

# **BGE 95 I 70**

Bundesgericht (BGE), 1969-02-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_95 I 70](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_95_I_70)

FR: ATF 95 I 70

IT: DTF 95 I 70

## **Regeste**

Regeste Bundesgesetz über die Spielbanken. 1. Ein Spielapparat darf nicht aufgestellt werden, bevor er vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement oder auf Beschwerde hin vom Bundesgericht für zulässig erklärt worden ist (Erw. 1). 2. Die Bewilligung ist nur zu erteilen, wenn der Spielausgang in unverkennbarer Weise mindestens vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht. Wie ist der Kreis der Personen abzugrenzen, auf deren Erfolgsaussichten es ankommt? Präzisierung der Rechtsprechung (Erw. 2). 3. Das Departement hat vor dem Entscheid den Sachverhalt, insbesondere den Spielvorgang, vollständig und genau festzustellen (Erw. 3, 4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach Art. 35 BV und Art. 1 SBG sind die Einrichtung und der Betrieb von Spielbanken grundsätzlich verboten. Art. 2 SBG bestimmt, dass als Spielbank jede Unternehmung gilt, die Glücksspiele betreibt (Abs. 1), d.h. Spiele, bei welchen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn in Aussicht steht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt (Abs. 2). Nach Art. 3 Abs. 1 SBG gilt das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten als Glücksspielunternehmung, sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht. Gemäss Abs. 2 daselbst steht der Entscheid darüber, welche Apparate unter diese Bestimmungen fallen, dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement zu. Gegen den Entscheid des Departements ist nach Art. 99 Ziff. VI lit. a OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. Das Departement legt diese Ordnung in ständiger Praxis in dem Sinne aus, dass ein Spielapparat erst aufgestellt werden dürfe, nachdem die Behörde ihn geprüft und für zulässig erklärt hat. Dagegen nimmt der Beschwerdeführer an, eine vorgängige amtliche Prüfung und Bewilligung sei nicht erforderlich; nach seiner Meinung hätte das Departement nur dann einen Entscheid zu fällen, wenn nach der Inbetriebsetzung eines Spielapparates dessen Zulässigkeit bestritten würde. Das Spielbankengesetz macht allerdings das Recht, einen Spielapparat aufzustellen, nicht ausdrücklich von einer vorgängigen Bewilligung der Behörde abhängig, doch muss nach seinem Sinn und Zweck angenommen werden, dass es in Art. 3 Abs. 2 eine solche Bewilligung verlangt. Es will das Publikum vor den Gefahren der Glücksspiele schützen und verbietet daher grundsätzlich jede Unternehmung, die solche Spiele betreibt. Insbesondere untersagt es allgemein das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten, mit einer Ausnahme, die es in bestimmter Weise eng umschreibt (Art. 3 Abs. 1). Dürften irgendwelche Spielapparate ohne vorherige amtliche Bewilligung in Betrieb genommen werden, so könnte jedoch nicht verhindert werden, dass in vielen Fällen während geraumer Zeit mit Geräten gespielt würde, die den im Gesetz festgelegten Bedingungen BGE 95 I 70 S. 75 der Zulässigkeit nicht genügen. Dies will aber das Gesetz im Interesse der

Allgemeinheit gerade verhüten, was erfordert, dass ein Spielapparat nur auf Grund einer vorgängigen amtlichen Bewilligung aufgestellt werden darf. Dass diese Bewilligungspflicht vom Gesetz gewollt ist, bestätigt die Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1929, wo ausgeführt wird, dass ein administrativer Entscheid über die Zulässigkeit eines Spielapparates vorgesehen werde, "damit im Zweifelsfalle die Interessenten sich danach richten und eine strafrechtliche Ahndung vermeiden können" (BBl 1929 I S. 374); denn damit wird vorausgesetzt, dass das amtliche Prüfungsverfahren der Inbetriebsetzung des Spielapparates vorauszugehen hat. Das Bundesgericht (Kassationshof) hat denn auch bereits im Sinne der Auffassung des Departements entschieden; es hat demgemäss festgestellt, dass schon das Aufstellen eines Spielapparates ohne vorherige amtliche Bewilligung als Übertretung des Spielbankengesetzes geahndet werden kann (Urteil vom 14. Mai 1934 i.S. Bundesanwaltschaft gegen Mathey und Zehfus, nicht publiziert). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten, da sie dem Sinn des Gesetzes entspricht. Die Meinung des Beschwerdeführers, dass ein Entscheid, der einen bestimmten Spielapparat für zulässig erklärt, auch für alle im wesentlichen gleich funktionierenden Apparate gelte, ist somit unbegründet; sie ist nicht vereinbar mit der gesetzlichen Ordnung, wonach ein Apparat nicht in Betrieb gesetzt werden darf, bevor er von der Behörde geprüft und zugelassen worden ist. Eine vom Departement oder auf Beschwerde hin vom Bundesgericht erteilte Bewilligung gilt zwar nicht nur für das geprüfte, sondern auch für andere Geräte, jedoch nur für solche, welche mit jenem im Bau, im Aussehen und in der Funktionsweise übereinstimmen.

## E. 2

Nach Art. 3 Abs. 1 SBG ist ein Spielapparat nicht immer schon dann zuzulassen, wenn die Geschicklichkeit des Spielers neben anderen Faktoren den Spielausgang beeinflusst oder beeinflussen kann. Vielmehr muss der Spielerfolg auf der Geschicklichkeit beruhen, sei es ganz oder wenigstens vorwiegend, und zwar in unverkennbarer Weise. Die übrigen Faktoren, besonders der Zufall, müssen ihr gegenüber zurücktreten. Verboten ist das Aufstellen aller Apparate, bei denen dies unverkennbar nicht zutrifft. Das ergibt sich klar aus der deutschen und italienischen Fassung des Art. 3 Abs. 1 SBG, BGE 95 I 70 S. 76 wonach das Aufstellen von Spielapparaten als verbotene Glückspielunternehmung gilt, "sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht", "se non risulta incontestabilmente che l'esito della giocata dipende esclusivamente o in modo preponderante dalla destrezza del giocatore". Die französische Fassung des Nebensatzes - "s'il est incontestable que l'issue du jeu ne dépend pas uniquement ou essentiellement de l'adresse" - ist ungenau und irreführend. Wörtlich verstanden, würde sie bedeuten, dass ein Spielapparat immer schon dann aufgestellt werden dürfte, wenn der Einfluss der Geschicklichkeit auf den Spielausgang zweifelhaft ("contestable") wäre. Das ist offensichtlich nicht der Sinn des Gesetzes. Der französische Text ist so zu verstehen, wie wenn er - entsprechend der deutschen und der italienischen Fassung - etwa lautete: "...si, d'une manière incontestable, l'issue du jeu ne dépend pas uniquement ou essentiellement de l'adresse." Das Bundesgericht hat von jeher angenommen, dass bei der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 SBG auf die Fähigkeit des "Durchschnittspublikums" zu erfolgreichem Spielen abzustellen sei (BGE 56 I 296 ff., 303 ff., 308 ff., 386 f.; BGE 58 I 139 f. und seitherige, nicht veröffentlichte Urteile). An dieser Auslegung ist grundsätzlich festzuhalten. Sie entspricht der Absicht des Gesetzgebers, der die "Durchschnittserfahrung des Lebens" in Betracht gezogen wissen will (Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1929, BBl 1929 I S. 370, 372, 373; StenBull 1929 StR S. 277,

Votum Brügger), und ist sachlich gerechtfertigt. In der Tat muss für den Entscheid darüber, ob ein Spiel Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel sei, massgebend sein, wie es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vor sich geht ( BGE 56 I 297 ). Hiezu hat das Bundesgericht in den letzten Urteilen ausgeführt: "Es kommt darauf an, ob für den Durchschnittsspieler, der auf einen Spielerfolg, also eine bestimmungsgemässe Verwendung des Apparates, eingestellt ist, in unverkennbarer Weise die Geschicklichkeit den Ausschlag gibt. Unerheblich ist, welche Aussichten auf Erfolg die Spieleinrichtung einem Spieler darbietet, der ungewöhnlich gewandt oder geübt ist oder mit Sachkenntnissen an den Apparat herantritt, welche beim Publikum im allgemeinen nicht vorausgesetzt werden können oder nicht vorhanden sind" (nicht publizierte Urteile BGE 95 I 70 S. 77 Stöckli vom 8. Oktober 1965 und 17. März 1967, Kobi vom 1. März 1968, Polymat-Automaten AG vom 1. März 1968). Diese Abgrenzung erweist sich indessen nicht als völlig befriedigend. Allerdings kann eine besondere Geschicklichkeit, die nur durch längeres Üben an dem Spielapparat erlangt werden kann, nicht massgebend sein; denn im allgemeinen ist der grössere, jedenfalls ein sehr grosser Teil des spielenden Publikums nicht in der Lage, diese Übung zu erwerben ( BGE 56 I 303 f.). Ebenso wenig kann in Betracht kommen, welche Erfolgsaussichten ein Spieler hat, dem die Konstruktion und die Funktionsweise des Apparates von vornherein näher bekannt sind, wie dies für Personen, die das Gerät hergestellt haben oder es der Behörde vorführen, in der Regel zutreffen wird; denn das Durchschnittspublikum tritt an den Apparat ohne solche Kenntnisse heran. Ein Durchschnittsspieler ist weder ungewöhnlich geübt noch mit der Spieleinrichtung von vornherein besonders vertraut. Andererseits aber ist zu beachten, dass wohl die meisten Menschen einzelne oder alle Eigenschaften - Auffassungsgabe, Reaktionsfähigkeit, Selbstbeherrschung usw. -, die für ein geschicktes Handeln erforderlich sind, in mehr oder weniger hohem Masse besitzen. Der geschickte Spieler hat diese Qualitäten in einem überdurchschnittlichen Grade; das liegt im Begriff der Geschicklichkeit. Massgebend sind daher die Erfolgsaussichten von Spielern, welche die Eigenschaften, auf die es ankommt, in höherem Grade besitzen als die gewöhnlichen Spielliebhaber. Ausser Betracht zu lassen sind freilich die Chancen des eigentlichen "Spielkünstlers", d.h. eben des Spielers, der eine ausserordentliche Geschicklichkeit nur durch längeres Üben oder dank besonderer Vertrautheit mit der Spieleinrichtung hat erlangen können (vgl. BGE 56 I 297 ). Wenn auf die Erfolgsaussichten der nur wenig oder nur mittelmässig gewandten Spieler abzustellen wäre, könnte dies dazu führen, dass nur solche Spielapparate zuzulassen wären, deren Betrieb sich für die Veranstalter nicht lohnen würde, so dass die in Art. 3 Abs. 1 SBG vorgesehene Ausnahme keine Berechtigung mehr hätte. Die Rechtsprechung, welche die Chancen des "ungewöhnlich gewandten Spielers" als unerheblich erklärt, ist im Sinne dieser Ausführungen zu präzisieren.

### **E. 3**

Bevor das Departement über die Anwendung des Art. 3 SBG entscheidet, muss es den Sachverhalt vollständig BGE 95 I 70 S. 78 und genau feststellen. Andernfalls läuft es Gefahr, Irrtümer zu begehen oder das Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu verletzen, zwingt es im Falle der Weiterziehung seines Entscheides das Bundesgericht zu ergänzenden Untersuchungen oder zur Rückweisung der Sache und erschwert es die Aufgabe der Amtsstellen, welche zu prüfen haben, ob die in Betrieb gesetzten Spielapparate mit den für zulässig erklärten Geräten übereinstimmen. Zunächst ist das äussere Aussehen des Apparates zu beschreiben. Erforderlich sind insbesondere Angaben über die Sichtbarkeit der Bestandteile, auf die der Spieler sein Augenmerk zu richten hat (Anordnung der Zahlen,

Farben der die Zahlen umgebenden Felder usw.). Sodann sind die Funktionsweise des Apparates und die Spielregeln festzuhalten. Namentlich ist festzustellen, welche Reaktionszeit dem Spieler zur Verfügung steht und mit welcher Geschwindigkeit die Bestandteile (Pfeilspitzen, Walzen usw.), auf deren Drehung er zu achten hat, sich bewegen. Dafür genügen unbestimmte Bewertungen ("viel zu schnell" und dgl.) nicht, sondern es sind genaue ziffermässige Angaben notwendig; ist es doch nach den eigenen Erklärungen des Departementes leicht möglich, die Einrichtung eines Apparates so zu verändern, dass die Umlaufgeschwindigkeit herabgesetzt oder erhöht wird. Das Departement ist zweifellos in der Lage, die meisten dieser Feststellungen selber vorzunehmen. Wenn es die Reaktionszeit und die Umlaufgeschwindigkeit nicht selbst messen kann, so wird es einen technischen Dienst der Verwaltung, der dazu imstande ist, in Anspruch nehmen. Es wird seinen Entscheid auf die festgestellten Tatsachen und die Erfahrung des Lebens stützen. Ein Gutachten braucht es nicht einzuholen ( BGE 56 I 297 , 305 oben). Nötigenfalls wird es Durchschnittsspieler (im Sinne der Erw. 2 hiervor) beiziehen und sie mit dem Apparat im Beisein eines sachkundigen Beamten spielen lassen.

#### **E. 4**

Im vorliegenden Fall sind die Feststellungen des angefochtenen Entscheids über die Funktionsweise des Spielapparates lückenhaft. Die dem Spieler zur Verfügung stehende Reaktionszeit ist nicht genau gemessen, sondern lediglich geschätzt worden. Auch die Annahme des Departementes, die Pfeilspitze bewege sich "viel zu schnell", als dass die Geschicklichkeit des Spielers für den Spielverlauf ausschlaggebend BGE 95 I 70 S. 79 sein könnte, stützt sich nicht auf eine genaue Messung, sondern beruht auf einem blossen Eindruck. Die erforderlichen Messungen sind nachzuholen. Die Angelegenheit ist daher an das Departement zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen und zur neuen Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen zurückzuweisen. Dispositiv

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