

# **BGer 2A.267/2003 vom 17. Dezember 2003**

Bundesgericht, 2003-12-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.267\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.267_2003)

FR: TF 2A.267/2003 du 17 décembre 2003

IT: TF 2A.267/2003 del 17 dicembre 2003

## **Regeste**

Öffentliche Finanzen & Abgaberecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet ein Beschwerdeentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken über die Qualifikation des Spielautomaten "Roulino Plus". Hiergegen steht zwar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 54 SBG ; Art. 5 VwVG i.V.m. Art. 97 und 98 lit. e OG ), da es dabei nicht um das technische Genügen einer Anlage als Voraussetzung für deren Zulässigkeit, sondern um deren rechtliche Qualifikation geht (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. e OG ; Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E. 1). Auf die vorliegende Eingabe ist jedoch aus den nachfolgenden Gründen mangels Legitimation der Beschwerdeführerin weitgehend nicht einzutreten.

### **E. 1.2.1**

Beschwerdebefugt ist, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat ( Art. 103 lit. a OG ). Zudem muss die beschwerdeführende Partei am Verfahren vor der unteren Instanz teilgenommen haben und mit ihren Anträgen dort ganz oder teilweise unterlegen sein ("formelle Beschwer"). Das Bundesgericht verzichtet auf dieses Erfordernis nur, wenn sie hierzu - ohne eigenes Verschulden - nicht in der Lage war oder die spezifische Verfahrensordnung eine entsprechende Ausnahme vorsieht (vgl. BGE 123 II 115 E. 2a S. 117; 116 Ib 418 E. 3a S. 426; 108 Ib 92 E. 3b/bb S. 94; Urteil 2A.130/1997 vom 2. Oktober 1997, E. 3a; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 155; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 542; Rhinow/ Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1272).

### **E. 1.2.2**

Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung der Spielbankenkommission vom 28. März 2002 zwar bei der Rekurskommission angefochten, in der Folge aber den Kostenvorschuss verspätet geleistet, weshalb auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden konnte. Nachdem sie es sich damit selber zuzuschreiben hat, dass sie am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war, kann sie den von einer anderen Partei dort erwirkten Beschwerdeentscheid, welcher an die Stelle der ursprünglichen Verfügung getreten ist, nur anfechten, falls ihre Position dadurch verschlechtert wurde. Dies ist zum Vornherein nicht der Fall, soweit die Rekurskommission den "Roulino Plus" in Bestätigung des bei ihr angefochtenen Entscheids als Geldspielautomaten nach neuem Recht qualifiziert hat. Zwar hat sie diesbezüglich das

Dispositiv der ursprünglichen Verfügung in dem Sinne ergänzt, als sie präzisierte, dass es sich dabei um einen Geldspielautomaten "im Sinne der eidgenössischen Spielbankengesetzgebung ( Art. 58 ff. VSBG )" handle (statt einen Geldspielautomaten "im Sinne des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken"), dabei ging es aber nur darum, klar zu stellen, dass das Gesetz selber den Begriff des "Geldspielautomaten" nicht kennt und dieser bloss Gegenstand der Ausführungsgesetzgebung dazu bildet. Materiell war damit keine Änderung der Rechtslage verbunden, weshalb die Beschwerdeführerin dadurch nicht anders berührt wird als durch die ursprünglich angefochtene Verfügung. Soweit sie die Qualifikation des "Roulino Plus" als Geldspielautomat in Frage stellt, ist deshalb weder auf ihre materiellen (u.a. Vertrauensschutz) noch auf ihre formellen Rügen (Verletzung des rechtlichen Gehörs) einzutreten. Das Gleiche gilt, soweit die Rekurskommission die Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung vom 28. März 2002 aufgehoben hat. Darin untersagte die Spielbankenkommission unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG , das Gerät "Roulino Plus" zum Betrieb aufzustellen. Durch das Dahinfallen dieser Ziffer ist die Beschwerdeführerin nicht belastet und sie hat deshalb kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der entsprechenden Korrektur.

### **E. 1.2.3**

Schliesslich erscheint auch zweifelhaft, ob ihr ein solches, wie sie annimmt, insofern zukommt, als die Rekurskommission die Feststellung der Spielbankenkommission in Ziffer 1 ihrer Verfügung gestrichen hat, wonach der Apparat "Roulino Plus" unter die Übergangsbestimmung von Art. 60 SBG falle. Die Rekurskommission hielt diese Erklärung für verfrüht, da die Spielbankenkommission in ihrem Entscheid nur habe prüfen wollen, ob es sich beim "Roulino plus" - wie vom EJPD altrechtlich angenommen - um einen nicht unter die Spielbankengesetzgebung fallenden Unterhaltungsspielautomaten oder um einen Geldspielautomaten handle, der ihr im Sinne von Art. 58 VSBG vor Inbetriebnahme zur Prüfung der Frage vorgeführt werden müsse, ob er als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomat zu qualifizieren sei. Damit ist noch nicht definitiv darüber entschieden, ob die Beschwerdeführerin bezüglich ihrer "Roulino Plus"-Apparate nicht doch in den Genuss der Übergangsbestimmungen von Art. 60 SBG kommen wird. Die Frage, ob sie allein durch die mit dem angefochtenen Entscheid diesbezüglich verbundene - rein formelle - Schlechterstellung (Aufhebung der entsprechenden positiven Feststellung) bereits hinreichend berührt ist, um hiergegen Beschwerde führen zu können, braucht nicht vertieft zu werden, da sich ihre Eingabe in diesem Punkt so oder anders als unbegründet erweist.

### **E. 2.1**

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). Das Bundesgericht hat erkannt, dass kein sachlicher Grund besteht, die nach alter Praxis als Nichtgeldspielautomaten beurteilten Geräte rechtlich insofern anders zu behandeln als die damals als Geschicklichkeitsspielautomaten zugelassenen. Art. 60 Abs. 1 SBG wolle 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 Apparate unter dieses Verbot fielen. Analoges gelte für die Übergangsregelung von Art. 60 Abs. 2 SBG ; diese finde auch auf Geräte Anwendung, die nach der bisherigen Praxis als Nichtgeldspielautomaten qualifiziert worden seien, heute indessen als Geldspielgeräte unter das Spielbankengesetz fielen. Vorbehalten bleibe die Frage, ob es sich beim jeweiligen Apparatetyp um einen nicht in die Bundeskompetenz fallenden Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit nach neuem Recht handle (vgl. Art. 106 Abs. 4 BV ); diesbezüglich hätten die Betreiber die Möglichkeit einen entsprechenden Entscheid bei der Spielbankenkommission zu erwirken ( Art. 61 VSBG ; vgl. die Urteile 1A.42-49/2000 vom 7. Juli 2000, E. 2d u. 4, sowie 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 3).

### **E. 2.2**

Die Eidgenössische Spielbankenkommission hat geprüft, ob an der noch vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement vorgenommenen Qualifikation des "Roulino plus" als Unterhaltungsautomat unter dem neuen Recht festgehalten werden kann. Sie verneinte dies und kam zum Schluss, dass es sich dabei nunmehr um einen Geldspielautomaten handle, der ihr vor Inbetriebnahme zum Entscheid darüber vorzuführen sei, ob er als ein (über die Übergangsbestimmungen von Art. 60 SBG hinaus) in die kantonale Kompetenz fallender Geschicklichkeitsautomat ( Art. 106 Abs. 4 BV ; Marc D. Veit, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 9 zu Art. 106) oder aber als Glücksspielautomat zu qualifizieren sei, der - ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 60 Abs. 2 SBG - definitiv nur noch in Grands Casinos und Kursälen betrieben werden darf. Wenn die Rekurskommission festgestellt hat, dass unter diesen Umständen gestützt auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid noch nicht (definitiv) feststehe, ob Art. 60 SBG letztlich tatsächlich zur Anwendung komme, weshalb dies im Dispositiv auch (noch) nicht habe festgestellt werden können, ist dies logisch richtig und nicht bundesrechtswidrig. Zwar hat die Spielbankenkommission den "Roulino Plus" nach den selben Grundsätzen geprüft, wie sie vom Bundesgericht seinen Entscheiden zu den ähnlich funktionierenden Apparaten "Cup Final" und "Treble Chance Fun" zugrunde gelegt wurden, wobei das Gericht bei diesen Geräten zum Schluss gekommen war, dass sie - vorbehältlich einer Qualifikation als nicht in die Kompetenz des Bundes fallende Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit - übergangsrechtlich unter Art. 60 Abs. 2 SBG fielen (vgl. Urteil 1A.42-49/2000 vom 7. Juli 2000, E. 4), doch ging die Spielbankenkommission in ihren Erwägungen nur auf die Frage der Vorführpflicht als Geldspielgerät ein, ohne gleichzeitig festzustellen, dass kein Geschicklichkeitsspielautomat mit Gewinnmöglichkeit vorliegt. Nur insofern - aus rein logisch-formellen Gründen - hat die Rekurskommission den bei ihr angefochtenen Entscheid deshalb im Dispositiv korrigiert und den Erwägungen der Spielbankenkommission angepasst. Materiell hat sie sich zur Anwendbarkeit von Art. 60 Abs. 2 SBG nicht geäußert und auch nicht äussern wollen. Diesbezüglich gilt die bundesgerichtliche Praxis, dass neurechtlich als Geldspielautomaten zu qualifizierende Apparate, welche altrechtlich als Geschicklichkeits- bzw. Unterhaltungsspielautomaten homologiert wurden, an sich unter die Übergangsregelung von Art. 60 Abs. 2 SBG fallen. Für den "Roulino Plus" gilt dies, falls nicht in einem weiteren Entscheid festgestellt wird, dass es sich dabei um einen Geschicklichkeitsspielautomaten nach neuem Recht handelt. Im Rahmen der bestehenden Praxis (vgl. die Kreisschreiben der Spielbankenkommission vom

29. Mai 2000, 30. April 2001 und 31. Oktober 2002; Urteile 2A.131/2002 vom 13. Juni 2002, 2A.163/2002 vom 3. Juni 2002 und 2A.98/2001 vom 17. September 2001) können damit höchstens je fünf "Rouolino Plus"-Apparate, die vor dem 1. November 1997 in Betrieb waren, in jenen Kantonen, die dies zulassen, in Restaurants und anderen Lokalen bis zum 1. April 2005 weiter betrieben werden. Neue Apparate dürfen - ausserhalb von Grands Casinos und Kursälen - nur aufgestellt werden, falls eine Zulassung als Geschicklichkeitsspielautomat im Sinne der neuen Gesetzgebung erfolgt (vgl. Art. 3 Abs. 3 SBG ; Art. 60 u. 61 VSBG ).

### **E. 3.1**

Nach dem Gesagten ist auf die vorliegende Beschwerde weitgehend nicht einzutreten. Da die von der Vorinstanz am Dispositiv des Entscheids der Spielbankenkommission angebrachte Korrektur in Bezug auf Art. 60 SBG nicht bundesrechtswidrig ist, aber zu Missverständnissen Anlass geben kann, rechtfertigt es sich, insofern die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abzuweisen.

### **E. 3.2**

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (vgl. Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG ). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet (vgl. Art. 159 OG ).

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