

# **SO\_GERICHTE STBER.2020.67 vom 21. April 2021**

SO Obergericht, 2021-04-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2020.67](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2020.67)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2020.67 du 21 avril 2021

IT: SO\_GERICHTE STBER.2020.67 del 21 aprile 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 13. März 2018 ordnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn im Lokal [...] eine Hausdurchsuchung an mit dem Zweck der Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten im Zusammenhang mit dem Angebot von illegalen Internetwetten in den betreffenden Räumlichkeiten (Akten Verwaltungsstrafverfahren Nr. 62-2018-040, Register 1, Seite 6, nachfolgend zit. «[Registernr.]/[Seitenzahl]»).

#### **E. 1.1**

Bei diesem Verfahrensausgang erliegen die Kosten des Verfahrens der ESBK, welche insgesamt CHF 4'245.00 ausmachen (vgl. Dispositivziff. 7 der Strafverfügung, AS 7/60), auf dem Bund (Art. 95 Abs. 1 VStr, e contrario).

#### **E. 1.2**

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von Art. 97 Abs. 1 VStr i.V.m. Art. 423 StPO bzw. Art. 428 Abs. 1 StPO vom Kanton Solothurn zu tragen. Gemäss Art. 98 Abs. 1 VStr kann der Kanton vom Bund die Erstattung der Prozesskosten fordern, zu denen der Beschuldigte nicht verurteilt worden ist oder die der Verurteilte nicht bezahlen kann, Besoldungen und Taggelder von Beamten sowie Gebühren und Stempel sind jedoch ausgenommen. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens setzen sich – exkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung (vgl. hierzu nachfolgende Ziff. VII.2.3) – vor allem aus den Urteilsgebühren zusammen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 1 VStr fallen, die Auslagen waren hingegen im gerichtlichen Verfahren minimal, so dass für diese keine Rückforderung zu erfolgen hat. 2. Entschädigungsfolgen

### **E. 2**

Die Hausdurchsuchung wurde am 14. März 2018 durch die Polizei Kanton Solothurn unter Beizug des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (nachfolgend zit. «AWA») durchgeführt; es wurden zwei Glücksspielautomaten sichergestellt (1/9 f.).

#### **E. 2.1**

Im Verfahren der Verwaltung ist gemäss Art. 99 Abs. 1 VStr dem Beschuldigten, gegen den das Verfahren eingestellt oder der nur wegen einer Ordnungswidrigkeit bestraft wird, auf Begehren eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat, auszurichten. Zu diesen «anderen Nachteilen» sind auch die notwendigen Verteidigungskosten zu zählen. Im gerichtlichen Verfahren gilt Art. 99 VStr sinngemäss. Das Gericht entscheidet auch über die Entschädigung für Nachteile im Verfahren vor der Verwaltung (Art. 101 Abs. 1 VStr). Diese Entschädigung geht sowohl für das Verfahren der Verwaltung als auch für das gerichtliche Verfahren in Anwendung von Art. 101 Abs. 1

i.V. m. Art. 99 Abs. 3 VStrR zu Lasten des Bundes.

### **E. 2.2**

Der Beschuldigte wurde im erstinstanzlichen Verfahren von Rechtsanwalt Winiger privat vertreten, wobei anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Rechtsanwalt Camill Droll, in Vertretung von Rechtsanwalt Winiger, plädierte (US 127). Die von Rechtsanwalt Roland Winiger eingereichte Honorarnote setzt sich aus einem Aufwand von 24,5 Stunden zu je CHF 280.00 sowie Auslagen und 7,7 % MWST zusammen. Die Hauptverhandlung vor erster Instanz nahm eine halbe Stunde in Anspruch (vgl. O-G 94 ff.). Da der Zeitaufwand für die Hauptverhandlung in der Honorarnote auf 1 ½ Stunden geschätzt wurde (O-G 114), hat ein Abzug von einer Stunde zu erfolgen, so dass insgesamt für die Zeit vom 11.6.2018 - 31.5.2020 23,5 Stunden Aufwand resultieren. Der geltend gemachte Stundenansatz von CHF 280.00 wurde von der Berufungsbeklagten nicht bestritten und erweist sich mit Blick auf die besondere Materie und die erforderlichen Spezialkenntnisse im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens als gerechtfertigt. Der Bund hat dem Beschuldigten für das Verfahren vor der ESBK und für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren demnach eine Entschädigung von insgesamt CHF 7'300.75 (Aufwand: CHF 6'580.00, Auslagen: CHF 198.80 und 7,7 % MWST: CHF 521.95) zu bezahlen.

### **E. 2.3**

Für das Berufungsverfahren wurde Rechtsanwalt Droll als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten eingesetzt. Geltend gemacht wird für das Berufungsverfahren ein Zeitaufwand von 21,45 Stunden. Hiervon sind folgende Positionen in Abzug zu bringen: - 31.7.2020: 1 Stunde, da bereits für das erstinstanzliche Verfahren eine Stunde für Nachbearbeitung gewährt wurde - 18.8./21.8./4.11.2020: 15 Minuten (Kanzleiaufwand) - 26.6.2020: 15 Minuten, da kein Zusammenhang zum vorliegenden Verfahren erkennbar ist. Insgesamt erfolgt damit eine Kürzung von 1,5 Stunden; zu entschädigen sind demnach 19,95 Stunden, was zu einer Entschädigung von insgesamt CHF 4'053.20 (Aufwand: CHF 3'591.00, Auslagen: CHF 172.40, 7,7 % MWST: CHF 289.80) führt. Diesen Betrag hat die Zentrale Gerichtskasse dem amtlichen Verteidiger auszubehalten und ist gestützt auf Art. 98 Abs. 1 VStrR in der Folge beim Bund zurückzufordern. Demnach wird in Anwendung von Art. 97 Abs. 1, Art. 98 Abs. 1, Art. 99 Abs. 1 und 3, Art. 101 Abs. 1 VStrR sowie Art. 423 und Art. 428 Abs. 1 StPO beschlossen und erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_ wird vom Vorwurf der mehrfachen Übertretung des Spielbankengesetzes durch die Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken freigesprochen. 2. Der Antrag der Anschlussberufungsklägerin, wonach der Beschuldigte dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 225.00 zu bezahlen habe, wird abgewiesen. 3. Auf die Berufung des Beschuldigten wird, soweit Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils betreffend, nicht eingetreten. 4. Dem Beschuldigten, vertreten durch Rechtsanwalt Roland Winiger, wird für das Verfahren bei der Verwaltung und das erstinstanzliche gerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von total CHF 7'300.75 (Aufwand: CHF 6'580.00, Auslagen: CHF 198.80, 7,7 % MWST: CHF 521.95) zugesprochen, zahlbar durch die Staatskasse des Bundes. 5. Die Entschädigung für den amtlichen Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt Camill Droll, wird für das Berufungsverfahren auf total CHF 4'053.20 (Aufwand: CHF 3'591.00, Auslagen: CHF 172.40, 7,7 % MWST: CHF 289.80) festgesetzt, zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse. Dieser Betrag von CHF 4'053.20 ist durch die Zentrale Gerichtskasse bei der Staatskasse des Bundes zurückzufordern. 6. Die Kosten des Verfahrens der Eidgenössischen

Spielbankenkommission (ESBK) von total CHF 4'245.00 gehen zu Lasten der Staatskasse des Bundes. 7. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens trägt der Staat Solothurn. Rechtsmittel : Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich. Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innert 10 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona). Im Namen der Strafkammer des Obergerichts Der  
Präsident  
Marti  
Die Gerichtsschreiberin  
Lupi De Bruycker

### **E. 3**

Am 12. April 2018 erstellte die Polizei Kanton Solothurn zuhanden der Eidgenössischen Spielbankenkommission (nachfolgend zit. «ESBK») eine Strafanzeige und überwies die Akten an diese Behörde (1/1 ff.).

#### **E. 3.1**

Im Übrigen ist auf Folgendes hinzuweisen: Selbst wenn auf die Berufung hinsichtlich Dispositivziff. 4 einzutreten wäre, wäre der Entscheid in diesem Punkt nicht zu Gunsten des Berufungsklägers abzuändern: Die ESBK hat gestützt auf Art. 66 Abs. 2 VStrR in einem separaten Einziehungsbescheid (Nr. 62-2018-040) am 12. Dezember 2018 verfügt, die beiden beim Beschuldigten beschlagnahmten Glücksspielautomaten mit den Nummern U19041 und U19042 (Eigentümer unbekannt) seien einzuziehen und zu vernichten (7/25 f.). Der Beschuldigte hätte gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen Einsprache erheben können (Art. 67 Abs. 1 VStrR), er liess die Rechtsmittelfrist jedoch ungenutzt verstreichen. Wird – wie vorliegend – innert der gesetzlichen Frist nicht Einsprache erhoben, so steht der Einziehungsbescheid einem rechtskräftigen Urteil gleich (Art. 67 Abs. 2 VStrR, vgl. auch die Rechtskraftbescheinigung unter 7/26). Es wäre deshalb festzustellen, dass der Antrag des Berufungsklägers auf Herausgabe der beiden Geräte gegenstandslos geworden ist.

#### **E. 3.2**

In Bezug auf das Entschädigungsbegehren ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte stets bestritt, Eigentümer der beiden Spielautomaten gewesen zu sein. Inhaltlich wäre deshalb der Entscheid der Vorinstanz, den Antrag auf Entrichtung einer Entschädigung für den Wertverlust der Automaten abzuweisen (vgl. hierzu US 17), nicht zu beanstanden. VI. Ersatzforderung 1. Die ESBK beantragt mit ihrer Anschlussberufungserklärung, der Beschuldigte sei zur Bezahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 225.00 an den Bund zu verurteilen. 2. Gemäss Art. 70 f. StGB i.V.m. Art. 2 VStrR verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind bzw. erkennt auf eine Ersatzforderung des Staates, sofern die betreffenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind. Der Nachweis, dass der Beschuldigte eine strafbare Handlung im Sinne des SBG begangen hat, kann im vorliegenden Fall mangels verwertbarer Beweise nicht erbracht werden. Damit fällt eine

Verurteilung des Beschuldigten zur Bezahlung einer Ersatzforderung ausser Betracht. Der Antrag der Anschlussberufungsklägerin ist deshalb abzuweisen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kostenfolgen

#### **E. 4**

Die ESBK erliess am 14. Mai 2018 betreffend der zwei sichergestellten Glücksspielautomaten U-Nr. 19041 und 19042 eine Beschlagnahme-Verfügung (2/1 ff.).

##### **E. 4.1**

Gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO setzt eine Zwangsmassnahme voraus, dass ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Es muss somit ein Verdacht auf ein strafbares Verhalten bestehen; dieser Tatverdacht muss sich aus konkreten Tatsachen ergeben, die eine vorläufige Subsumtion unter einen bestimmten Straftatbestand erlauben. Der für die Anordnung einer Zwangsmassnahme erforderliche Verdachtsgrad richtet sich nach der Eingriffsschwere der betreffenden Zwangsmassnahme (Jonas Weber in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, nachfolgend zit. «BSK StPO», Art. 197 StPO N 6 - 8). Um die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit einer Zwangsmassnahme beurteilen zu können, müssen somit die Tatsachen, aus welchen sich der Tatverdacht ergibt, bekannt sein. Wenn kein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich der Begehung eines bestimmten Delikts vorliegt, sind strafprozessuale Durchsuchungen unzulässig. Eine verdachtlose bzw. ohne konkreten hinreichenden Tatverdacht durchgeführte Durchsuchung verletzt die Unschuldsvermutung (Diego R. Gfeller in: BSK StPO, Vor Art. 241 - 254 StPO N 43 und 45).

4.2.1 Gemäss Art. 241 Abs. 2 StPO bezeichnet der Befehl, mit welchem eine Durchsuchung angeordnet wird, die zu durchsuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen (lit. a), den Zweck der Massnahme (lit. b) und die mit der Durchführung beauftragten Behörden oder Personen (lit. c). Das Bundesgericht führte im Urteil 1B\_726/2012 zu dieser Bestimmung Folgendes aus (E. 5.2): «Die Notwendigkeit inhaltlicher Mindestangaben erlaubt es, den Umfang der Zwangsmassnahme zu definieren. Sie bezweckt, eine Beweisausforschung (sogenannte ‘fishing expedition’) zu verhindern, wo ohne hinreichenden Tatverdacht nach Beweisen für strafbares Verhalten gesucht wird (vgl. DIEGO R. GFELLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 8 f. zu Art. 241 StPO; CATHERINE CHIRAZI, in: Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 18 zu Art. 241 StPO; BGE 137 I 218 E. 2.3.2 S. 222 mit Hinweisen). Gemäss Art. 241 Abs. 2 lit. b ist deshalb insbesondere der Zweck der Massnahme anzugeben, was neben dem eigentlichen Legalzweck (Festnahme einer verdächtigten Person, Beweismittelbeschlagnahme, Einziehungsbeschlagnahme etc.) auch die Bezeichnung der verfolgten Straftat umfasst (GFELLER, a.a.O., N. 13-27 zu Art. 241 StPO). Der erforderliche Detaillierungsgrad der Angaben definiert sich nach der beschriebenen Begrenzungsfunktion und muss eine nachträgliche Überprüfung der Zwangsmassnahme erlauben. Er variiert von Fall zu Fall (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N. 4 zu Art. 241 StPO; vgl. auch das Beispiel bei GFELLER, a.a.O., N. 23 zu Art. 241 StPO).»

4.2.2 In der Lehre wird ausgeführt, dass unter dem Titel «Zweck der Massnahme» (Art. 241 Abs. 1 lit. b StPO) summarisch der Sachverhalt geschildert werden müsse, der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft das Delikt bilde. Sodann müsse der Tatbestand angegeben werden, der nach Auffassung der ausstellenden Behörde durch den geschilderten Lebenssachverhalt erfüllt sei. Bei der Schilderung des Sachverhalts müsse die gegenwärtig bekannte und den

Tatverdacht begründende Faktenlage dargelegt werden; die tatverdachtsbegründenden Tatsachen müssten sich nicht aus dem Befehl, aber aus den Akten ergeben. Der Rechtsunterworfenen müsse die Möglichkeit haben, die Zwangsmassnahme zu überprüfen. Der Tatverdacht müsse Ausgangspunkt der Zwangsmassnahme sein und nicht die Zwangsmassnahme Ausgangspunkt für die Gewinnung eines Tatverdachts (Diego R. Gfeller in: BSK StPO, Art. 241 StPO N 16 - 18 und 22).

#### **E. 4.3**

Der Hausdurchsuchungsbefehl vom 13. März 2018 (1/6) bezeichnet die zu durchsuchenden Räumlichkeiten, die beauftragte Behörde sowie den Zweck der Massnahme (Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten sowie die Durchsuchung von Aufzeichnungen). Die Verfügung bezeichnet im Weiteren auch die verfolgte Straftat (Übertretung des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten, Angebot von illegalen Internetwetten). Damit enthält der Hausdurchsuchungsbefehl zwar die nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderlichen Elemente. Weder aus dem Hausdurchsuchungsbefehl selbst noch aus den weiteren Akten kann aber nachvollzogen werden, aus welchen Tatsachen oder Umständen sich gegen den Beschuldigten ein hinreichender Tatverdacht für ein strafbares Verhalten ergab. So findet sich in den Akten kein Dokument, welches vor dem 13. März 2018 erstellt wurde und einen Hinweis auf ein strafbares Verhalten des Beschuldigten liefern würde. In der Strafanzeige vom 12. April 2018 wird einzig auf «gezielte Kontrollen betreffend kantonaler Verstösse» hingewiesen; konkrete Verdachtshinweise für ein strafbares Verhalten des Beschuldigten vor dem 13. März 2018 werden aber nicht genannt. Damit ist die vom Bundesgericht im zitierten Entscheid und von der Lehre geforderte Überprüfbarkeit der Zwangsmassnahme nicht möglich.

#### **E. 4.4**

Auf Grund der Aktenlage ist die Zulässigkeit der angeordneten Hausdurchsuchung nicht überprüfbar, weil es an jeglichen Hinweisen für das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts im Zeitpunkt von deren Anordnung am 13. März 2018 fehlt. Damit fehlt es an einer Voraussetzung für die Anordnung einer Zwangsmassnahme (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Die strafprozessualen Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung wurden vorliegend nicht erfüllt. 5. Zu prüfen bleibt, ob die Polizei die Barlokalität auch ohne Hausdurchsuchungsbefehl zu Kontrollzwecken und zwecks Sicherstellung der Spielautomaten hätte betreten dürfen und ob ein solches Vorgehen auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage beruhte.

#### **E. 5**

Am 17. Juli 2018 erstellte die ESBK betreffend die beschlagnahmten Geräte je einen Vergleichsbericht. Auf den Geräten U-Nr. 19041 und 19042 konnten zwei bzw. 43 Spiele dokumentiert werden, welche als Glücksspielautomaten i.S. von Art. 3 Abs. 1 und 2 des Spielbankengesetzes (SBG) zu qualifizieren waren (5/1 ff. und 5/5 ff.).

#### **E. 5.1**

Die Anschlussberufungsklägerin bejaht diese beiden Fragen und begründet ihren Standpunkt insbesondere mit der öffentlichen Zugänglichkeit des durchsuchten bzw. kontrollierten Lokals (vgl. hierzu vorstehende Ziff. IV.3.2). Die polizeilich sichergestellten und in der Folge von der ESBK beschlagnahmten Spielgeräte befanden sich in der Bar [...]. Dabei handelt es sich, was auch vom Berufungskläger unbestritten blieb, um ein öffentlich

zugängliches Lokal, d.h. um eine Örtlichkeit, zu welcher ein unbestimmter Personenkreis Zutritt hat. Indes bildet die öffentliche Zugänglichkeit mit Blick auf das von Art. 186 StGB geschützte Hausrecht kein Ausschlusskriterium, denn auch eine generell umschriebene Zutrittserteilung ist nicht voraussetzungslos, sondern knüpft an die jeweilige Zweckbestimmung an, was das Bundesgericht mit dem Leitentscheid BGE 108 IV 33 wie folgt klargestellt hat (E. 5a und b): «a) Haus im Sinne dieser Bestimmung ist nicht nur ein Wohnhaus, sondern jede einen oder mehrere Räumlichkeiten umfassende, mit dem Boden fest und dauernd verbundene Baute, hinsichtlich der ein schutzwürdiges Interesse eines Berechtigten besteht, über den umbauten Raum ungestört zu herrschen und in ihm den Willen frei zu betätigen (s. BGE 90 IV 76 E. 1 mit Verweisungen). Der Begriff des Hauses ist somit in weitem Sinn zu nehmen; er umfasst beispielsweise Fabriken und Geschäftsräume, aber auch Amtslokale, Parkgaragen und dergleichen. Dass solche Räumlichkeiten dem Publikum, d.h. einer unbestimmten Zahl von Personen offenstehen, schliesst den Schutz des Art. 186 StGB nicht aus (s. LOGOZ, N. 2 a zu Art. 186 StGB; SCHÖNKE/SCHRÖDER, a.a.O., N. 5 zu § 123 deutsches StGB). b) Gegen den Willen des Berechtigten dringt im Sinne des Art. 186 StGB ein, wer den Raum ohne die erteilte Einwilligung des Trägers des Hausrechts betritt. Wo die Erlaubnis generell erteilt wird, wie das bei dem Publikum offen stehenden Räumlichkeiten zutrifft, kann und wird auch häufig das Betreten von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht oder auf bestimmte Personengruppen beschränkt. Solche Grenzen einer allgemeinen Erlaubnis können als Willensäusserungen des Berechtigten ausdrücklich festgelegt werden oder sich aus den Umständen ergeben (s. BGE 90 IV 77 E. 2b). Wo bestimmte Räumlichkeiten dem Publikum nur für bestimmte Zwecke offenstehen und ihre Zweckbestimmung für jedermann ohne jeden Zweifel klar zutage tritt, handelt gegen den Willen des Berechtigten, wer zu einem anderen Zweck in sie eindringt.» An diese Rechtsprechung knüpft ein aktueller, in Fünferbesetzung ergangener Entscheid des Bundesgerichts an (Urteil 6B\_1409/2019 vom 4.3.2021 E. 1.6.3): «Der Anwendungsbereich von Art. 244 StPO ist unter Berücksichtigung des Schutzbereichs von Art. 186 StGB zu definieren (THORMANN/BRECHBÜHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 244 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1068). Die nach Art. 186 StGB geschützten Objekte sind zunächst einmal Häuser, d.h. jede eine oder mehrere Räumlichkeiten umfassende, mit dem Boden fest und dauernd verbundene Baute, hinsichtlich der ein schutzwürdiges Interesse eines Berechtigten besteht, über den umbauten Raum ungestört zu herrschen und in ihm den Willen frei zu betätigen (BGE 108 IV 33 E. 5.a S. 39; Urteil 6B\_1056/2013 vom 20. August 2013 E. 2.1; DELNON/RÜDY, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 13 zu Art. 186 StGB; je mit Hinweisen). Es ist gleichgültig, ob das Haus zu Wohn- oder Geschäftszwecken gebraucht wird. Unter den Begriff fallen nach der Rechtsprechung daher nebst Wohnhäusern auch Fabriken, Geschäftsräumlichkeiten, Amtslokale, Parkgaragen und dergleichen (BGE 108 IV 33 E. 5.a S. 39; DELNON/RÜDY, a.a.O., N. 13 zu Art. 186 StGB; PATRICK STAUDMANN, in: Commentaire romand, Code pénal II, 2. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 186 StGB; MICHA NYDEGGER, in: StGB, Annotierter Kommentar, 2020, N. 17 zu Art. 186 StGB). Das Hausrecht schützt damit auch Geschäftsräume und Fabriken, die vom Anwendungsbereich von Art. 244 StPO erfasst werden (siehe THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 244 StPO mit Hinweisen). Dass Räumlichkeiten dem Publikum, d.h. einer unbestimmten Zahl von Personen offenstehen, schliesst den Schutz des Art. 186 StGB nicht

aus (vgl. BGE 108 IV 33 E. 5.a S. 39 mit Hinweisen). Wo die Erlaubnis, einen Raum zu betreten, generell erteilt wird, wie das bei dem Publikum offen stehenden Räumlichkeiten zutrifft, kann und wird auch häufig das Betreten von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht oder auf bestimmte Personengruppen beschränkt (BGE 108 IV 33 E. 5.b S. 39; PATRICK STOUDEMANN, a.a.O., N. 8 und N. 28 zu Art. 186 StGB; MICHEL DUPUIS ET AL., Petit commentaire du Code pénal, 2. Aufl. 2017, N. 28 zu Art. 186 StGB). Geschäftsräume der Dienstleistung oder des Verkaufs, wie z.B. Einkaufsgeschäfte, Theater, Kinos sowie Gaststätten und Amtslokale sind regelmässig öffentlich zugänglich. Auch sie sind indes dem Anwendungsbereich von Art. 244 StPO unterworfen, da ihre öffentliche Zugänglichkeit immer nur in den Grenzen ihrer Zweckbestimmung und nicht auch für staatliche Eingriffe in Form von Hausdurchsuchungen besteht (THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 244 StPO; vgl. auch Urteil 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.7.3; je mit Hinweisen).»

### **E. 5.2**

Gestützt auf diese Rechtsprechung ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, worin die konkrete Zweckbestimmung der Örtlichkeit liegt, denn nur wer diese Zweckbestimmung berücksichtigt, betritt die Lokalität im Sinne des Berechtigten (Hausherr). Wer hingegen eine (auch öffentlich zugängliche) Lokalität in Missachtung ihrer Zweckbestimmung betritt, dringt in diese ein. In Bezug auf die von der Polizei am 14. März 2018 aufgesuchte Bar [...] war deren Zweckbestimmung die Konsumation von Getränken, jedoch nicht eine polizeiliche Hausdurchsuchung oder eine polizeiliche Kontrolltätigkeit inkl. der Sicherstellung von Gegenständen, die sich im Eigentum Dritter befinden.

### **E. 5.3**

Werden die von der Polizei vorgenommenen Handlungen inhaltlich als Hausdurchsuchung und damit als strafprozessuale Tätigkeit qualifiziert, hätte es hierzu – ungeachtet der öffentlichen Zugänglichkeit der Lokalität – eines Hausdurchsuchungsbefehls bedurft, der den in der StPO umschriebenen Vorgaben genügt. Dies erschliesst sich aus dem unter Ziff. IV.5.1 wiedergegebenen Urteil 6B\_1409/2019 vom 4. März 2021 E. 1.6.3 und entspricht auch der herrschenden Lehre, vgl. insbesondere die Lehrmeinung der Autoren Thormann/Brechbühl (BSK StPO Art. 244 StPO N 2 mit Verweis auf die weiteren Lehrmeinungen in Fussnote 5), die festhalten, dass bei der Durchsuchung sämtlicher Bereiche, die sich gewissermassen aus der Summe der nach Art. 8 EMRK, Art. 13 BV und Art. 186 StGB geschützten Örtlichkeiten ergäben, nach den Bestimmungen von Art. 244 f. StPO vorzugehen sei. Dass die strafprozessualen Vorgaben zur Hausdurchsuchung im vorliegenden Fall missachtet wurden, ist unter vorstehender Ziff. IV.4. eingehend erörtert worden. Darauf kann verwiesen werden.

### **E. 5.4**

Wird demgegenüber der fragliche Polizeieinsatz vom 14. März 2018 im Barlokal – anders als die dem zitierten Urteil 6B\_1409/2019 zu Grunde liegende Polizeirazzia – nicht unter die strafprozessualen Tätigkeiten subsumiert, sondern gelangt man mit der Anschlussberufungsklägerin zum Schluss, dass es sich um eine rein polizeirechtliche bzw. sicherheitspolizeiliche Kontrolltätigkeit handelte, die zusammen mit dem kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) geplant und dann auch gemeinsam vor Ort durchgeführt wurde, führt dies in Bezug auf die Verwertbarkeit der Beweismittel im Ergebnis gleichwohl nicht zu einem anderen Schluss. Auch eine solche polizeiliche Kontrolltätigkeit lässt sich

mit der Zweckbestimmung eines Barlokals nicht vereinbaren und ist als staatlicher Grundrechtseingriff zu werten. Ein solches Eindringen ist nur rechtmässig, wenn es auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht (Art. 36 BV). In dem von der Anschlussberufungsklägerin zur Begründung herangezogenen Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 war dies auf kantonaler Ebene ein Gesetz im formellen Sinne (§§ 1, 18 des kantonalen Gastgewerbegesetzes, welches die Aufsicht und den Zugang der Kontrollorgane zu den Betriebsräumen der patentierten Gastgewerbebetriebe umschreibt). Im vorliegenden Fall fehlt es hingegen an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, wie dies auch vom Berufungskläger in seiner Stellungnahme vom 8.12.2020 (S. 4 f.) zu Recht geltend gemacht wird. § 100 des kantonalen Wirtschafts- und Arbeitsgesetzes (WAG; BGS 940.11) bezeichnet den Regierungsrat als zuständige Behörde für den Vollzug des Gesetzes. Gestützt auf § 100 WAG wird in § 41 Abs. 1 lit. e der Verordnung zum WAG (VWAG; BGS 940.12) unter dem Titel «Vollzug und Rechtspflege» das Amt für Wirtschaft und Arbeit für alle im Gesetz und in der Verordnung genannten Belange im Bereich der Kleinspiele (vormals Lotterie und Geschicklichkeitsspiele) als zuständige Behörde bezeichnet. In § 41 Abs. 4 VWAG wird festgehalten, dass die Polizeiorgane befugt sind, die Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetriebe, die Betriebe zur Ausübung von Sexarbeit sowie gastwirtschaftliche Gelegenheitsanlässe zu betreten und zu kontrollieren. Diese Befugnis ist einzig in der Verordnung des Regierungsrates (VWAG) geregelt und findet keine materielle Stütze im WAG. Es fehlt folglich an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für den staatlichen Eingriff in den Schutzbereich des Hausrechts. Es wäre hier am Gesetzgeber, die erforderliche Rechtsgrundlage im WAG zu schaffen, so wie er dies im Teilbereich der Sexarbeit – im Unterschied zum Bereich der gastwirtschaftlichen Tätigkeiten und zum Bereich der im vorliegenden Fall massgeblichen Spiele gemäss BGS – mit Einführung von § 35 Abs. 1 WAG («Behördliche Kontrollen») bereits gemacht hat.

### **E. 5.5**

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung – für diesen staatlichen Eingriff eine Norm auf Verordnungsstufe genügen liesse, bildet § 41 Abs. 1 lit. e VWAG aus folgenden inhaltlichen Überlegungen keine taugliche Grundlage. Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut ausschliesslich auf Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetriebe, Betriebe zur Ausübung von Sexarbeit sowie gastwirtschaftliche Gelegenheitsanlässe, Betriebe zur Durchführung von Geldspielen bleiben demgegenüber unerwähnt. Es kämen demnach nur Kontrollen im Zusammenhang mit den im WAG genannten «Gastwirtschaftlichen Tätigkeiten» (Kapitel 2.2) und der «Sexarbeit» (Kapitel 2.4) in Frage, nicht aber im Zusammenhang mit dem im Kapitel 2.5 des WAG ebenfalls geregelten Bereich der «Gross- und Kleinspiele». Die Polizei dürfte folglich nach dieser Verordnungsnorm einen Gastwirtschaftsbetrieb zur Kontrolle der mit der gastwirtschaftlichen Tätigkeit einhergehenden und im Gesetz ausdrücklich umschriebenen Pflichten betreten (z.B. Kontrollen betreffend Vorliegen einer Betriebsbewilligung gemäss § 9 Abs. 1 WAG, Verbot des Alkoholausschankes an Jugendliche gemäss § 17 Abs. 2 lit. a WAG, Einhaltung der Öffnungszeiten gemäss § 19 WAG und Hygienevorschriften gemäss § 11 i.V.m. § 14 Abs. 1 lit. a WAG). Sie dürfte hingegen den Gastwirtschaftsbetrieb nicht betreten, um Kontrollen in einem ganz anders gelagerten Sachgebiet («Gross- und Kleinspiele» bzw. Spiele nach BGS) durchzuführen, das vom Wortlaut von § 41 Abs. 1 lit. e VWAG gar nicht abgedeckt wird.

### **E. 5.6**

Schliesslich ist festzuhalten, dass sich auch aus dem Gesetz über die Kantonspolizei (BGS 511.11) keine entsprechende Kompetenz ergibt. Art. 34 bis Abs. 1 dieses Gesetzes bildet zwar eine Grundlage für die Durchsuchung von Räumlichkeiten ausserhalb eines strafprozessualen Verfahrens, jedoch nur, wenn die Umstände ein sofortiges Handeln nötig machen, um entweder eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben oder die Freiheit einer Person abzuwehren (Abs. 1) oder um eine Person zur Vor-, Zu- oder Rückführung in Gewahrsam zu nehmen und die begründete Annahme besteht, dass sie sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Diese Voraussetzungen liegen hier offensichtlich nicht vor.

### **E. 5.7**

Die Erkenntnisse aus der polizeilichen Kontrolle des [...] vom 14. März 2018 sowie aus der Sicherstellung und Beschlagnahme der beiden Spielgeräte sind deshalb auch mit Blick auf das WAG und das Gesetz über die Kantonspolizei nicht verwertbar. 6. Ergänzend sei angeführt, dass die Erhebung weiterer Beweise (z.B. Einholung weiterer Akten bei der Staatsanwaltschaft) aus prozessualen Gründen nicht möglich ist. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet ausschliesslich eine Übertretung; neue Beweise können deshalb nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). 7. Der dem Beschuldigten zur Last gelegte Vorhalt kann mangels verwertbarer Beweise nicht nachgewiesen werden. Er ist deshalb vom Vorwurf der mehrfachen Übertretung des Spielbankengesetzes durch die Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken freizusprechen. V. Herausgabe der Spielgeräte und Entschädigung zufolge Wertverlustes 1. Vor erster Instanz beantragte der Berufungskläger die Herausgabe der beschlagnahmten Geräte sowie für den Wertverlust der Geräte pauschal je CHF 300.00 (total CHF 600.00). Die Vorinstanz wies beide Begehren ab (vgl. Dispositivziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils und die Erwägungen unter US 17). 2. Der Beschuldigte hat mit seiner Berufungserklärung vom 12. August 2020 das erstinstanzliche Urteil vollständig angefochten, jedoch in Bezug auf Dispositivziff. 4 keinen konkreten Änderungsantrag formuliert. Damit genügt die Berufungserklärung in diesem Punkt nicht den formellen Anforderungen gemäss Art. 399 Abs. 2 lit. b StPO. Auf die Berufung ist deshalb, soweit Dispositivziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils betreffend, nicht einzutreten.

### **E. 6**

Zu entscheiden ist mit Blick auf die dargelegte Rechtsprechung, ob die ESBK vom gleichen Sachverhalt ausging wie die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn, die am 31. Januar 2019 eine Teileinstellungsverfügung wegen Übertretung gegen das Bundesgesetz betreffend die Lotterie und die gewerbsmässigen Wetten erliess und diese Verfügung deshalb eine Sperrwirkung für die ESBK entfaltete.

#### **E. 6.1**

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn erliess am 13. März 2018 einen Hausdurchsuchungsbefehl, weil der Verdacht bestand, dass im Lokal [...] illegale Internetwetten angeboten würden. Das zu diesem Zeitpunkt noch in Kraft stehende Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten verbot (u.a.) die gewerbsmässige Anbietung, Vermittlung und Eingehung von Wetten auf Pferderennen, Bootsrennen, Fussballkämpfe und ähnliche Veranstaltungen (Art. 33 Abs. 1). Die Verfolgung und Beurteilung der Widerhandlungen gegen dieses Gesetz oblag den Kantonen (Art. 47). Art. 3 lit. c des Bundesgesetzes über Geldspiele (BGS), welches das

Lotteriegelgesetz am 1. Januar 2019 ablöste, enthält eine Legaldefinition des Begriffs «Sportwette»: Es sind dies Geldspiele, bei denen der Spielgewinn abhängig ist von der richtigen Vorhersage des Verlaufs oder des Ausgangs eines Sportereignisses.

### **E. 6.2**

Demgegenüber stützt sich das von der ESBK geführte Verfahren auf den Verdacht auf Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (SBG). Die Verfolgung und Beurteilung strafrechtlich relevanter Verstösse gegen dieses Gesetz obliegt dem Bund bzw. der ESBK (Art. 57 SBG). Die ESBK erliess am 14. Mai 2018 eine Verfügung und ordnete die Beschlagnahme der Tischgeräte U 19041 und 19042 an, weil es sich bei diesen gemäss den bisherigen Ermittlungen um Glücksspielautomaten handle. Es bestehe somit der Verdacht, dass in den Räumlichkeiten des [ ] Glücksspiele organisiert oder gewerbsmässig betrieben würden (2/1 ff.). Gemäss Art. 3 Abs. 1 SBG sind Glücksspiele Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.

### **E. 6.3**

Entgegen den Ausführungen der Verteidigung fussten die staatsanwaltschaftliche Einstellung des Verfahrens wegen Widerhandlungen gegen das Lotteriegelgesetz und das vorliegende Verfahren wegen Widerhandlungen gegen das Spielbankengesetz bzw. (nach neuem Recht) gegen das Bundesgesetz für Geldspiele nicht auf demselben Lebenssachverhalt. Wettspielgeräte kamen in den durchsuchten Räumlichkeiten nicht zum Vorschein, während Glücksspielautomaten sichergestellt werden konnten. Der Vorwurf, gewerbsmässig Internetwetten anzubieten, unterscheidet sich vom Verdacht des Anbietens von Glücksspielen: Wie dargelegt, ist der Gewinn bei einer Wette abhängig vom Ausgang eines Ereignisses, welcher richtig vorauszusagen ist. Je nach Kenntnissen im betreffenden Gebiet (z.B. Sport) sind die Chancen auf einen Gewinn grösser oder kleiner, während bei den Glücksspielen die Realisierung eines Gewinns ausschliesslich vom Zufall abhängt. Der Betreiber eines Clubs, in welchem Wetten oder aber Glücksspiele angeboten werden, tut somit nicht dasselbe; entsprechend ist je nach Angebot von separaten Lebenssachverhalten bzw. ■ wie von der Anschlussberufungsklägerin mit Eingabe vom 23. November 2020 geltend gemacht ■ von zwei unterschiedlichen Tatobjekten auszugehen. Die Teileinstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 31. Januar 2019 hatte somit für das Verfahren bei ESBK keine Sperrwirkung. Die Weiterführung dieses Verfahrens mit einem materiellen und verfahrensabschliessenden Entscheid verletzte den Grundsatz «ne bis in idem» nicht.

### **E. 6.4**

Aber selbst bei einer Bejahung einer Tatidentität wäre eine Sperrwirkung der Teileinstellungsverfügung vom 31. Januar 2019 zu verneinen:

Wie vorne (Ziff. III.5.1 hiervor) dargelegt, setzt die Anwendung des Grundsatzes von «ne bis in idem» voraus, dass dem Richter im ersten Verfahren die Möglichkeit zugestanden sein muss, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen.

Eine rechtskräftige Einstellungsverfügung kommt einem freisprechenden Endentscheid gleich (Art. 320 Abs. 4 StPO). Unter den Begriff «Richter» fällt in diesem Fall somit auch der «Staatsanwalt». Der Grundsatz von «ne bis in idem» kommt somit nur zur Anwendung,

wenn der Staatsanwalt beim Erlass seiner Einstellungsverfügung die Möglichkeit hatte, sämtliche möglichen Tatbestände zu prüfen.

Genau diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben: Der Gesetzgeber hat für die Verfolgung und Beurteilung von illegalen Glücksspielen die Bundesbehörden und für illegale Wetten die kantonalen Behörden als sachlich zuständig erklärt. Weder die Staatsanwaltschaft noch die ESBK hatten bzw. haben somit die Möglichkeit, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen. Die Staatsanwaltschaft konnte einzig einen Verstoss gegen das Lotteriegelgesetz prüfen, während die SBK einzig befugt ist, über die Einhaltung des Spielbankengesetzes zu wachen. Die Durchführung des Verfahrens durch die ESBK nach der Teileinstellungsverfügung vom 31. Januar 2019 durch die Staatsanwaltschaft verletzt den Grundsatz «ne bis in idem» nicht, weil die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt nur beschränkt prüfte und insbesondere für die Prüfung des Bereiches, den in der Folge die ESBK vornahm, gar nicht zuständig war.

#### **E. 6.5**

Es ist weiter festzuhalten, dass entgegen den Ausführungen in der Berufungserklärung die Vorderrichterin keineswegs davon ausging, dass die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 31. Januar 2019 durch ein unzuständiges Organ ergangen sei. Die Vorderrichterin wies einzig ■ und zutreffend ■ darauf hin, dass im Bereich der Lotterie und des gewerbsmässigen Wettens einerseits und dem Spielbankengesetz andererseits sachlich unterschiedliche Kompetenzen bestünden. Weil die Staatsanwaltschaft aus diesem Grund einzig den Bereich der Lotterie und des gewerbsmässigen Wettens, nicht aber den Bereich des Spielbankengesetzes habe untersuchen und würdigen können, finde der Grundsatz «ne bis in idem» keine Anwendung.

#### **E. 6.6**

Der vom Berufungskläger eingereichte anonymisierte Entscheid des Bezirksgerichts Aarau vom August 2020 führt zu keinem anderen Schluss. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass dieser Entscheid nicht in Rechtskraft erwachsen ist, sondern von der ESBK mit der Berufung ans Obergericht des Kantons Aargau weitergezogen worden ist (vgl. deren Eingabe vom 23.11.2020, Ziff. III. S. 2). Die diesem Entscheid zu Grunde liegende verfahrensrechtliche Ausgangslage unterscheidet sich massgeblich von der vorliegenden Konstellation: In jenem Fall erstreckte sich die Untersuchung der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau sowohl auf die Widerhandlungen gegen das Lotteriegelgesetz (durch Vermitteln von illegalen Wetten) als auch auf die Widerhandlungen gegen das Spielbankengesetz (durch das Anbieten von Geräten mit Glücksspielen) und der Beschuldigte wurde von der Untersuchungsbehörde zu den genannten Vorhalten gemeinsam (im Sinne eines Tatkomplexes) befragt (vgl. hierzu E. 2.5 des Entscheides). Ob dieses Vorgehen der Aargauer Staatsanwaltschaft mit Blick auf die Strafverfolgungskompetenzen zulässig war und ob der Entscheid überhaupt eine Sperrwirkung entfalten konnte, wird im Aargauer Berufungsverfahren zu prüfen sein und braucht hier nicht vertieft zu werden. Fest steht, dass im vorliegenden Fall die Verfahren von Anfang an getrennt geführt wurden. Die beiden inkriminierten Automaten wurden von der Solothurner Staatsanwaltschaft nie beurteilt, weshalb der angefochtene Entscheid aus dem Kanton Aargau nicht als Vergleichsfall taugt.

#### **E. 6.7**

Es entspricht der dargelegten Praxis des EGMR (vgl. Ziff. III.4 hiervor), den Grundsatz «ne bis in idem» vorliegend nicht als verletzt zu betrachten. Der EGMR hat die Zulässigkeit von parallel oder nacheinander geführten Prozessen, mit welchen die Sanktionen für eine Widerhandlung auferlegt würden, im Bereich der Steuerrechtsverfahren ausdrücklich bejaht. Die vom EGMR in diesem Zusammenhang formulierten Voraussetzungen sind vorliegend zweifellos erfüllt: So verfolgten die beiden Verfahren vor der ESBK und der Staatsanwaltschaft komplementäre Zwecke und unterschiedliche Aspekte des sozialen Fehlverhaltens, nämlich die Prüfung einer Widerhandlung gegen das Verbot von Glücksspielen einerseits und des Abschlusses illegaler Wetten andererseits. Die Dualität der Verfahren bzw. die Zuständigkeiten der Behörden waren klar und entsprechend voraussehbar, eine Berücksichtigung von Sanktionen, die durch die jeweils andere Behörde ausgesprochen wurden, ist vorliegend nicht notwendig, weil eine doppelte Sanktion durch die ESBK und die Staatsanwaltschaft auf Grund der beschränkten Zuständigkeiten gar nicht möglich war.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Grundsatz «ne bis in idem» im vorliegenden Fall nicht verletzt wurde.

#### **IV. Hausdurchsuchungsbefehl vom 13. März 2018 sowie Sicherstellung und Beschlagnahme zweier Spielautomaten**

1. Am 13. März 2018 stellte die Staatsanwaltschaft einen Hausdurchsuchungsbefehl aus, gemäss welchem das Lokal [...], einschliesslich der dazugehörigen Estrich- und Kellerräume nach zu beschlagnahmenden Gegenständen und Vermögenswerten zu durchsuchen waren. Ebenso wurde die Durchsuchung von Aufzeichnungen von EDV-Geräten, Wettcomputern etc. angeordnet.

Zur Begründung wurde im Durchsuchungsbefehl ausgeführt, dass nach den bisherigen Erkenntnissen zu vermuten sei, dass in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten illegale Internetwetten angeboten würden und sich Beweismittel von strafbarem Verhalten finden liessen (1/6).

2. Gemäss Strafanzeige vom 12. April 2018 (visiert am 16.4.2018) zuhanden der Eidgenössischen Spielbankenkommission wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele (Angebot, Durchführen und Gewährenlassen von Glücksspielen) wurde die Hausdurchsuchung am 14. April 2018 durch die Polizei Kanton Solothurn unter Beizug des AWA Solothurn durchgeführt (1/4). Während der Hausdurchsuchung befanden sich sechs Gäste in der Bar. Die Polizei stellte die zwei eingeschalteten und betriebsbereiten Glücksspielautomaten U-Nr. 19041 und 19042 sicher, die sich neben der Bar auf einem separaten Tisch befanden. Beim Automaten U-Nr. 19041 konnte das Notenfach geöffnet und ein Betrag von CHF 40.00 beschlagnahmt werden, nachdem der entsprechende Schlüssel hinter der Bar gefunden worden war. Beim Automaten U-Nr. 19042 konnte ein Kassenbestand von CHF 450.00 festgestellt werden (1/1 ff; 1/10; Fotos: 1/16).

3.1 Der Berufungskläger rügt in der Berufungserklärung vom 12. August 2020 (wie bereits anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung), die Hausdurchsuchung sei rechtswidrig gewesen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass sich der Hausdurchsuchungsbefehl auf «bisherige Erkenntnisse» stütze, welche weder belegt noch begründet seien. Eine Überprüfung dieser Erkenntnisse sei deshalb nicht möglich. Ein Sachverhalt, aus welchem sich ein hinreichender Tatverdacht ergebe, und Beweismittel oder Indizien, welche diesen

Sachverhalt stützen würden, seien nicht angegeben. Die Staatsanwaltschaft beschränke sich darauf, bei Hausdurchsuchungen standardisierte Formulare zu verwenden, bei denen einzig die Personalien des Betroffenen, das Datum und das angebliche Delikt ausgewechselt würden. Zum Zeitpunkt des Hausdurchsuchungsbefehls habe kein hinreichender Tatverdacht bestanden und somit hätten die Voraussetzungen für die Anordnung der Zwangsmassnahme nicht bestanden. Da die Hausdurchsuchung somit illegal bzw. rechtswidrig sei, müssten die dadurch erlangten Beweise und Folgebeweise aus den Akten gewiesen werden. Es müsse ein Freispruch erfolgen.

3.2 Die Anschlussberufungsklägerin hält dieser Argumentation mit Eingabe vom 23. November 2020 (Stellungnahme zur Berufungsbegründung und Begründung der Anschlussberufung) entgegen, die Zwangsmassnahme (Hausdurchsuchung) sei rechtmässig gewesen, dies unter Hinweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen unter Ziff. IV.2.3 US 8 f.). Ergänzend führt sie zur Begründung aus, im Polizeirapport stehe, die Durchsuchung sei anlässlich einer gezielten Kontrolle in Bezug auf kantonale Verstösse erfolgt und das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) sei ebenfalls beigezogen worden. Die Verteidigung sehe darin u.a. einen Widerspruch zum Durchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft, der am Tag vor der Kontrolle ausgestellt worden sei und als Grund den Verdacht auf Widerhandlungen gegen das Lotteriegesezt nenne. Es sei indes durchaus denkbar, dass die Polizei ursprünglich in der Tat eine gezielte ■ sprich kaum erst am Vortag vorbereitete ■ Kontrolle gemeinsam mit dem AWA geplant habe. Eine solche könne sie im Rahmen der sogenannten «polizeilichen Vorermittlungstätigkeit» zur Verhütung von Straftaten vornehmen. Die Polizei Kanton Solothurn sei befugt gewesen, auch ohne Durchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft und ohne «hinreichenden Tatverdacht» im Lokal [...] polizeiliche Vorermittlungen vorzunehmen. Diese Befugnis ergebe sich aus den §§ 37 ff. des kantonalen Wirtschafts- und Arbeitsgesetzes (WAG, BGS 940.11) i.V.m. § 41 Abs. 1 lit. e der Verordnung zum Wirtschafts- und Arbeitsgesetz (VWAG, BGS 940.12), wonach das Amt für Wirtschaft die zuständige Behörde für Belange im Bereich Lotterie und Geschicklichkeitsspiele sei. Die Polizeiorgane seien in diesem Zusammenhang befugt, die Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetriebe zu betreten und zu kontrollieren (§ 41 Abs. 4 VWAG). Gemäss § 34ter Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Kantonspolizei könne die Polizei Sachen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sicherstellen. Der Berufungskläger habe ■ unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3.5.2018 E. 1.7.2 ff. ■ der Polizei auf dieser Grundlage jederzeit Zugang zum Lokal gewähren müssen, für welches er zuständig gewesen sei. In solchen Fällen liege keine Hausdurchsuchung im technischen Sinne vor. Die Polizei habe damit über eine genügende gesetzliche Grundlage für die durchgeführte Kontrolle und die Sicherstellung der Geräte verfügt, dies auch ohne formelle Anordnung durch die Staatsanwaltschaft. Im Übrigen gehe aus dem Videomaterial in den Akten hervor, dass die sichergestellten Glücksspielautomaten im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals gestanden seien. Die Geräte (U19041/02) hätten demnach durch blosses Betreten und Kontrollieren der Räumlichkeiten bereits festgestellt werden können.

4. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob es sich um eine rechtmässig angeordnete Hausdurchsuchung handelte, die auf einem hinreichenden Tatverdacht beruhte (nachfolgende Ziff. IV.4.1 - 4.4).

4.1 Gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO setzt eine Zwangsmassnahme voraus, dass ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Es muss somit ein Verdacht auf ein strafbares Verhalten

bestehen; dieser Tatverdacht muss sich aus konkreten Tatsachen ergeben, die eine vorläufige Subsumtion unter einen bestimmten Straftatbestand erlauben. Der für die Anordnung einer Zwangsmassnahme erforderliche Verdachtsgrad richtet sich nach der Eingriffsschwere der betreffenden Zwangsmassnahme (Jonas Weber in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, nachfolgend zit. «BSK StPO», Art. 197 StPO N 6 - 8). Um die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit einer Zwangsmassnahme beurteilen zu können, müssen somit die Tatsachen, aus welchen sich der Tatverdacht ergibt, bekannt sein.

Wenn kein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich der Begehung eines bestimmten Delikts vorliegt, sind strafprozessuale Durchsuchungen unzulässig. Eine verdachtlose bzw. ohne konkreten hinreichenden Tatverdacht durchgeführte Durchsuchung verletzt die Unschuldsvermutung (Diego R. Gfeller in: BSK StPO, Vor Art. 241 - 254 StPO N 43 und 45).

4.2.1 Gemäss Art. 241 Abs. 2 StPO bezeichnet der Befehl, mit welchem eine Durchsuchung angeordnet wird, die zu durchsuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen (lit. a), den Zweck der Massnahme (lit. b) und die mit der Durchführung beauftragten Behörden oder Personen (lit. c).

Das Bundesgericht führte im Urteil 1B\_726/2012 zu dieser Bestimmung Folgendes aus (E. 5.2):

«Die Notwendigkeit inhaltlicher Mindestangaben erlaubt es, den Umfang der Zwangsmassnahme zu definieren. Sie bezweckt, eine Beweisausforschung (sogenannte ■fishing expedition■) zu verhindern, wo ohne hinreichenden Tatverdacht nach Beweisen für strafbares Verhalten gesucht wird (vgl. DIEGO R. GFELLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 8 f. zu Art. 241 StPO; CATHERINE CHIRAZI, in: Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 18 zu Art. 241 StPO; BGE 137 I 218 E. 2.3.2 S. 222 mit Hinweisen). Gemäss Art. 241 Abs. 2 lit. b ist deshalb insbesondere der Zweck der Massnahme anzugeben, was neben dem eigentlichen Legalzweck (Festnahme einer verdächtigten Person, Beweismittelbeschlagnahme, Einziehungsbeschlagnahme etc.) auch die Bezeichnung der verfolgten Straftat umfasst (GFELLER, a.a.O., N. 13-27 zu Art. 241 StPO). Der erforderliche Detaillierungsgrad der Angaben definiert sich nach der beschriebenen Begrenzungsfunktion und muss eine nachträgliche Überprüfung der Zwangsmassnahme erlauben. Er variiert von Fall zu Fall (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N. 4 zu Art. 241 StPO; vgl. auch das Beispiel bei GFELLER, a.a.O., N. 23 zu Art. 241 StPO).»

4.2.2 In der Lehre wird ausgeführt, dass unter dem Titel «Zweck der Massnahme» (Art. 241 Abs. 1 lit. b StPO) summarisch der Sachverhalt geschildert werden müsse, der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft das Delikt bilde. Sodann müsse der Tatbestand angegeben werden, der nach Auffassung der ausstellenden Behörde durch den geschilderten Lebenssachverhalt erfüllt sei. Bei der Schilderung des Sachverhalts müsse die gegenwärtig bekannte und den Tatverdacht begründende Faktenlage dargelegt werden; die tatverdachtsbegründenden Tatsachen müssten sich nicht aus dem Befehl, aber aus den Akten ergeben. Der Rechtsunterworfenen müsse die Möglichkeit haben, die Zwangsmassnahme zu überprüfen. Der Tatverdacht müsse Ausgangspunkt der Zwangsmassnahme sein und nicht die Zwangsmassnahme Ausgangspunkt für die Gewinnung eines Tatverdachts (Diego R. Gfeller in: BSK StPO, Art. 241 StPO N 16 - 18

und 22).

4.3 Der Hausdurchsuchungsbefehl vom 13. März 2018 (1/6) bezeichnet die zu durchsuchenden Räumlichkeiten, die beauftragte Behörde sowie den Zweck der Massnahme (Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten sowie die Durchsuchung von Aufzeichnungen). Die Verfügung bezeichnet im Weiteren auch die verfolgte Straftat (Übertretung des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten, Angebot von illegalen Internetwetten).

Damit enthält der Hausdurchsuchungsbefehl zwar die nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderlichen Elemente. Weder aus dem Hausdurchsuchungsbefehl selbst noch aus den weiteren Akten kann aber nachvollzogen werden, aus welchen Tatsachen oder Umständen sich gegen den Beschuldigten ein hinreichender Tatverdacht für ein strafbares Verhalten ergab. So findet sich in den Akten kein Dokument, welches vor dem 13. März 2018 erstellt wurde und einen Hinweis auf ein strafbares Verhalten des Beschuldigten liefern würde. In der Strafanzeige vom 12. April 2018 wird einzig auf «gezielte Kontrollen betreffend kantonaler Verstösse» hingewiesen; konkrete Verdachtshinweise für ein strafbares Verhalten des Beschuldigten vor dem 13. März 2018 werden aber nicht genannt. Damit ist die vom Bundesgericht im zitierten Entscheid und von der Lehre geforderte Überprüfbarkeit der Zwangsmassnahme nicht möglich.

4.4 Auf Grund der Aktenlage ist die Zulässigkeit der angeordneten Hausdurchsuchung nicht überprüfbar, weil es an jeglichen Hinweisen für das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts im Zeitpunkt von deren Anordnung am 13. März 2018 fehlt. Damit fehlt es an einer Voraussetzung für die Anordnung einer Zwangsmassnahme (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Die strafprozessualen Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung wurden vorliegend nicht erfüllt.

5. Zu prüfen bleibt, ob die Polizei die Barlokalität auch ohne Hausdurchsuchungsbefehl zu Kontrollzwecken und zwecks Sicherstellung der Spielautomaten hätte betreten dürfen und ob ein solches Vorgehen auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage beruhte.

5.1 Die Anschlussberufungsklägerin bejaht diese beiden Fragen und begründet ihren Standpunkt insbesondere mit der öffentlichen Zugänglichkeit des durchsuchten bzw. kontrollierten Lokals (vgl. hierzu vorstehende Ziff. IV.3.2). Die polizeilich sichergestellten und in der Folge von der ESBK beschlagnahmten Spielgeräte befanden sich in der Bar [...]. Dabei handelt es sich, was auch vom Berufungskläger unbestritten blieb, um ein öffentlich zugängliches Lokal, d.h. um eine Örtlichkeit, zu welcher ein unbestimmter Personenkreis Zutritt hat. Indes bildet die öffentliche Zugänglichkeit mit Blick auf das von Art. 186 StGB geschützte Hausrecht kein Ausschlusskriterium, denn auch eine generell umschriebene Zutrittserteilung ist nicht voraussetzungslos, sondern knüpft an die jeweilige Zweckbestimmung an, was das Bundesgericht mit dem Leitentscheid BGE 108 IV 33 wie folgt klargestellt hat (E. 5a und b):

«a) Haus im Sinne dieser Bestimmung ist nicht nur ein Wohnhaus, sondern jede einen oder mehrere Räumlichkeiten umfassende, mit dem Boden fest und dauernd verbundene Baute, hinsichtlich der ein schutzwürdiges Interesse eines Berechtigten besteht, über den umbauten Raum ungestört zu herrschen und in ihm den Willen frei zu betätigen (s. BGE 90 IV 76 E. 1 mit Verweisungen). Der Begriff des Hauses ist somit in weitem Sinn zu nehmen; er umfasst beispielsweise Fabriken und Geschäftsräume, aber auch Amtslokale, Parkgaragen und

dergleichen. Dass solche Räumlichkeiten dem Publikum, d.h. einer unbestimmten Zahl von Personen offenstehen, schliesst den Schutz des Art. 186 StGB nicht aus (s. LOGOZ, N. 2 a zu Art. 186 StGB; SCHÖNKE/SCHRÖDER, a.a.O., N. 5 zu § 123 deutsches StGB).

b) Gegen den Willen des Berechtigten dringt im Sinne des Art. 186 StGB ein, wer den Raum ohne die erteilte Einwilligung des Trägers des Hausrechts betritt. Wo die Erlaubnis generell erteilt wird, wie das bei dem Publikum offen stehenden Räumlichkeiten zutrifft, kann und wird auch häufig das Betreten von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht oder auf bestimmte Personengruppen beschränkt. Solche Grenzen einer allgemeinen Erlaubnis können als Willensäusserungen des Berechtigten ausdrücklich festgelegt werden oder sich aus den Umständen ergeben (s. BGE 90 IV 77E. 2b). Wo bestimmte Räumlichkeiten dem Publikum nur für bestimmte Zwecke offenstehen und ihre Zweckbestimmung für jedermann ohne jeden Zweifel klar zutage tritt, handelt gegen den Willen des Berechtigten, wer zu einem anderen Zweck in sie eindringt.»

An diese Rechtsprechung knüpft ein aktueller, in Fünferbesetzung ergangener Entscheid des Bundesgerichts an (Urteil 6B\_1409/2019 vom 4.3.2021 E. 1.6.3):

«Der Anwendungsbereich von Art. 244 StPO ist unter Berücksichtigung des Schutzbereichs von Art. 186 StGB zu definieren (THORMANN/BRECHBÜHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 244 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1068). Die nach Art. 186 StGB geschützten Objekte sind zunächst einmal Häuser, d.h. jede eine oder mehrere Räumlichkeiten umfassende, mit dem Boden fest und dauernd verbundene Baute, hinsichtlich der ein schutzwürdiges Interesse eines Berechtigten besteht, über den umbauten Raum ungestört zu herrschen und in ihm den Willen frei zu betätigen (BGE 108 IV 33 E. 5.a S. 39; Urteil 6B\_1056/2013 vom 20. August 2013 E. 2.1; DELNON/RÜDY, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 13 zu Art. 186 StGB; je mit Hinweisen). Es ist gleichgültig, ob das Haus zu Wohn- oder Geschäftszwecken gebraucht wird. Unter den Begriff fallen nach der Rechtsprechung daher nebst Wohnhäusern auch Fabriken, Geschäftsräumlichkeiten, Amtslokale, Parkgaragen und dergleichen (BGE 108 IV 33 E. 5.a S. 39; DELNON/RÜDY, a.a.O., N. 13 zu Art. 186 StGB; PATRICK STOUDEMANN, in: Commentaire romand, Code pénal II, 2. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 186 StGB; MICHA NYDEGGER, in: StGB, Annotierter Kommentar, 2020, N. 17 zu Art. 186 StGB). Das Hausrecht schützt damit auch Geschäftsräume und Fabriken, die vom Anwendungsbereich von Art. 244 StPO erfasst werden (siehe THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 244 StPO mit Hinweisen). Dass Räumlichkeiten dem Publikum, d.h. einer unbestimmten Zahl von Personen offenstehen, schliesst den Schutz des Art. 186 StGB nicht aus (vgl. BGE 108 IV 33 E. 5.a S. 39 mit Hinweisen). Wo die Erlaubnis, einen Raum zu betreten, generell erteilt wird, wie das bei dem Publikum offen stehenden Räumlichkeiten zutrifft, kann und wird auch häufig das Betreten von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht oder auf bestimmte Personengruppen beschränkt (BGE 108 IV 33 E. 5.b S. 39; PATRICK STOUDEMANN, a.a.O., N. 8 und N. 28 zu Art. 186 StGB; MICHEL DUPUIS ET AL., Petit commentaire du Code pénal, 2. Aufl. 2017, N. 28 zu Art. 186 StGB). Geschäftsräume der Dienstleistung oder des Verkaufs, wie z.B. Einkaufsgeschäfte, Theater, Kinos sowie Gaststätten und Amtslokale sind regelmässig öffentlich zugänglich. Auch sie sind indes dem Anwendungsbereich von Art. 244 StPO unterworfen, da ihre öffentliche Zugänglichkeit immer nur in den Grenzen ihrer Zweckbestimmung und nicht auch für staatliche Eingriffe

in Form von Hausdurchsuchungen besteht (THORMANN/BRECHBÜHL, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 244 StPO; vgl. auch Urteil 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 E. 1.7.3; je mit Hinweisen).»

5.2 Gestützt auf diese Rechtsprechung ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, worin die konkrete Zweckbestimmung der Örtlichkeit liegt, denn nur wer diese Zweckbestimmung berücksichtigt, betritt die Lokalität im Sinne des Berechtigten (Hausherr). Wer hingegen eine (auch öffentlich zugängliche) Lokalität in Missachtung ihrer Zweckbestimmung betritt, dringt in diese ein.

In Bezug auf die von der Polizei am 14. März 2018 aufgesuchte Bar [...] war deren Zweckbestimmung die Konsumation von Getränken, jedoch nicht eine polizeiliche Hausdurchsuchung oder eine polizeiliche Kontrolltätigkeit inkl. der Sicherstellung von Gegenständen, die sich im Eigentum Dritter befinden.

5.3 Werden die von der Polizei vorgenommenen Handlungen inhaltlich als Hausdurchsuchung und damit als strafprozessuale Tätigkeit qualifiziert, hätte es hierzu ■ ungeachtet der öffentlichen Zugänglichkeit der Lokalität ■ eines Hausdurchsuchungsbefehls bedurft, der den in der StPO umschriebenen Vorgaben genügt. Dies erschliesst sich aus dem unter Ziff. IV.5.1 wiedergegebenen Urteil 6B\_1409/2019 vom 4. März 2021 E. 1.6.3 und entspricht auch der herrschenden Lehre, vgl. insbesondere die Lehrmeinung der Autoren Thormann/Brechbühl (BSK StPO Art. 244 StPO N 2 mit Verweis auf die weiteren Lehrmeinungen in Fussnote 5), die festhalten, dass bei der Durchsuchung sämtlicher Bereiche, die sich gewissermassen aus der Summe der nach Art. 8 EMRK, Art. 13 BV und Art. 186 StGB geschützten Örtlichkeiten ergäben, nach den Bestimmungen von Art. 244 f. StPO vorzugehen sei. Dass die strafprozessualen Vorgaben zur Hausdurchsuchung im vorliegenden Fall missachtet wurden, ist unter vorstehender Ziff. IV.4. eingehend erörtert worden. Darauf kann verwiesen werden.

5.4 Wird demgegenüber der fragliche Polizeieinsatz vom 14. März 2018 im Barlokal ■ anders als die dem zitierten Urteil 6B\_1409/2019 zu Grunde liegende Polizeirazzia ■ nicht unter die strafprozessualen Tätigkeiten subsumiert, sondern gelangt man mit der Anschlussberufungsklägerin zum Schluss, dass es sich um eine rein polizeirechtliche bzw. sicherheitspolizeiliche Kontrolltätigkeit handelte, die zusammen mit dem kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) geplant und dann auch gemeinsam vor Ort durchgeführt wurde, führt dies in Bezug auf die Verwertbarkeit der Beweismittel im Ergebnis gleichwohl nicht zu einem anderen Schluss.

Auch eine solche polizeiliche Kontrolltätigkeit lässt sich mit der Zweckbestimmung eines Barlokals nicht vereinbaren und ist als staatlicher Grundrechtseingriff zu werten. Ein solches Eindringen ist nur rechtmässig, wenn es auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht (Art. 36 BV). In dem von der Anschlussberufungsklägerin zur Begründung herangezogenen Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 war dies auf kantonaler Ebene ein Gesetz im formellen Sinne (§§ 1, 18 des kantonalen Gastgewerbegesetzes, welches die Aufsicht und den Zugang der Kontrollorgane zu den Betriebsräumen der patentierten Gastgewerbebetriebe umschreibt). Im vorliegenden Fall fehlt es hingegen an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, wie dies auch vom Berufungskläger in seiner Stellungnahme vom 8.12.2020 (S. 4 f.) zu Recht geltend gemacht wird.

§ 100 des kantonalen Wirtschafts- und Arbeitsgesetzes (WAG; BGS 940.11) bezeichnet den Regierungsrat als zuständige Behörde für den Vollzug des Gesetzes. Gestützt auf § 100 WAG wird in § 41 Abs. 1 lit. e der Verordnung zum WAG (VWAG; BGS 940.12) unter dem Titel «Vollzug und Rechtspflege» das Amt für Wirtschaft und Arbeit für alle im Gesetz und in der Verordnung genannten Belange im Bereich der Kleinspiele (vormals Lotterie und Geschicklichkeitsspiele) als zuständige Behörde bezeichnet. In § 41 Abs. 4 VWAG wird festgehalten, dass die Polizeiorgane befugt sind, die Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetriebe, die Betriebe zur Ausübung von Sexarbeit sowie gastwirtschaftliche Gelegenheitsanlässe zu betreten und zu kontrollieren. Diese Befugnis ist einzig in der Verordnung des Regierungsrates (VWAG) geregelt und findet keine materielle Stütze im WAG. Es fehlt folglich an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für den staatlichen Eingriff in den Schutzbereich des Hausrechts. Es wäre hier am Gesetzgeber, die erforderliche Rechtsgrundlage im WAG zu schaffen, so wie er dies im Teilbereich der Sexarbeit ■ im Unterschied zum Bereich der gastwirtschaftlichen Tätigkeiten und zum Bereich der im vorliegenden Fall massgeblichen Spiele gemäss BGS ■ mit Einführung von § 35 Abs. 1 WAG («Behördliche Kontrollen») bereits gemacht hat.

5.5 Selbst wenn man ■ entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung ■ für diesen staatlichen Eingriff eine Norm auf Verordnungsstufe genügen liesse, bildet § 41 Abs. 1 lit. e VWAG aus folgenden inhaltlichen Überlegungen keine taugliche Grundlage. Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut ausschliesslich auf Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetriebe, Betriebe zur Ausübung von Sexarbeit sowie gastwirtschaftliche Gelegenheitsanlässe, Betriebe zur Durchführung von Geldspielen bleiben demgegenüber unerwähnt. Es kämen demnach nur Kontrollen im Zusammenhang mit den im WAG genannten «Gastwirtschaftlichen Tätigkeiten» (Kapitel 2.2) und der «Sexarbeit» (Kapitel 2.4) in Frage, nicht aber im Zusammenhang mit dem im Kapitel 2.5 des WAG ebenfalls geregelten Bereich der «Gross- und Kleinspiele». Die Polizei dürfte folglich nach dieser Verordnungsnorm einen Gastwirtschaftsbetrieb zur Kontrolle der mit der gastwirtschaftlichen Tätigkeit einhergehenden und im Gesetz ausdrücklich umschriebenen Pflichten betreten (z.B. Kontrollen betreffend Vorliegen einer Betriebsbewilligung gemäss § 9 Abs. 1 WAG, Verbot des Alkoholausschankes an Jugendliche gemäss § 17 Abs. 2 lit. a WAG, Einhaltung der Öffnungszeiten gemäss § 19 WAG und Hygienevorschriften gemäss § 11 i.V.m. § 14 Abs. 1 lit. a WAG). Sie dürfte hingegen den Gastwirtschaftsbetrieb nicht betreten, um Kontrollen in einem ganz anders gelagerten Sachgebiet («Gross- und Kleinspiele» bzw. Spiele nach BGS) durchzuführen, das vom Wortlaut von § 41 Abs. 1 lit. e VWAG gar nicht abgedeckt wird.

5.6 Schliesslich ist festzuhalten, dass sich auch aus dem Gesetz über die Kantonspolizei (BGS 511.11) keine entsprechende Kompetenz ergibt. Art. 34bis Abs. 1 dieses Gesetzes bildet zwar eine Grundlage für die Durchsuchung von Räumlichkeiten ausserhalb eines strafprozessualen Verfahrens, jedoch nur, wenn die Umstände ein sofortiges Handeln nötig machen, um entweder eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben oder die Freiheit einer Person abzuwehren (Abs. 1) oder um eine Person zur Vor-, Zu- oder Rückführung in Gewahrsam zu nehmen und die begründete Annahme besteht, dass sie sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Diese Voraussetzungen liegen hier offensichtlich nicht vor.

5.7 Die Erkenntnisse aus der polizeilichen Kontrolle des [...] vom 14. März 2018 sowie aus der Sicherstellung und Beschlagnahme der beiden Spielgeräte sind deshalb auch mit Blick

auf das WAG und das Gesetz über die Kantonspolizei nicht verwertbar.

## V. Herausgabe der Spielgeräte und Entschädigung zufolge Wertverlustes

1. Vor erster Instanz beantragte der Berufungskläger die Herausgabe der beschlagnahmten Geräte sowie für den Wertverlust der Geräte pauschal je CHF 300.00 (total CHF 600.00). Die Vorinstanz wies beide Begehren ab (vgl. Dispositivziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils und die Erwägungen unter US 17).

2. Der Beschuldigte hat mit seiner Berufungserklärung vom 12. August 2020 das erstinstanzliche Urteil vollständig angefochten, jedoch in Bezug auf Dispositivziff. 4 keinen konkreten Änderungsantrag formuliert. Damit genügt die Berufungserklärung in diesem Punkt nicht den formellen Anforderungen gemäss Art. 399 Abs. 2 lit. b StPO. Auf die Berufung ist deshalb, soweit Dispositivziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils betreffend, nicht einzutreten.

3.1 ImÜbrigen ist auf Folgendes hinzuweisen: Selbst wenn auf die Berufung hinsichtlich Dispositivziff. 4 einzutreten wäre, wäre der Entscheid in diesem Punkt nicht zu Gunsten des Berufungsklägers abzuändern: Die ESBK hat gestützt auf Art. 66 Abs. 2 VStrR in einem separaten Einziehungsbescheid (Nr. 62-2018-040) am 12. Dezember 2018 verfügt, die beiden beim Beschuldigten beschlagnahmten Glücksspielautomaten mit den Nummern U19041 und U19042 (Eigentümer unbekannt) seien einzuziehen und zu vernichten (7/25 f.). Der Beschuldigte hätte gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen Einsprache erheben können (Art. 67 Abs. 1 VStrR), er liess die Rechtsmittelfrist jedoch ungenutzt verstreichen. Wird ■ wie vorliegend ■ innert der gesetzlichen Frist nicht Einsprache erhoben, so steht der Einziehungsbescheid einem rechtskräftigen Urteil gleich (Art. 67 Abs. 2 VStrR, vgl. auch die Rechtskraftbescheinigung unter 7/26). Es wäre deshalb festzustellen, dass der Antrag des Berufungsklägers auf Herausgabe der beiden Geräte gegenstandslos geworden ist.

3.2 In Bezug auf das Entschädigungsbegehren ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte stets bestritt, Eigentümer der beiden Spielautomaten gewesen zu sein. Inhaltlich wäre deshalb der Entscheid der Vorinstanz, den Antrag auf Entrichtung einer Entschädigung für den Wertverlust der Automaten abzuweisen (vgl. hierzu US 17), nicht zu beanstanden.

## VI. Ersatzforderung

1. Die ESBK beantragt mit ihrer Anschlussberufungserklärung, der Beschuldigte sei zur Bezahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 225.00 an den Bund zu verurteilen.

2. Gemäss Art. 70 f. StGB i.V.m. Art. 2 VStrR verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind bzw. erkennt auf eine Ersatzforderung des Staates, sofern die betreffenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind.

Der Nachweis, dass der Beschuldigte eine strafbare Handlung im Sinne des SBG begangen hat, kann im vorliegenden Fall mangels verwertbarer Beweise nicht erbracht werden. Damit fällt eine Verurteilung des Beschuldigten zur Bezahlung einer Ersatzforderung ausser Betracht. Der Antrag der Anschlussberufungsklägerin ist deshalb abzuweisen.

## VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kostenfolgen

1.1 Bei diesem Verfahrensausgang erliegen die Kosten des Verfahrens der ESBK, welche insgesamt CHF 4'245.00 ausmachen (vgl. Dispositivziff. 7 der Strafverfügung, AS 7/60), auf dem Bund (Art. 95 Abs. 1 VStrR, e contrario).

1.2 Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von Art. 97 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 423 StPO bzw. Art. 428 Abs. 1 StPO vom Kanton Solothurn zu tragen.

Gemäss Art. 98 Abs. 1 VStrR kann der Kanton vom Bund die Erstattung der Prozesskosten fordern, zu denen der Beschuldigte nicht verurteilt worden ist oder die der Verurteilte nicht bezahlen kann, Besoldungen und Taggelder von Beamten sowie Gebühren und Stempel sind jedoch ausgenommen.

Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens setzen sich ■ exkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung (vgl. hierzu nachfolgende Ziff. VII.2.3) ■ vor allem aus den Urteilsgebühren zusammen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 1 VStrR fallen, die Auslagen waren hingegen im gerichtlichen Verfahren minimal, so dass für diese keine Rückforderung zu erfolgen hat.

## 2. Entschädigungsfolgen

2.1 Im Verfahren der Verwaltung ist gemäss Art. 99 Abs. 1 VStrR dem Beschuldigten, gegen den das Verfahren eingestellt oder der nur wegen einer Ordnungswidrigkeit bestraft wird, auf Begehren eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat, auszurichten. Zu diesen «anderen Nachteilen» sind auch die notwendigen Verteidigungskosten zu zählen.

Im gerichtlichen Verfahren gilt Art. 99 VStrR sinngemäss. Das Gericht entscheidet auch über die Entschädigung für Nachteile im Verfahren vor der Verwaltung (Art. 101 Abs. 1 VStrR).

Diese Entschädigung geht sowohl für das Verfahren der Verwaltung als auch für das gerichtliche Verfahren in Anwendung von Art. 101 Abs. 1 i.V. m. Art. 99 Abs. 3 VStrR zu Lasten des Bundes.

2.2 Der Beschuldigte wurde im erstinstanzlichen Verfahren von Rechtsanwalt Winiger privat vertreten, wobei anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Rechtsanwalt Camill Droll, in Vertretung von Rechtsanwalt Winiger, plädierte (US 127). Die von Rechtsanwalt Roland Winiger eingereichte Honorarnote setzt sich aus einem Aufwand von 24,5 Stunden zu je CHF 280.00 sowie Auslagen und 7,7 % MWST zusammen. Die Hauptverhandlung vor erster Instanz nahm eine halbe Stunde in Anspruch (vgl. O-G 94 ff.). Da der Zeitaufwand für die Hauptverhandlung in der Honorarnote auf 1 ½ Stunden geschätzt wurde (O-G 114), hat ein Abzug von einer Stunde zu erfolgen, so dass insgesamt für die Zeit vom 11.6.2018 - 31.5.2020 23,5 Stunden Aufwand resultieren. Der geltend gemachte Stundenansatz von CHF 280.00 wurde von der Berufungsbeklagten nicht bestritten und erweist sich mit Blick auf die besondere Materie und die erforderlichen Spezialkenntnisse im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens als gerechtfertigt. Der Bund hat dem Beschuldigten für das Verfahren vor der ESBK und für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren demnach eine Entschädigung von insgesamt CHF 7'300.75 (Aufwand: CHF 6'580.00, Auslagen: CHF 198.80 und 7,7 % MWST: CHF 521.95) zu bezahlen.

2.3 Für das Berufungsverfahren wurde Rechtsanwalt Droll als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten eingesetzt. Geltend gemacht wird für das Berufungsverfahren ein

Zeitaufwand von 21,45 Stunden. Hiervon sind folgende Positionen in Abzug zu bringen:

Insgesamt erfolgt damit eine Kürzung von 1,5 Stunden; zu entschädigen sind demnach 19,95 Stunden, was zu einer Entschädigung von insgesamt CHF 4'053.20 (Aufwand: CHF 3'591.00, Auslagen: CHF 172.40, 7,7 % MWST: CHF 289.80) führt. Diesen Betrag hat die Zentrale Gerichtskasse dem amtlichen Verteidiger auszubehalten und ist gestützt auf Art. 98 Abs. 1 VStrR in der Folge beim Bund zurückzufordern.

Demnach wird in Anwendung von Art. 97 Abs. 1, Art. 98 Abs. 1, Art. 99 Abs. 1 und 3, Art. 101 Abs. 1 VStrR sowie Art. 423 und Art. 428 Abs. 1 StPO beschlossen und anerkannt:

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_ wird vom Vorwurf der mehrfachen Übertretung des Spielbankengesetzes durch die Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken freigesprochen.
2. Der Antrag der Anschlussberufungsklägerin, wonach der Beschuldigte dem Bund eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 225.00 zu bezahlen habe, wird abgewiesen.
3. Auf die Berufung des Beschuldigten wird, soweit Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils betreffend, nicht eingetreten.
4. Dem Beschuldigten, vertreten durch Rechtsanwalt Roland Winiger, wird für das Verfahren bei der Verwaltung und das erstinstanzliche gerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von total CHF 7'300.75 (Aufwand: CHF 6'580.00, Auslagen: CHF 198.80, 7,7 % MWST: CHF 521.95) zugesprochen, zahlbar durch die Staatskasse des Bundes.
5. Die Entschädigung für den amtlichen Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt Camill Droll, wird für das Berufungsverfahren auf total CHF 4'053.20 (Aufwand: CHF 3'591.00, Auslagen: CHF 172.40, 7,7 % MWST: CHF 289.80) festgesetzt, zahlbar durch den Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse.

Dieser Betrag von CHF 4'053.20 ist durch die Zentrale Gerichtskasse bei der Staatskasse des Bundes zurückzufordern.

6. Die Kosten des Verfahrens der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) von total CHF 4'245.00 gehen zu Lasten der Staatskasse des Bundes.
7. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens trägt der Staat Solothurn.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsache eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innerhalb

**E. 8**

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn erliess am 31. Januar 2019 in Bezug auf den Verdacht der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten eine Einstellungsverfügung (Akten Richteramt Olten-Gösgen, S. 4 ff., nachfolgend zit. «O-G [Seitenzahl]»). Zur Begründung führte die Staatsanwaltschaft aus, es hätten anlässlich der Hausdurchsuchung vom 14. März 2018 im [...] keine Automaten oder Apparate festgestellt werden können, mit welchen verbotene Internetwetten abgeschlossen würden.

#### **E. 9**

Am 15. April 2019 erliess die ESBK eine Strafverfügung, mit welcher sie den Strafbescheid vom 12. Dezember 2018 mit einer Ausnahme bestätigte: Die Ersatzforderung wurde von CHF 450.00 auf CHF 225.00 reduziert (7/45 ff.).

#### **E. 10**

Tageseit Erhalt des begründeten Urteils beim BundesstrafgerichtBeschwerdeeingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona).

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

Marti

Lupi De Bruycker

#### **E. 11**

Am 3. Juni 2019 liess der Beschuldigte beim Gericht den Antrag auf Einstellung des Verfahrens beantragen. Zur Begründung führte er aus, dass die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 31. Januar 2019 Sperrwirkung entfalte und eine Verurteilung deshalb nicht mehr möglich sei (O-G 2 f.). Dieser Antrag wurde am 12. August 2019 vom a.o. Gerichtsstatthalter abgewiesen (O-G 42 f.). Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde des Beschuldigten trat die Beschwerdekammer des Obergerichts mit Beschluss vom 4. Dezember 2019 nicht ein (O-G 86 ff.).

#### **E. 12**

Am 11. Mai 2020 fällte die a.o. Gerichtsstatthalterin von Olten-Gösgen folgendes Urteil: « 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ hat sich der mehrfachen Übertretung des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken (SBG), begangen in der Zeit vom 10.03.2018 bis 14.03.2018 durch Organisation von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken, schuldig gemacht. 2. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ wird zu einer Busse in Höhe von CHF 4'000.00 verurteilt. 3. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ wird zur Bezahlung einer Ersatzforderung in Höhe von CHF 225.00 verurteilt, zahlbar an den Staat Solothurn. 4. Der Antrag des Beschuldigten auf Herausgabe der beschlagnahmten Glücksspielautomaten sowie auf Entrichtung einer Entschädigung für den Wertverlust von CHF 300.00 je Glücksspielautomat wird abgewiesen. 5. Die Verfahrenskosten, mit einer Gerichtsgebühr von CHF 600.00, total CHF 5'004.30 (Verfahrenskosten der ESBK von CHF 4'245.00, Auslagen des Gerichts von CHF 159.30) hat der Beschuldigte A.\_\_\_\_ zu tragen.»

#### **E. 13**

Mit Eingabe vom 12. Mai 2020 liess der Beschuldigte gegen das Urteil die Berufung anmelden (O-G 122).

#### **E. 14**

Die Berufungserklärung datiert vom 12. August 2020. Angefochten wird vom Beschuldigten das ganze Urteil, verlangt wird ein Freispruch, eventualiter die Entfernung und der separate Verschluss sämtlicher Akten bis zum Abschluss des Verfahrens sowie gestützt darauf ein Freispruch, eine Entschädigung für die Kosten der privaten Verteidigung für das Vorverfahren und das Verfahren vor der Vorinstanz, die Gewährung der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sowie die Tragung der Verfahrenskosten durch den Staat.

#### **E. 15**

Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 17. August 2020 auf eine Anschlussberufung sowie die Teilnahme am weiteren Berufungsverfahren.

#### **E. 16**

Mit Eingabe vom 2. September 2020 erhob die ESBK Anschlussberufung. Angefochten ist von ihrer Seite Ziff. 3 des erstinstanzlichen Urteils; beantragt wird die Verurteilung des Beschuldigten zur Bezahlung einer Ersatzforderung von CHF 225.00 an den Bund.

#### **E. 17**

Am 22. September 2020 wurde dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren die amtliche Verteidigung gewährt, unter Beiordnung von Rechtsanwalt Camill Droll als amtlicher Verteidiger.

#### **E. 18**

Am 9. Oktober 2020 ordnete der Instruktionsrichter nach Anhörung der Parteien das schriftliche Verfahren an.

#### **E. 19**

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2020 reichte der Berufungskläger ein anonymisiertes Urteil des Bezirksgerichts Aarau ein.

#### **E. 20**

Die ESBK reichte am

#### **E. 23**

November 2020 die schriftliche Stellungnahme zur Berufungserklärung des Berufungsklägers sowie die Begründung der Anschlussberufung ein. 21. Am 8. Dezember 2020 liess sich der Berufungskläger abschliessend vernehmen und reichte ein weiteres anonymisiertes Urteil des Gerichtspräsidenten von Olten-Gösigen vom 7. Oktober 2020 ein. 22. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2020 wurden die beiden eingereichten anonymisierten Urteile zu den Akten genommen. II. Umfang der Prüfungsbefugnis 1. Bildete – wie in casu mit Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG – ausschliesslich eine Übertretung Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (vgl. zur Anwendung von Art. 398 Abs. 4 StPO im Zusammenhang mit Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG auch das Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3.5.2018). Diese limitierten Rügemöglichkeiten lassen sich mit den früheren kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden bzw. der heutigen Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht vergleichen. Soweit die Beweiswürdigung bzw. die Feststellung des

(rechtmässig erhobenen) Sachverhalts gerügt werden, beschränkt sich die Überprüfung auf offensichtliche Unrichtigkeit, also auf Willkür. Sämtliche Rechtsfragen sind mit freier Kognition zu prüfen, und zwar nicht nur materiellrechtliche, sondern auch prozessuale (Markus Hug/Alexandra Scheidegger in: Andreas Donatsch/Viktor Lieber/Sarah Summers/Wolfgang Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich nachfolgend zit. «StPO Komm.», Art. 398 StPO N 23). Die inhaltliche Beschränkung des Berufungsthemas beschlägt die volle Kognition des Berufungsgerichts zur Überprüfung von Rechtsfragen nicht (Urteil des Bundesgerichts 6B\_61/2012 vom 30.11.2012 E. 2.3). Die Lehre lehnt es ab, aus den eingeschränkten Rügemöglichkeiten eine qualifizierte Rügepflicht abzuleiten. Es fehle an einer hinreichend klaren Rechtsnorm, auf welche sich eine qualifizierte Rügepflicht stützen liesse (Markus Hug/Alexander Scheidegger in: StPO Komm., Art. 398 StPO N 24, vom Bundesgericht in 6B\_362/2012 vom 29.10.2012 E. 6.2 offengelassen).

III. Verfahrenshindernis «ne bis in idem»

1. Am 31. Januar 2019 stellte die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten u.a. wegen Übertretung des Bundesgesetzes betreffend die Lotterrie und die gewerbsmässigen Wetten gemäss Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 15. April 2018 ein (O-G 4 ff.).

2. Der Verteidiger des Beschuldigten beantragte beim Strafgericht Olten-Gösigen in der Folge am 3. Juni 2019 gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Teileinstellungen sowie in Anwendung des Grundsatzes «ne bis in idem» die Einstellung des vorliegenden Verfahrens (O-G 2 f.). Der Antrag wurde am 12. August 2019 abgewiesen (O-G 42 f.). Mit Beschluss vom 4. Dezember 2019 trat die Beschwerdekammer nicht auf die am 26. August 2019 eingereichte Beschwerde ein.

3. Der Beschuldigte liess den Antrag, es sei der Beschuldigte in Anwendung des Grundsatzes «ne bis in idem» freizusprechen, auch anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung stellen und stellt sich auch im Berufungsverfahren auf diesen Standpunkt. In der Berufungserklärung vom 12. August 2020 führte der Verteidiger mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) aus, die Staatsanwaltschaft habe gegen den Beschuldigten eine Strafuntersuchung wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen das Lotterriegesetz eingeleitet. Am 31. Januar 2019 habe sie dieses Verfahren eingestellt und die Akten der ESBK überwiesen, welche dann ein Verfahren wegen des Verdachts der Widerhandlungen gegen das Spielbankengesetz eröffnet habe. Die Staatsanwaltschaft sei aber für die Einstellung der Strafuntersuchung sachlich und funktionell zuständig gewesen; da der Vorhalt auf einem einzigen identischen Sachverhalt beruhe, könne nun die ESBK ihrerseits kein Strafverfahren mehr führen. Es liege eine Tatidentität vor und der Grundsatz «ne bis in idem» entfalte eine Sperrwirkung, welche ein zweites Strafverfahren verbiete. Das Verbot der doppelten Strafverfolgung stelle ein Strafhindernis dar, das von Amtes wegen zu berücksichtigen sei. Die ESBK hätte die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft anfechten und die Sistierung des Verfahrens beantragen müssen; da sie dies nicht getan habe, sei das Verfahren nun einzustellen bzw. habe auf Grund des Verfahrenshindernisses der doppelten Strafverfolgung ein Freispruch zu ergehen. Mit Eingabe vom 8. Dezember 2020 (Stellungnahme zur Eingabe und Anschlussberufung der ESBK vom 23. November 2020) hielt der Berufungskläger an seiner Rechtsauffassung fest.

4. Nach dem Grundsatz «ne bis in idem» darf niemand wegen einer Straftat, für welche er nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Das Prinzip ist nur verletzt, wenn derselbe Sachverhalt in zwei voneinander unabhängigen Strafverfahren verfolgt und beurteilt wird.

Das Verbot der doppelten Bestrafung bzw. Strafverfolgung bildet ein Verfahrenshindernis. Eine rechtskräftige Einstellungsverfügung kommt einem freisprechenden Endentscheid gleich (Art. 320 Abs. 4 StPO). Das Prinzip leitet sich direkt aus der Art. 8 Abs. 1 und 29 Abs. 1 BV sowie dem materiellen Bundesstrafrecht ab (Art. 11 StPO) und ergibt sich überdies aus Art. 4 Ziff. 1 zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 22. November 1984. Das Verbot der Doppelbestrafung setzt einerseits voraus, dass sich das zweite Verfahren gegen dieselbe beschuldigte Person richtet bzw. richten würde (Täteridentität). Andererseits verlangt das Prinzip die Identität des Lebenssachverhalts (Tatidentität). Das Bundesgericht ging in seiner früheren Praxis von einer doppelten Identität des Sachverhalts aus: Eine erneute Verfolgung einer Tat war nur ausgeschlossen, wenn der Lebenssachverhalt und die angewandte Norm bzw. deren Strafzweck identisch waren. Wenn zwischen den in Frage stehenden Tatbeständen echte Gesetzeskonkurrenz (Idealkonkurrenz) bestand, war eine Verfolgung in separaten Verfahren zulässig. Dieses Ergebnis entsprach auch der früheren Rechtsprechung des EGMR. In dem (auch vom Berufungskläger erwähnten) Urteil Nr. 14939/03 vom 10. Februar 2009 i.S. Zolotukhin c. Russia kehrte der EGMR von dieser Rechtsprechung ab. Nach dieser Entscheidung gilt der Grundsatz «ne bis in idem» schon als verletzt, wenn dieselbe Person bei gleichem oder im Wesentlichen gleichem Sachverhalt ein zweites Mal bestraft wird. Als Lebenssachverhalt gilt danach ein Komplex konkreter, tatsächlicher Umstände, welche denselben Beschuldigten betreffen und in räumlicher sowie zeitlicher Hinsicht unlösbar miteinander verknüpft sind. Grundlage für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots bildet nach dieser Rechtsprechung somit eine einfache Tatidentität; die rechtliche Qualifikation oder das Konkurrenzverhältnis zwischen den anwendbaren Strafnormen bleiben ohne Bedeutung. In einem neueren Urteil hat der EGMR diese Rechtsprechung im Bereich des Steuerstrafrechts präzisiert (Urteil Nr. 24130/11 und 29758/11 vom 15. November 2016 i.S. A. und B. c. Norwegen). Der EGMR hielt fest, den Vertragspartnern sei es nicht verwehrt, Verfahren so aufzutrennen, dass die verschiedenen als Strafe zu qualifizierenden Sanktionen für eine Widerhandlung in verschiedenen, parallel oder nacheinander geführten Prozessen auferlegt würden. Die Staaten dürften Sanktionen für ein sozial verpöntes Verhalten, wie etwa die Hinterziehung von Steuern, vielmehr in verschiedenen, ein zusammenhängendes Ganzes bildendes Verfahren verhängen, soweit diese kumulativen Rechtsfolgen für den Betroffenen keine exzessive Last bildeten. Doch setze die Führung doppelter Verfahren voraus, dass diese in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht hinreichend eng verknüpft seien. Dies setze voraus, dass die verfolgten Zwecke und die zu ihrer Erreichung eingesetzten Mittel im Wesentlichen komplementär und zeitlich verknüpft seien sowie dass die eventuellen Folgen einer derartigen Verfahrensordnung verhältnismässig und für die betroffene Person voraussehbar seien. Danach verstossen von verschiedenen Behörden zur selben Tat parallel oder nacheinander geführte Steuerstrafverfahren nicht gegen das Doppelbestrafungsverbot, wenn sie komplementäre Zwecke verfolgen und im konkreten Fall unterschiedliche Aspekte des sozialen Fehlverhaltens betreffen, wenn die Dualität der Verfahren eine vorhersehbare Folge desselben verfolgten Verfahrens ist, wenn zur bestmöglichen Vermeidung von Doppelspurigkeiten bei der Beweiserhebung zwischen den zuständigen Behörden eine angemessene Interaktion besteht und wenn die im ersten Verfahren ausgesprochene Sanktion im nachfolgenden Verfahren berücksichtigt wird, so dass für den Betroffenen keine exzessive Belastung entsteht und die insgesamt ausgesprochenen Sanktionen verhältnismässig sind (zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 6B\_1053/2017 vom 17.5.2018 E. 4.1). 5. Das Bundesgericht hat in jüngerer Vergangenheit in folgenden

Entscheiden zum Grundsatz «ne bis in idem» Stellung genommen:

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