

# **BGer 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000**

Bundesgericht, 2000-05-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1A.21\\_2000](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1A.21_2000)

FR: TF 1A.21/2000 du 31 mai 2000

IT: TF 1A.21/2000 del 31 maggio 2000

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und inwieweit es auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde eintreten kann ( BGE 125 II 293 E. 1a S. 299 mit Hinweisen).

b) Die angefochtene Verfügung wurde von einem eidgenössischen Departement gestützt auf Bundesverwaltungsrecht ( Art. 3 Abs. 2 aSBG ) erlassen. Ein Ausschlussgrund im Sinne der Art. 99 - 102 OG liegt nicht vor, insbesondere auch nicht der in Art. 101 lit. d OG aufgeführte. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher grundsätzlich zulässig ( Art. 97 und 98 lit. b OG ). Gemäss der seit dem 1. April 2000 geltenden neuen Rechtslage im Spielbankenbereich wäre für die Beurteilung von Spielautomaten zwar die eidgenössische Spielbankenkommission zuständig ( Art. 48 Abs. 1 SBG ), deren Verfügungen zunächst bei der für Spielbanken zuständigen Rekurskommission anzufechten wären ( Art. 54 SBG ). Die Beschwerde wurde jedoch vor Inkrafttreten des neuen Rechts erhoben. Die neue Zuständigkeitsregelung ist daher noch nicht massgebend, weshalb die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist (vgl. Ziff. 3 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 4. Oktober 1991 des Bundesrechtspflegegesetzes).

c) Der Beschwerdeführer hat nach seinen unbestrittenen Angaben aufgrund der Verfügung vom 1. Mai 1996 Automaten des Typs Super Cherry 600 erworben, aufgestellt und in Betrieb genommen. Er ist daher durch die angefochtene Verfügung mehr als jedermann betroffen. Sein Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung ist insofern aktuell und damit schutzwürdig, als diese den Betrieb nur bis zum 31. März 2000 gestattet. Dabei ist die Frage, ob der Weiterbetrieb des fraglichen Spielautomaten nach diesem Datum bundesrechtswidrig ist, gestützt auf die am 1. April 2000 in Kraft getretene neue Spielbankengesetzgebung bzw.

deren Übergangbestimmungen zu prüfen. Das aktuelle Interesse an einer Beurteilung nach dem alten Recht ist daher während des bundesgerichtlichen Verfahrens weggefallen, soweit dieses nicht übergangsrechtlich von Bedeutung ist.

Der Beschwerdeführer ist nach dem Gesagten hinsichtlich des Automatenbetriebs ab dem 1. April 2000 zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert ( Art. 103 lit. a OG ).

d) aa) Nicht einzutreten ist auf das Begehren, es sei die Schadenersatzpflicht des Bundes hinsichtlich der nicht amortisierten Investitionen des Beschwerdeführers festzustellen. Über Schadenersatzansprüche gegenüber dem Bund ist grundsätzlich zunächst in Form einer Verfügung zu befinden (Art. 10 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 [VG]; SR 170. 32). Das Bundesgericht kann im Rahmen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht über derartige Begehren entscheiden, wenn sie nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung waren. Selbst wenn der Beschwerdeführer seinen

Schadenersatzanspruch aus der Amtstätigkeit der in Art. 1 Abs. 1 lit. a - c VG genannten Personen ableiten könnte, so dass gemäss Art. 116 lit. c OG die verwaltungsrechtliche Klage an das Bundesgericht zulässig wäre, müsste zunächst gemäss Art. 10 Abs. 2 VG eine Stellungnahme der zuständigen Behörde eingeholt werden, was vorliegend nicht erfolgt ist.

bb) Der Verfahrensgegenstand beschränkt sich somit auf die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die angefochtene Verfügung - mit welcher die am 1. Mai 1996 festgestellte bundesrechtliche Zulässigkeit des Apparats Super Cherry 600 als Unterhaltungs- bzw. Punktespielautomat widerrufen, dieser als Geldspielautomat im Sinne der Spielbankengesetzgebung eingestuft und für seinen weiteren Betrieb eine Maximalfrist von drei Monaten festgesetzt worden ist - gegen Bundesrecht verstösst. Nicht zu beurteilen ist hingegen, ob es sich beim fraglichen Apparatetyp um einen Geschicklichkeits- oder einen Glücksspielautomaten handelt; diesbezüglich haben die Betreiber die Möglichkeit, einen entsprechenden Entscheid bei der Spielbankenkommission einzuholen ( Art. 61 VSBG ). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Kantone frei sind, für Spielautomaten selbständige Regelungen aufzustellen, soweit das Bundesrecht nicht abschliessend ist ( Art. 3 BV , Art. 3 aBV ). Sie können den Betrieb von bundesrechtlich nicht verbotenen Spielautomaten einer Bewilligungspflicht unterstellen oder verbieten (vgl. zu Art. 35 Abs. 2 aBV : BGE 125 II 152 E. 4b S. 161; 120 Ia 126 E. 3b S. 131, E. 4c S. 132 f. und E. 4d/cc S. 135; 106 Ia 191 E. 6a S. 194 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Mai 1994, E. 2, publ. in ZBl 95/1994 S. 522 ff.; s. Art. 106 Abs. 4 BV ). Selbst wenn sich die Widerrufsverfügung als bundesrechtswidrig erweisen sollte, würde dies demnach noch nicht bedeuten, dass der Betrieb des Apparats Super Cherry 600 vom kantonalen Recht nicht verboten oder eingeschränkt werden könnte. Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Feststellung der Bundesrechtskonformität eines Apparatetyps und der kantonalen Bewilligung für den Betrieb desselben besteht nur insofern, als das kantonale Recht keine Spielgeräte zulassen kann, die bundesrechtlich verboten sind (nicht veröffentlichte Urteile des Bundesgerichts vom 9. Februar 2000 i.S. D., E. 2c, und vom 3. März 2000 i.S. C., E. 2a). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist im erwähnten Umfang einzutreten.

e) Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden ( Art. 104 lit. a und b OG ).

Das Bundesgericht überprüft die Anwendung des einschlägigen Bundesverwaltungsrechts ohne Beschränkung seiner Kognition ( BGE 119 Ib 254 E. 2b S. 265). Da es an die Begründung der Begehren nicht gebunden ist ( Art. 114 Abs. 1 OG ), kann es die Beschwerde aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht ( BGE 121 II 473 E. 1b S. 477; 121 III 274 E. 2c; 120 Ib 379 E. 1b; 117 Ib 114 E. 4a, mit Hinweis).

## **E. 2**

a) Vorerst ist zu prüfen, ob es sich beim Super Cherry 600 um einen Geldspielautomaten im Sinne des Spielbankengesetzes handelt. Ein Automat fällt dann unter das Spielbankengesetz, wenn er - im Wesentlichen automatisch ablaufende - Spiele anbietet, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 SBG ; vgl. zur französisch- und italienischsprachigen Version der Bestimmung:

"des jeux, qui offrent [...] la chance de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel [...]", "giochi che [...] prospettano la possibilità di una vincita in denaro o di un altro vantaggio pecuniario [...]").

Mithin braucht ein Gerät nicht selbst auf automatische Weise den geldwerten Vorteil abzugeben, um unter das Spielbankengesetz zu fallen. Die unbestrittene Tatsache, dass der Super Cherry 600 keinen Geldauszahlungsmechanismus aufweist, ist demnach nicht entscheidend, da der Spieler auch auf andere Weise, etwa mittels Auszahlung durch das Personal des betreffenden Lokals, in den Genuss eines geldwerten Vorteils kommen kann. In der Botschaft vom 26. Februar 1997 zum neuen Spielbankengesetz wurde klar festgehalten, dass mit der Definition der Geldspielautomaten auch alle Spielgeräte erfasst werden sollen, an denen der Spieler einen Spielablauf auslösen kann, der im Gewinnfall mit der Auszahlung oder Gutschrift eines Geldgewinns oder eines anderen vermögenswerten Vorteils endet. Diesbezüglich wurde auf Natural- bzw. Warengewinne, Jetons, Bons oder in elektronischer Form gespeicherte Spielpunkte hingewiesen, die im Anschluss an das Spiel in Geld, Gutschriften oder Waren umgetauscht werden könnten. Erfasst werden sollten mit dem neuen Spielbankengesetz damit insbesondere die Warengewinn-, Jeton- und Punktespielautomaten, soweit letztere nicht unter die Subkategorie der reinen Unterhaltungsspielautomaten fallen (BBl 1997 145 ff., 169). Das steht im Einklang mit dem Ziel des Gesetzes, allgemein das Glücksspiel um Geld zu erfassen (Amtl. Bull. S 1997 1296 f.). In den parlamentarischen Beratungen wurde die Begriffsdefinition ausgiebig diskutiert, aber der Einbezug von Punktespielautomaten nicht in Frage gestellt. Andere Anträge im Sinne einer grosszügigeren Zulassung wurden abgelehnt (Amtl. Bull. S 1997 1309 ff., N 1998 1894 ff.).

b) In der angefochtenen Verfügung führt das Departement aus, mit der ursprünglichen Feststellungsverfügung sei den Geräten des Typs Super Cherry 600 eine Art amtliche Unbedenklichkeitserklärung erteilt worden. Dies habe den Eigentümern erlaubt, die Geräte in einem beträchtlichen Ausmass auf den Markt zu bringen, weil mehrere Kantone sie zum Betrieb zugelassen hätten. In der Folge sei in mehreren Kantonen Anzeige erstattet worden wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz, weil zahlreiche Automatenbetreiber bzw. Gastwirte verdeckt Gewinne in Form von Bargeld oder anderen vermögenswerten Vorteilen an Spieler ausgeschüttet hätten. Eine Anzahl Kantone hätten das Departement deshalb angegangen, diesem Missbrauch ein Ende zu setzen. Mit dem Widerruf der ursprünglichen Verfügung werde für die Kantone der Weg frei, ihre entsprechenden Betriebsbewilligungen ihrerseits zu widerrufen. In der Vernehmlassung zu der vorliegenden Beschwerde führt das Departement aus, Ziel der Widerrufsverfügung sei gewesen, den Kantonen die notwendige Hilfestellung bei ihrem Kampf gegen festgestellte Missbräuche zu leisten. Es sei für die Kantone und deren Strafverfolgungsbehörden unbefriedigend gewesen, wenn die Beschuldigten vorgebracht hätten, die zuständige Fachstelle des Bundes habe die Geräte als nicht zum Missbrauch verleitend qualifiziert. Diese Disparität der Wertungen zwischen Bund und Kantonen habe die Strafverfolgungsbehörden zu einem übermässig grossen Argumentationsaufwand gezwungen, um gegen die falsche Feststellungsverfügung des Bundes anzukommen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, der angebliche Missbrauch des Super Cherry 600 rechtfertige keinen Widerruf der ursprünglichen Zulassung, da grundsätzlich jedes Spiel mit einer Wette verbunden werden könne. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass er gestützt auf die ursprüngliche Verfügung vom 1. Mai 1996 Investitionen getätigt habe, die

amortisiert werden müssten. Derzeit belaufe sich der Ausstand auf rund Fr. 2,5 Mio.

c) Es trifft zu, dass grundsätzlich jedes Spiel mit einer Wette um Geld oder dem Inaussichtstellen eines andern geldwerten Gewinns verbunden und dadurch in ein Geldspiel umgewandelt und missbräuchlich eingesetzt werden kann. Die Grenze zwischen Geldspielautomaten und anderen Spielautomaten ist insofern fließend. In seiner Tragweite soll das Spielbankengesetz jedoch nicht so weit gehen, dass es sämtliche Spielautomaten oder gar Jasskarten und Pokerwürfel erfassen würde. Deshalb ist ein praktikables Abgrenzungskriterium erforderlich, welches erlaubt, Geldspielautomaten von anderen Spielautomaten zu unterscheiden. Ausschlaggebend muss sein, ob das Gerät derart beschaffen ist, dass es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Geldspiel verwendet wird oder leicht zum Spielen um Geld verleitet. Als wesentliches Indiz für diese Wertung eignet sich dabei das Verhältnis zwischen Geldeinsatz und Unterhaltungswert des Spiels: Besteht hier ein offensichtliches Missverhältnis, ist anzunehmen, dass das Spiel in erster Linie zum Erzielen eines geldwerten Vorteils betrieben wird.

Der Einsatz bei den Geräten des Typs Super Cherry 600 des Beschwerdeführers beträgt nach dessen Angaben pro Spiel mindestens Fr. --.20 und höchstens Fr. 2.--. Das Spiel hat gemäss den in der Verfügung vom 1. Mai 1996 aufgeführten technischen Angaben eine Geschicklichkeits- bzw. Reaktionsphase von 0,25 bis 0,4 Sekunden. Insgesamt dauert ein einzelnes Spiel rund 10 bis 15 Sekunden. Damit können pro Minute bereits mehrere Franken verspielt werden. Der Unterhaltungswert, der dafür geboten wird, ist höchst bescheiden.

Das Spiel verlangt weder eine besondere Geschicklichkeit noch bietet es andere Reize. Jedenfalls steht ein allfälliger Unterhaltungswert bei weitem nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Einsatz. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist es kaum nachvollziehbar, dass jemand vorwiegend um des Unterhaltungswerts willen an einem solchen Gerät spielen und dafür mehrere Franken pro Minute ausgeben könnte. Deshalb muss angenommen werden, der Spielbeweggrund bestehe im Wunsch, einen geldwerten Gewinn zu erzielen und nicht an der Freude am Spiel als solchem. Das unterscheidet den fraglichen Automaten wesentlich von anderen Spielgeräten, die in der Regel für einen Geldeinsatz eine wesentlich längere Spieldauer bieten und einen gewissen Unterhaltungswert aufweisen.

Daraus ist zu schliessen, dass es sich beim Super Cherry 600 aufgrund seiner Beschaffenheit um einen Geldspielautomaten handelt, der unter das Spielbankengesetz fällt. Das Departement hat somit entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers den rechtserheblichen Sachverhalt nicht unvollständig oder mangelhaft festgestellt, wenn es darauf verzichtet hat, eingehende Beweiserhebungen über die tatsächliche Verwendung des fraglichen Automaten durchzuführen.

Dass es nur wenige Strafurteile konkret erwähnt oder vorgelegt hat, die auf einen Missbrauch hindeuten, ist deshalb nicht massgebend. Im Übrigen belegen das in den Akten befindliche Strafurteil sowie die dokumentierten Äusserungen der zuständigen kantonalen Stellen in hinreichendem Mass, dass Geräte des Typs Super Cherry 600 regelmässig zum Spielen um Geld missbraucht werden. In diesem Sinne hat das Bundesgericht im Rahmen eines staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens entschieden, dass es jedenfalls nicht auf einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung beruhe, wenn das kantonale Gericht annehme, der erwähnte Gerätetyp werde nach gängiger Praxis so verwendet, dass die Spieler im

Gewinnfall Geld ausbezahlt erhielten (nicht veröffentlichtes Urteil vom 9. Februar 2000 i.S. D., E. 3c und d).

### **E. 3**

a) Der Beschwerdeführer macht eventualiter geltend, es hätte ihm gestützt auf den Vertrauensgrundsatz eine längere Übergangsfrist gewährt werden müssen, zumal die Automaten, die er aufgrund der Feststellungsverfügung vom 1. Mai 1996 erworben habe, noch lange nicht amortisiert seien. Es müsse ihm in analoger Anwendung von Art. 60 Abs. 2 SBG zumindest eine Übergangsfrist von fünf Jahren gewährt werden, damit ihm kein Schaden entstehe.

Wie bereits dargelegt (s. vorne E. 1c), beurteilt sich der Weiterbetrieb des fraglichen Geräts grundsätzlich nach dem neuen, seit dem 1. April 2000 geltenden Recht, welches sich indessen in der hier interessierenden Frage nicht verändert hat. Eine übergangsrechtliche Problematik ergibt sich deshalb nicht aufgrund geänderter gesetzlicher Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern in erster Linie vor dem Hintergrund, dass das Departement früher eine sehr grosszügige Zulassungspraxis für Spielautomaten gepflegt hatte. Nachdem die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit dieser Praxis seit längerem in Frage gestellt worden war, hatten die Bundesbehörden ab Frühjahr 1996 wiederholt in Aussicht gestellt, die bisherige Praxis zu überprüfen und zu verschärfen (vgl. BBl 1997 149 f., 159; Amtl. Bull. S 1997 1305 f., N 1998 1886 ff.). Als Ergebnis dieser Überprüfung erliess der Bundesrat am 22. April 1998 die Geldspielautomatenverordnung, worin die Glücks- und die Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne des alten Spielbankengesetzes klarer definiert wurden ( Art. 2 Abs. 2 und 3 GSAV ; vgl. BGE 125 II 152 E. 4b und c S. 161 f.). Übergangsrechtlich sah die Verordnung vor, dass die vom Departement für Geldspielautomaten erteilten Homologationen ihre Gültigkeit mit dem Inkrafttreten der Verordnung am 22. April 1998 verlieren (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 GSAV ), dass aber homologierte Geldspielautomaten, die bereits in Betrieb standen, an ihrem bisherigen Standort und in bisherigem Umfang weiter betrieben werden können ( Art. 10 GSAV ). Mit dem Inkrafttreten des neuen Spielbankengesetzes am 1. April 2000 sind dessen eigene Übergangsbestimmungen an die Stelle derjenigen der Geldspielautomatenverordnung getreten ( Art. 13 Abs. 2 GSAV und Art. 60 f. SBG).

b) Gemäss Art. 60 SBG dürfen nach der bisherigen Praxis homologierte Geschicklichkeitsspielautomaten, die nach der neuen Gesetzgebung als Glücksspielautomaten gelten, nur noch in Grands Casinos oder Kursälen betrieben werden (Abs. 1); die Kantone können jedoch während einer Übergangsfrist von fünf Jahren, mithin bis zum 31. März 2005, in Restaurants und anderen Lokalen den Weiterbetrieb von je höchstens fünf Automaten nach Absatz 1 zulassen, soweit diese vor dem 1. November 1997 in Betrieb waren (Abs. 2).

Art. 60 SBG wurde erst in den parlamentarischen Beratungen eingefügt (Amtl. Bull. S 1997 1326 ff., N 1998 1944 ff.).

Die Bundesversammlung wollte damit die politisch stark umstrittene Frage regeln, was mit den nach alter Praxis homologierten sogenannten unechten Geschicklichkeitsspielautomaten geschehen soll. Mit dieser gesetzlichen Regelung hat der Bundesgesetzgeber abschliessend und für das Bundesgericht verbindlich (vgl. Art. 191 BV ) das Schicksal der nach alter Praxis zugelassenen unechten Geschicklichkeitsspielautomaten geregelt. Ein darüber hinausgehender, auf den

Vertrauensgrundsatz gestützter Anspruch auf den Weiterbetrieb von altrechtlich zulässigen Geräten kann insoweit nicht bestehen.

Der Super Cherry 600 wurde nach der alten Praxis nicht als Geschicklichkeitsspielautomat homologiert. Vielmehr wurde ursprünglich festgestellt, dass es sich dabei gar nicht um einen Geldspielautomaten handle. Die grosszügige Zulassungspraxis des Departements galt demnach nicht nur für die Qualifikation als Geschicklichkeitsspielautomat, sondern auch für diejenige als Nichtgeldspielautomat. Obwohl sich die übergangsrechtliche Frage bezüglich der früher als Nichtgeldspielautomaten zugelassenen und nach dem neuen Spielbankengesetz bzw. der neuen Praxis verbotenen Geräte ebenso stellt wie für den in Art. 60 SBG berücksichtigten Fall der homologierten Geschicklichkeitsspielautomaten, wird sie vom Gesetz nicht beantwortet. Für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers bestehen indessen keine Anzeichen:

Die Bundesversammlung diskutierte die Frage nur unter dem Aspekt der Unterscheidung von Geschicklichkeitsspielautomaten und Glücksspielautomaten, weil sie sich offensichtlich nicht bewusst war, dass sich das Problem auch hinsichtlich der Abgrenzung der Geldspielautomaten von den Nichtgeldspielautomaten stellt. Ein Offenlassen der Frage würde zu einer unklaren Rechtslage hinsichtlich dieser Geräte führen. Es liegt daher eine echte Lücke vor, die richterrechtlich zu füllen ist ( Art. 1 Abs. 2 ZGB ; BGE 126 III 129 E. 4 S. 138).

c) Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die nach alter Praxis als Nichtgeldspielautomaten beurteilten Geräte rechtlich anders zu behandeln wären als die damals als Geschicklichkeitsspielautomaten zugelassenen.

Art. 60 Abs. 1 SBG will die nach der zu grosszügigen bisherigen Praxis zugelassenen Geräte ausserhalb von Grands Casinos und Kursälen generell nicht mehr erlauben, weshalb nicht nur die homologierten Geschicklichkeitsspielautomaten, sondern auch die früher zu Unrecht als Nichtgeldspielautomaten qualifizierten Geräte unter dieses Verbot fallen müssen. Analoges trifft auf die Übergangsregelung von Art. 60 Abs. 2 SBG zu: Diese lässt während einer fünfjährigen Übergangsfrist in Restaurants und anderen Lokalen den Weiterbetrieb von je höchstens fünf Geräten zu, die unbestrittenermassen Geldspielautomaten sind, aber früher als Geschicklichkeitsspielautomaten zugelassen waren. Erst recht muss diese Übergangsfrist für Geräte gelten, die nach alter Praxis nicht einmal als Geldspielautomaten eingestuft wurden.

Die Lückenfüllung hat daher so zu erfolgen, dass die Übergangsregelung von Art. 60 SBG auch auf Geräte anzuwenden ist, die nach der bisherigen Praxis als Nichtgeldspielautomaten qualifiziert wurden, heute indessen als Geldspielgeräte unter das Spielbankengesetz fallen. Die vom Departement gegen die Gewährung einer fünfjährigen Übergangsfrist erhobenen Einwände, wonach bei den unechten Punktespielautomaten mangels eines Auszahlungsmechanismus sowie entsprechender Zähler und Kontrollinstrumente die Gefahr bestehe, dass die kantonale festgelegten Einsatz- und Gewinnhöhen beliebig überschritten und die Unternehmenssteuern hinterzogen würden, greifen nicht, da hier einzig zu beurteilen ist, ob die Automaten bundesrechtlich zulässig sind. Den Kantonen steht es ohnehin frei, Apparate zu verbieten, bei denen die Gefahr der Umgehung kantonaler Vorschriften besteht, oder die Zulassung an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen wie beispielsweise an das Anbringen von Kontrollinstrumenten.

Im Übrigen kann auch bei den bisher als Geschicklichkeitsspielautomaten homologierten Geräten mit Auszahlungsmechanismus nicht verhindert werden, dass zusätzlich zu dem offiziell ausbezahlten Gewinn unter der Hand weitere Gewinne entrichtet werden. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis des Missbrauchspotenzials im Rahmen einer Interessenabwägung in Art. 60 Abs. 2 SBG eine Übergangsfrist festgelegt und damit in Kauf genommen, dass allfällige Gesetzesumgehungen nicht sofort aufhören.

d) Der Apparat Super Cherry 600 ist nach dem neuen Recht als Geldspielautomat zu beurteilen (s. vorne E. 2c).

Dies hat zur Folge, dass er grundsätzlich ausserhalb von Grands Casinos und Kursälen nicht mehr zulässig ist; vorbehalten bleibt allerdings eine allfällige Qualifikation als Geschicklichkeitsspielautomat durch die Spielbankenkommission (s. vorne E. 1d/bb). Die Kantone sind berechtigt, nicht jedoch verpflichtet, in dem in Art. 60 Abs. 2 SBG vorgesehenen Rahmen den Weiterbetrieb von vom Bund früher zugelassenen Automaten zu gestatten. In denjenigen Kantonen, in denen der Super Cherry 600 bisher bereits verboten war, ergibt sich keine Änderung, soweit das kantonrechtliche Verbot nicht für den Rest der Übergangsfrist aufgehoben wird. In denjenigen Kantonen, in denen die Automaten bewilligt wurden, bleiben die entsprechenden Bewilligungen (im Rahmen von Art. 60 Abs. 2 SBG) in Kraft, solange sie nicht gestützt auf das kantonale Recht widerrufen werden.

Wenn das kantonale Recht für die Zulassung auf die bundesrechtliche Qualifikation der Geräte abstellt, werden die kantonalen Behörden zu berücksichtigen haben, dass der Automat richtigerweise als Geldspielautomat zu betrachten ist. Sie können im Rahmen der Beurteilung, ob bisherige Bewilligungen zu widerrufen oder nicht zu erneuern sind, die entsprechenden Konsequenzen ziehen. Damit bleibt die Zulassung des fraglichen Geräts vorderhand den Kantonen überlassen, was die vom Departement angestrebte Rechtsklarheit erschweren mag. Dieser Umstand ergibt sich indessen direkt aus Art. 60 Abs. 2 SBG (s. vorne E. 3c) und entspricht der Tatsache, dass bisher bereits kantonale unterschiedliche Regelungen bestanden.

e) Bei dieser Rechtslage ist es sowohl unerheblich, ob die angefochtene Widerrufsverfügung nach dem alten, bis zum 31. März 2000 in Kraft gewesenen Recht zulässig gewesen wäre, als auch, ob das streitige Gerät unter die bis zu diesem Zeitpunkt anwendbare Übergangsregelung der Art. 9 und 10 GSAV gefallen wäre. Stichtag für die Anwendung des Art. 60 Abs. 2 SBG ist der 1. November 1997. Soweit die betreffenden Geräte vor diesem Datum in Betrieb waren, fallen sie unter diese Bestimmung und können von den Kantonen im genannten Umfang bis zum Ablauf der Übergangsfrist auch ausserhalb von Grands Casinos und Kursälen zugelassen werden. Die angefochtene Verfügung vom 21. Dezember 1999 vermag an dieser Rechtslage nichts zu ändern; insbesondere kann sie nicht rückwirkend für die Zeit vor dem 1. November 1997 die Geräte als unzulässig erklären. Umgekehrt dürfen Automaten, die vor diesem Zeitpunkt noch nicht in Betrieb waren, aufgrund des neuen Gesetzes ab dem 1. April 2000 nicht mehr zugelassen werden, selbst wenn die Widerrufsverfügung altrechtlich unzulässig gewesen sein sollte.

#### **E. 4**

Demnach ist der Antrag, die Widerrufsverfügung sei aufzuheben, durch das im Verlauf des bundesgerichtlichen Verfahrens erfolgte Inkrafttreten des neuen Rechts gegenstandslos geworden und der entsprechende Rechtsstreit abzuschreiben ( Art. 72 BZP i.V.m. Art. 40 OG ). Hingegen ist aufgrund des nach wie vor daran bestehenden Rechtsschutzinteresses

festzustellen, dass der Apparat Super Cherry 600 als Geldspielautomat zu qualifizieren ist. Im Sinne einer teilweisen Gutheissung des Eventualantrags ist weiter festzustellen, dass das fragliche Gerät unter die Übergangsregelung von Art. 60 SBG fällt.

Der Beschwerdeführer ist damit im Hauptantrag in der Sache unterlegen, im Eventualantrag aber zum Teil durchgedrungen.

Es ist ihm daher eine reduzierte Gerichtsgebühr aufzuerlegen. Das teilweise unterliegende Departement hat keine Kosten zu tragen ( Art. 156 Abs. 1 - 3 OG i.V.m. Art. 72 BZP ). Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist praxisgemäss keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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