spricht von « procédé analogue »).

Darnach sind es drei Merkmale, welche vorliegen müssen, um den Begriff der Lotterie zu erfüllen, nämlich: Leistung eines Einsatzes oder Abschluss eines Rechtsgeschäftes, Inaussichtstellung eines vermögensrechtlichen Vorteiles als Gewinn und schliesslich die Entscheidung über Erwerb, Grösse oder Beschaffenheit des Gewinnes nach Plan durch Ziehung von Losen oder Nummern oder « durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel ».

Dass bei den eingeklagten Handlungen des Kassationsbeklagten die zwei ersten Voraussetzungen (Leistung eines Einsatzes und Inaussichtstellung eines vermögensrechtlichen Vorteiles als Gewinn) zutrafen, ist erwiesen und heute nicht mehr bestritten; ebenso, umgekehrt, dass es sich dabei *nicht* um Ziehung von « Losen oder Nummern » handelte; einzig umstritten bleibt also die Frage, ob es sich bei der Gewinnentscheidung um ein « durch ein ähnliches (wie bei der Los- oder Nummernziehung) auf Zufall gestelltes Mittel » handle.

Dass von Lotterie nur da gesprochen werden kann, wo der Zufall über den Gewinnanfall zu entscheiden hat, steht in Doktrin und Praxis fest (vgl. BURCKHARDT, Komm. zur BV S. 334; OLSHAUSEN, Komm. zum DRStGB Bd. II, § 285 S. 1126; BINDING, Lehrbuch des Strafrechts (1906) S. 1902; Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 44 (1906) S. 346; dazu Bd. 35 S. 439). Dagegen decken sich die Auffassungen über den Begriff des « Zufalls » nicht vollständig.

Staub (Deutsche Juristenzeitung, Bd. VI (1901) S. 193) erklärt das Ereignis für eine Person als zufällig, auf dessen Eintritt sie nicht einwirken kann, sei es, dass die Ursachen, die das Ereignis herbeiführen, so mächtig sind, dass die Kraft des Menschen überhaupt oder die Kraft des Betref-

fenden vereinzelt ihre Wirkung nicht aufhalten kann, oder aber, dass jene Ursachen der betreffenden Person unbekannt sind —. « Nicht der Erfolg », sagt Staub, « ist ein nicht-zufälliger, der sicher ist; es gibt überhaupt keinen sichern Erfolg, da ausser den Ursachen, die der Mensch in den Kreis seiner Berechnung zieht, noch andere ihm bekannte Momente vorhanden sind, die dazwischentreten und den Eintritt des nach menschlicher Erwartung zu gewärtigenden Erfolges verhindern können. Zufällig ist der Erfolg, der zum wesentlichen auf Ursachen aufbaut, die sich der menschlichen Berechnung entziehen. »

Liszt (Deutsche Juristenzeitung, Bd. VI S. 195) schliesst sich wesentlich der Auffassung Staubs an und fügt bei: « Der Begriff der Auspielung (§ 286 Strafgesetzbuch) ist nicht überall schon gegeben, wo der Zufall mitwirkt, sondern nur, wo er die entscheidende Rolle spielt, wo er der ausschlaggebende Faktor ist —. Bei der menschlichen Betätigung tritt zu dem berechenbaren noch ein anderer Faktor hinzu, der sich jeder Berechnung entzieht. Damit ist aber der aleatorische Charakter der Betätigung gewiss noch nicht gegeben, — Geschicklichkeitsspiel liegt vor, wenn Mitspielende das begründete Vertrauen auf die eigene Geschicklichkeit besitzen: Glücksspiel, soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft —. « Bei der Entscheidung durch Losziehung oder ein ähnliches Mittel muss sich jedenfalls das letztere in erster Linie auf das die Losziehung charakterisierende Moment des Zufalles beziehen, der, wie die Ziehung des Loses, die entscheidende Rolle spielt —. Die Auspielung setzt voraus, dass die Entscheidung durch ein (Glücks-)Spiel der Vertragsgegner des Veranstalters erfolgt. Auspielung ist begrifflich ausgeschlossen, wo die Entscheidung durch eine wirtschaftliche Tätigkeit herbeigeführt wird — Zufall ist das Unberechenbare bezüglich der Faktoren, die wir nicht kennen oder nicht zu beherrschen vermögen —. Das blosses Zuhilfenommen des Zufalles zur geistigen oder geschäftlichen Tätigkeit genügt nicht für « Spiel »; der Zufall muss die Entscheidung bewirken. »

Das Deutsche Reichsgericht, Strafsenat, hat in Band 34 (1901) S. 142, 143 über den Begriff der nach § 186 Abs. 2 Strafgesetzbuch verbotenen « Auspielung », die der Lotterie ähnlich sei, ausgeführt, dass darunter « jede Veranstaltung zu verstehen sei, durch welche dem Publikum durch Entrichtung eines Einsatzes die Hoffnung in Aussicht gestellt wird, je nach dem Ergebnis einer durch den Zufall bedingten Ziehung oder eines ähnlichen zur Herbeiführung des Ergebnisses benützten Mittels einen mehr oder weniger bestimmt bezeichneten Gegenstand zu gewinnen » .... Dabei habe die bloss abstrakte Möglichkeit, den Zufall durch besondere Geschicklichkeit und Umsicht auszuschliessen, ausser Betracht zu fallen; vielmehr sei nur der gewöhnliche Verlauf der Dinge unter den konkreten Verhältnissen, also insbesondere mit Rücksicht auf die durchschnittliche Befähigung der beteiligten Person entscheidend... Auch sei es richtig, das Wesen des Zufalles in dem Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignis zugrunde liegenden Kausalität zu finden ». — In einem spätern Entscheid (Bd. 60 [1926] S. 387) hat dann das Reichsgericht diese Auffassung dahin präzisiert, dass aus dem Spielplan selber den Lotterieteilnehmern erkennbar sein müsse, dass über die Gewinnzuteilung wesentlich der Zufall entscheidet.

Garraud, *Traité du droit pénal français*, zweite Ausgabe, Bd. VI Nr. 2407, nimmt Bezug auf das französische Gesetz vom 24. Mai 1836, das in Art. 1 jede Lotterie aller Art untersagt, und führt dann in Nr. 2410 (S. 68) aus, dass nach jenem Gesetze « la loterie est toute opération, offrant l'espérance d'un gain acquis par la voie du sort — si le jeu du hasard est celui, dont l'issus, bonne ou mauvaise, dépend exclusivement de la chance des joueurs; mais si cette chance est réalisée par la voie du sort le jeu du hasard devient une loterie; peu importe, le procédé matériel, par lequel le sort a été ou sera consulté. »

Aus der schweizerischen Rechtsprechung ist hervorzuheben das Urteil der Polizeikammer des bernischen Obergerichts (Z. b. J. V. Bd. 44 1908 S. 340), welches erklärt,

dass « das Wesen des Zufalles in dem Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignisse zugrunde liegenden Kausalität besteht ; objektiv gibt es keinen Zufall, jedes Ereignis hat seinen zureichenden Grund und ist die notwendige Wirkung der vorangegangenen Ursache ; der Zufall besteht nur subjektiv in der Unberechenbarkeit des Erfolges (SABATH, Das Glücksspiel, Berlin 1906 ; RGE Bd. 27 Strafsenat S. 95).

2. — Bei Beantwortung der Frage, welcher Zufallsbegriff dem eidg. Lotteriegesez von 1923 zugrunde liege, ist davon auszugehen, dass das Gesetz einerseits eine Legaldefinition der Lotterie aufstellt und andererseits (in Art. 56 Abs. 2) den Bundesrat ermächtigt, auf dem Verordnungswege lotteriehähnliche Unternehmungen den Vorschriften über die Lotterien zu unterstellen. Daraus folgt, dass die über den Zufallsbegriff bestehende Doktrin, sowie die (auf anderen Gesetzgebungen aufgebaute) Praxis nur insoweit hier zur Auslegung herangezogen werden kann, als sie sich im Rahmen der Legaldefinition hält, sowie dass diese Legaldefinition nicht extensiv dahin interpretiert werden kann, dass alle Veranstaltungen darunter fallen, auf welche die dem Lotterieverbot zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gründe ebenfalls zutreffen. Das Letztere erhellt namentlich aus dem Gutachten Blumenstein zu seinem Gesetzesentwurf (« Vom Gesetzgeber erwartet man vor allem eine genaue Umschreibung des Lotteriebegriffs und der ausnahmsweise zulässigen Lotterien... »), sowie aus den parlamentarischen Beratungen (vgl. u. a. Stenogr. Bulletin Ständerat 1921 S. 37, 38, 108, Nationalrat 1922 S. 861, speziell Berichterstatter Mächler : « Man kann sich fragen, ob einem derartigen Gesetze eine Definition vorangestellt werden soll. Definition in einem Gesetze ist stets gefährlich. Wenn man es mit Schlauweiern zu tun hat, wie diejenigen sind, die Lotterien veranstalten, so ist die Gefahr nicht ganz ausgeschlossen, dass die Definition zu eng wird und man irgend einen Umweg findet, um das gleiche Ziel zu erreichen. Diese Gefahr

der Definition ist nun ausgeschaltet durch eine Bestimmung in Art. 61 (neu 56) des Gesetzes, nach welcher der Bundesrat auf dem Verordnungswege lotteriehähnliche Unternehmungen gleich behandeln kann. Im übrigen darf gesagt werden, dass die Definition übereinstimmt mit der Wissenschaft » ; ferner Stenogr. Bulletin Nationalrat 1922 S. 861, 882. Das Gesetz will also mit der Aufstellung einer Legaldefinition den Kreis der von Gesetzeswegen unter das Lotterieverbot fallenden Veranstaltungen genau begrenzen, was eine — im Strafrecht überhaupt verpönte — extensive Interpretation dieser Legaldefinition ausschliesst, in der Meinung, dass die nicht zweifelsohne unter den gesetzlichen Lotteriebegriff fallenden Veranstaltungen gegebenenfalls auf dem Verordnungswege unter das Lotterieverbot subsumiert werden sollen.

Die bisher vom Kassationshof des Bundesgerichts über das Lotteriegesez erlassenen Urteile (BGE 51 I 161 ; 52 I 65 ; 53 I 417 ; 54 I 222) haben sich mit der hier zur Beantwortung stehenden Frage nicht direkt befasst ; immerhin ist die Feststellung dabei erheblich, dass bei Diskrepanz des Gesetzestextes in den verschiedenen Landessprachen auf den in den gewerbepolizeilichen Beschränkungen am wenigst weitgehenden Text abzustellen sei (BGE 51 I 191). Schon früher, in BGE 41 I 37, hatte das Bundesgericht die « Lotterielose » in Gegensatz gestellt zu den « Prämienobligationen » und dabei ausgeführt, dass « es sich beim Erwerb von Lotterielosen um ein nur bedingt geschütztes Rechtsgeschäft mit Spielvertragscharakter (Art. 515 OR) handle, bei dem der Leistung des Erwerbspreises keine sichere, sondern eine in ihrem Bestand völlig vom Zufall abhängige Gegenleistung entspricht ».

Dass bei Los- und Nummernziehung der Zufall im Sinne des Art. 1 des Lotteriegesezes die entscheidende Rolle spielt, ist unbestreitbar und unbestritten, so dass unter den « der Los- und Nummernziehung ähnlichen auf Zufall gestellte Mittel » nur solche verstanden werden

können, welche mit der Los- und Nummernziehung das gemeinsam haben, dass bei ihnen der Zufall gleichmässig die entscheidende Rolle spielt; damit scheiden alle diejenigen Ausspielmittel aus, bei denen der Zufall nicht von massgebender und entscheidender Bedeutung ist. (Damit stimmen übrigens OLSHAUSEN — Bd. II S. 1126 —; BINDING, S. 1902; LISZT (Deutsche Juristenzeitung Bd. VI S. 195) selbst für ihre Rechtssprechung überein).

Der Zufall muss die entscheidende Rolle spielen, und zwar so, dass je nach der Veranstaltung und der Organisation der Entscheidungsmassnahmen des Unternehmens andere Momente, die für die Entscheidung kausal mit in Betracht fallen könnten, durchaus in den Hintergrund treten. Wirken im Unternehmen bei der Entscheidung über den Gewinnanfall Faktoren mit, welche in der teilweisen Betätigung des Einlegers oder Unternehmers oder eines Dritten liegen, so fehlt die Voraussetzung des Zufalles im Sinne des Gesetzes; denn dann entscheidet nicht mehr, wie bei der Los- oder Nummernziehung, etwas Unberechenbares, etwas ausserhalb jeder menschlichen Einwirkung stehendes, über den Gewinnanfall, sondern die menschliche Betätigung in Verbindung mit Unberechenbarem und Unbekanntem. Hätte der Gesetzgeber auch diejenigen Ausspielverfahren in den Lotteriebegriff einbeziehen wollen, bei denen der Zufall wohl eine grosse und wesentliche, aber nicht die allein entscheidende Rolle spielt, so hätte er das eindeutig im Texte selber zum Ausdruck bringen können (« z. B. ein ähnliches, vorwiegend oder — wesentlich — auf Zufall gestelltes Mittel »). So wie Art. 1 des Lotterieggesetzes lautet, ist eine solche Auslegung ohne Zwang nicht möglich, auch wenn das vom Standpunkte des gesetzgeberischen Gesetzeszweckes aus als Mangel angesehen werden wollte.

3. — Der Zufall wird auch nicht etwa geschaffen dadurch, dass der Veranstalter eines Ausspielverfahrens gewisse Gewinnzuteilungsfaktoren seiner eigenen Beurteilung unterstellt. Der zur Begründung dieses Standpunktes ange-

rufene RGE Bd. 24 Strafsenat S. 324 kommt schon deswegen nicht in Frage, weil es sich dort um ein mit dem Lotterieunternehmen hierin nicht vergleichbares Hydrageschäft handelte. Allerdings könnte es sich fragen, ob nicht dann auf das Vorliegen eines ausschliesslich auf den Zufall abstellendes Gewinnzuteilungsmittels zu erkennen sei, wo der Unternehmer in rein willkürlicher Weise entscheidet und eine Berücksichtigung objektiver Verteilungsfaktoren über die Gewinnzuteilung, nicht in Frage kommt. Allein die Frage kann hier offen bleiben, da dafür die Voraussetzungen hier fehlen.

Nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz musste nämlich aus den Auskündigungen geschlossen werden, dass die Gewinnzuteilung sich nach der Reihenfolge des Einganges der Lösungen, nach deren Sauberkeit und schliesslich nach der Eigenschaft des Einsenders als früherem Kunden richtete. Damit entfällt die Annahme, dass nach den Auskündigungen über die Gewinnzuteilung nicht durch ein der Los- oder Nummernziehung ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wurde; denn selbst wenn man annehmen wollte, dass der Zeitpunkt des Einganges der Lösung und die Kundeneigenschaft der Einsender eine Zufallssache sei, so ist doch eine Gewinnzuteilung ausschliesslich nach dem Zufall ausgeschlossen angesichts des dritten Verteilungsfaktors — Sauberkeit der Lösung — deshalb, weil danach eine individuelle — geistige, mechanische oder manuelle — Leistung der Teilnehmer über die Gewinnzuteilung mitentscheidet, deren Bewertung im Gegensatz zu den beiden andern Faktoren an sich kontrollierbar ist. Dass aber für die Frage, ob es sich um eine Lotterie im Sinne von Art. 1 des Lotterieggesetzes handle oder nicht, auf das Gewinnzuteilungsverfahren abgestellt werden muss, welches aus den Auskündigungen (Offerten u. dgl.) objektiv hervorgeht, muss schon deswegen angenommen werden, weil anders beim Abstellen auf das, was der einzelne Interessent daraus herausgelesen hat, je nach dessen Auffassungsvermögen und nach der

Umsicht, die er bei der Prüfung angewendet hat, die gleiche Veranstaltung bald als Lotterie und bald als etwas anderes erscheinen würde. (In diesem Sinne vgl. den bereits zitierten RGE Bd. 60 Strafsenat S. 385).

Bei dieser Sachlage kann inbezug auf diejenigen der eingeklagten Tatbestände, welche Gegenstand des freisprechenden vorinstanzlichen Urteiles sind, der Tatbestand von Art. 1 des Lotteriegesetzes nicht als erfüllt angesehen werden.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.



## STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

### I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

#### ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

#### 10. Urteil vom 15. Juni 1929 i. S. Guggenheim gegen Thurgau.

Totalausverkaufsbewilligung wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe (thurg. Hausiergesetz) kann ohne Willkür immer dann verweigert werden, wenn einer der Teilhaber der bisherigen Firma unmittelbar anschliessend am gleichen Ort ein ähnliches Geschäft eröffnet: Erw. 1.

— Wann kann der « Geschäftsführer » ohne Willkür als Teilhaber angesehen werden? Erw. 1.

Nachträgliche Behandlung eines zu Unrecht bewilligten Totalausverkaufs als Räumungsausverkauf. Erw. 3.

A. — Das thurgauische Gesetz vom 3. Oktober 1898 betreffend das Markt- und Hausierwesen stellt das Hausieren und die ihm gleichgestellten gewerblichen Betätigungen unter Patentpflicht. In dieser Beziehung wird des nähern bestimmt:

§ 7. « Dem Hausieren wird gleichgestellt:

a) Der freiwillige Ausverkauf, inbegriffen sogenannte Reklame-, Gelegenheits- und andere vorübergehende Massenverkäufe. »

§ 19 Abs. 2. « Patente für Warenverschleisse nach § 7 lit. a werden längstens auf einen Monat und nur einmal innerhalb eines halben Jahres von der letzten Patentausstellung an erteilt. »

§ 20 Abs. 6. « Findet der Verkauf — in den Fällen des § 7 lit. a — wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe infolge