

BStGer BE.2018.16 vom 7. Februar 2019

Bundesstrafgericht, 2019-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_BE.2018.16

FR: TPF BE.2018.16 du 7 février 2019

IT: TPF BE.2018.16 del 7 febbraio 2019

Regeste

Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR).

Erwägungen

E. 1.1

Mit Datum vom 1. Januar 2019 ist das Bundesgesetz über Geldspiele (Geld- spielgesetz, BGS; SR 935.51) in Kraft getreten. Es ersetzt unter anderem das auf diesen Zeitpunkt ausser Kraft getretene Bundesgesetz über Glücks- spiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52). Nach Art. 134 Abs. 1 BGS ist bei Wiederhandlungen im Zusammenhang mit den Spielbankenspielen und bei Hinterziehung der Spielbankenabgabe das Bun- desgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) anwendbar. Neue Verfahrensvorschriften sind durch alle Instan- zen unverzüglich anzuwenden, ausser sie führten eine grundlegend neue Ordnung ein (BGE 129 V 113 E. 2.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allge- meines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 202). Verfolgende Behörde im Sinne von Art. 20 Abs. 1 VStrR ist das Sekretariat der ESBK (Art. 134 Abs. 2, Art. 104 Abs. 5 BGS). Das Sekretariat vertritt die ESBK vor eidgenössischen und kantonalen Gerichten (Art. 104 Abs. 5 BGS).

E. 1.2

Auch nach dem Inkrafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) und des Strafbehördenorganisationsgesetzes des Bundes

- 3 -

(StBOG; SR 173.71) am 1. Januar 2011 bleibt das VStrR auf Fälle der Bun- desgerichtsbarkeit in Verwaltungsstrafsachen weiterhin anwendbar. Das VStrR wurde durch die StPO (Anhang 1 Ziff. II/11) und das StBOG (Anhang Ziff. II/9) teilweise geändert. Die Bestimmungen der StPO sind insoweit er- gänzend oder sinn gemäss anwendbar, als das VStrR dies ausdrücklich fest- legt (vgl. Art. 22, Art. 30 Abs. 2-3, Art. 31 Abs. 2, Art. 41 Abs. 2, Art. 43 Abs. 2, Art. 58 Abs. 3, Art. 60 Abs. 2, Art. 80 Abs. 1, Art. 82, Art. 89 und Art. 97 Abs. 1 VStrR). Soweit das VStrR einzelne Fragen nicht abschliessend regelt, sind die Bestimmungen der StPO grundsätzlich analog anwendbar (BGE 139 IV 246 E. 1.2 S. 248, E. 3.2 S. 249; Urteile des Bundesgerichts 1B_210/2017 vom 23. Oktober 2017 E. 1.1; 1B_91/2016 vom 4. August 2016 E. 4.1; zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 1B_433/2017 vom 21. März 2018 E. 1.1). Die allgemeinen strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Grundsätze sind jedenfalls auch im Verwaltungsstrafverfahren zu berück- sichtigen (BGE 139 IV 246 E. 1.2 und E. 3.2; vgl. hierzu auch TPF 2016 55 E. 2.3; Beschluss des Bundesstrafgerichts BV.2017.26 vom 6. September 2017 E. 1.2 und E. 1.3).

E. 2.1

Werden im Verwaltungsstrafverfahren Papiere und Datenträger (vgl. hierzu BGE 108 IV 76 E. 1) durchsucht, so ist dem Inhaber derselben wenn immer möglich vor der Durchsuchung Gelegenheit zu geben, sich über deren Inhalt auszusprechen. Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere vorläufig versiegelt und verwahrt (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 50 Abs. 3 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 VStrR und Art. 37 Abs. 2 lit. b StBOG). Die betroffene Verwaltungsbehörde hat bei der Stellung von Entsiegelungsgesuchen dem Beschleunigungsgebot ausreichend Rechnung zu tragen (Art. 29 Abs. 1 BV; BGE 139 IV 246 E. 3.2).

E. 2.2

Das Protokoll der ESBK über die Durchsuchung (vgl. act. 1.8) informiert die Betroffenen durch einen Abdruck von Gesetzesbestimmungen auf der Rückseite über ihre Rechte. Dies ist keine inhaltlich ausreichende Orientierung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_91/2016 vom 4. August 2016 E. 4.5). Das ist vorliegend nicht weiter von Belang, da der Gesuchsgegner noch während der Hausdurchsuchung rechtzeitig die Siegelung verlangte. Der Gesuchsgegner war auch berechtigt, die Siegelung des in seinem Fahrzeug aufgefundenen Mobiltelefons zu verlangen.

E. 2.3

Bei Entsiegelungsgesuchen wird in einem ersten Schritt geprüft, ob die Durchsuchung im Grundsatz zulässig ist, und – bejahendenfalls – in einem

- 4 -

zweiten Schritt, ob die Voraussetzungen für eine Entsiegelung erfüllt sind (TPF 2007 96 E. 2). Von einer Durchsuchung von Papieren, bei der es sich um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme handelt, wird gesprochen, wenn Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen bzw. besichtigt werden, um ihre Beweiseignung festzustellen und sie allenfalls mittels später erfolglicher Beschlagnahme zu den Akten zu nehmen. Eine derartige Durchsuchung ist nur zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, anzunehmen ist, dass sich unter den sichergestellten Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert wird. Daraus folgt, dass auch allgemeine Einwände gegen die Durchsuchung einen Grund zur Siegelung darstellen, mithin die Siegelung auch aus Gründen mangelnden Tatverdachts sowie wegen fehlender Beweisrelevanz verlangt werden kann, sofern es dem Berechtigten im Ergebnis darum geht, die Einsichtnahme der Untersuchungsbehörde in die sichergestellten Unterlagen und deren Verwertung zu verhindern (Urteil des Bundesgerichts 1B_117/2012 vom 26. März 2012 E. 3.2 f.).

E. 3.1

Im Entsiegelungsentscheid ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein hinreichender Verdacht auf eine Straftat besteht, welche eine Durchsuchung rechtfertigt. Dazu bedarf es – gemäss den einschlägigen Bestimmungen und Prinzipien der StPO (zur Anwendung im Verwaltungsstrafverfahren, vgl. obige Erwägung 1; vgl. ferner für das gerichtliche Verfahren Art. 82 VStrR) – zweier Elemente: Ein Sachverhalt muss ausreichend detailliert

um- geschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände des Strafrechts überhaupt nachvoll- ziehbar vorgenommen werden kann. Sodann müssen ausreichende Beweis- mittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachver- halt stützen. In Abgrenzung zum dringenden setzt dabei der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen (vgl. zum Ganzen ausführlich den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2006.7 vom 20. Feb- ruar 2007 E. 3.1; Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2017.1 vom 26. Ap- ril 2017 E. 3.1; je m.w.H.). Der Begriff des hinreichenden Tatverdachts als Voraussetzung für eine Durchsuchung (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) ist iden- tisch mit dem Anfangsverdacht, welcher gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO zur Einleitung der Strafverfolgung führt bzw. – in Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO negativ formuliert – zur Fortführung derselben verpflichtet. Dabei gilt der Grundsatz in dubio pro duriore. Danach ist nur nicht an die Hand zu nehmen

- 5 -

oder einzustellen (Art. 319 Abs. 1 lit. a und b StPO), wenn es klar erscheint, dass der Sachverhalt nicht strafbar ist oder nicht bestraft werden kann (OM- LIN, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 8 zu Art. 310). Somit ist der hinreichende Tatverdacht mit demjenigen der Voraussetzung für die Zwangsmassnahme nach Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO grundsätzlich identisch, auch wenn der erforderliche Verdachtsgrad von der Eingriffsschwere der Zwangsmassnahme abhängt (WEBER, Basler Kom- mentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 8 und 8a zu Art. 197). Entsprechend folgt aus der grundsätzlichen Gleichartigkeit des Be- griffs des hinreichenden Tatverdachts auch, dass aufgrund des Grundsatzes in dubio pro duriore bei Unklarheiten nicht nur eine Strafuntersuchung zu eröffnen und durchzuführen ist, sondern dass eben die Voraussetzung für die Zwangsmassnahme der Durchsuchung auch gegeben ist. Sie dient ja gerade dazu, anfängliche Unklarheiten im Sinne der Vorwürfe zu klären.

E. 3.2

Die ESBK erklärt, Anlass zur Hausdurchsuchung vom 12. September 2018 im Lokals des Vereins B. habe eine anonyme Anzeige vom 26. März und 16. April 2018 mit Fotoaufnahmen gegeben (vgl. act. 1.2, 1.3). Auf einem Foto sei ein betriebsbereiter, als Glücksspiel qualifizierter Tischautomat er- sichtlich. Das zweite Foto zeige fünf laufende, in Holzgehäuse mit Notenle- sern eingebaute Computerterminals mit aufgeschalteten Spielen, wobei bei einem Terminal die Nachfolgeplattform von "Diamond Casino" ("XXXtra Casinogames") zu sehen sei. "Diamond Casino" entspreche wiederum der am 26. Februar 2014 von der ESBK als Glücksspielautomat qualifizierten Spielplattform "Magic Entertainment" (vgl. act. 1.17), was die ESBK mit Re- ferenzvergleichsbericht vom 26. Juni 2015 festgehalten habe (vgl. act. 1.16). Gemäss dem Bericht zur Hausdurchsuchung der ESBK vom 13. September 2018 (act. 1.13) und dem Erhebungsbericht der Kantonspolizei Aargau vom

E. 3.3

Glücksspiele sind Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Art. 3 Abs. 1 SBG). Glücksspielauto- maten sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen auto-

matisch abläuft (Art. 3 Abs. 2 SBG). Im Sinne des früheren Spielbankengesetzes (SBG) besteht beim vorliegenden Sachverhalt (vgl. obige Erwägung 3.2) der Verdacht, dass automatisierte Glücksspiele durchgeführt wurden. Die Übergangsbestimmungen für Spielbankenspiele und Grossspiele im Sinne des neuen Geldspielgesetzes (BGS) sind in dessen Art. 137–140 festgelegt. Die Bestimmungen des BGS betreffend Spielbankenspiele gelten grundsätzlich ab Inkrafttreten dieses Gesetzes (Botschaft BBl 2015 8387, 8506). Bei den sichergestellten Spielautomaten geht es um Spielbankenspiele im Sinne von Art. 3 lit. g BGS (vgl. Botschaft BBl 2015 8387, 8407 und 8437, 8498 f.; Art. 4 Abs. 1 lit. b der Verordnung des EJPD vom 7. November 2018 über Spielbanken [Spielbankenverordnung EJPD, SPBV-EJPD, SR 935.511.1] i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 7. November 2018 über Geldspiele [Geldspielverordnung, VGS; SR 935.511] i.V.m. Art. 138 Abs. 1 BGS).

E. 3.4

Die rückwirkende Anwendung der Gesetzesänderung ist unzulässig, wenn sie sich zu Lasten des Täters auswirken würde (Art. 2 Abs. 1 StGB). Daraus leitet sich ab, dass grundsätzlich jenes Gesetz anwendbar ist, das im Zeitpunkt der verübten Tat galt, es sei denn, dass das neue Gesetz das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; BGE 129 IV 49 E. 5.1 S. 51). Die Rückwirkung des milderen Gesetzes (lex mitior) folgt dem Gedanken, dass nicht mehr oder milder bestraft werden soll, weil die Tat zufolge Änderung der Rechtsanschauung nicht mehr bzw. weniger strafwürdig erscheint (BGE 89 IV 113 E. I/1a S. 116; zum Ganzen BGE 134 IV 82 E. 6.1). Ob das neue im Vergleich zum alten Gesetz milder ist, beurteilt sich nicht nach einer abstrakten Betrachtungsweise, sondern in Bezug auf den konkreten Fall (Grundsatz der konkreten Vergleichsmethode). Der Richter hat die Tat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht (hypothetisch) zu prüfen und durch Vergleich der Ergebnisse festzustellen, nach welchem der beiden Rechte der Täter besser wegkommt (BGE 126 IV 5 E. 2c S. 8 mit Hinweisen). Erst aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Vorschriften des Besonderen und Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches bestimmt sich, welches Recht anwendbar ist. Die in Frage stehende Tat kann nämlich sowohl hinsichtlich der Strafbarkeit im Allgemeinen wie auch hinsichtlich der einschlägigen Strafnorm von einer Gesetzesänderung betroffen sein. Steht einmal fest, dass die Strafbarkeit des fraglichen Verhaltens unter neuem Recht fortbesteht, sind die gesetzlichen Strafrahmen bzw. Sanktionen zu vergleichen. Schwierigkeiten kann der Vergleich bereiten, wenn das Gesetz in mehrfacher Hinsicht geändert hat und sich im Ergebnis unterschiedliche Sanktionen gegenüberstehen. Die Unterschiede in den Rechtsfolgen sind

alsdann nach Massgabe der gesetzlichen Bewertung in eine Rangfolge zu bringen, um die mildere Sanktion zu bestimmen. Nur in Grenzfällen ist es dem Richter gestattet, die Sanktionen in ihrer Gesamtheit einander gegenüberzustellen und für den Einzelfall eine Wertentscheidung zu treffen, welches Gesetz milder ist (BGE 134 IV 82 E. 6.2.1 mit Hinweisen).

E. 3.5

Der vorliegende Sachverhalt begründet den hinreichenden Tatverdacht, dass automatisierte Glücksspiele ohne Bewilligung durchgeführt wurden. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG

(altes Recht) wurde mit Haft oder mit Busse bis zu 500'000.-- Franken bestraft, wer Glücksspiele ausserhalb konzessionierter Spielbanken organisiert oder gewerbsmässig betreibt. Nach dem neuen Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS wird – sofern keine gewerbs- oder banden- mässige Begehung nach Art. 130 Abs. 2 BGS vorliegt – mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele oder Gross- spiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt. Die mutmasslichen Taten haben sich unter altem Recht (SBG) abgespielt. Für den Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens ist die Strafandrohung des alten Rechtes deutlich günstiger. Im Bereiche des VStrR sind Zwangsmass- nahmen grundsätzlich auch bei Übertretungen zulässig (vgl. Art. 45 Abs. 2 VStrR e contrario i.V.m. Art. 3 VStrR).

E. 3.6

Zusammenfassend liegt ein hinreichender Anfangstatverdacht vor, welcher auch den Einsatz von Zwangsmassnahmen wie Durchsuchungen und Sicherstellungen erlaubt.

4.

4.1 Weiter ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass sich unter den zu durchsuchenden Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Die Untersuchungsbehörden müssen hierbei jedoch im Rahmen des Entsigelungsgesuchs noch nicht darlegen, inwiefern ein konkreter Sachzusammenhang zwischen den Ermittlungen und einzelnen noch versiegelten Dokumenten besteht. Es genügt, wenn sie aufzeigen, inwiefern die versiegelten Unterlagen grundsätzlich verfahrenserheblich sind (sog. "potenzielle Erheblichkeit", vgl. BGE 132 IV 63 E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 1B_336/2018 vom 8. November 2018 E. 4.3). Betroffene Inhaber von Aufzeichnungen und Gegenständen, welche die Versiegelung beantragen bzw. Durchsuchungshindernisse geltend machen, haben ihrerseits die prozessuale Obliegenheit, jene Gegenstände zu benennen, die ihrer Ansicht nach offensichtlich keinen Sachzusammenhang mit der Strafuntersuchung aufweisen. Dies gilt besonders, wenn sie die Versiegelung von

- 8 -

sehr umfangreichen bzw. komplexen Dokumenten oder Dateien verlangt haben (Urteile des Bundesgerichts 1B_525/2017 vom 4. Mai 2018 E. 3.1; 1B_637/2012 vom 8. Mai 2013 E. 3.8.1 in fine; siehe zur StPO auch BGE 138 IV 225 E. 7.1; 137 IV 189 E. 4.2, 5.1.1, 5.3.3; Urteil des Bundesgerichts 1B_98/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.3). 4.2 Der Gesuchsgegner und Geschäftsführer war zu Beginn der Hausdurchsuchung nicht vor Ort. Die Beamten forderten ihn während der laufenden Hausdurchsuchung telefonisch auf, zu erscheinen. Kurze Zeit nach diesem Telefonat wurde gemäss dem Bericht der Hausdurchsuchung vom 13. September 2018 die Browser-Verbindung auf den Computerstationen getrennt (act. 1.13 S. 1; vgl. obige Erwägung 3.2 zum Sachverhalt). Aus dem Fahrzeug des Gesuchsgegners wurde ein Mobiltelefon (iPhone) sichergestellt (Asservat U23951). Der Gesuchsgegner brachte vor, es gehöre seiner Frau und verlangte die Siegelung (act. 1.13 S. 1 f.). 4.3 Aufgrund der vorliegenden Umstände erscheint das sichergestellte Mobiltelefon als für die Strafuntersuchung potenziell erheblich. Zum einen wurde die Browser-Verbindung nach dem Telefonat mit dem Gesuchsgegner gekappt, was möglicherweise direkt mit dem sichergestellten Mobiltelefon oder telefonisch über Dritte geschehen sein konnte. Zudem trägt in der Regel jeder sein eigenes Mobiltelefon auf sich.

Der Gesuchsgegner bringt nicht vor, es befänden sich schützenswerte Daten auf dem Gerät. Berufsgeheimnisse oder überwiegende Geheimnisschutzinteressen sind ebenfalls keine geltend gemacht oder ersichtlich. Die Durchsuchung erscheint als verhältnismässig.

5. Nach dem Gesagten ist das Entsigelungsgesuch gutzuheissen, und die ESBK ist zu ermächtigen, das versiegelte Mobiltelefon zu entsiegeln und zu durchsuchen.

6. Art. 25 Abs. 4 VStrR bestimmt, dass Verfahren vor der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts kostenpflichtig sind. Art. 25 Abs. 4 VStrR verweist im Übrigen auf Art. 73 StBOG. Dieser Artikel enthält u.a. eine Delegationsnorm für die Berechnung der Verfahrenskosten (Art. 73 Abs. 1 lit. a StBOG) sowie Grundsätze für die Gebührenbemessung (Art. 73 Abs. 2 StBOG) und führt für die Kosten das Reglement des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren (BStKR; SR 173.713.162) an. Für die Kostenverteilung zwischen den Parteien wurde einerseits Art. 66 Abs. 1 BGG analog herangezogen (TPF 2011 25 E. 3, vgl. aber BGE 131 II 562 E. 3.4). Bei Gerichtskosten greifen das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip nicht

- 9 -

(BGE 143 I 227 E. 4.3.1, 4.2.3; anders BGE 141 I 105 E. 3.3.2); Gerichtskosten werden indes in Anlehnung an das Verursacherprinzip in der Regel nach Obsiegen/Unterliegen verteilt (Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2013.16 vom 27. Februar 2014 E. 7; vgl. zur Situation unter der StPO BGE 138 IV 225 E. 8.1 bis 8.2). Bei vorliegendem Ausgang des Verfahrens hat der Gesuchsgegner als unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen (vgl. Art. 25 Abs. 4 VStrR). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von Art. 5 und 8 BStKR auf Fr. 1'000.- festzusetzen.

- 10 -

E. 8

Juni 2018 ist der Gesuchsgegner Geschäftsführer des Lokals resp. Mieter / Betreiber. Der Briefkasten des Lokals war zudem mit dem Namen des Gesuchsgegners beschriftet (vgl. act. 1.6 S. 2 Erhebungsbericht). Die Durchsuchung des Lokals traf auf vier Computerstationen mit der Spielplattform "XXXtra Casinogames" sowie einen Tischautomaten. In der Kasse einer Computerstation befanden sich Fr. 240.--, im Serviceportemonnaie Bargeld von Fr. 2'358.30. Es bestehe der Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen Art. 56 Abs. 1 lit. a des Spielbankengesetzes (act. 1 S. 5 f.; act. 1.1.3 S. 1).

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