

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.02.2014

Geschäftszahl

2013/17/0834

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky und Hofrat Dr. Köhler sowie die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde des PMD in L, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 9. Oktober 2013, Zl. UVS-5/14619/9-2013, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

1. Aus der Beschwerde und dem angefochtenen Bescheid ergibt sich folgender Sachverhalt:

1.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Salzburg-Umgebung vom 13. Juli 2012 wurde der Beschwerdeführer der Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 5 Glücksspielgesetz (GSpG) iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) für schuldig erkannt und über ihn eine Geldstrafe von EUR 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 216 Stunden) verhängt.

1.2. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die dagegen erhobene Berufung als unbegründet ab und berichtete den Spruch dahingehend, dass die vorgeworfene Übertretung "§ 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung iVm § 9 Abs. 1 VStG" zu lauten habe. Begründend führte sie - nach Wiedergabe des Verfahrensganges und der anzuwendenden Rechtsvorschriften - aus, der Beschwerdeführer habe dadurch, dass er - trotz Aufforderung durch ein Organ der Finanzpolizei - bei einer Kontrolle am 14. Juli 2011 Testspiele nicht ermöglicht habe, den genannten Gesetzesbestimmungen zuwider gehandelt und ein strafbares Verhalten gesetzt. Die Finanzpolizei habe am 12. Juli 2011 in einem näher bezeichneten und von der I GmbH betriebenen Lokal eine "Erstkontrolle" durchführen wollen. Diese sei aber gescheitert, weil die in einem Hinterzimmer vorgefundenen Spielgeräte aufgrund eines Verbindungsfehlers mit dem Internet nicht hätten bespielt werden können. Am 14. Juli 2011 habe die Finanzpolizei daher wieder in diesem Lokal eine Kontrolle zwecks Bespielung der Geräte zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes durchführen wollen. Bei dieser Kontrolle seien sowohl der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der I GmbH als auch eine namentlich genannte Mitarbeiterin anwesend gewesen. Während ein Amtsorgan die Kontrolle beim Beschwerdeführer angemeldet habe, habe sich die Mitarbeiterin zum Kassentresen gesetzt und aus nicht erkennbaren Gründen mit der Maus hantiert. Anschließend sei die Verbindung zum Internet unterbrochen gewesen. Es sei sodann für das Kontrollorgan ein herausgezogener Stecker aus einem Internet-Modem erkennbar gewesen. Da die Mitarbeiterin zuvor auffällig mit der Maus hantiert gehabt habe, habe das Kontrollorgan den Schluss gezogen, dass diese den Stecker herausgezogen habe. In Folge sei der Beschwerdeführer aufgefordert worden, den Stecker wieder einzustecken bzw. den Internetzugang wieder herzustellen. Dieser habe zwar nicht bestritten, dass das Internet nicht mehr funktioniere, sich aber trotz Drohung mit einer Anzeige geweigert, der Aufforderung Folge zu leisten. Die Mitarbeiterin sei mittlerweile rechtskräftig wegen Behinderung der rechtmäßigen Kontrolle am Tattag bestraft worden.

Der Beschwerdeführer habe die Durchführung der zur Überwachung notwendigen Testspiele verhindert, indem er diesen Stecker nicht wieder eingesteckt habe und somit der Computer mangels Internetverbindung nicht betriebsbereit gewesen sei. Er habe daher gegen die Mitwirkungspflicht im Sinne des § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen.

1.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gem. § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

2.1. Im Beschwerdefall sind gem. § 79 Abs. 11 VwGG idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 122/2013 die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden.

§ 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. I Nr. 620/1989, in der Fassung BGBl. I Nr. 73/2010, lautet:

"(4) Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Veranstalter, Anbieter und Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs. 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen sowie die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren."

Gem. § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2010 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe bis zu EUR 22.000,-- zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3 GSpG vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gem. § 4 Abs. 6 GSpG oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstößt.

Gem. § 32 Abs. 1 VStG ist ein Beschuldigter im Verwaltungsstrafverfahren die im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Person von dem Zeitpunkt der ersten von der Behörde gegen sie gerichteten Verfolgungshandlung bis zum Abschluss der Strafsache.

§ 32 Abs. 2 VStG bestimmt als Verfolgungshandlung jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Strafverfügung u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

2.2. Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, bei der Kontrolle am 14. Juli 2011 keiner Mitwirkungspflicht unterlegen zu sein, weil er sich als Beschuldigter nicht habe selbst belasten müssen. Vielmehr hätte ihm die Behörde im Sinne der Offizialmaxime eine Straftat nachzuweisen gehabt.

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK kommt dem Beschuldigten im Strafverfahren grundsätzlich das Recht zu, sich selbst nicht belasten zu müssen. Die Garantie ist nicht lediglich auf Aussagen beschränkt, sondern umfasst auch den Zwang zur eigenhändigen Herausgabe von Beweismaterial. Das Schweigerecht (Selbstbeichtigungsverbot) ist aber kein absolutes Recht, sondern kann Beschränkungen unterworfen werden. Für deren Zulässigkeit hat der EGMR nach der Art eines beweglichen Systems folgende Kriterien als maßgeblich erachtet: Art und Schwere des Zwangs zur Beweiserlangung, das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung der Straftat und der Bestrafung des Täters, die Existenz angemessener Verfahrensgarantien und die Verwertung der so erlangten Beweismittel. Auskunftspflichten gegenüber der Behörde können eine (allenfalls unzulässige) Beschränkung des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, bedeuten, wenn auf der Grundlage der so erlangten Fakten Sanktionen gegenüber dem Pflichtigen verhängt werden. Ein solcher Eingriff ist aber nach der Rechtsprechung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn die Auskunftspflichten zum angestrebten Zweck nicht unverhältnismäßig sind und den Kerngehalt des Verbots nicht verletzen (vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention5, Rz 123 zu Art. 6 EMRK, mwN).

So wurde beispielsweise die Pflicht, Einkommens- und Vermögensverhältnisse für Zwecke der Besteuerung offenzulegen, als zulässig erachtet, weil diese essentiell für ein funktionierendes Steuersystem ist (vgl. das Urteil des EGMR vom 21. Juli 2009 in der Sache *Martinen/Finnland*, Z 68). Auch in den Fällen einer nur losen und hypothetischen Verbindung zwischen der Auskunftspflicht und einem Strafverfahren steht das Selbstbeichtigungsverbot bzw. Schweigerecht einer Auskunftspflicht nicht entgegen (vgl. das Urteil des EGMR vom 8. Juli 2004 in der Sache *Weh/Österreich*, Z 56). Eine Auskunftspflicht könnte allenfalls auch dann als unbedenklich angesehen werden, wenn der Betroffene der Möglichkeit der Zwangsausübung vorab zugestimmt hat, indem er sich einem "regulatorischen System" unterworfen hat, etwa dem KFG durch Lenken eines Kraftfahrzeuges (vgl. das Urteil des EGMR vom 21. Juli 2009 in der Sache *O'Halloran and Francis/Vereinigtes Königreich*, Rz 57, sowie *Reiter*, RZ 2010, 103).

Der Verfassungsgerichtshof leitet aus Art. 90 Abs. 2 B-VG ebenfalls das Verbot des Zwanges zur Selbstbeichtigung ab, welches den Beschuldigten primär zur Aussageverweigerung, und zwar auch im Verwaltungsstrafverfahren, berechtigt ("materielles Anklageprinzip"; vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 3. März 1984, G 7/80, u.a., VfSlg. 9.950 sowie die weitere bei *Mayer*, B-VG4, Abschnitt III. zu Art. 90 B-VG, genannte Rechtsprechung). Melde- und Auskunftspflichten, die nicht intentional auf eine Informationsbeschaffung zum Zwecke strafrechtlicher Verfolgung des Verpflichteten gerichtet sind, sind hingegen zulässig (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 30. November 1987, B 367/87, VfSlg. 11.549). So hat der Verfassungsgerichtshof die Auskunftspflicht nach § 86 Abs. 4

Telekommunikationsgesetz 2003 als zulässig erachtet, weil diese es den Fernmeldebehörden ermögliche, ihrem gesetzlichen Auftrag zur Überprüfung von Funkanlagen nachzukommen. Mangels Zusammenhang mit einem Verwaltungsstrafverfahren enthalte ein solches auf notwendige und angemessene Auskünfte gerichtete Begehren von Behörden keinen verfassungswidrigen Zwang zur Selbstbezeichnung (vgl. das Erkenntnis des VfGH vom 26. September 2008, B 1.368/07, VfSlg. 18.550).

Der Verwaltungsgerichtshof ist wiederholt von einer Mitwirkungspflicht der Partei selbst in einem Strafverfahren ausgegangen, wenn es etwa der Behörde nicht möglich ist, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ohne Mitwirkung des Beschuldigten festzustellen (vgl. die bei *N. Raschauer* in:

Raschauer/Wessely, VStG, Rz 5 zu § 25 angeführte hg. Rechtsprechung).

Mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten wollte der Gesetzgeber dem Versuch der Glücksspielanbieter begegnen, durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Nicht nur, dass den Kontrollorganen Testspiele unentgeltlich ermöglicht werden sollten, es sollten sich die Verpflichteten auch nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflicht entziehen können (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1960 BlgNR 24. GP 51 zu § 50 Abs. 4 zweiter Satz GSpG). Ohne diese Pflichten wäre es den Behörde nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das Glücksspielgesetz festzustellen und entsprechend zu ahnden. Wenn ein Spiel nur bei aufrechter Internetverbindung durchgeführt werden kann, dann umfasst die Verpflichtung, die Durchführung von Testspielen zu ermöglichen, nach der ratio legis jedenfalls auch die Verpflichtung zur Herstellung einer Internetverbindung. Die Aufforderung an den Beschwerdeführer, den - unbestritten bei Beginn der Kontrolle bestandenen - Internetzugang wieder herzustellen, liegt daher zweifelsfrei im Rahmen der Mitwirkungspflicht gem. § 50 Abs. 4 GSpG.

2.3. Der Beschwerdeführer bestreitet weder, dass er es unterlassen hat, dafür zu sorgen, dass der Internetzugang wieder hergestellt werde, noch behauptet er, dass es den Kontrollorganen auch ohne Vorliegen des Internetzuganges möglich gewesen wäre, (sämtliche) Testspiele durchzuführen. Ob das Einstecken des Steckers tatsächlich zur Betriebsbereitschaft der gegenständlichen Geräte geführt hätte oder ob andere Maßnahmen zur Wiederherstellung des Internetzuganges hätten ergriffen werden müssen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

Auch der Hinweis auf ein (nicht näher konkretisiertes) Beschlagnahmeverfahren vermag der Beschwerde nicht zu einem Erfolg zu verhelfen, zeigt der Beschwerdeführer doch damit noch nicht auf, dass bereits vor Durchführung der verfahrensgegenständlichen Kontrollen ein konkreter Verdacht einer ihm zuzurechnenden Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG oder Straftat nach § 168 StGB bestanden hätte. Auch aus den Feststellungen der belangten Behörde ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen solchen Verdacht (vgl. zum Beschuldigtenbegriff *Pürgy* in *Raschauer/Wessely*, VStG, Rz 2 zu § 32). Vielmehr wurde ausdrücklich festgehalten, dass es sich um eine "Kontrolle" zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes gehandelt habe. Im Sinne des oben dargestellten Verständnisses des Verbotes der Selbstbezeichnung lag daher (noch) keine Situation vor, in der das genannte Verbot überhaupt zum Tragen hätte kommen können. Entgegen dem Beschwerdevorbringen ergibt sich auch nicht aus den im angefochtenen Bescheid wiedergegebenen Aussagen des (in der Berufungsverhandlung als Zeugen vernommenen) Einsatzleiters der Finanzpolizei, dass die Kontrolle durchgeführt worden sei, weil "der Verdacht von Übertretungen der Strafbestimmungen des GSpG" bestanden habe, hat dieser doch lediglich ausgesagt, dass er sich zur "Nachkontrolle" entschlossen habe, weil bei der ersten Kontrolle zwei Tage zuvor ebenfalls das Internet ausgefallen gewesen sei. Dies allein reichte aber noch nicht aus, um von einem begründeten Verdacht gegen die Lokalbetreiberin bzw. deren strafrechtlich verantwortliches Organ auf einen Verstoß gegen das GSpG auszugehen. Auch der in der Beschwerde vorgebrachte Umstand, dass in Salzburg "auch das kleine Glücksspiel immer verboten war", rechtfertigte noch nicht die Annahme, dass faktisch bei jeder Kontrolle von Spielapparaten strafrechtlich relevante Verstöße gegen das Glücksspielgesetz aufgedeckt würden, könnten doch die von den Organen der Finanzpolizei vorgefundenen Spielapparate auch ausschließlich der Durchführung von Geschicklichkeitsspielen dienen.

2.4 Auch der Umstand, dass die als Zeugin vernommene Mitarbeiterin bereits für die Unterbrechung der Datenleitung bestraft worden ist (zur Bestrafung von Angestellten eines Lokalbetreibers vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Oktober 2013, Zl. 2013/17/0168, mwN), steht einer Bestrafung des Beschwerdeführers für die unterlassene Wiederherstellung des Internetzuganges nicht entgegen, handelt es sich doch um unterschiedliche Tathandlungen.

2.5. Wenn sich der Beschwerdeführer in der Folge gegen die Strafhöhe wendet, ist darauf hinzuweisen, dass die Strafbemessung eine Ermessensentscheidung ist, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. Sie unterliegt nur insofern der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof, als dieser zu prüfen hat, ob die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen im Sinn des Gesetzes (vgl. Art. 130 Abs. 2 B-VG) Gebrauch gemacht hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. September 2013, Zl. 2013/09/0106, mwN). Dass im Beschwerdefall die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hätte, zeigt die Beschwerde jedoch nicht auf.

2.6. Da somit bereits der Inhalt der Beschwerde erkennen ließ, dass die vom Beschwerdeführer behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gem. § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

2.7. Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gem. § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan.

Wien, am 24. Februar 2014