

## **BGE 148 II 392**

Bundesgericht (BGE), 2022-05-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_II\\_392](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_II_392)

FR: ATF 148 II 392

IT: DTF 148 II 392

### **Regeste**

Regeste Art. 27, 29 Abs. 2, Art. 94 Abs. 4, Art. 106 und 190 BV; Art. 3 lit. a, Art. 4, 9, 21, 24 Abs. 1 und Art. 86 ff. BGS; DNS-Zugangssperre für von ausländischen Unternehmen in der Schweiz angebotene Online-Geldspiele. Gegen Entscheide des Interkantonalen Geldspielgerichts kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gelangt werden (E. 1). Übersicht über die Grundregeln des Geldspielgesetzes (E. 2). In den Geltungsbereich des Geldspielgesetzes fallen grundsätzlich alle Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht; das zu prüfende Geldspiel erfüllt die entsprechenden Voraussetzungen (E. 3). Ausländische Anbieterinnen von in der Schweiz nicht bewilligten Online-Geldspielen können sich für den Marktzugang nicht auf die Wirtschaftsfreiheit und die Rechtsprechung des EuGH bzw. des EFTA-Gerichtshofs zur unionsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen (E. 5 und 6). Übersicht über die verschiedenen Möglichkeiten von Zugangssperren (E. 7). Die derzeit praktizierte "Domain-Name-System-Sperre" (DNS-Sperre) ist trotz ihrer beschränkten Wirksamkeit verhältnismässig (E. 8).

Regeste Art. 27, 29 al. 2, art. 94 al. 4, art. 106 et 190 Cst.; art. 3 let. a, art. 4, 9, 21, 24 al. 1 et art. 86 ss LJAr; blocage DNS pour les jeux d'argent en ligne offerts en Suisse par des entreprises étrangères. Les décisions du Tribunal des jeux d'argent peuvent être contestées par la voie du recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral (consid. 1). Présentation des règles de base de la loi sur les jeux d'argent (consid. 2). Tombent en principe dans le champ d'application de la loi sur les jeux d'argent tous les jeux qui, moyennant une mise d'argent ou la conclusion d'un acte juridique, laissent espérer un gain pécuniaire ou un autre avantage appréciable en argent; le jeu d'argent ici sous examen remplit les conditions correspondantes (consid. 3). Les entreprises étrangères qui offrent en Suisse des jeux d'argent en ligne non autorisés ne peuvent pas, pour obtenir l'accès au marché, invoquer la liberté économique et la jurisprudence de la CJUE, respectivement de la Cour de justice AELE, sur la liberté d'établissement et sur la libre prestation de services du droit de l'Union (consid. 5 et 6). Présentation des différentes possibilités de blocage de l'accès (consid. 7). Malgré son efficacité limitée, le blocage "Domain-Name-System" (blocage DNS) pratiqué actuellement est proportionnel (consid. 8).

Regesto Art. 27, 29 cpv. 2, art. 94 cpv. 4, art. 106 e 190 Cost.; art. 3 lett. a, art. 4, 9, 21, 24 cpv. 1 e art. 86 segg. LGD; blocco DNS per i giochi in denaro in linea proposti in Svizzera da imprese straniere. Le decisioni del Tribunale dei giochi in denaro possono essere impugnate con un ricorso in materia di diritto pubblico dinanzi al Tribunale federale (consid. 1). Presentazione dei principi fondamentali della legge sui giochi in denaro (consid. 2). Rientrano di regola nel campo di applicazione della legge sui giochi in denaro tutti i giochi che, fatta una posta o concluso un negozio giuridico, prospettano la possibilità di una

vincita in denaro o di un altro vantaggio pecuniario; il gioco in denaro in questione adempie i relativi requisiti (consid. 3). Le imprese straniere che propongono in Svizzera dei giochi in denaro in linea non autorizzati non possono, per ottenere l'accesso al mercato, invocare la libertà economica né la giurisprudenza della CGUE, rispettivamente della Corte di giustizia AELS, concernente la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi del diritto dell'Unione (consid. 5 e 6). Esposto dei differenti metodi a disposizione per bloccare l'accesso (consid. 7). Malgrado un'efficacia limitata, il blocco "Domain Name System" (blocco DNS) attualmente utilizzato è proporzionale (consid. 8).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Am 11. März 2012 wurde der direkte Gegenentwurf zur Volksinitiative "Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls" ( Art. 106 BV ) von Volk und Ständen angenommen (AS 2012 3629; BBl 2009 7019; Botschaft vom 20. Oktober 2010 zur Volksinitiative "Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls"; BBl 2010 7961 ff.; BBl 2012 6623). Das Parlament verabschiedete in dessen Konkretisierung am 29. September 2017 das Bundesgesetz über Geldspiele. Gegen dieses kam das Referendum zustande. Am 10. Juni 2018 nahm das Stimmvolk das Geldspielgesetz an, worauf dieses (weitgehend) am 1. Januar 2019 in Kraft trat. Die Kantone sind danach zuständig, Grossspiele zuzulassen ( Art. 106 Abs. 3 BV ; Art. 4 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. e BGS ; vgl. zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes: SCHERRER/BRÄGGER, Das neue Schweizer Geldspielgesetz und Update zu den Entwicklungen in Liechtenstein, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht [ZfWG] 2019 S. 116 ff., dort S. 117).

### **E. 1.2**

Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe erliessen sie das Gesamtschweizerische Geldspielkonkordat (GSK) vom 20. Mai 2019, welches am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Das GSK ist an die Stelle der bisherigen Interkantonalen Vereinbarung vom 7. Januar 2005 über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten (IVLW) getreten (vgl. zu den bisherigen Strukturen: SCHERRER/MURESAN, Handbuch zum schweizerischen Lotterie- und Wettrecht, 2014, Rz. 177 ff.; ZÜND/HUGI YAR, Rien ne va plus: Das schweizerische Glücksspielrecht im Umbruch, Jusletter 17. November 2014 Rz. 8 ff.; zu den neuen interkantonalen Strukturen: Erläuternder Bericht vom 20. Mai 2019 zum Gesamtschweizerischen Geldspielkonkordat [GSK], S. 7 ff., 16 f. und 18 ff.).

### **E. 1.3**

Im Rahmen der Neuorganisation ersetzt die als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestaltete Interkantonale Geldspielaufsicht ([Gespa]; Art. 19 ff. i.V.m. Art. 73 Abs. 2-4 GSK) die Interkantonale Lotterie- und Wettkommission (Comlot); das Interkantonale Geldspielgericht ([Geldspielgericht]; Art. 11 ff. i.V.m. Art. 73 Abs. 6 GSK) löst - als interkantonale Vorinstanz des Bundesgerichts - die BGE 148 II 392 S. 396 bisherige Rekurskommission Interkantonale Vereinbarung Lotterien und Wetten (Rekolot) ab. Gegen seine Entscheide ist - wie früher gegen jene der Rekolot - die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (vgl. Art. 82 lit. a, Art. 83 [e contrario] und Art. 86 lit. d BGG ; zum bisherigen System: BGE 141 II 262 E. 1; BGE 135 II 338 E. 1; je mit weiteren Hinweisen).

## **E. 1.4**

Da auch alle übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind (Art. 42, 100 Abs. 1 und Art. 89 Abs. 1 BGG ), ist auf die Beschwerde mit folgenden Präzisierungen einzutreten:

### **E. 1.4.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), es prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) nur die vorgebrachten Argumente, falls weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2; BGE 136 II 304 E. 2.5). Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidewesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig bzw. seine Feststellung beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 142 I 135 E. 1.6; BGE 133 II 249 E. 1.4.3), was in der Beschwerdeschrift detailliert darzulegen ist.

### **E. 1.4.2**

Soweit die vorliegende Eingabe den entsprechenden Anforderungen nicht genügt und sich insbesondere lediglich auf appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid beschränkt, wird darauf nicht weiter eingegangen (vgl. BGE 145 I 26 E. 1.3 mit Hinweisen). Dasselbe gilt, soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe die gesetzliche Regelung im Spielbankenbereich beanstandet und sich ihre Ausführungen nicht auf die einzig Verfahrensgegenstand bildenden Grossspiele beziehen. Unzulässig ist schliesslich ihr Feststellungsbegehren, da sie ein Leistungsbegehren hat stellen können (vgl. hierzu das Urteil 6B\_797/2020 vom 31. Januar 2022 E. 1; BGE 141 II 113 E. 1.7).

## **E. 2.1**

Das Geldspielgesetz löst das Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998 (SBG; AS 2000 677) und das Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten BGE 148 II 392 S. 397 (LG; BS 10 255) ab. Es führt diese beiden Erlasse zusammen, um im Rahmen von Art. 106 BV eine kohärente sowie zweck- und zeitgemässe Regelung des Geldspiels in der Schweiz zu schaffen. Das Gesetz will die Bevölkerung angemessen vor den Gefahren schützen, die von den Geldspielen ausgehen ( Art. 2 lit. a BGS ), dafür sorgen, dass die Geldspiele sicher und transparent durchgeführt werden ( Art. 2 lit. b BGS ), und sicherstellen, dass der Reingewinn aus den Grossspielen grundsätzlich vollumfänglich und in transparenter Weise für gemeinnützige Zwecke sowie ein Teil der Bruttospielerträge der Spielbanken zugunsten der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung verwendet werden ( Art. 2 lit. c und d BGS ; Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz, BBl 2015 8387 ff., 8388 f. sowie Ziff. 1.2.1 [S. 8406]; vgl. CLÉMENCE GRISEL RAPIN, in: Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, N. 41 ff. zu Art. 106 BV ; MATTHIAS OESCH, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 32 ff. zu Art. 106 BV ).

## **E. 2.2**

Die Durchführung jeglicher Art von Geldspielen ist bewilligungs- oder konzessionspflichtig ( Art. 4 BGS ; BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.2 [S. 8407 f.]): Wer Spielbankenspiele betreiben will (hierzu Art. 3 lit. g BGS ), braucht eine Konzession (vgl.

Art. 5 Abs. 1 BGS ; BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.2 [S. 8407 f.]); diese kann zusätzlich neuerlauben, Spielbankenspiele auch online anzubieten (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGS ; BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.3 [S. 8408 f.]). Wer Grossspiele , d.h. Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele automatisiert, interkantonal oder online durchführen will, braucht seinerseits hierfür eine Bewilligung der Gespa ( Art. 21 BGS ). Die Kantone bestimmen "die maximale Anzahl der Veranstalterinnen von Lotterien und Sportwetten" ( Art. 23 Abs. 1 BGS ). Die Anzahl ist (derzeit) auf zwei beschränkt (Art. 49 Abs. 1 GSK: "Swisslos" und "Loterie Romande"; kritisch hierzu: OESCH, a.a.O., N. 38 zu Art. 106 BV ).

### **E. 3**

Umstritten ist vorab die Rechtsnatur des von der Beschwerdeführerin angebotenen "x Game".

#### **E. 3.1**

Dieses funktioniert wie folgt:

##### **E. 3.1.1**

Der User registriert sich kostenlos als Spieler auf der A.-Website. Er erhält einen persönlichen "Gaming Account", auf den er Geld einbezahlt. Mit seinem Guthaben kann er in der Folge "X" von anderen Spielteilnehmern kaufen oder an diese verkaufen. "X" sind virtuelle Werteinheiten, für die es ausserhalb des Spiels keine Verwendung gibt. Der Kaufpreis der "X" bestimmt sich laufend anhand BGE 148 II 392 S. 398 des Angebots und der Nachfrage. Der Preis steigt, wenn mehr "X" nachgefragt als zum Kauf angeboten werden. Der User setzt ein Angebot, in dem er die Anzahl "X" bezeichnet, welche er kaufen oder verkaufen will; gleichzeitig bestimmt er "seinen" Preis für die Transaktion (in EUR). Er bestätigt das Angebot, indem er den "Kauf-" oder "Verkauf"-Knopf betätigt, worauf dieses - ohne Widerruf seinerseits - während 72 Stunden im System bestehen bleibt. Wenn innerhalb dieser Zeit ein anderer Teilnehmer ein korrespondierendes Angebot (d.h. ein Angebot mit einem gleichen Preis) macht, wird die Transaktion automatisch ausgeführt.

##### **E. 3.1.2**

Nach erfolgreichem Erwerb der "X" durch den kaufenden User wird der Kaufpreis auf den "Gaming Account" des verkaufenden Teilnehmers übertragen; dem kaufenden Teilnehmer wird die entsprechende Anzahl "X" gutgeschrieben. Geht innerhalb von 72 Stunden kein passendes Gegenangebot ein, verfällt das (Kauf- oder Verkaufs-)Angebot. Der auf der Website bzw. der App ersichtliche Preisverlauf bildet fortlaufend den Preis der letzten zustande gekommenen Transaktionen ab. Kommt es während mehreren Stunden zu keinen solchen, verändert sich der Preis nicht. Der User hat die Möglichkeit, den Preisverlauf in verschiedenem Detaillierungsgrad (Tag, Woche, 2 Wochen, 1 Monat, 1 Jahr bzw. über einen selbstbestimmten Zeitraum hinweg) rückwirkend nachzuverfolgen.

##### **E. 3.1.3**

Die Einzahlungen auf dem "Gaming Account" sind auf maximal 7'500.- EUR pro Jahr beschränkt. Der Teilnehmer kann maximal 50 % minus ein "X" seines Bestands pro Verkaufsvorgang veräussern. Die Beschwerdeführerin verlangt für jede Transaktion eine Handelsgebühr in der Höhe von 12 % des Kaufs- bzw. Verkaufswerts, welche sie automatisch hälftig vom "Gaming Account" des Käufers und des Verkäufers bezieht. Will der Teilnehmer das Spiel beenden, kann er seine "X" an einen anderen User verkaufen und

sich sein Guthaben auf dem "Gaming Account" gutschreiben und danach auszahlen lassen.

### **E. 3.2**

Wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, es handle sich beim "x Game" um ein Geldspiel im Sinne des Geldspielgesetzes ist dies nicht zu beanstanden (zur Auslegungsmethodik: BGE 146 II 111 E. 2.3.2 mit Hinweisen).

#### **E. 3.2.1**

Als Geldspiele gelten Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht BGE 148 II 392 S. 399 ( Art. 3 lit. a BGS ). Die Geldspiele charakterisieren sich somit nach dem Wortlaut von Art. 3 lit. a BGS im Wesentlichen durch zwei Elemente: die Leistung eines Einsatzes und eine Gewinnmöglichkeit. Beide Elemente müssen nach den Materialien in Geld oder einem Geldsurrogat ("geldwerter Einsatz" und "anderer geldwerter Vorteil") bestehen. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Kein Geldspiel liegt vor, wenn entweder der geldwerte Einsatz oder der Abschluss eines Rechtsgeschäfts auf der einen Seite oder der Geldgewinn auf der anderen Seite entfällt bzw. beide Kriterien nicht erfüllt sind. Dies ist etwa bei Unterhaltungsspielen der Fall (z.B. Flipperkasten): Bei diesen fehlt häufig die Möglichkeit eines Geldgewinns oder eines anderen geldwerten Vorteils (BBl 2015 8387 ff. Ziff. 2.1 [S. 8435 f.]; GRISEL RAPIN, a.a.O., N. 13 zu Art. 106 BV ; SCHERRER/MURESAN, a.a.O., Rz. 43 ff.; Bundesamt für Justiz, Merkblatt vom Juni 2020 zu Gratisspielen und Einsatz; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Rz. 12 ff.).

#### **E. 3.2.2**

Das Geldspielgesetz regelt die Zulässigkeit von Geldspielen umfassend. Es dient nach der bundesrätlichen Botschaft der widerspruchsfreien und transparenten Regulierung des "gesamten" schweizerischen Geldspielsektors (BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.1 [S. 8406]; teleologisches Auslegungselement). In den Geltungsbereich des Geldspielgesetzes fallen deshalb grundsätzlich "alle" Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht (BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.2 [S. 8406]; vgl. auch BENNO SCHNEIDER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], 3. Aufl. 2014, N. 5 f. zu Art. 106 BV ). Dass der Gesetzgeber den Geldspielbegriff weit verstanden wissen wollte, ergibt sich auch daraus, dass er Tätigkeiten, die gemäss Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1) der Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) unterstehen, ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen hat, "weil zahlreiche Finanzdienstleistungen (u.a. etwa strukturierte Produkte, die an der Börse gehandelt werden)" unter die Geldspieldefinition gemäss Art. 3 lit. a BGS und damit in den Geltungsbereich des Geldspielgesetzes fallen würden, "was verhindert werden soll" (vgl. BBl 2015 8387 ff. Ziff. 2.1 [S. 8435]; systematisches Auslegungselement). Mit diesem Geldspielbegriff besteht eine umfassendere (Ober-) Kategorie gegenüber den bisherigen Begriffen (Lotterien, BGE 148 II 392 S. 400 Sportwetten, Glücks- und Geschicklichkeitsspiele usw.; vgl. auch SCHERRER/ MURESAN, a.a.O., Rz. 48, die sich aber kritisch hierzu äussern), die teilweise in einem neuen Zusammenhang (Grossspiele, Kleinspiele) in das Gesetz übernommen wurden (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 106 BV ).

### **E. 3.2.3**

Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin liegt beim "x Game" ein geldwerter Einsatz vor: Eine Teilnahme am Spiel ist nur möglich, wenn der User über ein Guthaben auf seinem persönlichen Spiel-Account bei der Beschwerdeführerin verfügt. Erst diese (realen) Gelder erlauben es ihm, sich "X" zu kaufen und sich damit am Spiel überhaupt beteiligen zu können. Dass die Kontoeröffnung - wie bei anderen Geldspielanbieterinnen - gratis erfolgt, ändert am geldwerten Einsatz nichts. Die Beschwerdeführerin stellt auch einen geldwerten Gewinn in Aussicht: Der Kauf der "X" erfolgt im Hinblick darauf, diese später möglichst mit Gewinn weiter verkaufen und damit einen Profit machen zu können (höherer Erlös als Einstandskosten inkl. Gebühr). Ohne diese Motivation wäre das Spiel kaum von Interesse. Gerade die potentielle Gewinnaussicht veranlasst den Durchschnittsspieler, sich am "x Game" zu beteiligen und zusehends weiterzuspielen in der Hoffnung auf einen immer noch höheren Gewinn. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin schliesst der Umstand, dass der ursprüngliche Kaufpreis für das virtuelle Objekt (die "X") - im Gegensatz zum Einsatz bei einem klassischen Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel - allenfalls (ganz oder teilweise) wieder zurückerlangt werden kann, den Spielcharakter nicht aus; die Definition von Art. 3 lit. a BGS stellt nicht hierauf ab.

### **E. 3.2.4**

Auch der Einwand, dass der Geldgewinn nicht von der Beschwerdeführerin ausgehe, sondern sich aus dem Handel der Teilnehmer im Rahmen des Spieles ergebe, überzeugt nicht: Unter den Begriff des "Durchführens von Geldspielen" fällt auch das Führen einer Plattform, die es Spielerinnen und Spielern ermöglicht, gegeneinander zu spielen (vgl. BBl 2015 8387 ff. Ziff. 2.1 [S. 8433]) - hier um den potentiellen Wertgewinn der "X". Die Beschwerdeführerin stellt das entsprechende Spiel zur Verfügung; sie bietet es online an. Sie erlässt die Regeln und steuert das Spielgeschehen: Gemäss den "X-Game-Regeln" vom 11. Mai 2019 handelt es sich um ein Spiel und nicht eine wirtschaftliche Realität (Ziff. 1.1 und 1.3). Die Beschwerdeführerin ist nicht gehalten, das Spiel weiter BGE 148 II 392 S. 401 anzubieten (Ziff. 4 1. Satz), was dazu führen kann, dass Teilnehmer gegebenenfalls unter dem Wert entschädigt werden, den sie für den Kauf der "X" eingesetzt haben. Die Beschwerdeführerin ist zudem berechtigt, "X zu kaufen, zu verkaufen oder auszugeben" (Ziff. 4 2. Satz), womit sie den "X"-Kurs und damit die Gewinnmöglichkeit der Teilnehmer mitbeeinflusst. Sie behält sich im gleichen Sinn das Recht vor, "die Gesamtzahl an X nach ihrem Ermessen" zu ändern (erhöhen/verringern; vgl. Ziff. 6 letzter Satz). Die in Aussicht gestellte Gewinnmöglichkeit ist demnach ihr zuzurechnen, auch wenn der Kurs sich im Spiel nach Angebot und Nachfrage richtet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin besteht ein ihr zurechenbares Abhängigkeitsverhältnis von Einsatz und Gewinnaussicht.

### **E. 3.2.5**

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der User sich das Guthaben auf seinem "Gaming Account" erst auszahlen lassen kann, "nachdem es wenigstens einmal auf der A.-Plattform umgesetzt wurde". In diesem Rahmen profitiert die Beschwerdeführerin jeweils im Umfang von 12 % (hälftig geteilt) an den jeweiligen Umsätzen. Zwar sind die Einzahlungen auf den "Gaming Account" auf maximal 7'500.- EUR beschränkt, doch kann der einzelne User das Spiel nur beenden, indem er seine "X" an einen anderen Teilnehmer verkauft und sich sein Guthaben auf seinem "Gaming Account" gutschreiben und in der Folge auszahlen lässt; dabei kann sich ein allfälliger (bisher virtueller) Verlust realisieren und ein Teil des geldwerten Einsatzes zugunsten der Beschwerdeführerin bzw. deren Spiel und den

verbleibenden Teilnehmern verloren gehen. Neben den maximalen 7'500.- EUR können zudem auch allfällige Zwischengewinne wieder investiert und verloren werden.

### **E. 3.2.6**

Auch die Berücksichtigung der weiteren Umstände spricht dafür, dass es sich beim "x Game" um ein Geldspiel handelt: Die Beschwerdeführerin bietet auf ihrer Website neben diesem unbestrittenermassen online Casinospiele und Sportwetten an. Der "Gaming Account" erlaubt grundsätzlich sowohl die Teilnahme am "x Game" als auch an den anderen in der Schweiz bewilligungspflichtigen Spielangeboten der Beschwerdeführerin. Diese hat in der Schweiz das als solches in Malta lizenzierte "x Game" als Spiel öffentlich angeboten und vermarktet. Sie erklärte ursprünglich, was sie inzwischen infrage stellt, dass das "x Game" "eine Kombination aus Glück und Geschicklichkeit" sei. Gemäss ihrer Website richtet sich das "x Game" BGE 148 II 392 S. 402 heute an ein an strategischen Entscheidungen interessiertes Publikum, wobei dieses eingeladen wird, im Hinblick auf die Gewinnmöglichkeit "eigene Strategien für den optimalen Zeitpunkt, um X zu kaufen oder zu verkaufen, zu entwickeln" und ein "einzigartiges" Spiel zu spielen.

### **E. 3.2.7**

Ob das Spiel bzw. die Gewinnmöglichkeit geschicklichkeits- oder zufallsbestimmt ist, spielt - entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin - keine Rolle, da der Geldspielbegriff nicht hierauf abstellt. Es erübrigt sich deshalb auch, auf ihre Ausführungen einzugehen, wonach das "x Game" keine Lotterie, keine Wette und kein Spielbankenspiel sei und auch nicht wie ein Finanzprodukt funktioniere. Ob und gegebenenfalls inwieweit der User im "x Game" virtuelle Güter im Sinne von "digital assets" kauft ("Token", "In-Game Purchases", "Non-Fungible Token [NFT]"), an denen heute auch im virtuellen Rahmen Eigentum erworben werden könne und diesbezüglich "Online-Handelsspiele" bestünden, die bisher nicht gesperrt worden seien ("CryptoKitties" [virtuelles Haustier], "Decentraland" [virtuelle Immobilien], "OpenSea" [virtueller Marktplatz für NFT], "Sorare" [Fantasy-Fussballmanager-Spiel] usw.), ist nicht entscheidend. Verfahrensgegenstand bildet ausschliesslich die Rechtsnatur des von der Beschwerdeführerin in der Schweiz online angebotenen "x Game" im Rahmen der gesetzlichen Definition des Geldspiels gemäss Art. 3 lit. a BGS .

### **E. 3.2.8**

Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, schliesst der digitale Charakter eines Objekts nicht aus, dass es zum Gegenstand oder Bestandteil eines Geldspiels gemacht wird. Das "x Game" erfüllt die Voraussetzungen von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 4 und 24 Abs. 1 sowie Art. 86 Abs. 1 BGS . Es handelt sich dabei um ein - allenfalls neuartiges - Geldspiel im Sinne von Art. 3 BGS , dessen Zugang - soweit die entsprechende Massnahme verhältnismässig ist (vgl. nachstehende E. 8) - grundsätzlich von der Gespa gesperrt werden kann ( Art. 86 Abs. 1 BGS i.V.m. Art. 93 Geldspielverordnung vom 7. November 2018 [VGS; SR 935.511]).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die im Geldspielgesetz vorgesehene Netzsperrstelle als solche einen schweren Eingriff in verfassungsmässige Rechte und insbesondere in ihre Wirtschaftsfreiheit dar ( Art. 27 und 94 BV ); sie sei willkürlich ( Art. 9 BV ) und unverhältnismässig ( Art. 5 Abs. 2 BV ). An der Netzsperrstelle BGE 148 II 392 S. 403 bestehe kein öffentliches Interesse; sie sei weder geeignet noch erforderlich, um ihren Zweck zu

erreichen. Die Netzsperrung diene lediglich einem Ziel: dem Schutz von Schweizer Anbietern vor ausländischer Konkurrenz und damit letztlich unzulässigem "ökonomischem Heimatschutz". Es sei deshalb die Verfassungswidrigkeit der Netzsperrung als solche festzustellen und der Gesetzgeber einzuladen, die Art. 86 ff. BGS verfassungskonform auszugestalten bzw. ein Konzessionssystem einzuführen, welches den Zielen des Geldspielgesetzes tatsächlich gerecht werde. Eine Prüfung und eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelung im Geldspielgesetz mit der Einladung an den Gesetzgeber, diese anzupassen, dränge sich auf, da die Netzsperrung "offensichtlich" gegen Grundrechte verstosse und keinem öffentlichen Interesse diene.

#### **E. 4.2.1**

Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Bundesgesetzen kann damit weder im Rahmen einer abstrakten noch einer konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich bei Art. 190 BV um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot und kann es sich allenfalls rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu überprüfen; wird eine solche jedoch festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden. Das Bundesgericht kann in diesem Fall lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung anzupassen ( BGE 144 I 126 E. 3 mit zahlreichen Hinweisen ["Appellentscheid"]). Der Einzelne hat keinen Anspruch darauf, dass das Bundesgericht von dieser Befugnis Gebrauch macht ( BGE 146 V 378 E. 4.4). Ob eine Veranlassung besteht, die bundesgesetzliche Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Entscheidend ist, ob ein genügendes allgemeines Interesse an der Feststellung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit und der Einladung an den Gesetzgeber besteht, die umstrittene Regelung anzupassen ( BGE 140 I 353 E. 4.1).

#### **E. 4.2.2**

Im vorliegenden Fall ist kein entsprechendes Bedürfnis ersichtlich: Der Gesetzgeber hatte von den von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Problemen Kenntnis, dennoch erliess er die Sperrregelung bewusst in der beanstandeten Weise (vgl. BBl 2015 8387 Ziff. 2.7 [S. 8475]; AB 2017 N 83 ff., 122-133; AB 2017 S 626). Es kann nicht gesagt werden, dass diese offensichtlich (ihre) BGE 148 II 392 S. 404 Grund oder Freizügigkeitsrechte verletzen würde - im Gegenteil (vgl. die nachstehenden E. 5 und 6). Es genügt deshalb, im Folgenden zu prüfen, ob die beanstandete Internetsperre (anderweitig) Bundesrecht verletzt. In diesem Zusammenhang werden (indirekt) auch gewisse Aussagen zur Verfassungsmässigkeit der beanstandeten Netzsperrung gemacht werden müssen (vgl. nachstehende E. 8). Mehr ist nicht erforderlich.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin ruft - als Anbieterin in der Schweiz nicht bewilligter Online-Spielangebote - die Wirtschaftsfreiheit an ( Art. 27 und 94 BV ). Diese gilt im Bereich der Geldspiele grundsätzlich für sie jedoch gerade nicht (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV ; Bundesamt für Justiz, "Internetsperre" und ihre Alternativen, Notiz vom 4. Juli 2017 zum Geldspielgesetz [nachfolgend: Internetsperre], Ziff. 3.3.2 S. 11; Votum Vogler, AB 2017 N 88; vgl. auch UHLMANN/ STALDER, "Unverhältnismässig, weil unwirksam"? Zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren im Internet, sic! 7/8/2018 S. 365 ff., dort Ziff. 4b/dd [S. 374]). Die privatwirtschaftliche Tätigkeit im Spielbanken- und Geldspielbereich

erfolgt in einem System, das der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist (vgl. BGE 130 I 26 E. 4.5; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Rz. 33). Die im Gesetz und in der Konzession bzw. der Bewilligung für Grossspiele, auf deren Erteilung kein Anspruch besteht (vgl. BGE 127 II 264 E. 2g), vorgesehenen Beschränkungen limitieren die unternehmerische Freiheit in diesem Bereich (vgl. das Urteil 2C\_61/ 2008 vom 28. Juli 2008 E. 1.3.2).

### **E. 5.2**

Die Wirtschaftsfreiheit verschafft kein Recht darauf, in der Schweiz Aktivitäten auszuüben, die ohne entsprechende Konzession oder Bewilligung verboten sind (vgl. das Urteil 2C\_859/2010 vom 17. Januar 2012 E. 4.3.4, in: ZBI 113/2012 S. 497 ff.; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Rz. 33). Die Gesetzgebungskompetenz in Art. 106 Abs. 1 BV umfasst die implizite Ermächtigung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen und ein rechtliches oder faktisches Konzessionssystem schaffen zu können, was der Gesetzgeber getan hat, wenn er das Angebot von Online-Geldspielen auf in der Schweiz bewilligte (bzw. konzessionierte) und hier überwachte Veranstalterinnen und Spiele beschränkt hat (vgl. BGE 141 II 262 E. 2.2 [in fine] u. 7.2 [in fine]; BGE 135 II 338 E. 6.3.1; GRISEL RAPIN, a.a.O., N. 9 zu Art. 106 BV ; SCHNEIDER, a.a.O., N. 7 [in fine] und 8 zu Art. 106 BV ). Die Netzsperrung schützt das geschaffene Geldspielsystem, die Spielenden BGE 148 II 392 S. 405 und die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor den Gefahren (Spielsucht, Spielmanipulation, Geldwäscherei usw.), welche von den Online-Geldspielen ausländischer Anbieterinnen ausgehen.

### **E. 5.3**

Das von der Beschwerdeführerin befürwortete offene Konzessionssystem für Online-Spiele im Spielbanken- und Grossspielbereich hat der Gesetzgeber diskutiert, aber ausdrücklich verworfen (vgl. BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.2 [S. 8407], Ziff. 1.2.3 [S. 8408], Ziff. 2.1 [zu Art. 4 des Entwurfs: S. 8438; zu Art. 9 des Entwurfs: S. 8441 f.]; Voten Caroni/Sommaruga, AB 2016 S 373, 375, Votum Pardini, AB 2017 N 81, Votum Burkart, AB 2017 N 83 f., Votum Vogler, AB 2017 N 89, Votum Reimann, AB 2017 N 90, Voten Sommaruga/Bauer, AB 2017 N 90 f., 93, AB 2017 N 95 ff.). Der Betrieb eines reinen "Online-Casinos" ist - sowohl im Inland als auch vom Ausland aus - unzulässig. Auch die Anbieter von Online-Lotterien und -wetten als Grossspiele müssen ihren Sitz in der Schweiz haben (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. a BGS ), wodurch ausländische Konkurrenz in diesem Bereich - mangels genügender und wirksamer Aufsichtsmöglichkeiten durch die hiesigen Behörden (vgl. BBl 2015 8387 ff. Ziff. 2.7 [S. 8472 f.]) - nicht zugelassen wurde (SCHERRER/BRÄGGER, a.a.O., II.3.b [S. 119]).

### **E. 6.1**

Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin angerufenen Rechtsprechung des EuGH bzw. des EFTA-Gerichtshofs zu den Glücks- und Geldspielen im Rahmen der unionsrechtlichen Dienst- und Niederlassungsfreiheit (vgl. zur jüngsten Rechtsprechung: HILF/UMBACH, Neue EuGH-Rechtsprechung zum Glücksspielrecht, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht [ZfWG] 2021S. 351 ff.; BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.4[S. 8428 ff.]; SCHERRER/MURESAN, a.a.O., Rz. 323 ff.; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Fn. 67; REMUS MURESAN, Leitlinien des EuGH für die Ausgestaltung nationaler Regelungen im Bereich von Sportwetten, causa sport 4/2007 S. 412 ff.): Danach steht es den Mitgliedstaaten frei, die Veranstaltung von Geldspielen zu beschränken und sie öffentlichen oder karitativen Einrichtungen anzuvertrauen (vgl. das Urteil des EuGH vom

12. September 2013 C-660/11 und C-8/12 Biasci und andere , Randnrn. 24 ff.). Bei einem Konzessionssystem sind sie jedoch verpflichtet, im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die Konzession auch für Veranstalter zu öffnen, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind. Die Vergabeverfahren müssen dabei unparteiisch und nach transparenten Kriterien durchgeführt werden. BGE 148 II 392 S. 406

### **E. 6.2**

Es steht den Mitgliedstaaten zwar frei, die Ziele ihrer Geldspielpolitik festzulegen und das angestrebte Schutzniveau genau zu definieren, doch müssen die vorgesehenen Massnahmen verhältnismässig sein. Die Beschränkung muss tatsächlich darauf abzielen, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Geldspieltätigkeit in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (vgl. das Urteil des EuGH vom 30. April 2014 C-390/12 Pflieger und andere , Randnrn. 54 f. [aktuelle und dynamische "Kohärenzprüfung"]). Die Finanzierung gemeinnütziger Zwecke darf nicht ausschliessliche Rechtfertigung der restriktiven Geldspielpolitik bilden (vgl. das Urteil des EuGH vom 6. November 2003 C-243/01 Gambelli und andere , Slg. 2003 I-13031 Randnr. 62; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Fn. 67). In Bezug auf Online-Geldspiele ist es wegen der besonderen Gefahren, die von ihnen ausgehen, mit dem Unionsrecht vereinbar, dass Veranstalterinnen, die in einem Mitgliedstaat niedergelassen sind, im Hoheitsgebiet eines anderen keine Geldspiele über das Internet anbieten dürfen, wenn sie dort nicht (auch) niedergelassen sind (vgl. das Urteil des EuGH vom 3. Juni 2010 C-258/08 Ladbrokes Betting&Gaming Ltd. , Slg. 2010 I-04757 Randnrn. 54 ff.) - dies zumindest, falls die rechtswidrige Spieltätigkeit im betreffenden Land einen erheblichen Umfang erreicht hat und die erlassenen Massnahmen systematisch und kohärent darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmässige Bahnen zu lenken (Urteil des EuGH Ladbrokes Betting&Gaming Ltd. , Randnrn. 24 ff.; vgl. auch das Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 30. Mai 2007 E-3/06 Ladbrokes Ltd. ; REMUS MURESAN, Aspekte der Rechtsprechung des EuGH zu Sportwetten, causa sport 3/2010 S. 215 ff., dort S. 216 f.).

### **E. 6.3**

Die entsprechenden Vorgaben gelten - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - im freizügigkeitsrechtlichen Kontext, wenn überhaupt, nur beschränkt: Die Rechtsprechung des EuGH bzw. des EFTA-Gerichtshofs in diesem Bereich ist für die Schweiz grundsätzlich nicht massgeblich, da die Geldspiele nicht von den bilateralen Verträgen erfasst werden (so das Urteil 2C\_859/2010 vom 17. Januar 2012 E. 4.5.3, in: ZBl 113/2012 S. 497 ff., unter Hinweis auf BBl 2010 7961 ff. Ziff. 4.3.7 [S. 8005 f.]). Die Schweiz hat die unionsrechtliche Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nicht vollumfänglich, sondern bloss teilweise übernommen. Die Dienstleistungsfreiheit ist auf 90 Tage beschränkt; die Niederlassungsfreiheit gilt ihrerseits nur für natürliche und nicht für juristische Personen wie die Beschwerdeführerin (vgl. hierzu: SCHERRER/ BGE 148 II 392 S. 407 MURESAN, a.a.O., Rz. 323 ff. S. 205 ff.; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Rz. 47 in fine). Diese legt entgegen ihrer Begründungspflicht nicht dar, inwiefern und unter welchem Titel die zitierte Rechtsprechung auch in der Schweiz Anwendung finden könnte. Ihr Hinweis auf eine - die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofs im Übrigen gerade relativierende - Kommentarstelle (OESCH, a.a.O., N. 11 zu Art. 106 BV ) genügt hierzu nicht. Es ist auf die entsprechende Problematik deshalb nicht weiter einzugehen (vgl. vorstehende E. 1.4).

### **E. 7.1**

Der Zugang zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Geldspielen wird gesperrt ( Art. 86 Abs. 1 BGS ). Dies gilt für den Zugang zu Spielen, deren Veranstalterinnen ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland haben oder ihn verschleiern und deren Geldspiele von der Schweiz aus zugänglich sind ( Art. 86 Abs. 2 BGS ). Als zugänglich gelten "Spiele, die die Spielerinnen und Spieler in der Schweiz tatsächlich spielen können" (BBl 2015 8387 ff. Ziff. 7.2 [S. 8473]). Die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) und die Gespa führen, koordinieren und aktualisieren jeweils eine Sperrliste betreffend die zu sperrenden Angebote je in ihrem Zuständigkeitsbereich ( Art. 86 Abs. 3 BGS ). Die Fernmeldedienstanbieterinnen sperren den Zugang zu den Spielangeboten, die auf einer der Sperrlisten aufgeführt sind ( Art. 86 Abs. 4 BGS ).

### **E. 7.2**

Gemäss Art. 87 Abs. 1 BGS veröffentlichen die ESBK und die Gespa ihre Sperrlisten und deren Aktualisierungen gleichzeitig mittels eines Verweises im Bundesblatt. Diese Veröffentlichung gilt als Eröffnung der Sperrverfügung. Die Veranstalterinnen können bei der verfügenden Behörde innert 30 Tagen ab der Veröffentlichung schriftlich Einsprache gegen die Verfügung einreichen. Dabei kann eine Einsprache namentlich erhoben werden, wenn die Veranstalterin das betroffene Angebot aufgehoben oder den Zugang dazu in der Schweiz mit "geeigneten technischen Massnahmen" unterbunden hat ( Art. 87 Abs. 2 BGS ).

### **E. 7.3**

Die ESBK und die Gespa informieren über ihre Sperrlisten auf ihrer Website mit einem Link auf die Website der anderen Behörde ( Art. 88 Abs. 1 BGS ). Sie setzen die Fernmeldedienstanbieterinnen mittels eines einfachen und gesicherten Verfahrens über die Sperrlisten in Kenntnis ( Art. 88 Abs. 2 BGS ). Gemäss Art. 92 VGS sperren die Fernmeldedienstanbieterinnen den Zugang zu den von der ESBK und der Gespa gemeldeten Spielangeboten innert höchstens BGE 148 II 392 S. 408 fünf Arbeitstagen. Die Fernmeldedienstanbieterinnen bestimmen die Sperrmethode unter Berücksichtigung des Stands der Technik und des Verhältnismässigkeitsprinzips im Einvernehmen mit der ESBK und der Gespa ( Art. 93 VGS ; vgl. Bundesamt für Justiz, Merkblatt über das Spielen auf illegalen Online-Seiten, April 2021, Ziff. 3).

### **E. 7.4**

In der Regel ist es somit der Internetprovider, der die Netzsperrung einrichtet. Er verhindert, dass ein Internetbenutzer auf die entsprechende Website zugreifen kann. Dabei lässt sich die Sperre technisch unterschiedlich umsetzen. Im Vordergrund stehen (derzeit) die DNS-Sperre, die IP-Sperre und die "Deep-Packet-Inspection" (vgl. THOUVENIN/STILLER, Gutachten: Netzsperrungen vom 16. September 2016, S. 2 ff.).

#### **E. 7.4.1**

Bei der DNS-Sperre wird die Adresse der gesperrten Website (z.B. [www.beispiel.ch](http://www.beispiel.ch)) nicht in die erforderliche Ziffernkombination der IP-Adresse (bspw. 194.139.134) aufgelöst. Der DNS-Server als eine Art Inhaltsverzeichnis für Webadressen sendet die zur Konsultation erforderliche IP-Adresse der Website ([www.beispiel.ch](http://www.beispiel.ch)) nicht an den Browser, der die gesperrte Website deshalb nicht finden kann und/oder den Benutzer auf eine andere Website umleitet, die über die Gründe für die Netzsperrung informiert (z.B. [block.bluewin.ch](http://block.bluewin.ch);

vgl. THOUVENIN/STILLER, a.a.O., S. 6 f. "DNS-Sperren beim ISP").

#### **E. 7.4.2**

Die IP-Sperre setzt eine Ebene höher an. Es wird nicht nur die Adresse (URL) der Website gesperrt, sondern die IP-Adresse, unter der die Website aufgerufen werden kann. Dabei ist ein "Overblocking" möglich. Da sich auf einem Server mit der gleichen IP-Adresse mehrere Websites befinden können, wird allenfalls mehr gesperrt, als beabsichtigt oder zulässig ist (vgl. THOUVENIN/STILLER, a.a.O., S. 6 "IP-Adresssperrungen beim ISP").

#### **E. 7.4.3**

Mit der Deep-Packet-Inspection lässt sich der unverschlüsselte Internetverkehr umfassend überwachen. Die Technik setzt nicht bei der Adresse für die Verbindung an, sondern sucht die einzelnen Datenpakete nach bestimmten Schlüsselbegriffen ab. Sie kann dazu dienen, den Internetverkehr zu beschränken, wie dies in einigen totalitären Staaten geschieht; in der Schweiz stellten sich diesbezüglich Probleme mit dem Fernmeldegeheimnis (vgl. THOUVENIN/STILLER, a.a.O., S. 7 f. "Applikationsfilter oder Proxy-Server beim ISP"; LUKAS MÄDER, Neun Antworten zu Netzsperrungen, NZZ vom 18. Januar 2018). BGE 148 II 392 S. 409

#### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die umstrittene DNS-Netzsperrung sei unverhältnismässig. Es würden dadurch auch andere über die Domain laufende Dienste - wie etwa der E-Mailverkehr - blockiert. Es komme regelmässig zu einem "Overblocking". Für dieses bestehe in Art. 83 ff. BGS keine gesetzliche Grundlage. Allgemein habe die Netzsperrung als unverhältnismässig zu gelten, da sie leicht zu umgehen und die Umleitung auf die Informationsseite technisch teilweise nicht möglich sei. Durch die strengen Konzessionsvoraussetzungen sei das Ziel des Spielerschutzes bereits gewährleistet. Die Netzsperrung sei unzumutbar, da sie intransparent erfolge und kein wirksamer Rechtsschutz bestehe. Sie betreffe zudem zu Unrecht sowohl regulierte wie unregulierte ausländische Veranstalterinnen in gleicher Weise.

#### **E. 8.2.1**

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der damit verbundenen Belastungen als zumutbar erweist. Es muss mit anderen Worten eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation bestehen (vgl. BGE 147 I 450 E. 3.2.3; BGE 140 I 2 E. 9.2.2; je mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 514; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 1735).

#### **E. 8.2.2**

Die behördliche Massnahme hat für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles dienlich bzw. zwecktauglich zu sein. Ungeeignet ist eine Massnahme, wenn sie keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung des Zieles erschwert oder gar verhindert - sie mit anderen Worten zur Zielerreichung völlig ungeeignet erscheint (BGE 144 I 126 E. 8.1 mit weiteren Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 522; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 1778; vgl. hierzu nachstehende E. 8.3.2).

### **E. 8.2.3**

Die Massnahme ist unverhältnismässig, d.h. nicht erforderlich, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 140 I 2 E. 9.2.2) - sie in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht über das Notwendige hinausgeht. Es ist das mildestmögliche Mittel zu wählen, welches noch ebenso wirksam hinsichtlich der Zielverfolgung BGE 148 II 392 S. 410 ist wie die zu vergleichende Massnahme (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 527 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 1793; vgl. hierzu nachstehende E. 8.3.3).

### **E. 8.2.4**

Das vernünftige Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Zweck-Mittel-Relation) setzt im Rahmen der Zumutbarkeit schliesslich eine wertende Interessenabwägung voraus (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 555 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 1852; vgl. hierzu nachstehende E. 8.3.4-8.3.8).

### **E. 8.3.1**

Die Zugangssperre für in der Schweiz nicht bewilligte Online-Spielangebote bezweckt das vom Gesetz- bzw. Verfassungsgeber vorgesehene Konzessions- und Bewilligungssystem zu schützen und Umgehungsmöglichkeiten ausländischer Anbieterinnen zu erschweren. Spielerinnen und Spieler sollen in der Schweiz zu den legalen Angeboten hingeführt werden, welche die nötigen Garantien in Bezug auf den Schutz vor exzessivem Spiel (Spielsucht) und vor anderen spielbezogenen Gefahren (Geldwäscherei) sowie für eine sichere und transparente Spieldurchführung (Spielmanipulation) bieten. Zudem soll als Nebenwirkung sichergestellt werden, dass ein möglichst grosser Teil der Gewinne, die mit Geldspielen erzielt werden, entweder an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung gehen oder für gemeinnützige Zwecke verwendet werden, statt dass private Anbieterinnen im Ausland hiervon profitieren (vgl. Art. 2 BGS; BBl 2015 8387 ff. Ziff. 2.7 [S. 8473 ff.]; vorstehende E. 2.1).

### **E. 8.3.2**

Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass keine hundertprozentige Wirksamkeit gewährleistet werden kann (Problematik des "https-Protokolls", bei der eine Weiterleitung auf die Warn- und Informationsseite nicht möglich ist; Anwendungen auf Smartphones usw.) und Umgehungsmöglichkeiten bestehen (durch VPN-Verbindungen; manuelle Änderung des Nameservers[alternativer DNS-Server], Abänderung des Domainnamens durch den Veranstalter usw.); dennoch wurde die DNS-Sperrung als Sperrmöglichkeit erachtet, welche "gegenwärtig" die "einfachste und angemessenste Lösung für das Sperren nicht bewilligter Spiel-Internetseiten" bilde, "wobei sie in technischer Hinsicht nicht perfekt" erscheine und "von Benutzerinnen und Benutzern mit den notwendigen technischen Kenntnissen umgangen werden" könne, weshalb allenfalls künftig andere technische Mittel verwendet werden könnten bzw. allenfalls BGE 148 II 392 S. 411 müssten. Der blosser Umstand, dass der Zugang zu nicht bewilligten Websites durch diese Sperrmassnahmen zumindest erschwert wird, dürfte bei durchschnittlichen Spielerinnen und Spielern bereits genügen, um sie zu den legalen Angeboten hinzuführen und eine zureichende präventive Wirkung zu entfalten (BBl 2015 8387 ff. Ziff. 2.7[S. 8475]; AB 2017 N 122-133). Es kann mit dem Bundesrat und dem Gesetzgeber - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht gesagt werden, dass die DNS-Zugangssperre für die Durchschnittsspielerin oder den Durchschnittsspieler von vornherein keinerlei

Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfalten würde (so auch MICHAEL WEBER, *Illegales Anbieten von Geldspielen - Auslegung und Bewertung der relevanten Bestimmungen des BGS, sui generis* 2021 S. 49 ff., Rz. 53 S. 57 f.; UHLMANN/STALDER, a.a.O., Ziff. 2 S. 368 ff.; kritischer: THOUVENIN/STILLER, a.a.O., lit. E Ziff. 1 S. 14 f., 17 f.; vgl. auch BIAGGINI, a.a.O., N. 6 in fine zu Art. 106 BV ).

### **E. 8.3.3**

Die DNS-Zugangssperre ist auch erforderlich (vgl. UHLMANN/ STALDER, a.a.O., Ziff. 3 S. 370 f.; anders: THOUVENIN/STILLER, a.a.O., lit. E Ziff. 2 S. 15 f.): Im Gesetzgebungsverfahren wurden verschiedene weitere Massnahmen geprüft. Diese wären entweder nicht gleich wirksam wie die Zugangssperre (Sperrung von Internetseiten auf freiwilliger Basis; Veröffentlichung einer "weissen" Liste mit einem Label; Veröffentlichung einer schwarzen Liste ohne anschliessende Sperrung; vgl. hierzu die Notiz des Bundesamts für Justiz, *Internetsperre*, a.a.O., Ziff. 4.5 S. 28 ff.) oder sie wären gegenüber dieser mit anderen gewichtigen Nachteilen verbunden (Sperrung der Zahlungsmöglichkeiten; Kombination von Internet- und Zahlungssperren; Unterdrückung von Suchergebnissen auf Internet-Suchmaschinen; Strafbarkeit der Spielerinnen und Spieler; vgl. hierzu die Notiz des Bundesamts für Justiz, *Internetsperre*, a.a.O., Ziff. 4.1-4.4 S. 16 ff.). Auch die Beschwerdeführerin vermag keine weniger weitgehende, aber im Hinblick auf den Schutz des gewählten Geldspielsystems und der Spielerinnen und Spieler ebenso wirksame Massnahme zu nennen. Ein anderes Konzessionierungs- und Bewilligungssystem, welches den Schweizer Markt auch für ausländische Online-Anbieterinnen - wie die Beschwerdeführerin - öffnen würde, kann im Hinblick auf Art. 106 BV weder aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip noch der Wirtschaftsfreiheit abgeleitet werden (BIAGGINI, a.a.O., N. 6 in fine zu Art. 106 BV ; SCHNEIDER, a.a.O., N. 7 in fine zu Art. 106 BV ). BGE 148 II 392 S. 412

### **E. 8.3.4**

Schliesslich besteht bei der gewählten Lösung auch eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (Zumutbarkeit; vgl. auch UHLMANN/ STALDER, a.a.O., Ziff. 4 S. 371 ff.; kritischer: THOUVENIN/STILLER, a.a.O., lit. E Ziff. 3 und 4 S. 16 ff.): Dem öffentlichen Interesse am Schutz vor exzessivem Spiel und anderen spielbezogenen Gefahren (Geldwäschereibekämpfung usw.; vgl. vorstehende E. 8.3.1) kommt grundlegende Bedeutung zu; dies gilt auch für die Sicherstellung einer wirksam überwachten und transparenten Spielabwicklung, indem die Online-Spielangebote auf in der Schweiz ansässige und hier beaufsichtigte Anbieterinnen beschränkt werden. Ein "Overblocking" ist zwar nicht auszuschliessen, doch kann dieser Nachteil in zumutbarer Weise durch andere geeignete Massnahmen vermieden werden (E-Mail-Account bei Drittanbieter usw.). Im Übrigen deckt Art. 86 Abs. 2 BGS nach seinem Sinn und Zweck auch die Blockade des mit der beanstandeten Website verbundenen E-Mailverkehrs ab, wenn dieser mit dem unbewilligten Spielangebot in Zusammenhang steht bzw. zu dessen Realisierung dient (Kundenbetreuung, Abrechnungsverfahren, "Umgehungsempfehlungen" usw.).

### **E. 8.3.5**

Die beanstandete Methode der DNS-Sperrung ist mit einem geringeren "Overblocking"-Risiko verbunden als die IP-Sperrung (THOUVENIN/STILLER, a.a.O., lit. E Ziff. 3 und 4 S. 16 f.). Sie wird auch in anderen Bereichen (illegale Pornographie) und in anderen Staaten mit einem Geld- und Glücksspielmonopol eingesetzt (Bundesamt für

Justiz, Internetsperre, a.a.O., Ziff. 2 S. 3 ff.), was als Indiz für eine gewisse minimale Sachgerechtigkeit gelten kann. Den ausländischen Anbieterinnen steht die Möglichkeit offen, den Zugang zu in der Schweiz nicht bewilligten Spielen durch eigene Massnahmen (wirksames "Geoblocking", keine Eröffnung von Konten für Schweizer Spielerinnen und Spieler usw.) zu unterbinden. In diesem Fall wird ihre Domain für die Schweiz weder gelistet noch gesperrt. Nach Art. 87 Abs. 2 BGS kann gegen die Zugangssperre insbesondere Einsprache erhoben werden, wenn die Veranstalterin sich auf dem Schweizer Markt nach hiesigem Recht rechtskonform verhält und das betroffene Angebot aufgehoben oder den Zugang dazu mit geeigneten technischen Massnahmen selber unterbunden hat. In diesem Fall streicht die zuständige Behörde das entsprechende Angebot "von Amtes wegen oder auf Ersuchen aus der Sperrliste" ( Art. 90 BGS ). Nachdem die Vorinstanz das "Geoblocking" der Beschwerdeführerin für das Sportwettenangebot als "geeignete technische Massnahme" im Sinn von Art. 87 Abs. 2 BGS gewertet BGE 148 II 392 S. 413 und das EJPD (Bundesamt für Justiz) den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich nicht angefochten hat, ist die Frage hier nicht weiter zu vertiefen, ob dies zutrifft oder nicht.

#### **E. 8.3.6**

Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass im Rahmen von Art. 87 BGS ("Eröffnung und Einspracheverfahren") kein genügender Rechtsschutz bestehe und sie sich über jede Aufdatierung der Sperrliste informieren müsse, um ihren Anspruch auf rechtliches Gehör überhaupt wahrnehmen zu können, überzeugt nicht: Die Beschwerdeführerin war bei Erlass der Sperrverfügung über die Rechtsauffassung der Comlot/Gespa informiert, nachdem sie diesbezüglich am 5. September 2019 mit einer von ihr verlangten Feststellungsverfügung bedient worden war. Ändert sie ihre Domain oder bietet sie anderweitig in der Schweiz nicht bewilligte Geldspiele online an, muss sie damit rechnen - sollte sie nicht eigene geeignete technische Massnahmen treffen ( Art. 87 Abs. 2 BGS ) -, dass auch diese Websites auf die Sperrliste gesetzt und gesperrt werden. Es ist ihr als Geldspielanbieterin zumutbar, sich über allfällige Veröffentlichungen im Bundesblatt bzw. die jeweiligen Websites der schweizerischen Aufsichtsbehörden zu informieren. Die Internet-Sperre untersteht nach dem Einspracheverfahren einer doppelten richterlichen Kontrolle (Interkantonales Geldspielgericht, Bundesgericht), weshalb es nicht an einem wirksamen Rechtsschutz fehlt.

#### **E. 8.3.7**

Die weitere Kritik, die jeweilige Umsetzung der Internetsperre sei undurchsichtig und erfolge rechtsungleich, ist unbegründet: Die DNS-Zugangssperre wird technisch grundsätzlich immer in gleicher Weise umgesetzt. Die erforderlichen Unterlagen sind auf den Websites der Gespa und der ESBK aufgeschaltet. Ob die Aktualisierung der Liste bzw. der Sperre durch die Internetprovider von Hand oder automatisiert vorgenommen wird, ist eine Frage rein technischer Natur und deshalb ungeeignet, das von der Gespa gewählte Vorgehen als unverhältnismässig erscheinen zu lassen. Die Anbieterinnen von Internetzugängen bestimmen die Sperrmethode "unter Berücksichtigung des Stands der Technik und des Verhältnismässigkeitsprinzips im Einvernehmen mit der ESBK und der interkantonalen Behörde" ( Art. 93 VGS ), was es erlaubt, neuen Entwicklungen auf einer einheitlichen und rechtsgleichen Basis angemessen Rechnung zu tragen und die Sperrtechnik - soweit nötig - anzupassen. Diesbezüglich verfügen die ESBK und Gespa - in Koordination mit den Anbieterinnen von Internetzugängen - über ein gewisses technisches Ermessen. Dass die Umleitung auf die Warnseite BGE 148 II 392 S. 414

(Informationseinrichtung) nicht immer möglich ist, spricht nicht als solches gegen die Zulässigkeit der Zugangssperre; die Umleitung hat nach dem Gesetz nur zu erfolgen, soweit sie ohne für die Fernmeldediensteanbieterinnen unzumutbaren Aufwand "technisch möglich" ist (vgl. Art. 89 Abs. 2 BGS ).

#### **E. 8.3.8**

Von der schweizerischen Geldspielregelung aus betrachtet spielt es - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - schliesslich keine Rolle, ob die ausländische Veranstalterin von Online-Geldspielen im Ursprungsland reguliert ist oder nicht: Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, zur Erreichung der gesetzlichen Schutzziele an eine Präsenz und Überwachung in der Schweiz anzuknüpfen und nicht darauf abzustellen, ob und gegebenenfalls wie Anbieterinnen im Ausland überwacht werden. Eine Pflicht zur Marktöffnung gegenüber ausländischen Anbieterinnen besteht - wie bereits dargelegt (vgl. vorstehende E. 8.3.3) - nicht. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass nicht regulierten ausländischen Online-Geldspielanbieterinnen der Zugang zum hier spielenden Publikum - ihr gegenüber rechtsungleich - gestattet würde.

#### **E. 8.4**

Die gegen die Beschwerdeführerin gerichtete Zugangssperre ihrer in der Schweiz nicht bewilligten Online-Geldspielangebote auf Ebene der Domain (DNS-Sperre) ist verhältnismässig und verletzt nach dem Gesagten beim aktuellen Stand der Technik auch anderweitig kein Bundesrecht ( Art. 9 BV ).

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