

# **SO\_GERICHTE STBER.2021.12 vom 15. November 2016**

SO Obergericht, 2016-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2021.12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2021.12)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2021.12 du 15 novembre 2016

IT: SO\_GERICHTE STBER.2021.12 del 15 novembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 15. September 2015 wurden abends um 23:00 Uhr die Räumlichkeiten des Restaurants [ ] polizeilich kontrolliert (Strafanzeige vom 16.9.2015, Akten Verwaltungsstrafverfahren Nr. 62-2015-108, Register 1, Aktenseite 3 ff., nachfolgend zitiert: «1/003 ff.»). Im Rahmen dieser Durchsuchung wurden von der Polizei des Kantons Solothurn das Mobiltelefon von B.\_\_\_\_ und ein Laptopcomputer der Marke Lenovo sichergestellt. Der Patentinhaber des Lokals (vgl. 1/041), A.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschuldigter) wurde am 17. Oktober 2015 erstmals polizeilich einvernommen und darüber in Kenntnis gesetzt, dass der EBSK die Anzeige rapportiert werde (1/007 ff.).

#### **E. 1.1**

Bei diesem Verfahrensausgang erliegen die gesamten Kosten des Verfahrens der ESBK, welche insgesamt CHF 4■748.00 ausmachen (vgl. Dispositivziff. 8 der Strafverfügung vom 11.12.2019, 7/087), auf dem Bund (Art. 95 Abs. 1 VStrR, e contrario).

#### **E. 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 Ausführungen) ■ 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**

### **E. 2**

Mit Verfügung vom 15. November 2016 (2/009 ff.) beschlagnahmte die ESBK wegen des Verdachts auf Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (SBG, SR 935.52) den vorgenannten Laptop (nachfolgend zitiert «Gerät U5339»).

#### **E. 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 und angemessenen Kosten einer frei gewählten Verteidigung (Wahlverteidigung) zu zählen (vgl. Friedrich Frank/Lorenz Garland in: BSK VStrR Art. 99 VStrR N 27).

Im Falle eines Freispruches im gerichtlichen Verfahren beruht der Entschädigungsanspruch auf der sinngemässen Anwendung von Art. 99 VStrR, wobei das zuständige Gericht gemäss Art. 101 Abs. 1 VStrR auch über die Entschädigung von Nachteilen im vorangehenden Verfahrensstadium vor der Verwaltung zu entscheiden hat (Friedrich Frank/Lorenz Garland in: BSK VStrR Art. 99 VStrR N 2).

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 Verfahren der Verwaltung sowie im erstinstanzlichen Verfahren von Rechtsanwalt Dr. Roland Winiger privat vertreten. Die Vorinstanz hat die Parteientschädigung auf der Grundlage der eingereichten Honorarnote (O-G AS 12 f.) sowie unter Hinzurechnung des Aufwandes für die erstinstanzliche Hauptverhandlung auf total CHF 4'686.00 festgesetzt, zahlbar durch den Bund (vgl. US 12). Gegen die Höhe dieser Entschädigung erhob die Berufungsklägerin keine Einwendungen. Sie erweist sich denn auch als angemessen. Das Urteil der Vorinstanz ist deshalb in diesem Punkt zu bestätigen.

### **E. 2.3**

Für das Berufungsverfahren wurde Rechtsanwalt Dr. Roland Winiger als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten eingesetzt. Geltend gemacht wird für das Berufungsverfahren gemäss Honorarnote (BA AS 140 ff.) ein Zeitaufwand von 30,25 Stunden zu je CHF 250.00. Zuzüglich MWST (auf der Honorarnote mit «zuzüglich 8 % MWST» bezeichnet, jedoch zutreffenden auf der Grundlage des Mehrwert-steuersatzes von 7,7 % MWST berechnet) und den Auslagen ergeben sich CHF 8'260.50.

Der zeitliche Aufwand für das Berufungsverfahren liegt damit deutlich über dem geltend gemachten Studenttotal für die Bemühungen vom 9. Januar 2018 bis 7. Oktober 2020, d.h. bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens (Total von 15,25 Stunden, vgl. O-G AS 12), wobei einzuräumen ist, dass das letztgenannte Studenttotal tief ist. Die von der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen waren umfangreich (vgl. insbesondere die 2. Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 7.5.2021, welche inkl. diversen Beilagen rund 44 Aktenseiten umfasste). Nachvollziehbar ist auch, dass der Verteidiger nach der Zustellung des obergerichtlichen Urteils vom 21. April 2021 (STBER.2020.67) in Anbetracht der offenkundigen Parallelen zum vorliegenden Fall seine 2. Stellungnahme überarbeiten wollte und dies einen Mehraufwand nach sich zog (vgl. hierzu auch die Ausführungen von RA Winiger vom 26.5.2021, BA AS 134). Abzuziehen ist hingegen ■ da dieser Aufwand bereits in der Nachbearbeitung des anderen Verfahrens (= STBER.2020.67) berücksichtigt wurde, die Position vom 20.5.2021 («Eingang Urteil OGer SO STBER.2020.67; Studium», Kürzung von 60 Min.). Der zu entschädigende Aufwand macht folglich 29,25 Stunden aus.

Rechtsanwalt Dr. Roland Winiger verlangt eine Parteientschädigung zum ordentlichen Tarif einer privaten Verteidigung (vgl. BA AS 47 sowie BA AS 134).

Die Höhe der Entschädigung bemisst sich nach dem massgeblichen Anwaltstarif jenes Gemeinwesens, das das Verfahren geführt hat (Niklaus Ruckstuhl in: BSK StPO, Art. 135 StPO N 2). Demzufolge kommt der Gebührentarif des Kantons Solothurn (GT, BGS 615.11) zur Anwendung, der in § 158 Abs. 3 GT einen Stundensatz von CHF 180.00 vorsieht. Der amtliche Verteidiger erhält das tariflich festgelegte Honorar für die Übernahme einer öffentlichen Aufgabe und trägt nicht das Risiko der Uneinbringlichkeit. Eine Kürzung des Honorars im Vergleich zum ordentlichen Tarif ist zulässig (vgl. BGE 132 I 201 E. 7.3.4 S. 209). Dieses reduzierte Honorar kommt unabhängig vom Prozessausgang zur Anwendung (BGE 139 IV 261 E. 2). Demzufolge fällt die beantragte Zusprechung einer Entschädigung auf der Grundlage des ordentlichen Tarifes ausser Betracht.

Die Entschädigung ist auf total CHF 5'786.10 (Aufwand von 29,25 Stunden zu je CHF 180.00: CHF 5'265.00, Auslagen: CHF 107.40; 7,7 % MWST: CHF 413.70) festzusetzen. 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 StPOerkannt:

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_ wird vom Vorwurf der Widerhandlungen gegen das Geldspielgesetz bzw. gegen das Spielbankengesetz freigesprochen.

2. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte auf die Rückgabe des beschlagnahmten Gerätes U5339 (Laptopcomputer, Lenovo B50-80) verzichtet, so dass dieses nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vernichtet wird.

3. Es wird festgestellt, dass gemäss rechtskräftiger Ziff. 3 des Urteils des Amtsgerichtspräsidenten von Olten-Gösgen vom 7. Oktober 2020 das Beschleunigungsgebot verletzt worden ist.

4. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte auf die Zusprechung einer Genugtuung verzichtet hat.

7. Die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (Nr. 62-2015-108) der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) von total CHF 4'748.00 gehen zu Lasten der Staatskasse des Bundes.

8. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens trägt der Staat Solothurn.

Dieser Entscheid ist schriftlich und begründet zu eröffnen an:

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 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

Die Gerichtsschreiberin

Marti

Lupi De Bruycker

#### **E. 2.4**

Im Anwendungsbereich der Strafprozessordnung als auch des Verwaltungsstrafverfahrens muss der Eingriff ins Hausrecht aufgrund eines schriftlichen Durchsuchungsbefehls der zuständigen Behörde legitimiert sein (vgl. hierzu Art. 241 Abs. 1 (Satz 1) und Abs. 2 i.V.m. Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO: schriftlicher Hausdurchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft; Art. 48 Abs. 3 VStrR: Die Durchsuchung erfolgt aufgrund eines schriftlichen Befehls des Direktors oder Chefs der beteiligten Verwaltung). Vorliegend wurden diese Bestimmungen missachtet, ein schriftlicher Durchsuchungsbefehl liegt nicht vor (vgl. Ziff. 2.1 hiervor).

#### **E. 2.5**

Hinzu kommt, dass eine Hausdurchsuchung im Rahmen einer strafprozessualen Untersuchung stets einen hinreichenden Tatverdacht voraussetzt (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Diese Bestimmung zielt darauf ab, die verpönte Beweisausforschung (sogenannte «fishing expedition») zu verhindern. Der Tatverdacht muss 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). 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. Um die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit einer Zwangsmassnahme beurteilen zu können, müssen somit die Tatsachen, aus welchen sich der Tatverdacht ergibt, bekannt sein. Eine verdachtlose sowie eine ohne konkreten hinreichenden Tatverdacht durchgeführte Durchsuchung verletzt die Unschuldsvermutung und ist unzulässig (Diego R. Gfeller in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, nachfolgend zitiert «BSK StPO», Vor Art. 241 - 254 StPO N 43 und 45).

#### **E. 2.6**

Auch das Tätigwerden der Untersuchungsbehörden im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) ist an einen hinreichenden Tatverdacht gebunden. Die Verwaltung nimmt ihre Untersuchungstätigkeit auf und ergreift Zwangsmassnahmen, wenn der «hinreichende Verdacht» einer Verwaltungsstrafat vorliegt, was konkrete und tatsächliche Hinweise auf eine strafbare Handlung bzw. Unterlassung voraussetzt (so ausdrücklich auch die Berufungsklägerin: BA AS 20).

#### **E. 2.7**

Nicht nur die Verteidigung, sondern auch die Berufungsklägerin (vgl. hierzu die Berufungsbeurteilung, BA AS 20) gehen mit der Vorinstanz (vgl. US 8) zutreffend davon

aus, dass der am 15. September 2015 durchgeführten Durchsuchung kein hinreichender Tatverdacht zu Grunde lag. In der Strafanzeige wird unter der Überschrift «Sachverhalt» lediglich festgehalten, dass sich die Polizisten zum Lokal [...] begeben hätten, weil der Verdacht bestanden habe, dass im genannten Lokal Glücksspiele öffentlich angeboten würden (1/005). Des Weiteren wird in der Strafanzeige der Verdacht geäussert, dass A.\_\_\_\_ lediglich als Patentinhaber vorgeschoben werde, weil es B.\_\_\_\_ ■ von dem in [Ortschaft] allgemein bekannt sei, dass er dieses Lokal führe ■ nicht möglich sei, ein Patent auf seinen Namen zu erwerben (1/006). Worauf die genannten Verdachtsmomente gründen, ist den Akten nicht zu entnehmen. Die Ausführungen in der Strafanzeige erschöpfen sich folglich in Behauptungen und vermögen keinen hinreichenden Tatverdacht zu begründen.

### 3. Einwände der Berufungsklägerin und Würdigung

Die Einwände der Berufungsklägerin haben ■ so unterschiedlich die Begründungsansätze im Einzelnen auch sind ■ eine Gemeinsamkeit: Die Berufungsklägerin macht geltend, für die Kontrolle bzw. Durchsuchung im Gastgewerbebetrieb [...] habe die Polizei gar keinen schriftlichen Durchsuchungsbefehl gebraucht. In den Mittelpunkt ihrer Argumentation rückt die Berufungsklägerin die spezialgesetzlichen Befugnisse und Kontroll-Kompetenzen der Polizei im Rahmen der Vorermittlungstätigkeit (nachfolgende Ziff. II.3.1.). Im Weiteren argumentiert sie mit der Einwilligung der berechtigten Person in den Durchsuchungsakt (nachfolgende Ziff. II.3.2). sowie mit der Gefahr im Verzug gemäss Art. 19 Abs. 3 VStrR (nachfolgende Ziff. II.3.3).

## E. 3

Das Schlussprotokoll der ESBK mit dem Untersuchungsergebnis des Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Beschuldigten erging am 21. September 2017 (07/002 ff.). Am 11. Dezember 2017 erliess die ESBK in Anwendung von Art. 56 Abs. 1 lit. a und c SBG den Strafbescheid gegen den Beschuldigten (7/032 ff.), worauf dieser durch seinen privaten Verteidiger, Rechtsanwalt Dr. Roland Winiger, fristgerecht die Einsprache erheben liess (7/047, deren Begründung und die Anträge finden sich unter 7/055 f.).

### E. 3.1

Spezialgesetzliche Kontrollkompetenz

#### E. 3.1.1

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe die Befugnisse und «Kontroll-Kompetenz» der Kantonspolizei ausserhalb des Untersuchungsverfahrens verkannt. Es sei zwischen der sogenannten «polizeilichen Vorermittlungstätigkeit» bzw. den «polizeilichen Belangen» zur Verhütung von Straftaten, welche Gegenstand des kantonalen Polizeirechts respektive der allgemeinen Gefahrenabwehr bildeten, und dem polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss den StPO-Vorschriften bzw. dem Untersuchungsverfahren gemäss VStrR zu differenzieren. § 1 Abs. 1 lit. a des [solothurnischen] Wirtschafts- und Arbeitsgesetzes vom 8. März 2015 (WAG, BGS 940.11) regle die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten und bezwecke die geordnete Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Ruhe und Gesundheit (§ 2 Abs. 1 lit. b WAG). Gemäss § 38 WAG i.V.m. § 41 Abs. 1 lit. b der [solothurnischen] Verordnung vom 22. September 2015 zum WAG (VWAG, BGS 940.12) sei das Amt für Wirtschaft und Arbeit zuständige Aufsichtsbehörde für Belange im Bereich der gastwirtschaftlichen Tätigkeiten. Die Polizeiorgane seien in diesem

Zusammenhang befugt, die Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetriebe [ ] zu betreten und zu kontrollieren (§ 41 Abs. 4 VWAG). Eine analoge Regelung habe ebenfalls in der zum Zeitpunkt der strittigen Polizei-Kontrolle geltenden Gesetzgebung bestanden: Gemäss § 1 des [solothurnischen] Gesetzes vom 9. Juni 1996 über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken (Wirtschaftsgesetz, BGS 513.81, in seiner vom 14. September 2012 bis zum 31. Dezember 2015 gültigen Fassung) habe dieses zum Zweck, die Ausübung des Gastgewerbes [ ] zum Schutz der Jugend, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit sowie in Vollziehung des Bundesrechts zu regeln. Gemäss § 10 Abs. 2 des kantonalen Wirtschaftsgesetzes seien die Polizeiorgane befugt, die Gastgewerbebetriebe jederzeit zu kontrollieren. Des Weiteren müsse aus der der allgemeinen Kompetenz der Kantonspolizei zur Verhütung von Straftaten auf eine Befugnis zu «polizeilichen Vorermittlungen» im Rahmen von mutmasslichen Verletzungen von Straftatbeständen des Bundesrechts geschlossen werden (cfr. § 3 des [solothurnischen] Gesetzes vom 23. September 1990 über die Kantonspolizei, BGS 511.11). Ob im konkreten Fall die Kantonspolizei aufgrund eines Verdachtes wegen Verletzung des kantonalen Wirtschaftsgesetzes oder eines Verdachtes wegen Verletzung des Spielbankengesetzes tätig geworden sei, sei irrelevant. Entscheidend sei, dass die Kantonspolizei Solothurn am 15. September 2015 im Rahmen ihrer kantonalen Befugnis, «polizeiliche Vorermittlungen» zu tätigen, gehandelt habe. Unbeachtlich sei ebenfalls, dass die Kantonspolizei Solothurn in der Strafanzeige vom 16. September 2015 von einer vermuteten «Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken» spreche. Die Anzeige sei zuhanden der Berufungsklägerin im Nachgang zur durchgeführten Kontrolle formuliert worden, wobei sich der verstärkte Verdacht auf eine mögliche Widerhandlung gegen das SBG aus der angetroffenen Situation vor Ort ergeben habe.

Zusammengefasst sei die Kantonspolizei Solothurn gestützt auf § 10 Abs. 2 des inzwischen ausser Kraft getretenen Wirtschaftsgesetzes befugt gewesen, Gastwirtschaftsbetriebe zu betreten und zu kontrollieren. Diese Kontrollbefugnis sei nicht an das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts geknüpft gewesen.

Selbst wenn man ■ was weder von der Vorinstanz noch von der Berufungsklägerin vertreten werde ■ von einem hinreichenden Tatverdacht im Zusammenhang mit dem Anbieten von illegalen Glücksspielen bzw. Spielbankspielen im Lokal [...] im Zeitpunkt der Kontrolle ausginge, habe die Kantonspolizei Solothurn im Rahmen ihrer Kompetenzen gehandelt, denn es liege hier gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (6B\_899/2017 vom 3.5.2018 E. 1.7.2 ff.) ■ trotz der Verwendung von Formularen, welche auf eine Hausdurchsuchung gemäss Art. 241 ff. hinwiesen (i.c. «Durchsuchungsprotokoll» und «das Verzeichnis der sichergestellten Gegenstände», beide vom 15.9.2015, 1/037 f.) ■ keine Hausdurchsuchung im technischen Sinne vor. Auch ohne formelle Anordnung durch die Berufungsklägerin habe folglich die Polizei über eine genügende gesetzliche Grundlage für die durchgeführte Kontrolle und Sicherstellung des Gerätes U5339 aufgrund der vor Ort angetroffenen Situation verfügt. Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, wonach die zitierte kantonale Norm nur zur jederzeitigen Kontrolle im Rahmen von polizeilichen Belangen und nicht zu gerichtspolizeilichen Ermittlungsmassnahmen im Sinne der StPO legitimiere, stehe im direkten Widerspruch zur zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung.

### **E. 3.1.2**

Diese Auffassung hält aus folgenden Gründen einer Überprüfung nicht stand:

### **E. 3.1.2.1**

Unbestrittenermassen kann es im Bereich der gastwirtschaftlichen Tätigkeiten zu spezifischen Kontrolltätigkeiten kommen, indem beispielsweise überprüft wird, ob die erforderlichen Betriebsbewilligungen vorliegen und das Verbot des Alkoholausschanks an Jugendliche, die Hygienevorschriften sowie die Öffnungszeiten eingehalten werden. Als zuständige Behörde für alle im WAG (BGS 940.11) und in der VWAG (BGS 940.12) genannten Belange im Bereich der gastwirtschaftlichen Tätigkeiten wird gemäss § 41 Abs. 1 VWAG (BGS 940.12) das kantonale Amt für Wirtschaft und Arbeit bezeichnet. Unter Geltung des kantonalen Wirtschaftsgesetzes war gestützt auf § 12 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken (Wirtschaftsverordnung, BGS 513.82) das Amt für öffentliche Sicherheit (Abteilung Gewerbe- und Handelspolizei) die zuständige Vollzugsbehörde. Die genannten Behörden waren in die Polizeiaktion vom 15. September 2015 nicht involviert. Auch die Berufungsklägerin behauptet nicht, dass die hierfür zuständige Behörde die Massnahme geplant, vorbereitet, koordiniert oder durchgeführt und hierfür die polizeiliche Unterstützung in Anspruch genommen hätte. Vielmehr ist aufgrund der Strafanzeige vom 16. September 2015 aktenkundig, dass das besagte Lokal von der Polizei aufgesucht wurde, weil die Vermutung im Raum stand, es würden dort Glücksspiele öffentlich angeboten. Diese Vermutung veranlasste die polizeiliche Aktion. Diese verfolgte demnach von Anfang einen kriminalpolizeilichen (Feststellung und Aufklärung von Straftaten) und nicht einen präventiven bzw. sicherheitspolizeilichen Ansatz. Dies erschliesst sich auch aus der Beschlagnahmeverfügung vom 16. November 2016 (2/001 ff.), in deren Begründung ausgeführt wird, die Kontrolle im Restaurant [...] habe stattgefunden, weil der Verdacht bestanden habe, es werde dort dem illegalen Glücksspiel nachgegangen (2/002). Mit der Vorinstanz ist demnach die von der Berufungsklägerin ins Feld geführte polizeiliche Vorermittlungstätigkeit zu verneinen und es ist von einer polizeilichen Untersuchungs- bzw. Ermittlungshandlung im Rahmen der Strafverfolgung auszugehen.

Die Argumentation der Berufungsklägerin ist als Versuch zu werten, eine Zwangsmassnahme, die lediglich auf der Basis von Vermutungen erfolgte, mit dem (unzutreffenden) Hinweis auf die Vornahme einer rein präventiven polizeirechtlichen Tätigkeit nachträglich zu legitimieren. Dies liefe auf eine Umgehung der in der StPO sowie im VStrR verankerten Schutzbestimmungen hinaus und ist zu verwerfen.

### **E. 3.1.2.2**

Der (mehrfache) Hinweis der Berufungsklägerin auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2017 vom 3. Mai 2018 ist unbehelflich, denn die dort wiedergegebene Rechtsauffassung hat zwischenzeitlich eine Weiterentwicklung bzw. Präzisierung erfahren. Selbst wenn man ■ entgegen den vorgenannten Erwägungen ■ davon ausginge, die Polizei habe ursprünglich im besagten Lokal tatsächlich eine präventive Kontrolltätigkeit wahrgenommen, änderte dies nichts daran, dass die Bestimmungen der StPO zur Anwendung gelangen, sobald im Kontext dieser präventiven Tätigkeit polizeiliche Feststellungen zu strafbaren Handlungen gemacht werden. Die Polizei hat sich mit anderen Worten auch in einem solchen Fall nach den Vorschriften über die Beweismittel und Zwangsmassnahmen zu richten (Art. 306 Abs. 2 StPO). Es ist in diesem Zusammenhang auf die mit dem Leitentscheid BGE 146 I 11 E.

### **E. 3.1.2.3**

Selbst wenn man ■ mit der Berufungsklägerin und entgegen der Berufungsinstanz ■ die fragliche Kontrolle bzw. Durchsuchung vom 15. September 2015 ausschliesslich als selbständige polizeiliche Vorermittlungstätigkeit einstufen und jeglichen Zusammenhang mit dem strafprozessualen Untersuchungsverfahren bzw. dem Verwaltungsstrafverfahren verneinen würde, taugen die von der Berufungsklägerin zur Begründung herangezogenen spezialgesetzlichen Erlasse aus inhaltlichen Überlegungen nicht als ausreichende Grundlage für den besagten Grundrechtseingriff.

Dabei brauchen die Bestimmungen des WAG (BGS 940.11) und der VWAG (BGS 940.12) nicht vertieft zu werden, da beide Erlasse im vorgehaltenen Tatzeitraum noch gar nicht in Kraft waren und keine Vorwirkung auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt entfalten konnten. Dass diese (vorliegend nicht einschlägigen) Normen keine ausreichende gesetzliche Grundlage für den besagten Eingriff bilden, wurde im (rechtskräftigen) Urteil der Strafkammer des Solothurner Obergerichts vom 21. April 2021 (STBER.2020.67) dargelegt.

Näher zu prüfen ist, wie es sich mit dem im vorgehaltenen Tatzeitraum geltenden und zwischenzeitlich ausser Kraft getretenen Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken (Wirtschaftsgesetz, BGS 513.81) verhält. Die Befugnis der Polizeiorgane, die Gastgewerbebetriebe jederzeit zu kontrollieren, beruht auf § 10 Abs. 2 (unter der Überschrift «1.4. Wirtschaftspolizei, 1.4.1. Allgemeines») dieses kantonalen Gesetzes und damit grundsätzlich auf einer formell genügenden gesetzlichen Grundlage. Diese polizeiliche Kontrollkompetenz wird klar umgrenzt. Dies erschliesst sich aus der Zweckbestimmung (vgl. § 1: Regelung der Ausübung des Gastgewerbes und des Handels mit alkoholhaltigen Getränken) und dem sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes (vgl. § 2: «Die Bestimmungen dieses Abschnittes gelten für: a) die Abgabe von Speisen und Getränken zum Genuss an Ort und Stelle gegen Entgelt, die gewerbsmässige Beherbergung von Gästen; Zeltplätze und ähnliche Anlagen»). Sie erfasst die ausdrücklich genannten Tätigkeitsfelder, kann sich aber darüber hinaus nicht auf ein inhaltlich ganz anders gelagertes Sachgebiet (Durchführung und Zurverfügungstellung von Spielbankenspielen), welches von diesem Gesetz gar nicht erfasst wird, erstrecken. Für die vorgenommene, auf Spielbankengeräte ausgerichtete Kontrolle und die in deren Rahmen erfolgte Sicherstellung fehlte folglich eine ausreichende gesetzliche Grundlage.

## **E. 3.2**

Einwilligung in die Durchsuchung

### **E. 3.2.1**

Des Weiteren bringt die Berufungsklägerin mit Verweis auf das polizeiliche Durchsuchungsprotokoll (1/037) vor, dass die Polizei eine Einwilligung für die Durchsuchung der Räumlichkeiten des Lokals bzw. für die Herausgabe des Gerätes U5339 eingeholt habe. Auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (wenngleich zu Durchsuchungen nach StPO und nicht nach VStrR) lasse sich ■ entgegen der Auffassung der Vorinstanz ■ entnehmen, dass bei einer solchen Ausgangslage kein schriftlicher Durchsuchungsbefehl erforderlich sei. Die Einwilligung sei jeweils vom faktischen Inhaber der zu durchsuchenden Räume einzuholen (mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_900/2015 vom 29.1.2016 E. 1.4.3). Unbestritten sei in diesem Zusammenhang, dass der Beschuldigte und B. \_\_\_ nach eigenen Angaben das Lokal gemeinsam geführt hätten (1/007 ff.). Die Einwilligung von B. \_\_\_ in die Durchsuchung der Räumlichkeiten sei demnach

rechtens gewesen und habe die Polizei des Kantons Solothurn zur Vornahme der Massnahme auch ohne schriftliche Anordnung durch die Berufungsklägerin befugt. Die Vorinstanz erachte es in diesem Zusammenhang als fraglich, ob B.\_\_\_\_ im Rahmen der Durchsuchung vom 15. September 2015 in einer verständlichen Sprache über seine Rechte orientiert bzw. belehrt worden sei. Die Tatsache, dass B.\_\_\_\_ für seine Einvernahme vor erster Instanz einen Dolmetscher verlangt habe, liefere jedoch keine Hinweise darauf, dass dieser anlässlich der Kontrolle vom 15. September 2015 nicht rechtsgenügend über seine Rechte orientiert worden sei. Anhaltspunkte, wonach B.\_\_\_\_ mit der freiwilligen Herausgabe des Gerätes U5339 nicht einverstanden gewesen sei, seien aus den Akten nicht ersichtlich, insbesondere sei die Beschlagnahmeverfügung vom 15. November 2016 (2/001) zu keinem Zeitpunkt bestritten worden (Berufungsbeurteilung Ziff. III.4.3, BA AS 24).

### **E. 3.2.2**

Auch diese Argumentation verfängt bei näherer Betrachtung nicht. Die Berufungsklägerin beruft sich auf das Durchsuchungsprotokoll vom 15. September 2015 (1/037), auf welchem die Rubrik «Freiwillige Durchsuchung» mit einem Kreuzchen versehen wurde und welches von den ausführenden Polizisten sowie B.\_\_\_\_ (Geschäftsführer des Lokals [ ]) unterzeichnet wurde. Es mag zutreffen, dass sich B.\_\_\_\_ ■ der Beschuldigte selbst war damals gar nicht vor Ort ■ der Durchsuchung und der Sicherstellung des Gerätes nicht widersetzt, sondern diesen Eingriff widerstandslos erduldet hat. Diese Art der «Freiwilligkeit» dürfte aber in Konfrontation mit einer Mehrzahl von Polizisten dem Regelfall entsprechen und kann nicht mit einer Einwilligung gleichgesetzt werden. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass an die Rechtsgültigkeit einer Einwilligung aufgrund der Bedeutung der von der Massnahme betroffenen Grundrechte strenge Anforderungen zu stellen sind (Olivier Thormann/Beat Brechbühl in: BSK StPO, Art. 244 StPO N 14). Eine konkludente Einwilligung ist deshalb nicht zu vermuten. Die Lehre verlangt vielmehr, dass eine solche Einwilligung vom Berechtigten (Träger des Hausrechts), d.h. von derjenigen Person, der die faktische Verfügungsgewalt über die Räume zusteht, ausdrücklich erfolgt. Sie sollte immer schriftlich eingeholt werden (Andreas J. Keller in: Andreas Donatsch/Viktor Lieber/Sarah Summers/Wolfgang Wohlers [Hrsg.], Zürcher Kommentar StPO, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 244 StPO N 7). In die gleiche Richtung weist die Lehrmeinung von Diego R. Gfeller (in: BSK StPO, Art. 241 StPO N 4a): Schriftlichkeit werde vom Gesetzeswortlaut zwar nicht verlangt, doch werde die durchführende Behörde ■ allein schon um sich nicht dem Risiko der Unverwertbarkeit auszusetzen ■ um Schriftlichkeit nicht herumkommen. Auf dem besagten Durchsuchungsprotokoll (1/037) sind beide Rubriken («Die betroffene Person ist mit der Durchsuchung einverstanden» bzw. «Die betroffene Person ist mit der Durchsuchung NICHT einverstanden») nicht angekreuzt. Die Behauptung der Berufungsklägerin, B.\_\_\_\_ habe für die Durchsuchung des Lokals seine Einwilligung erteilt, findet in den Akten keine ausreichende Stütze. Hinzu kommt, dass eine rechtsgültige Einwilligung immer auch voraussetzt, dass die betreffende Person vorgängig zutreffend und umfassend in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte aufgeklärt wurde (vgl. auch hierzu Diego R. Gfeller, a.a.O., Art. 241 StPO N 4a: «Nur wenn die betroffene Person ■ informiert ■ freiwillig einwilligt, ist die Einwilligung gültig und ein gefundenes Beweismittel verwertbar»). Es ist im vorliegenden Fall zum einen nicht abschliessend geklärt, ob B.\_\_\_\_ (ohne Dolmetscher) in der Lage war, erläuternde Ausführungen und Erklärungen der Polizisten auf Deutsch zu verstehen. Zum anderen ist grundsätzlich in Frage gestellt, ob der Beschuldigte überhaupt (und dazu auch noch inhaltlich zutreffend) aufgeklärt worden ist. Von einer solchen Aufklärung darf mangels

aktenkundiger Hinweise nicht ausgegangen werden und eine von B.\_\_\_\_ rechtsgültig erteilte Einwilligung ist zu verneinen. Fehlt eine solche, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der in der Lehre kontrovers diskutierten Frage, ob die gestützt auf eine Einwilligung erlangten Erkenntnisse auch gegen eine vor Ort nicht anwesende, jedoch ebenfalls mitbetroffene und mitberechtigte Person (in casu gegen den Beschuldigten als Patentinhaber des Lokals) verwendet werden dürfen. Ebenso kann die strittige Frage offenbleiben, ob die Einwilligung der berechtigten Person einen schriftlichen Anordnungsbefehl entbehrlich macht, was die Vorinstanz unter Bezugnahme auf die Lehrmeinung von Diego R. Gfeller (BSK StPO, Art. 241 StPO N 4) verneint (gl. M. auch Andreas J. Keller in: Zürcher Komm. StPO, Art. 244 StPO N 7 und Anouck Pipoz/Thomas Schenk, BSK VStrR, Art. 48 VStrR N 106: Es gebe keine Lücke und keinen anderweitigen Hinweis im Gesetz, welche den Schluss zuliesse, dass die Einwilligung des Inhabers der Räume einen Durchsuchungsbefehl ersetzen könne), von anderen Autoren hingegen bejaht wird (vgl. Olivier Thormann/Beat Brechbühl in: BSK StPO, Art. 244 StPO N 17 und 19 mit Hinweis auf 6B\_484/2013 E. 5: Eine Hausdurchsuchung mit rechtsgültiger Einwilligung stelle gar keine Zwangsmassnahme dar und sei immer zulässig; in solchen Fällen sei auch kein Hausdurchsuchungsbefehl erforderlich).

### **E. 3.3**

Gefahr im Verzuge (Art. 19 Abs. 3 VStrR)

#### **E. 3.3.1**

Die Berufungsklägerin beruft sich zudem auf die Gefahr im Verzug, dies nicht in Bezug auf die Durchführung der Durchsuchung (Art. 48 Abs. 4 VStrR), sondern in Bezug auf die vorläufige Beschlagnahme bzw. Sicherstellung des Spielgerätes (Art. 19 Abs. 3 VStrR). Eine provisorische Beschlagnahme setze keinen Durchsuchungsbefehl voraus. Die Kantonspolizei sei befugt gewesen, die anlässlich der Kontrolle vorgefundenen Gegenstände gestützt auf Art. 19 Abs. 3 VStrR sicherzustellen und den Sachverhalt der ESBK anzuzeigen (vgl. die Berufungsbegründung, Ziff. 3.4, BA AS 21 f., ebenso BA AS 84 sowie bereits die Erwägungen der Strafverfügung vom 11.12.2019: 7/072).

#### **E. 3.3.2**

Gemäss Art. 19 Abs. 3 VStrR sind die Organe der Bundesverwaltung und der Polizei, die Zeugen der Widerhandlung sind oder unmittelbar nach der Tat dazu kommen, im Rahmen einer sog. Eil- bzw. Notkompetenz bei Gefahr im Verzuge berechtigt, die mit der Widerhandlung im Zusammenhang stehenden Gegenstände vorläufig zu beschlagnahmen. Gefahr im Verzuge besteht, wenn eine effiziente Strafverfolgung ohne sofortiges Eingreifen verunmöglicht oder massgeblich beeinträchtigt wäre. Diese zeitliche Dringlichkeit ist insbesondere dann gegeben, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine vom Beschuldigten ausgehende Verdunkelungs- oder Fluchtgefahr vorliegen (Hans Vest in: BSK VStrR, Art. 19 VStrR N 45). Ähnlich ■ zur entsprechenden Norm in der StPO (Art. 263 Abs. 3 StPO) ■ die Autoren Felix Bommer/Peter Goldschmid (in: BSK StPO, Art. 263 StPO N 67): Der unterbliebene Zugriff würde zum Verlust des Gegenstandes oder Vermögenswertes für die Belange des Strafverfahrens führen.

Im vorliegenden Fall bestand die Gefahr, dass das Gerät U5339 weggeschafft worden wäre, wenn an jenem Abend (15.9.2015) eine sofortige Sicherstellung durch die Polizei unterblieben wäre. Dieser Umstand ändert aber nichts an der Tatsache, dass die rechtmässige Grundlage für den Zugriff auf das besagte Gerät fehlte, denn Kenntnis von

diesem Gerät erlangte die Polizei nur, weil sie den Gastgewerbebetrieb [...] in Missachtung seiner Zweckbestimmung betrat und diesen ohne ausreichende gesetzliche Grundlage einer Durchsuchung unterzog. Die Sicherstellung fand im Rahmen einer rechtswidrigen Durchsuchung statt und lässt sich deshalb auch nicht mit dem Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit rechtfertigen (vgl. hierzu auch die Ausführungen unter nachfolgender Ziff. II.4.3).

#### 4. Rechtsfolgen in Bezug auf die rechtswidrig erlangten Beweismittel

##### **E. 4**

Am 27. Februar 2019 orientierte die ESBK die Verteidigung über das Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 29. September 2017 über die Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS, SR 935.51), welches anstelle des SBG trete, und eröffnete dem Beschuldigten die Möglichkeit, sich zum Tatbestand und Tatvorwurf von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS zu äussern und die Begründung der Einsprache diesbezüglich zu erweitern (7/060 f., Stellungnahme RA Winiger hierzu: 7/063).

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

Wird eine strafprozessuale Zwangsmassnahme in Verletzung der Anordnungsmodalitäten durchgeführt, so sind die in deren Rahmen gefundenen Beweismittel nicht verwertbar (Diego R. Gfeller in BSK StPO, Art. 241 StPO N 4). Die Lehre vertritt mit anderen Worten die Ansicht, die Bestimmungen zu den Anordnungsmodalitäten seien mit Blick auf ihre Bedeutung und ihren Schutzzweck nicht als blosse Ordnungsvorschriften im Sinne von Art. 141 Abs. 3 StPO, sondern als Gültigkeitsvorschriften zu qualifizieren.

Beweise, die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO).

Bei den vorliegend zur Anklage gebrachten Taten geht es altrechtlich um Übertretungen und neurechtlich um Vergehen (Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS), wobei die Berufungsklägerin das (behauptete) objektive Tatverschulden als «sehr leicht» einstuft (vgl. BA AS 32) und sich das von ihr beantragte Strafmass (insgesamt 32 Strafeinheiten; im Einzelnen: bedingt vollziehbare Geldstrafe von 26 Tagessätzen zu je CHF 110.00 sowie eine Verbindungsbusse von CHF 660.00, vgl. BA AS 18 sowie insbesondere AS 33) klar im unteren bzw. untersten Bereich des Strafrahmens bewegt. Es ging folglich unbestrittenermassen nicht um die Aufklärung einer schweren Straftat, so dass die Ausnahmebestimmung von Art. 141 Abs. 2 StPO nicht zur Anwendung gelangt.

Ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot zieht gemäss Lehre und Rechtsprechung die verpönte «fishing expedition» nach sich. Wird ■ wie vorliegend ■ festgestellt, dass der durchgeführten Durchsuchung kein hinreichender Tatverdacht zu Grunde lag, dürfen die dabei gefundenen Beweismittel nicht verwertet werden (Diego R. Gfeller, Art. 241 StPO N 22 mit Hinweis auf BGE 137 I 218 E. 2.3.2 S. 222 und die dort zitierten Hinweise auf weitere Lehrmeinungen).

##### **E. 4.2**

Die Berufungsklägerin bringt eventualiter ■ für den Fall, dass das Berufungsgericht der von ihr vorgebrachten Hauptargumentation nicht folgen sollte ■ hinsichtlich der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise folgendes vor (Berufungsbegründung Ziff. III.4.4, BA AS 25):

Das VStrR kenne keine Art. 141 StPO entsprechende Regelung, welche die freie Beweisverwendung durch die Untersuchungsbehörde und vor allem die freie richterliche Beweiswürdigung einschränke. Art. 39 Abs. 5 VStrR («Zwang, Drohung, Versprechungen, unwahre Angaben und verfängliche Fragen oder ähnliche Mittel sind dem untersuchenden Beamten untersagt») stelle nur ein mit Art. 140 StPO vergleichbares Beweiserhebungsverbot dar, schweige sich aber zum Umgang mit solchen Beweisen aus. Mangels einer mit Art. 141 StPO vergleichbaren Regelung unterliege die Frage der Beweisverwertung wie auch der Fernwirkung der Güterabwägung im Einzelfall. Da im vorliegenden Fall die öffentlichen Interessen die Interessen des Berufungsbeklagten überwiegen, seien die erlangten Beweise im Verwaltungsstrafverfahren dennoch verwertbar.

### **E. 4.3**

Dem kann nicht gefolgt werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Bestimmungen der Strafprozessordnung (StPO) grundsätzlich analog anwendbar, soweit das Verwaltungsstrafrecht des Bundes einzelne strafprozessuale Fragen nicht abschliessend regelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_243/2016 vom 6.10.2016 E. 3.1; BGE 139 IV 246 E. 1.2; vgl. hierzu auch Jonas Achermann/Friedrich Frank in: BSK VStrR, Art. 2 VStrR N 72 sowie die in Fussnote 121 zitierten Entscheide). Jonas Achermann/Friedrich Frank halten fest (a.a.O., Art. 2 VStrR N 67), dass es den Verfahrensbestimmungen des VStrR in vielerlei Hinsicht an Detailregeln bezüglich des Verfahrensablaufes fehle. Ein Regelungsbereich der StPO, der im VStrR gar keine oder nur eine sehr rudimentäre Regelung erfahren habe, sei z.B. die Systematik der Verwertungsverbote gemäss Art. 140 f. StPO. Zudem sei festzustellen, dass im Strafprozess eine stetige Fortentwicklung strafprozessualer Schutzmaximen stattgefunden habe, während die Verfahrensbestimmungen des VStrR nur selten angepasst worden seien. Das VStrR sei daher in Hinblick auf die strafprozessualen Mindeststandards in den 1970er Jahren steckengeblieben (Jonas Achermann/Friedrich Frank in: BSK VStrR, Art. 2 VStrR N 76; vgl. hierzu auch die Ausführungen und anschaulichen Beispiele in der Stellungnahme von RA Winiger vom 15.4.2021: Ziff. 1.5, BA AS 44). VStrR und StPO bezweckten im Grunde aber dasselbe Ziel: Die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, welches bei der Suche nach der materiellen Wahrheit dem Schutzbedürfnis der beschuldigten Person Sorge tragen und die dafür entwickelten Standards wahren solle (Jonas Achermann/Friedrich Frank in: BSK VStrR, Art. 2 VStrR N 77).

Die analoge Anwendung der Bestimmung von Art. 141 StPO drängt sich aufgrund der Lücke in der Regelung des Verwaltungsstrafverfahrens und in Anbetracht des Schutzcharakters der Bestimmungen auf. Gemäss der Lehre (Anouck Pipoz/Thomas Schenk in: BSK VStrR, Art. 48 VStrR N 97 - 100 sowie 104) stellt der schriftliche Durchsuchungsbefehl, der mindestens eine summarische Umschreibung des Tatverdachts beinhalten muss, eine essentielle formelle Voraussetzung in einem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren dar. Eine ohne schriftlichen Befehl vorgenommene Durchsuchung hat die Aufhebung der im Rahmen dieser Durchsuchung erfolgten Sicherstellungen und Beschlagnahmungen zur Folge (Anouck Pipoz/Thomas Schenk in: BSK VStrR, Art. 48 VStrR N 107 und 109). Die Autoren berufen sich in diesem Zusammenhang explizit auf die Bestimmung von Art. 141 Abs. 2 StPO: Seien die Voraussetzungen für die in Art. 141 Abs. 2 StPO vorgesehene Ausnahme nicht gegeben, müsse die Durchsuchung ohne gültigen Durchsuchungsbefehl zur Unverwertbarkeit der

sichergestellten Beweise führen (Anouck Pipoz/Thomas Schenk in: BSK VStrR, Art. 48 VStrR N 11).

Hinzu kommt, dass die von der Berufungsklägerin vorgenommene Interessenabwägung (Berufungsbegründung, Ziff. 4.4, BA AS 25 f.) ohnehin nicht zu überzeugen vermag: Unter dem Titel der öffentlichen Interessen werden diverse Schlagworte aufgeführt (z.B. «Finanzierung von Schwerstkriminalität wie Menschenhandel, Förderung der Prostitution, Betäubungsmittelhandel und Terrorismusbekämpfung» aus den mit dem «Anbieten illegaler Spielangebote erwirtschafteten Gewinne»), die mit dem konkreten Vorhalt («Anbieten lediglich eines Gerätes mit einem multiplen Spielangebot», vgl. BA AS 32) nichts zu tun haben. Selbst wenn man ■ entgegen der hier vertretenen Auffassung ■ eine analoge Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO ablehnen würde, hätte dies im Ergebnis nicht die Verwertbarkeit der während der Durchsuchung erfolgten Beweisabnahmen zur Folge, denn die im vorliegenden Verfahren tangierten Interessen des Beschuldigten an einem fairen, rechtsstaatlichen Verfahren sind höher zu gewichten als die öffentlichen Interessen.

#### **E. 4.4**

Es ist folglich folgendes Fazit zu ziehen: Die im Rahmen der rechtswidrigen Durchsuchung erlangten Beweise unterliegen einem Verwertungsverbot. Es sind dies im Einzelnen das sichergestellte und in der Folge beschlagnahmte Gerät U5339, aber auch die im Rahmen der Durchsuchung durchgeführten Befragungen (1/011 ff., 1/018 ff., 1/025 ff., 1/031 ff.), die fotografische Dokumentation des Gerätes (5/002) und der vor Ort am 15. September 2015 abgenommene Videobeweis (vgl. Daten-DVD: 1/042). Gleiches muss in Bezug auf die Folgebeweise gelten: Der ausführliche Vergleichsbericht der ESBK vom 25. Juli 2017 (5/003 ff.) hat das sichergestellte und anschliessend von der ESBK beschlagnahmte Gerät zum Gegenstand und ist ebenso nicht verwertbar. Die polizeiliche Befragung des Beschuldigten vom 17. Oktober 2015 (1/007 ff.) ist ebenfalls «kontaminiert»: Soweit dem Beschuldigten Erkenntnisse aus der rund einen Monat zuvor durchgeführten rechtswidrigen Durchsuchung vorgehalten wurden, dürfen seine Aussagen nicht berücksichtigt werden. Es liegen aber auch losgelöst davon keine Aussagen des Beschuldigten vor, welche die ihm zur Last gelegten Vorhalte in irgendeiner Weise beweisen könnten. Der Beschuldigte ist folglich vom Vorwurf der Widerhandlungen gegen das Geldspielgesetz bzw. gegen das Spielbankengesetz freizusprechen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

#### **1. Kostenfolgen**

#### **E. 5**

Mit Strafverfügung der ESBK vom 11. Dezember 2019 wurde der Beschuldigte in Anwendung von Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS wie folgt schuldig befunden:

- der Durchführung von Spielbankenspielen, ohne die dafür notwendige Konzession zu besitzen, begangen in der Zeit von ca. 15. September 2014 bis 15. September 2015 im Restaurant [ ], durch

Der Beschuldigte wurde wegen dieser Widerhandlungen zu einer Geldstrafe von 26 Tagessätzen zu je CHF 110.00, unter Gewährung des bedingten Vollzuges bei einer Probezeit von zwei Jahren, zu einer Busse von CHF 660.00 sowie zur Bezahlung der anteilmässigen Kosten des Verfahrens in der Höhe von CHF 4'748.00 verurteilt (7/066 - 087).

## **E. 6**

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 liess der Beschuldigte die gerichtliche Beurteilung der Strafverfügung beantragen (8/001), worauf am 20. Februar 2020 die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn überwiesen wurden. Die Überweisung gilt nach Art. 73 Abs. 2 VStrR als Anklage. Bezüglich des Sachverhaltes wurde auf die angefochtene Strafverfügung und die Akten verwiesen. Nach Art. 73 Abs. 3 VStrR erfolgt keine zusätzliche Untersuchung gemäss StPO.

## **E. 7**

Die von der Staatsanwaltschaft als Überweisungsbehörde weitergeleiteten Akten des Verwaltungsstrafverfahrens gingen am 22. April 2020 beim zuständigen Richteramt Olten-Gösigen ein (Akten Richteramt Olten-Gösigen, Seite 3, nachfolgend zitiert «O-G AS 3»). Am 7. Oktober 2020 fand die Hauptverhandlung statt. Der Beschuldigte wurde vom Verfahrensleiter gestützt auf Art. 336 Abs. 3 StPO von der Teilnahme an der Hauptverhandlung dispensiert (vgl. das am 22. Juni 2021 nachgereichte Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, Berufungsakten, Seite 145 und 146, nachfolgend zitiert «BA AS 145 und 146»). Ebenso wurde von der Einvernahme des vorgeladenen B.\_\_\_\_ abgesehen (BA AS 147).

## **E. 8**

Der Amtsgerichtspräsident von Olten-Gösigen erliess am 7. Oktober 2020 folgendes Urteil (O-G AS 15 ff.):

« 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_ hat sich nicht schuldig gemacht und wird freigesprochen vom Vorhalt der Widerhandlung gegen das Geldspielgesetz, angeblich begangen in der Zeit vom 15. September 2014 bis am 15. September 2015.

2. Das am 15. November 2016 bei B.\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_ beschlagnahmte Gerät U5339 (Laptopcomputer, Lenovo B50-80) wird nach der von A.\_\_\_\_ zu bezahlenden Aussonderung und Löschung der Dateien mit spielbanken-spielrelevantem Inhalt aus der Beschlagnahme entlassen und A.\_\_\_\_ zurückgegeben.

A.\_\_\_\_ wird eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils gesetzt, um sich zu den Modalitäten der Datenlöschung und der anschliessenden Rückgabe zu äussern oder den Verzicht auf die Rückgabe des Gegenstandes zu erklären. Verstreicht die Frist ungenutzt, so wird dies als Verzicht auf die Rückgabe des Gegenstandes gewertet und dieser wird vernichtet.

3. Es wird festgestellt, dass das Beschleunigungsgebot verletzt wurde.

4. Dem Beschuldigten A.\_\_\_\_ wird keine Genugtuung entrichtet.

5. Der Bund, vertreten durch die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK, hat dem Beschuldigten A.\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Roland Winiger, eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'684.30 auszurichten.

6. Die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gehen zu Lasten des Bundes.

7. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens, mit einer Gerichtsgebühr von Fr. 800.00, belaufen sich auf total Fr. 926.00 und gehen zu Lasten des Staats Solothurn. Sie sind auf administrativem Weg vom Bund zurückzufordern.»

## **E. 9**

Gegen das vorinstanzliche Urteil, welches den Parteivertretern weder mündlich noch schriftlich im Dispositiv eröffnet, sondern direkt in begründeter Form am 16. bzw. am 19. Oktober 2020 zugestellt wurde (vgl. O-G AS 31 ff.), erklärte die ESBK (nachfolgend Berufungsklägerin) am 2. November 2020 (Postaufgabe 3.11.2020) die Berufung (BA AS 1 ff.).

Damit ist das Rechtsmittel der Berufung form- und fristgerecht erhoben worden. Die Berufungsklägerin brauchte die Berufung bei dieser Ausgangslage nicht anzumelden, sondern konnte sich auf die Einreichung der Berufungserklärung beschränken (vgl. hierzu BGE 138 IV 1578 E).

#### **E. 10**

Die anderen Parteien erklärten keine Anschlussberufung.

#### **E. 11**

Mit Verfügung vom 5. März 2021 wurde mit dem Einverständnis der Verfahrensparteien das schriftliche Verfahren angeordnet und Rechtsanwalt Dr. Roland Winiger wurde für das Berufungsverfahren als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten bestellt (BA AS 16).

#### **E. 12**

Die Berufungsbegründung der Berufungsklägerin ging am 26. März 2021 bei der Berufungsinstanz ein (BA AS 17 ff.), die Stellungnahme des Beschuldigten hierzu am 15. April 2021 (BA AS 38 ff.) mit den nachfolgenden Anträgen (BA AS 47):

- « 1. Die Berufung der ESBK sei vollumfänglich abzuweisen und es sei A.\_\_\_\_ vom Vorwurf der Widerhandlungen gegen das Geldspielgesetz (BGS) oder das Spielbankengesetz (SBG) freizusprechen.
2. Es sei festzustellen, dass A.\_\_\_\_ auf die Rückgabe des Gerätes U5339 verzichtet.
3. Es sei festzustellen, dass das Beschleunigungsgebot mehrfach verletzt wurde.
4. Es sei festzustellen, dass A.\_\_\_\_ auf eine Genugtuung verzichtet.
5. Die Ziffern 5, 6 und 7 des Urteils der Vorinstanz seien zu bestätigen.
6. Der Bund, vertreten durch die ESBK, sei zu verpflichten, dem unterzeichnenden Rechtsvertreter eine Parteientschädigung zum ordentlichen Tarif einer privaten Verteidigung auszurichten, gemäss noch einzureichender Kostennote, wozu Frist zu setzen sei.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und auf administrativem Weg vom Bund zurückzufordern.»

#### **E. 13**

Hierauf erfolgte ein weiterer Schriftenwechsel (vgl. Eingabe der Berufungsklägerin vom 7.5.2021: BA AS 83 ff., Eingabe des Beschuldigten vom 26.5.2021, inkl. Honorarnote für das Berufungsverfahren, BA AS 130 ff.).

#### **E. 14**

Angesichts der vom Beschuldigten erklärten Verzichtserklärungen (vgl. Ziff. 2 und 4 der im Berufungsverfahren gestellten Anträge) ist ■ unabhängig vom Prozessausgang ■ das Gerät U5339 (Laptopcomputer, Lenovo B50-80) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu

vernichten und dem Beschuldigten ist keine Genugtuung auszurichten. Festzustellen ist zudem, dass Dispositivziffer 3 des erstinstanzlichen Urteils (Verletzung des Beschleunigungsgebots) bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Alle weiteren Urteilspunkte sind von der Berufungsinstanz umfassend zu überprüfen (Art. 398 Abs. 2 StPO).

## II. Verwertbarkeit von Beweismitteln

1. Im Mittelpunkt des Berufungsverfahrens steht die prozessuale Frage, ob die im Rahmen der Durchsuchung des Gastgewerbebetriebes [...] gewonnenen Erkenntnisse beweismässig verwertbar sind.

### **E. 15**

Abs. 1 PolG/TG). In diesen Fällen ermittelt die Polizei nach Art. 306 ff. StPO, ( ). Andernfalls wäre die Sammlung von Beweisen ausserhalb der strafprozessualen Regeln ins Belieben oder zur freien Disposition der Behörden gestellt (SABINE GLESS, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 38 f. zu Art. 141 StPO; differenzierend auch LUKAS BÜRGE, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, 2018, S. 81 ff.).»

Mit diesem Leitentscheid distanzierte sich das Bundesgericht von seiner früheren Rechtsprechung, namentlich vom zuvor ergangenen Urteil 6B\_372/2018 vom 7. Dezember 2018, in welchem noch festgehalten worden war (E. 2.3.1), die selbständige Tätigkeit der Polizei im Rahmen ihrer sicherheits- und verkehrspolizeilichen Aufgaben unterliege generell nicht den Beweiserhebungsvorschriften der StPO.

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