

# **BE\_ZIVILSTRAF BK 2019 427 vom 7. Januar 2020**

BE Obergericht, 2020-01-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_BK\\_2019\\_427](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2019_427)

FR: BE\_ZIVILSTRAF BK 2019 427 du 7 janvier 2020

IT: BE\_ZIVILSTRAF BK 2019 427 del 7 gennaio 2020

## **Regeste**

Beschlagnahme, Verwertbarkeit | Andere Verfügungen StA, Polizei (393-a)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 19. September 2019 sei aufzuheben.

### **E. 2**

Die aus der Hausdurchsuchung vom 25. April 2019 gewonnen Beweise sind aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

#### **E. 2.1**

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Straf- prozessordnung [StPO; SR 312], Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der

#### **E. 2.2**

Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung vom 19. September 2019, mit welcher die sichergestellten Gegenstände beschlagnahmt worden sind. Durch die Beschlagnahme ist der Beschwerdeführer unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Gleichzeitig hat die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Unverwertbarkeit infolge angeblich unrechtmässiger Hausdurchsuchung geprüft und verworfen. Auch wenn sie dies im Dispositiv der angefochtenen Verfügung nicht explizit erwähnt hat, bildet die Frage der Verwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Gegenstände ebenfalls Verfahrensgegenstand. Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden betreffend Verwertbarkeit von Beweisen zulässig (vgl. etwa Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 293 vom 3. Oktober 2017 E. 2, BK 17 266 vom 31. August 2017 E. 2, BK 16 379 vom 1. Mai 2017 E. 2, BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 2.3 und BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Dies hat das Bundesgericht mittlerweile bestätigt (BGE 143 IV 475). Folglich ist der Beschwerdeführer nicht nur durch die Beschlagnahme, sondern auch durch die implizit verfügte Nichtentfernung angeblich unverwertbarer Beweise unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist – unter Vorbehalt des Nachstehenden (E. 2.3) – einzutreten.

#### **E. 2.3**

Mit dem im Beschwerdeverfahren gestellten Begehren, wonach auch die Videoaufzeichnungen und die Erkenntnisse aus der erfolgten Durchsuchung der sichergestellten PC-Stationen mangels Verwertbarkeit aus den Akten zu weisen seien (Replik Ziff. 13), geht der Beschwerdeführer über den Streitgegenstand hinaus. Beurteilt wurde von der Staatsanwaltschaft – gestützt auf die vom Beschwerdeführer gegenüber der Polizei erhobenen Einwände – bisher nur die Frage der Verwertbarkeit der sichergestellten Gegenstände. Mehr hatte der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 28. Mai 2019 denn auch nicht verlangt. Dass er erst kürzlich von den Videoaufzeichnungen und der Durchsuchung der PC-Stationen erfahren hat, ändert daran nichts. Zunächst sind die entsprechenden Begehren bei der Staatsanwaltschaft geltend zu machen und von dieser zu beurteilen. Insoweit kann auf die Beschwerde somit nicht eingetreten werden.

### **E. 3**

Dem vorliegenden Verfahren liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Aufgrund einer Information, wonach im Club C.\_\_\_\_\_ mehrere PC-Stationen stehen würden, auf denen Sportwetten platziert werden könnten, nahm die Kantonspolizei Bern am 25. April 2019 eine Kontrolle und Durchsuchung des Club C.\_\_\_\_\_ vor. Laut Anzeigerapport vom 28. August 2019 seien nach Eintreffen im Club acht PC-Stationen festgestellt worden. An sieben davon seien Personen gesessen und hätten Sportwetten platziert. Insgesamt seien 14 Personen angetrof-

### **E. 4**

fen worden, welche einer Kontrolle unterzogen worden seien. Mit den Personen, welche an den PC-Stationen gesessen seien, sowie mit denjenigen, welche Wettscheine auf sich getragen hätten, seien noch vor Ort Einvernahmen durchgeführt worden. Die meisten Personen hätten dabei angegeben, dass sie im Club Sportwetten getätigt hätten. Dem Anzeigerapport kann ferner entnommen werden, dass der Beschwerdeführer beim Eintreffen der Kantonspolizei nicht im Club gewesen war. Nach telefonischer Kontaktaufnahme begab er sich dann aber ebenfalls dorthin. Im Club angekommen, soll er von einem Polizeibeamten über die rechtlichen Möglichkeiten informiert worden sein, worauf er – laut Polizei – in eine formlose Hausdurchsuchung eingewilligt habe. Dem entsprechenden Durchsuchungsprotokoll kann entnommen werden, dass die Durchsuchung mit Einwilligung des Beschwerdeführers erfolgt sein soll. Unter der Zeile «Mit Einwilligung von ....» steht die Unterschrift des Beschwerdeführers. Sichergestellt wurden u.a. sämtliche Wettstationen, Quittungen und Wettscheine sowie Bargeld (Noten- und Hartgeld von mehreren tausend Franken). Der Beschwerdeführer wurde ebenfalls vor Ort befragt. Nachdem er ausdrücklich auf seine Rechte (Aussage- und Mitwirkungsverweigerung sowie Beizug einer Verteidigung) aufmerksam gemacht worden war und über seine Funktion im Club Auskunft gegeben hatte, machte er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen die staatsanwaltliche Schlussfolgerung, wonach er in eine formlose Hausdurchsuchung eingewilligt habe und diese deshalb als zulässig zu bezeichnen sei. Er führt aus, dass die Voraussetzungen für eine rechtsgültige Einwilligung gefehlt hätten, auch wenn sich seine Unterschrift auf dem Durchsuchungsprotokoll unter der Zeile «Mit Einwilligung von ....» befinde. Weder habe er irrtumsfrei noch freiwillig eingewilligt, habe doch keine Rechtsbelehrung stattgefunden und sei er nicht über die

entscheidrelevanten Tatsachen aufgeklärt worden. Die aus der Hausdurchsuchung erfolgten Beweissicherungen und Beweiserhebungen seien daher im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertbar, zumal es sich bei der ihm zur Last gelegten Verfehlung nicht um eine schwere Straftat handle. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, dass die Polizei ihn getäuscht habe, weshalb sogar von einem absoluten Verwertungsverbot im Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO ausgegangen werden müsse.

#### **E. 4.2**

Die Staatsanwaltschaft hielt in der angefochtenen Verfügung fest, dass der Beschwerdeführer gemäss polizeilichen Informationen auf seine Rechte und insbesondere auf die Möglichkeit, die Einwilligung zu verweigern, aufmerksam gemacht worden sei. Ihm sei diesfalls die Prüfung einer staatsanwaltlichen Anordnung der Hausdurchsuchung in Aussicht gestellt worden, was der Beschwerdeführer jedoch nicht gewollt habe. Der Beschwerdeführer habe in die Hausdurchsuchung eingewilligt, weshalb diese zulässig gewesen sei. Abgesehen davon handle es sich bei den

#### **E. 5**

Die Rechtmässigkeit des polizeilichen Handelns und die damit einhergehende Frage der Verwertbarkeit der erlangten Beweise sind zentrale Fragen im vorliegenden Beschwerdeverfahren, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt der vom Beschwerdeführer bereits mit Schreiben vom 28. Mai 2019 verlangten Aktenentfernung infolge rechtswidrig erhobener Beweise, als auch mit Blick auf die explizit erfolgte Beschlagnahme. Da es in der Regel unzulässig ist, rechtswidrig erlangte Beweismittel ins Strafverfahren einzuführen, bildet die Frage der Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung – im Bestreitungsfall – auch bei der Beschlagnahme (vorfrageweise) Prüfgegenstand (Art. 139-141 StPO; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_310/2012 vom 22. August 2012 E. 2). Beweise, welche mittels verbotener Beweiserhebungsmethoden erlangt worden sind (z.B. durch Täuschung [Art. 140 Abs. 1 StPO]), dürfen in keinem Fall verwertet werden (Art. 141 Abs. 1 StPO). Wurden die Beweise durch die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben, dürfen sie nur verwertet werden, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung lediglich Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind demgegenüber verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).

#### **E. 6**

NON/RÜDY, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2019, N. 5 zu Art. 186 StGB). Die Generalstaatsanwaltschaft stellt mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 in Frage, ob es sich beim für die Öffentlichkeit zugänglichen Clublokal überhaupt um einen Raum handle, bei welchem der Beschwerdeführer als Betriebsinhaber einen Anspruch auf Wahrung der Privatsphäre bzw. des Hausrechts geltend machen könne. Dies ist dann zu bejahen, wenn das Eindringen in den geschützten Raum unrechtmässig erfolgt ist (so auch das Bundesgericht im vorgenannten Urteil in E. 1.7.3), hat doch auch ein Clubinhaber das Recht zu bestimmen, wer sich im Lokal aufhalten darf. THORMANN/BRECHBÜHL halten soweit Gaststätten betreffend zu Recht fest, dass ihre öffentliche Zugänglichkeit immer nur in den Grenzen ihrer Zweckbestimmung besteht, worunter staatliche Eingriffe in Form von Hausdurchsuchung nicht fallen (in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 244 StPO). Vor diesem Hintergrund geht

die Beschwerdekammer mit dem Beschwerdeführer einig, dass die Kontrolle und die Durchsuchung einer öffentlich zugänglichen Gaststätte einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Eine solche findet sich zum einen in der StPO. Zum anderen ermächtigen aber auch andere Gesetze wie das eidgenössische Geldspielgesetz (BGS) oder das kantonale Gastgewerbegesetz (GGG; BSG 935.11) ihre Aufsichts- und Kontrollbehörden, Betriebe einer Kontrolle zu unterziehen (Art. 108 Abs. 1 Bst. c BGS; Art. 23 Abs. 2 GGG). Gemäss Art. 23 Abs. 2 GGG hat der Inhaber einer Betriebsbewilligung den zuständigen Aufsichts- und Kontrollorganen – d.h. der Gewerbepolizei – jederzeit Zugang zu allen Betriebsräumen zu gestatten und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist. Diese Aufgabe obliegt der Kompetenz der Gemeinden, jedoch können diese die Kantonspolizei für bestimmte Aufgaben beiziehen (Art. 37 GGG). Dass dies geschehen wäre, kann den Akten nicht entnommen werden. Abgesehen davon ging es der Polizei vorliegend nicht um eine Kontrolle der nach GGG festgelegten Pflichten/Auflagen. Durchgeführt wurde die Kontrolle aufgrund des Verdachts, dass im Clublokal illegale Sportwetten getätigt werden. Derart motivierte Kontrollen unterliegen den Vorschriften des eidgenössischen Geldspielgesetzes (BGS). Sportwetten, die online getätigt werden, fallen unter die sog. «Grossspiele» (Art. 3 Bst. c und e BGS). Wer Grossspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt, ohne die hierfür erforderliche Bewilligung zu haben, macht sich gemäss Art. 130 BGS strafbar. Die Kompetenz zur Strafverfolgung und Beurteilung obliegt den kantonalen Behörden; anwendbares Prozessrecht ist die StPO (Art. 135 Abs. 1 i.V.m. Art. 134 BGS; Botenschaft zum Geldspielgesetz [BBl 2015 8387 ff., 8503 f.]). Die beim Beschwerdeführer durchgeführte Durchsuchung beurteilt sich somit nach der StPO. Dass die Kantonspolizei gestützt auf ein anderes Gesetz zur Durchsuchung berechtigt gewesen wäre, erschliesst sich der Beschwerdekammer nicht. Anzumerken ist hier, dass das kantonale Geldspielgesetz noch nicht verabschiedet ist. Es ist vorgesehen, dass der Grosse Rat die Gesetzesänderung in der Frühlingssession 2020 in erster Lesung beraten wird. Die im kantonalen Geldspielgesetz vorgesehene Kontrollmög-

### **E. 6.1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Durchsuchung des Clublokals grundrechtsrelevant ist. Tangiert ist das sog. Hausrecht als Teilgehalt des Grundrechts auf persönliche Freiheit (Art. 13 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101] und Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101]). Das Hausrecht umfasst die Befugnis, über «bestimmte Räume ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen» (BGE 112 IV 31 E. 3). Geschützt ist unter dem Titel des «Hausrechts» auch die Freiheit, selbst zu bestimmen, wer sich in den eigenen Räumen aufhalten darf (DEL-

### **E. 6.2**

Gestützt auf das Ausgeführte steht somit fest, dass die Rechtmässigkeit der am 25. April 2019 durchgeführten Durchsuchung nach den Vorschriften der StPO zu beurteilen ist.

### **E. 7**

lichkeit (Art. 11 des Entwurfs des Kantonalen Geldspielgesetzes) ist somit noch nicht in Kraft. Das von der Generalstaatsanwaltschaft zitierte Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 erweist sich hinsichtlich gesetzlicher Grundlage der Durchsuchung nicht als einschlägig. Im dortigen Fall ging es um eine Strafverfolgung,

welche der Kompetenz der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) – somit einer Bundesbehörde – oblag, anwendbares Prozessrecht war das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht. Wie erwähnt geht es vorliegend jedoch um eine Strafverfolgung, welche in die Kompetenz der Kantone fällt, weshalb die Kantonspolizei denn auch bei der kantonalen Staatsanwaltschaft Anzeige erstattet hat. Abgesehen davon fehlen Anhaltspunkte, dass das polizeiliche Handeln gestützt auf einen Auftrag der ESBK erfolgt wäre. Die Argumentation, wonach der Club C. \_\_\_\_\_ über keine Bewilligung zur Betreibung von Geldspielen verfüge und daher eine mit BGE 6B\_899/2017 vergleichbare Situation vorgelegen habe, so dass die formlose Hausdurchsuchung auch ohne Einwilligung des Beschwerdeführers rechtmässig gewesen sei, greift somit nicht.

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 244 Abs. 1 StPO dürfen Häuser, Wohnungen und andere nicht allgemein zugängliche Räume nur mit Einwilligung der berechtigten Person durchsucht werden. Auch wenn es sich beim fraglichen Club um einen der Öffentlichkeit zugänglichen Raum handelt, darf sich dessen Inhaber – wie zuvor ausgeführt (E. 6.1) – ebenfalls auf die Voraussetzungen von Art. 244 StPO berufen (SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., N. 3 zu Art. 244 StPO). Art. 244 Abs. 2 StPO sieht weiter vor, dass eine Hausdurchsuchung auch ohne Einwilligung durchgeführt werden darf, wenn zu vermuten ist, dass in den Räumen gesuchte Personen anwesend sind, Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte vorhanden sind oder Straftaten begangen werden. Auch wenn gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO eine Hausdurchsuchung grundsätzlich schriftlich anzuordnen ist, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowie der Praxis der Beschwerdekammer bei Vorliegen einer Einwilligung der berechtigten Person kein Hausdurchsuchungsbefehl notwendig (Urteile des Bundesgerichts 6B\_900/2015 vom 29. Januar 2016 E. 1.4.3 und 6B\_484/2013 vom 3. März 2013 E. 5; Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 261 vom 15. August 2017 E. 4 und 5.2 und BK 14 348 vom 30. Januar 2015 E. 5.5; zustimmend THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 19 zu Art. 244 StPO; a.M. KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 244 StPO).

### **E. 7.2**

Unstrittig ist, dass die Hausdurchsuchung weder vorgängig noch nachträglich durch die Staatsanwaltschaft angeordnet worden ist. Ein Hausdurchsuchungsbefehl liegt nicht vor. Ebenfalls unstrittig ist, dass keine Gefahr im Verzug bestanden hat, welche eine Hausdurchsuchung ohne staatsanwaltliche Anordnung erlaubt hätte

### **E. 7.3**

Soweit die Einwilligung in eine Hausdurchsuchung betreffend ist festzuhalten, dass an deren Vorliegen strenge Voraussetzungen geknüpft sind (THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 13 zu Art. 244 StPO, auch zum Folgenden). Sie hat irrtumsfrei, freiwillig und ernsthaft zu erfolgen, damit auf deren Rechtsgültigkeit geschlossen werden kann. Die berechtigte Person darf nicht unter Druck gesetzt werden (THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 14 zu Art. 244 StPO). Um die Freiwilligkeit und Irrtumsfreiheit zu gewährleisten, muss die durch die Strafverfolgungsbehörden zu erfolgende Information rechtzeitig und inhaltlich ausreichend erfolgen. Dies gilt besonders bei betroffenen juristischen Laien. Die Information hat sämtliche Angaben zu enthalten, welche aus einem schriftlichen Durchsu-

chungsbefehl hervorgehen würden (Art. 241 Abs. 2 StPO; THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 14 zu Art. 244 StPO), soll der Eingriff in das Grundrecht doch mess- und kontrollierbar sein. Der schriftliche Befehl – oder an dessen Stelle eine entsprechende mündliche Information – steckt den Rahmen ab, innerhalb dessen die Hausdurchsuchung zulässig ist. Mit ihm können zum einen unzulässige «Fishing Expeditions» verhindert werden. Zum anderen wird der betroffenen Person die Möglichkeit eingeräumt, die Durchführung der Massnahme zu überprüfen und gegebenenfalls rechtzeitig Einwände zu erheben. Wird nämlich über den durch die Anordnung gesteckten Rahmen hinausgegangen, so ist die Durchführung grundsätzlich nicht mehr gedeckt und mithin rechtswidrig und (allenfalls) unverwertbar (GFELLER, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7 ff. zu

#### **E. 7.4**

Die Generalstaatsanwaltschaft und die Staatsanwaltschaft halten wie erwähnt dafür, dass der Beschwerdeführer über seine Rechte informiert und insbesondere auf die Möglichkeit, die Einwilligung zu verweigern, aufmerksam gemacht worden sei. Ihm sei im Weigerungsfall die Prüfung einer staatsanwaltlichen Anordnung der Hausdurchsuchung in Aussicht gestellt worden, was er jedoch nicht gewollt habe. Vor diesem Hintergrund sei seine Einwilligung rechtsgültig erfolgt. Dem kann sich die Beschwerdekammer nur teilweise anschliessen. Zutreffend ist, dass der Hinweis, wonach im Weigerungsfall die ausführende Person die Ausstellung eines schriftlichen Befehls bei der zuständigen Behörde beantragen werde, keine unzulässige Druckausübung darstellt (Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2019.42 vom 25. April 2019 E. 4.3.4; GFELLER, a.a.O., N. 4a zu Art. 241 StPO, auch mit Beispielen von unzulässigen Erhebungsmethoden). Dafür, dass auf den Beschwerdeführer (sonst wie) übermässiger Druck ausgeübt worden wäre oder man ihn getäuscht oder ihm gedroht hätte, bestehen keine Hinweise. Allein der Umstand, dass eine Belehrung unterblieben oder unzureichend erfolgt ist, reicht nicht aus, um den Anforderungen an die Täuschung im Sinn von Art. 140 Abs. 1 StPO zu entsprechen. Ein Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 1 i.V.m. Art. 140 Abs. 1 StPO (absolutes Verwertbarkeitsverbot) liegt somit nicht vor. Nicht gefolgt werden kann dem Argument, wonach von einer rechtsgültigen Einwilligung ausgegangen werden dürfe. Auch wenn dem Beschwerdeführer wohl bekannt gewesen sein dürfte, dass sich die Ermittlungen gegen ihn richten und was Gegenstand der Ermittlung und der Durchsuchung gewesen ist, kann den in den Akten befindlichen Unterlagen nicht in rechtsgenügender Weise entnommen werden, dass eine Belehrung – einschliesslich eines Hinweises auf das Weigerungsrecht – tatsächlich erfolgt ist. Der Beschwerdeführer seinerseits bestreitet dies und beruft sich auf sein Verhalten nach der zu Beginn der Einvernahme erfolgten Belehrung und führt aus, dass er aufgrund der dortigen Belehrung von seinem Aus-

#### **E. 7.5**

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass nicht von einer rechtsgültigen Einwilligung ausgegangen werden kann. Mangels rechtsgültiger Einwilligung und mangels Vorliegens eines Anordnungs- bzw. Hausdurchsuchungsbefehls sind die sichergestellten (und nunmehr beschlagnahmten) Gegenstände in rechtswidriger Weise erlangt worden. 8.

#### **E. 8**

(Art. 241 Abs. 3 StPO). Fraglich und zu prüfen ist, ob eine rechtsgültige Einwilligung des Beschwerdeführers zur Durchführung der Hausdurchsuchung vorgelegen hat. Anders als

die Generalstaatsanwaltschaft ausführt, stellt eine Hausdurchsuchung, welche aufgrund einer rechtsgültigen Einwilligung vorgenommen worden ist, nach wie vor eine Zwangsmassnahme im Sinn von Art. 196 StPO dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_900/2015 vom 29. Januar 2016 E. 1.4.3, wonach bei Vorliegen einer rechtsgültigen Einwilligung die fragliche Zwangsmassnahme nicht mehr in der grundsätzlich vorgeschriebenen Form angeordnet zu werden braucht; ZHUOLI CHEN, Einwilligung als Ersatz des Durchsuchungsbefehls? – Am Beispiel der Hausdurchsuchung ohne Durchsuchungsbefehl, in: Forum poenale 7/2015 S. 298 ff.; andere Meinung: THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 17 und 20 zu Art. 244 StPO, welche lediglich von einer «Verfahrenshandlung» ausgehen). Für die Durchsuchung braucht es diesfalls zwar keinen schriftlichen Befehl mehr. Dass die Polizei jedoch verdachtsfrei vorstellig werden und Räume durchsuchen dürfte, käme einer unzulässigen Beweisausforschung (sog. «Fishing Expeditions») gleich. Abgesehen davon haben sich Polizeibeamten auch bei Vorliegen einer Einwilligung an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu halten. Vorliegend soll der Kantonspolizei die Information zugegangen sein, dass im Club C.\_\_\_\_\_ Sportwetten getätigt werden können. Auch wenn sich dazu in den Akten nichts Näheres entnehmen lässt, ist der eine Hausdurchsuchung rechtfertigende Anfangsverdacht zu bejahen (Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO). Anhaltspunkte, welche die Hausdurchsuchung als nicht verhältnismässig erscheinen liessen, sind nicht erkennbar (Art. 197 Abs. 1 Bst. c und d StPO).

### **E. 8.1**

Wie unter E. 5 hiervor erwähnt, dürfen Beweise, welche Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nur verwertet werden, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind demgegenüber verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). Als Gültigkeitsvorschrift gelten im Wesentlichen jene Regeln, die ausschliesslich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten anstreben. Zu den Ordnungsvorschriften zählt man jene Normen, deren Funktion sich darin erschöpft, die äussere Ordnung des Verfahrens zu regeln (GLESS, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 67 zu Art. 141 StPO).

### **E. 8.2**

Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, ob es sich bei der Vorschrift von Art. 241 Abs. 1 StPO, wonach die Hausdurchsuchung grundsätzlich eines schriftlichen Befehls bedarf (es sei denn, es liege eine rechtsgültige Einwilligung vor), um eine Gültigkeits- oder um eine Ordnungsvorschrift handelt. Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betroffenen Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor (BGE 139 IV 128 E. 1.6; Urteil des Bundesgerichts 6B\_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2). Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich ferner, dass dieselbe Vorschrift im einen Fall eine Gültigkeits-, im anderen jedoch eine Ordnungsvorschrift sein kann. So hat das Bundesgericht in BGE 139 IV 128 ausdrücklich festgehalten, dass die Frage, ob die Notwendigkeit eines schriftlichen Befehls (betreffend Durchsuchung von

Aufzeichnungen im Sinn von Art. 246 StPO) eine reine Ordnungsvorschrift oder eine Gültigkeitsvorschrift darstelle, nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beantworten sei (E. 1.7; so auch das Obergericht des Kantons Bern in seinem Beschluss BK 15 350 vom 22. Dezember 2015, wobei es aber gestützt auf die konkreten Umstände zu einem anderen Ergebnis gelangte). Mit Blick auf die Begrenzungs- und Überprüfungsfunktion des Hausdurchsuchungsbefehls gelangte die Beschwerdekammer in ihrem Beschluss BK 17 99 vom

### **E. 8.3**

Die sichergestellten und nun beschlagnahmten Gegenstände wurden somit unter Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhoben. Art. 141 Abs. 2 StPO erlaubt die (ausnahmsweise) Verwertung eines derart erhobenen Beweismittels, wenn seine Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, ist näher zu prüfen.

### **E. 8.4**

In der Literatur ist umstritten, was unter den Begriff der «schweren Straftat» im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO fällt. Ein Teil der Lehre verweist zur Bestimmung dieses Begriffs auf eine einzelfallweise Güterabwägung, wie sie das Bundesgericht vor Inkrafttreten der StPO vorgenommen hat (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrecht, 3. Auflage, N. 705; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, § 30 N. 1051). Ein weiterer Teil der Lehrmeinung votiert für eine Beschränkung auf Fälle von Schwerekriminalität, d.h. auf Straftatbestände, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe geahndet werden (GLESS, a.a.O., N. 72 zu Art. 141 StPO; WOHLERS, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 21a zu Art. 141 StPO). Gemäss SCHMID fallen primär Verbrechen, d.h. Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind, in Betracht (Art. 10 Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB; SR 311.0]; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 8 zu Art. 141 StPO). Und schliesslich wird für die Begriffsbestimmung auch ein Rückgriff auf den Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 StPO (bzw. Art. 286 Abs. 2 StPO) betreffend Zulässigkeit der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (bzw. verdeckte Ermittlung) vorgeschlagen, was in der Lehre jedoch umstritten ist (vgl. etwa GLESS, a.a.O.). Die Beschwerdekammer

### **E. 8.5**

Die aus der unrechtmässig erfolgten Hausdurchsuchung gewonnenen Beweismittel sind folglich verwertbar und die Beschlagnahme ist nicht zu beanstanden. Dass andere Gründe als die gerügte Verwertbarkeitsproblematik der Beschlagnahme der sichergestellten Gegenstände entgegenstünden, ist nicht ersichtlich. Die Beschlagnahmenvoraussetzungen gemäss Art. 263 i.V.m. Art. 197 Abs. 1 StPO sind erfüllt. Es kann auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden. Die Beschwerde erweist sich folglich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann. 9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Verfahrenskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, werden folglich ihm zur Bezahlung auferlegt.

### **E. 9**

Art. 241). Der Hausdurchsuchungsbefehl bzw. Anordnungsbefehl ist somit zentral für die Wahrung der Interessen der betroffenen Person. Dies bedingt, dass dieser bzw. – bei Nichtvorweisen eines solchen – die Information/Belehrung zeitlich vor dem tatsächlichen

Beginn der Hausdurchsuchung vorzuweisen ist bzw. zu erfolgen hat, andernfalls die betroffene Person nicht rechtzeitig Einwände erheben kann (vgl. THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 13 zu Art. 244 StPO). Dabei ist die betroffene Person – entgegen den Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft – mit Blick auf den Grundsatz eines fairen Verfahrens auch darauf hinzuweisen, dass sie nicht verpflichtet ist, Zutritt zu gewähren, und dass sie ihre Einwilligung ohne Grundangabe verweigern kann (THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 14 zu Art. 244 StPO). Dass die entsprechende Informationen rechtzeitig und inhaltlich ausreichend erfolgt ist, hat die Untersuchungsbehörde (aus Rechtssicherheitsgründen und in ihrem eigenen Beweissicherungsinteresse) ausdrücklich und nachvollziehbar zu protokollieren (Art. 76 StPO; Urteile des Bundesgerichts 1B\_85/2019 vom 8. August 2019 E. 4.2 sowie 1B\_91/2016 vom 4. August 2016 E. 4.5, beide betreffend Information über das Siegelungsrecht, ferner Urteil 1B\_309/2012 vom 6. November 2012 E. 5.3-5.7 [Pra 2013 Nr. 19]; THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 20 zu Art. 244 StPO).

## **E. 10**

kunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass er sich bei ausreichender Belehrung auch gegen die Hausdurchsuchung gewehrt hätte. Dies stellt nach Ansicht der Beschwerdekammer lediglich eine an dieser Stelle nicht überprüfbare Behauptung dar. Jedoch vermag sie die anderslautenden – ebenfalls nicht überprüfbaren – Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft in Zweifel zu ziehen. Den Nachweis, dass der Beschwerdeführer ausreichend informiert und belehrt worden ist, hat die Strafverfolgungsbehörde zu erbringen. Einziger Hinweis für eine angeblich rechtzeitige und inhaltlich ausreichende Belehrung ist dem Anzeigerapport vom 28. August 2019 zu entnehmen, wonach der Beschwerdeführer nach seinem Eintreffen über die rechtlichen Möglichkeiten informiert worden sei. Dies genügt jedoch nicht, die Unklarheit über die Frage zu beseitigen, ob die Informationspflichten tatsächlich eingehalten worden sind. Da die Aufklärung des Beschwerdeführers nicht protokolliert worden ist, ist grundsätzlich zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass eine solche nicht (rechtsgenügend) stattgefunden hat. Abgesehen davon lässt sich dem Berichtsrapport vom 5. August 2019 (S. 1 f.) und dem Anzeigerapport vom 25. August 2019 (S. 4) entnehmen, dass die Polizei noch vor dem Eintreffen des Beschwerdeführers am Gerät 2 zwecks Beweissicherung eine Wette für CHF 10.00 platziert hat. Bevor sie an weiteren Geräten Wetten platzieren konnte, soll die Verbindung zum Wettanbieter unterbrochen worden sein. Dies soll kurz nach dem Anruf beim Beschwerdeführer – vermutungsweise durch diesen über einen externen Zugriff – geschehen sein. Vor diesem Hintergrund steht fest, dass die Durchsuchung (zumindest des der Öffentlichkeit zugänglichen Raums [Gaststube]) bereits vor dem Eintreffen des Beschwerdeführers begonnen hat. Angeblich sollen laut Ausführungen des Beschwerdeführers die PC-Stationen vor seinem Eintreffen ebenfalls bereits sichergestellt und die Gäste angehalten und befragt worden sein. Angesichts der zeitlichen Verhältnisse (Beginn der Polizeiaktion um 16.25 Uhr und Beginn der mit angeblicher Einwilligung erfolgten Durchsuchung um 18.30 Uhr [vgl. Durchsuchungsprotokoll]) mag dem so sein, braucht jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden. Da von einem tatsächlichen Durchsuchungsbeginn vor Eintreffen des Beschwerdeführers ausgegangen werden muss, kann nicht ernsthaft davon gesprochen werden, der Beschwerdeführer hätte sich noch gegen die – teilweise bereits durchgeführte – Hausdurchsuchung zur Wehr setzen können, weshalb die unterschriftlich bestätigte Einwilligung des Beschwerdeführers nicht die Anforderungen an eine rechtsgenügende

Einwilligung zu erfüllen vermag. Der Verteidiger weist zu Recht darauf hin, dass rechtsunkundige Personen in der Regel keine Kenntnis darüber haben, dass einmal sichergestellte Gegenstände im Strafverfahren möglicherweise nicht verwendet werden können, wenn sie nicht rechtlich korrekt erhoben worden sind. Die Befürchtung, dass betroffene Personen möglicherweise nur deshalb ihre «Einwilligung» geben, weil sie davon ausgehen, dass die Fakten ohnehin bereits festgestellt seien und eine Verweigerung zu diesem Zeitpunkt nutzlos sei, kann nicht von der Hand gewiesen werden.

### **E. 11**

Mai 2017 (E. 3.4) zum Schluss, dass die vorgeschriebene Form der Schriftlichkeit des Hausdurchsuchungsbefehls zweifellos als Gültigkeitsvorschrift zu qualifi-

### **E. 12**

zieren sei. Sie führte aus, dass die zentrale Schutzfunktion des Hausdurchsuchungsbefehls nicht erreicht werden könne, wenn die Schriftlichkeit als fakultativ erachtet und davon ausgegangen werde, sie regle nur die äussere Ordnung des Verfahrens. Art. 241 Abs. 1 i.V.m. Art. 198 StPO als blosser Ordnungsvorschrift zu qualifizieren, würde der rechtstaatlichen Bedeutung der Zuständigkeitsbeschränkung für die Anordnung dieser Zwangsmassnahme in keiner Weise gerecht werden. An dem ist festzuhalten. Dem für die hier interessierende Konstellation nötigen Anordnungsbefehl bzw. an dessen Stelle der für eine Einwilligung erforderlichen Belehrung kommt die gleiche Bedeutung zu. Aus dem von der Staatsanwaltschaft angerufenen BGE 139 IV 128, in welchem es um die Durchsuchung eines Mobiltelefons – beschränkt auf die im Gerät abgelegten Adressen – ging, kann für vorliegenden Fall nichts Gegenteiliges abgeleitet werden, zumal das Bundesgericht dort ja eben gerade betont hat, dass jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beantworten sei, welcher Charakter dem fehlenden Anordnungsbefehl zukomme. Dass es sich beim hauptsächlich kontrollierten Raum (Clublokal) nicht um eine Wohnung, sondern um einen der Öffentlichkeit zugänglichen Raum gehandelt hat, lässt die Notwendigkeit eines Hausdurchsuchungsbefehls bzw. einer ausreichenden Information nicht zu einer Ordnungsvorschrift werden. Ebenfalls nichts für sich abzuleiten vermag die Staatsanwaltschaft aus dem Urteil des Bundesgerichts 6B\_900/2015 vom 29. Januar 2016. Dort ist das Bundesgericht nicht auf die Frage eingegangen, ob es sich bei den Normen zur Anordnung einer Hausdurchsuchung um Ordnungs- oder Gültigkeitsvorschriften handle (E. 1.6).

### **E. 13**

hat sich bisher nicht abschliessend zu den unterschiedlichen Meinungen geäussert (offengelassen in den Beschlüssen BK 15 350 vom 22. Dezember 2015 E. 6.3 und BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 4.2; vgl. ferner BK 16 470 vom 12. Januar 2017 E. 4.3, wonach grobe Verkehrsregelverletzungen im Sinn von Art. 90 Abs. 2 SVG keine Fälle von schwerer Kriminalität darstellen [unter Hinweis auf BGE 142 IV 23 unpubl. E. 2.2]). Ein Blick in die bundesgerichtliche Rechtsprechung ergibt, dass das Bundesgericht – soweit ersichtlich – bei Vergehen nicht von «schweren Straftaten» im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen scheint (so betreffend grobe Verkehrsregelverletzungen bestätigt mit Urteil 6B\_1188/2018 vom 26. September 2019 [zur Publikation vorgesehen] E. 4; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichts 1B\_26/2016 vom 29. November 2016 E. 4.3.2). Weiter hat es im Urteil 6B\_287/2016 vom 13. Februar 2017 festgehalten, dass Raub und strafbare Vorbereitungshandlungen dazu zweifellos «schwere Straftaten» im vorgenannten Sinn

seien, handle es sich doch um Verbrechen, die im Katalog von Art. 269 Abs. 2 StPO aufgeführt seien (auf die Frage, was generell unter «schwere Straftaten» zu verstehen sei, ging es nicht weiter ein; zum Ganzen E. 2.4.4). Im zur Publikation vorgesehenen Urteil 6B\_908/2018 vom 7. Oktober 2019 wurde unter Hinweis auf frühere Urteile des Bundesgerichts ausgeführt, dass Art. 141 Abs. 2 StPO eine Interessenabwägung beinhalte. Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Beschuldigten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibe. Als schwere Straftaten im Sinn des Gesetzes würden vorab Verbrechen in Betracht fallen (vgl. BGE 143 IV 387 E. 4.4 ff. und 131 I 272 E. 4 sowie BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2 und Urteil des Bundesgerichts 6B\_490/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 2.4.2). Dem Beschwerdeführer wird die Durchführung, die Organisation oder das Zur-Verfügung-Stellen von Grossspielen (Sportwetten) ohne entsprechende Bewilligung vorgeworfen, evtl. gewerbs- und bandenmässig begangen (Art. 130 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BGS). Gemäss Art. 130 Abs. 1 Bst. a BGS wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich Grossspiele ohne die dafür nötige Bewilligung durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt. Nach Abs. 2 derselben Bestimmung lautet die Sanktion bei qualifizierter Tatbegehung (gewerbs- oder bandenmässige Begehung) auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen (vgl. aber Art. 34 Abs. 1 StGB). Damit steht fest, dass dem Beschwerdeführer zumindest ein Vergehen, evtl. gar ein Verbrechen im Sinn von Art. 10 Abs. 2 StGB zur Last gelegt wird. Widerhandlungen gegen Art. 130 Absatz 2 i.V.m. Art. 130 Absatz 1 Bst. a BGS sind ferner im Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 bzw. Art. 286 Abs. 2 StPO aufgeführt, d.h. bei Verdacht auf qualifizierte Tatbegehung dürften geheime Überwachungs-massnahmen angeordnet und durchgeführt werden. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelangt die Beschwerdekammer zum Schluss – ohne eine generelle Definition der «schweren Straftaten» vorzunehmen –, dass eine Widerhandlung gemäss Art. 130 Absatz 2 i.V.m. Art. 130 Absatz 1 Bst. a BGS, d.h. die

#### **E. 14**

qualifizierte Tatbegehung, eine «schwere Straftat» im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO darstellt. Dies rechtfertigt sich umso mehr mit Blick auf eines der Ziele, welche mit dem Geldspielgesetz verfolgt wird, nämlich der angemessene Schutz der Bevölkerung vor exzessivem Geldspiel (Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21. Oktober 2015, BBl 2015 8387 ff., 8406). Spielsucht, welche eine psychische Störung darstellt, wird – wie Alkohol und Drogen – unter die Abhängigkeitserkrankungen subsumiert. Mit ihr gehen oft harte soziale und gesundheitliche Folgen einher. Finanzielle Probleme führen nicht selten zur Verschuldung, manchmal auch zu Eigentums- und Vermögensdelikten. Betroffene sind zudem von erhöhten Suizidgefahren und von Arbeitslosigkeit betroffen (Botschaft zum Geldspielgesetz, BBl 2015 8387 ff., 8401 f.). Eröffnet wurde die Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer wegen Widerhandlung gegen das Geldspielgesetz. Aus dem Umstand, dass die Kantonspolizei dem Beschwerdeführer in ihrem Anzeigerapport «lediglich» eventuell eine qualifizierte Tatbegehung vorwirft, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Im Raum steht sowohl die «einfache», als auch die «qualifizierte» Widerhandlung im Sinn von Art. 130 BGS. Die Kantonspolizei wurde gestützt auf eine Information tätig, dass im Clublokal des Beschwerdeführers – d.h. einer der Öffentlichkeit zugänglichen Gaststätte – mehrere PC-Stationen stehen würden, auf welchen Sportwetten platziert werden könnten. Bei dieser Ausgangslage (öffentliche

Gaststätte) darf von einem Verdacht auf gewerbsmässige Tatbegehung geschlossen werden, zumal die Polizei pro Gerät von einem durchschnittlichen monatlichen Reingewinn von CHF 5'000.00 auszugehen scheint (Berichtsrapport vom 5. August 2019 S. 2). Ob sich der Verdacht auf gewerbsmässige Tatbegehung erhärten lässt, zeigt sich erst im Lauf der Ermittlungen. Die gerügte Hausdurchsuchung diene denn auch zur Aufklärung dieses gegenüber dem Beschwerdeführer erhobenen Vorwurfs. Damit steht fest, dass die sichergestellten Gegenstände zur Aufklärung einer schweren Straftat dienen. Auch sind sie zur deren Aufklärung als unerlässlich zu bezeichnen, stellen sie doch die einzigen objektiven Beweismittel dar.

#### **E. 15**

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. 2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 2'000.00, werden dem Beschuldigten/Beschwerdeführer auferlegt. 3. Zu eröffnen: - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ - der Generalstaatsanwaltschaft Mitzuteilen: - der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwalt D.\_\_\_\_\_ - dem Polizeikommando des Kantons Bern Bern, 7. Januar 2020 Im Namen der Beschwerdekammer in Strafsachen Die Präsidentin: Obergerichterin Schnell Die Gerichtsschreiberin: Beldi Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt. Rechtsmittelbelehrung Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.