

Pech beim Glücksspiel

Übungen im Öffentlichen Recht III (FS 2016)

Übung vom 23./24. Mai 2016

Dr. David Hofstetter

Eckpunkte des Sachverhalts

- A veruntreut als leidenschaftlicher Spieler von Glücksspielen Gelder seines Arbeitgebers und verspielt diese Gelder im Casino der X AG
- Die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) erfährt davon, dass gegen A ein Strafverfahren wegen Veruntreuung eingeleitet wurde und dass er die veruntreuten Gelder im Casino der X AG verspielt hat
- Mitteilung der ESBK an die X AG, dass gegen sie ein Administrativverfahren eingeleitet wird
- Verfügung der ESBK vom 2. Oktober 2015: Auferlegung einer Verwaltungssanktion zulasten der X AG in Höhe von CHF 4'939'000

Frage 1: Rechtsmittelweg I

- Regelung des Spezialgesetzes (SBG) betreffend Rechtsmittel gegen Verfügungen der ESBK?
- Keine Regelung im SBG, es kommen die allgemeinen Grundsätze der Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung
- Die Verfügung der ESBK ergeht in Anwendung des SBG; es liegt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG vor
- Nach Art. 31 VGG sind Verfügungen nach Art. 5 Abs. 1 VwVG beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mittels Beschwerde anfechtbar
- Erstinstanzliche Beschwerdeinstanz gegen die Verfügung der ESBK vom 2. Oktober 2015 ist somit das BVGer

Frage 1: Rechtsmittelweg II

- Beim Urteil des BVGer handelt es sich um einen verfahrensabschliessenden Endentscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 90 BGG; Art. 82 lit. a BGG)
- Gegen das Urteil des BVGer steht somit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG)
- Die X AG ist als Verfügungsadressatin, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, ohne Zweifel besonders berührt und verfügt über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Urteils des BVGer (Art. 89 Abs. 1 lit. a-c BGG)
- Auf die Beschwerde ist einzutreten

Frage 2: Materielle Beurteilung I

- Problemstellung: Zwangsweise erhobene Unterlagen werden gegen die X AG im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Administrativverfahrens verwendet
- Rechtliche Fragestellung: Verstoss gegen «nemo tenetur» Grundsatz? Unschuldsvermutung? Geltung der strafprozessualen Garantien im Verwaltungsverfahren? Mitwirkungsverweigerung bei der Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts? Geltung und Tragweite der EMRK?

Frage 2: Materielle Beurteilung II

- Rechtliche Grundlagen zur Erstellung des Sachverhalts durch die ESBK im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben: Art. 1 Abs. 2 lit. d VwVG (Anwendbarkeit des VwVG); Art. 48 Abs. 3 SBG (Kompetenzen der ESBK zur Erfüllung ihrer Aufgaben)
- Geltung der Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK?
- Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK: «Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» und «strafrechtliche Anklagen»
- «Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» sind vorliegend nicht einschlägig

Frage 2: Materielle Beurteilung III

- Handelt es sich bei der mit Verfügung vom 2. Oktober 2015 auferlegten Sanktion um eine «strafrechtliche Anklage»?
- Gemäss Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder wenn die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht (sog. «Engels-Kriterien», vgl. zu diesen Kriterien etwa BGE 140 II 384, E. 3.2.1; 139 I 72, E. 2.2.2)
- In casu (Art. 51 SBG)?

Frage 2: Materielle Beurteilung IV

- BGE 140 II 384, E. 3.2.2: «Die Sanktionen nach Art. 51 SBG haben Parallelen zu jenen von Art. 49a KG. Wie diesen kommt ihnen ein präventiver, gleichzeitig aber auch ein pönaler und repressiver Charakter zu, soweit damit nicht nur der durch den Verstoss erzielte Gewinn, sondern bis zum Dreifachen von diesem sanktionsweise eingezogen wird, was einen nach oben offenen Betrag in mehrfacher Millionenhöhe bedeuten kann.»
- Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährt in strafrechtlichen Verfahren ein Schweigerecht und das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen (Urteil des EGMR Saunders c. Vereinigtes Königreich vom 17.12.1996, § 68)

Frage 2: Materielle Beurteilung V

- Im Verwaltungsverfahren des Bundes gilt für die Parteien jedoch die Pflicht, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (vgl. Art. 13 VwVG; konkret Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 48 Abs. 3 lit. a SBG)
- Laut Bundesgericht liegt in der Mitwirkungspflicht der Parteien kein Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK, solange die Behörden keine missbräuchliche bzw. unverhältnismässige Form von Zwang ausüben (sog. «improper compulsion bzw. coercion abusive»; BGE 140 II 384, E. 3.3.2)
- Weil die Unterlagen von der X AG nicht mittels Zwang (insb. ohne Hinweis auf Art. 292 StGB) verlangt wurden, liegt laut Bundesgericht keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor (BGE a.a.O., E. 3.3.4)

Frage 2: Materielle Beurteilung VI

- Vgl. dazu BGE 140 II 384, E. 3.3.4: «Könnte der Staat auf diese Unterlagen trotz entsprechender gesetzlicher Grundlagen nicht mehr zurückgreifen, würde eine aufsichts- bzw. damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (Finanzmarkt, Spielbanken usw.) praktisch verunmöglicht. Bildet der nemo-tenetur-Grundsatz bei natürlichen Personen (auch) einen Ausfluss aus der Menschenwürde, fehlt dieser – spezifisch grundrechtliche – Aspekt bei gesetzlichen Herausgabepflichten von juristischen Personen und Unternehmen.»

Frage 2: Materielle Beurteilung VII

- Vgl. weiter BGE 140 II 384, E. 3.3.5 : «Auch nach Auffassung des EGMR gelten die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK nicht absolut (...). Das Verfahrensrecht dient dazu, auf eine faire Weise die Realisierung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Es verstiesse gegen das Gebot der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen (...), das Anliegen des Schutzes der Verfahrensparteien zu verabsolutieren, wie dies die Beschwerdeführerin tut, und dafür das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts (vgl. Art. 170 BV) zu vereiteln. (...) Es ist ein angemessener Ausgleich der verschiedenen Interessen anzustreben, um auf eine faire Weise die materielle Wahrheit zu erforschen (...).»

Frage 2: Materielle Beurteilung VIII

- Weiterführende Literatur: Dominique Ott, Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, Diss. Zürich 2012; Simon Roth, Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, Jusletter vom 17. Februar 2014; derselbe, Verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, ZstrR 129/2011, S. 296 ff.
- Vgl. aus der Lehrbuchliteratur zur Thematik etwa Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage Zürich/St. Gallen 2016, N 1539 ff.