

BGer 2C_693/2011 vom 10. April 2012

Bundesgericht, 2012-04-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_693_2011

FR: TF 2C_693/2011 du 10 avril 2012

IT: TF 2C_693/2011 del 10 aprile 2012

Erwägungen

E. 1

Die Eingaben der Betroffenen sind schon von der ersten und zweiten Instanz gemeinsam behandelt worden. Da die Beschwerden ähnliche Rechtsfragen aufwerfen, rechtfertigt es sich, die bundesgerichtlichen Verfahren 2C_693/2011 und 2C_744/2011 ebenso zu vereinigen, auch wenn die Rechtsbegehren und Argumentationen der Beschwerdeführerinnen nicht ganz identisch sind (vgl. Art. 24 BZP i. V. m. Art. 71 BGG).

E. 2.1

Volk und Stände haben in der Volksabstimmung vom 11. März 2012 den Bundesbeschluss vom 29. September 2011 über die Regelung der Geldspiele zugunsten gemeinnütziger Zwecke angenommen und damit der Revision von Art. 106 BV zugestimmt. Diese Verfassungsänderung hat auf die vorliegend zu beurteilende Streitsache keine Auswirkungen: Der angefochtene Entscheid bestätigt die Verfügung der ESBK vom 26. August 2010, wonach das Gerät "Super Competition" als Glücksspielautomat qualifiziert und seine Verwendung ausserhalb konzessionierter Spielbanken verboten wird. Hiegegen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerinnen, die das entsprechende Gerät vertreiben, sind durch den angefochtenen Entscheid formell beschwert bzw. materiell berührt und zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerden hingegen, soweit damit die Aufhebung der Verfügung der ESBK vom 26. August 2010 verlangt wird. Diese ist durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ersetzt worden (Devolutiveffekt) und gilt inhaltlich als mitangefochten (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144).

E. 2.2

Mit der Beschwerde kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG).

E. 3.1

Die Lotterien unterstehen dem Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (Lotteriegesetz, LG; SR 935.51). Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen

oder Nummern oder durch ein ähnlich auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird (Art. 1 Abs. 2 LG). Das Spielbankengesetz hingegen regelt das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile (Art. 1 Abs. 1 SBG): Glücksspiele sind Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt; Glücksspielautomaten sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft (Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG). Glücksspiele dürfen nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden (Art. 4 Abs. 1 SBG).

Das Spielbankengesetz ist der Grunderlass der schweizerischen Glücksspielordnung (BGE 133 II 68 E. 3), das Lotteriegesezt demgegenüber ist *lex specialis* gegenüber dem Spielbankengesetz; alles was vom Lotteriegesezt erfasst wird, untersteht nicht dem Spielbankengesetz (Art. 1 Abs. 2 SBG ; BGE 137 II 222 E. 6.2/6.3; 133 II 68 E. 3.2).

E. 3.2

Demgemäss hat die Vorinstanz richtigerweise in einem ersten Schritt geprüft, ob der Spielautomat "Super Competition" unter das Lotteriegesezt fällt. Nachdem sie dies verneint hat (E. 3 des angefochtenen Entscheides), prüfte sie - ebenso folgerichtig - ob das fragliche Gerät ein Glücksspiel anbietet. Diese Frage hat sie bejaht (E. 4 des angefochtenen Entscheides).

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin 1 vertritt dagegen die Auffassung, das Gerät falle unter das Lotteriegesezt und könne deshalb kein Glücksspiel im Sinne des Spielbankengesetzes sein (dazu nachfolgend E. 4). Die Beschwerdeführerin 2 trägt vor, der Spielautomat falle nicht unter das Spielbankengesetz, weil er auch gratis gespielt werden könne (dazu nachfolgend E. 5); wegen dieser Gratisspielmöglichkeit falle er auch nicht unter das Lotteriegesezt.

E. 4.1

Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Lotterie im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG vor, wenn die vier dazu wesentlichen Bestandteile (1. Leistung eines Einsatzes oder Abschluss eines Rechtsgeschäfts, 2. Aussicht auf einen vermögensrechtlichen Vorteil, d.h. auf einen Gewinn, 3. Vorliegen eines aleatorischen Moments, das einerseits bestimmt, ob ein Gewinn erzielt wurde, und das andererseits dessen Grösse oder Beschaffenheit festlegt, 4. Planmässigkeit) gegeben sind (BGE 137 II 222 E. 7.1 S. 227; 133 II 68 E. 7.2 S. 75; 125 IV 213 E. 1a S. 215). Es ist vor allem das Element der Planmässigkeit, welches die Unterscheidung eines Glücksspiels von einer Lotterie ermöglicht (BGE 137 II 222 E. 7.1 S. 227; 164 II E. 3.1 S. 168).

Umstritten ist vorliegend neben dem Kriterium des Geldeinsatzes (dazu nachfolgend E. 5) das Kriterium der Planmässigkeit. Massgebend für dessen Prüfung ist die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung; die Annahme des revidierten Verfassungsartikels (Art. 106 BV) ändert daran nichts (vorne E. 2.1), zumal auch noch keine Ausführungsgeseztgebung besteht (dazu auch BGE 137 II 164 E. 3; 137 II 222 E. 7.2 S. 229).

E. 4.2

Gemäss feststehender Praxis wird für das Kriterium der Planmässigkeit das Bestehen eines Plans verlangt, der zum Voraus genau die Gewinne bestimmt, die vom Veranstalter zuerkannt werden, sodass dieser sein eigenes Risiko ausschliessen kann. Dies ist dann der

Fall, wenn er die Höhe der angebotenen Geldbeträge oder Waren begrenzt (klar definierte Gewinne). Verspricht er dagegen jedem Teilnehmer einen Preis, ohne deren Anzahl vorher bestimmen zu können, läuft er hingegen Gefahr, bedeutende Beträge entrichten zu müssen, ohne sie vorher festlegen bzw. deren Höhe vorhersehen zu können. In diesem Fall fehlt es an der Planmässigkeit (BGE 137 II 164 E. 4 S. 170 ff.; 137 II 222 E. 7.1 S. 228). Die Bestimmung des Risikos auf der Grundlage einer Wahrscheinlichkeitsrechnung reicht grundsätzlich für die Annahme der Planmässigkeit nicht aus (BGE 137 II 164 E. 4.2.1 und 4.2.2 S. 171 f.).

E. 4.3

Nach den zwar etwas knappen Feststellungen der Vorinstanz zu den Geräte- und Spielspezifikationen, die allerdings einer Zusammenfassung der bei den Akten liegenden Gerätebeschreibungen entsprechen und für welche sie sich auf die "Technische Geräteanalyse" der ESBK vom 14. Dezember 2009 stützen konnte, verfügt der Spielautomat "Super Competition" über eine Haupttabelle, dessen Positionen die Gewinne und Verluste für 10'000 Spiele abspeichert. Pro Einsatzmöglichkeit (Fr. --.50, Fr. 1.--, Fr. 2.--, Fr. 3.--, Fr. 4.--, Fr. 5.--) generiert der Automat zwei Gewinn Tabellen, welche die gleichen Gewinne, aber auf unterschiedlichen Positionen enthalten. Damit existieren pro Einsatzmöglichkeit jeweils zwei Tabellen mit je 10'000 Positionen; wobei nach jedem Spiel eine zufällige Umschaltung zwischen diesen beiden Tabellen erfolgt.

Weiter stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, aus der Haupttabelle lasse sich zwar das unternehmerische Risiko für 10'000 Spiele exakt berechnen ("Grundrisiko"). Da die beiden Gewinn Tabellen pro Einsatzmöglichkeit jeweils auf der Haupttabelle beruhten und lediglich die Positionen verändert würden, ergebe sich pro Einsatzmöglichkeit ein unternehmerisches "Grundrisiko" x 2, woraus sich ein Gesamtrisiko berechnen liesse, welches jeweils nach 20'000 Spielen ("Spieldurchgang") immer dasselbe sein müsste. Im Gegensatz zu einer "ordentlichen" Lotterie seien beim "Super Competition" aber die Gewinn Tabellen nie zum selben Zeitpunkt abgearbeitet und es finde somit kein eigentliches Ende eines Spieldurchganges statt. Weil nach dem Abarbeiten einer Gewinn Tabelle sowohl im Basis- wie auch im Risikospiele umgehend eine neue generiert werde, variere das Gesamtrisiko pro Einsatzmöglichkeit in Franken nach 20'000 Spielen immer; hinzu komme, dass die Gewinne des Spielers massgeblich von seinem Erfolg im Risikospiele abhängen würden.

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin 1 rügt diese Feststellungen als aktenwidrig; wenn "das Grundrisiko wie von der Vorinstanz zutreffend festgestellt Null" ergebe, "bleib(e) auch bei einem Mehrfachen diese Grundrisikos dasselbe nach Adam Riese bei Null" (S. 4 der Beschwerdeschrift).

Mit dieser Rüge wird die für die Vorinstanz entscheidende Sachverhaltsfeststellung, wonach das Gesamtrisiko pro Einsatzmöglichkeit variere und der Gewinn des Spielers wesentlich von seinem Erfolg im Risikospiele abhängen, nicht offensichtlich unrichtig. Das Bundesverwaltungsgericht sagt entgegen den Darlegungen der Beschwerdeführerin 1 nichts von einem "Risiko Null". Dass auch bei einer Lotterie nie alle Lose verkauft werden und damit dem Veranstalter ein gewisses Risiko verbleibt, ist zwar richtig und relativiert das Kriterium der Planmässigkeit. Insofern ist die Kritik der Beschwerdeführerin 1 berechtigt; nach dem Gesagten kann auch bei Lotterien das wirtschaftliche Risiko nicht auf jeden Franken genau kalkuliert werden. Entscheidend ist aber bei der Beurteilung der

Planmässigkeit, dass bei einer Lotterie die Gesamtpreissumme vom Veranstalter festgelegt wird und insofern die Spieler nicht gegen den Veranstalter, sondern gegen die anderen Spieler spielen (BGE 137 II 222 E. 7.3 E. 229). Dies ist beim "Super Competition" nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht der Fall. Zwar ist einzuräumen, dass es einen Grenzbereich gibt und die Abgrenzung, ob ein elektronisches Gerät in den Bereich des Lotteriegengesetzes fällt, nicht einfach ist (vgl. BGE 137 II 222 , Gerät "Tactilo"). Nach den Feststellungen der Vorinstanz (E. 4.3) ist eine Unterstellung des "Super Competition" unter dieses Gesetz aber zu verneinen.

E. 5.1

Es bleibt zu prüfen, ob der erwähnte Spielautomat unter die Spielbankengesetzgebung fällt und ein "Glücksspiel" anbietet (vorne E. 3.2): Voraussetzung für ein Glücksspiel ist, dass gegen "Leistung eines Einsatzes" gespielt wird (Art. 3 Abs. 1 SBG , vgl. auch Art. 1 Abs. 1 SBG). Was ohne Geldeinsatz gespielt wird, fällt nicht unter die Definition des Glücksspiels (Urteil 2C_312/2007 vom 13. November 2007 E. 5.2).

E. 5.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit der Prüfung, ob der "Super Competition" dem Lotterieggesetz unterstellt ist, die Gratisteilnahmemöglichkeit nicht weiter geprüft bzw. offen gelassen (E. 3.3), was nicht zu beanstanden ist, nachdem es für das Gericht schon feststand, dass es beim fraglichen Gerät bereits an der Planmässigkeit mangelt. Im Zusammenhang mit der Prüfung, ob es sich um einen Geldspielautomaten im Sinne des Spielbankengesetzes handle, hat die Vorinstanz dann erwogen, darüber sei schon in ihrem Urteil vom 4. Juni 2009 (B-8248/2008) - in bejahendem Sinne - rechtskräftig entschieden worden (E. 4.1.2 des angefochtenen Urteils). Dieser Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kann nicht gefolgt werden: Bei seinem Urteil vom 4. Juni 2009 ging es um den im laufenden Verfahren gefällten separaten Zwischenentscheid über die Zuständigkeit der ESBK zur Prüfung des "Super Competition"; nur diese Zuständigkeitsfrage konnte dort Streitgegenstand sein und rechtskräftig entschieden werden. Es ist die ESBK, die zu prüfen hat, ob es sich um einen Glücksspielautomaten handelt, der nur in konzessionierten Spielbanken betrieben werden darf (vgl. Art. 4 Abs. 1 SBG); ihre Zuständigkeit muss daher auch bejaht werden, wenn die Qualifikation des Gerätes noch offen ist. Wird die Zuständigkeit der ESBK bejaht, sagt dies noch nichts darüber aus, ob der Automat unter die Spielbankengesetzgebung fällt oder nicht; dies wird vielmehr erst nach einem - rechtskräftigen - Zuständigkeitsentscheid von der ESBK zu prüfen sein. Im Urteil B-8248/2008 wird dies denn auch klargestellt (E. 3.2.3.). Dass in diesem Urteil zugleich in allgemeiner Weise ausgeführt wird, es handle sich beim "Super Competition" um einen "Geldspielautomaten" (E. 3.2.2), kann nicht ausschlaggebend sein.

E. 5.3

Nach dem Gesagten fehlt es - da das Bundesverwaltungsgericht selber keine solchen getroffen hat - an verbindlichen (Art. 105 Abs. 1 BGG) Sachverhaltsfeststellungen zur Frage, ob der Spielautomat "Super Competition" unter die Spielbankengesetzgebung fällt oder nicht. Aufgrund der vorhandenen Akten kann das Bundesgericht den Sachverhalt aber selber feststellen (Art. 105 Abs. 2 BGG) und gestützt darauf diese rechtliche Qualifikation vornehmen (Art. 106 Abs. 1 BGG , vorne E. 2.2).

E. 5.4

Es wird von keiner Seite in Abrede gestellt, dass am "Super Competition" mit Geld gespielt werden kann. Die Beschwerdeführerin 2 macht nun aber geltend, es könne mit den absolut gleichen Gewinnchancen auch gratis gespielt werden, und verweist dazu auf die Gerätedokumentation in den Akten. Danach wird nach dem Aufruf der Internet-Seite "www.supercompetition.ch" eine "Menu-Abfolge" generiert, an deren Ziel die Übermittlung eines Freischalte-Codes auf das Endgerät des Spielers (Computer oder Handy) steht, mit dem dieser beim Betreiber des Automaten einen Gratis-Jeton einlösen kann (vgl. vorne lit. A.c und lit. A.d). Damit trifft zwar zu, dass am genannten Automaten auch kostenlos gespielt werden kann. Das dazu notwendige Vorgehen ist aber wesentlich komplizierter als der Einwurf von Münzen oder Noten (Angabe persönlicher Daten, Abwarten eines Codes, Zurücklegen des Wegs zum Lokalverantwortlichen, um den Jeton einzulösen). Zudem muss gemäss der Gerätedokumentation der Betreiber - d.h. in der Regel der Lokalinhaber - dem Spieler diesen Jeton gratis abgeben, was ein zusätzliches Erschwernis für die Erlangung des Gratisspiels darstellen kann.

E. 5.5

Das Bundesgericht hatte sich bereits verschiedentlich mit Gratisspielmöglichkeiten bzw. der Teilnahme an einem Spiel oder Wettbewerb ohne Leistung eines Einsatzes zu befassen. So hat es etwa im Rahmen der Lotteriegesetzgebung entschieden, dass keine lotterieähnliche Veranstaltung vorliegt, falls der Wettbewerb für das Durchschnittspublikum unmissverständlich als Gratisveranstaltung erkennbar ist, an der unabhängig von einem Einsatz mit gleichen Gewinnaussichten teilgenommen werden kann. In diesem in BGE 125 IV 213 beurteilten Fall ging es um einen Wettbewerb, bei dem die Lösung von allen Teilnehmern mit gleichen Gewinnaussichten sowohl über eine 156er-Telefonnummer mit Anbieteranteil als auch durch Einsendung einer Postkarte übermittelt werden konnte. In BGE 132 II 240 E. 3.1.2 S. 243 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt und entschieden, dass ein über Mehrwertdienstnummern betriebenes TV-Gewinnspiel, in dem nicht klar erkennbar mit gleichen Gewinnchancen unentgeltlich teilgenommen werden kann, eine widerrechtliche lotterieähnliche Veranstaltung darstellt. Diese Rechtsprechung (vgl. auch BGE 133 II 68 E. 7.2 S. 75) entwickelte das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 43 Abs. 2 der Verordnung vom 27. Mai 1924 zum Lotteriegesetz (Lotterieverordnung, LV; SR 935.511), wonach Preisausschreiben und Wettbewerbe jeder Art, an denen "nur" nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäftes teilgenommen werden kann, lotterieähnlich sind. Im Urteil 2C_312/2007 vom 13. November 2007 (E. 5.2) hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung auch auf Geldspielautomaten angewendet, allerdings dort die Voraussetzungen verneint. Nach Auffassung der ESBK gilt diese Rechtsprechung nur im Rahmen von Art. 43 Abs. 2 der Lotterieverordnung, nicht aber für die Qualifikation als Geldspielautomat, da in Art. 3 Abs. 1 SBG die Einschränkung "nur" nicht enthalten ist. Daraus folgert die ESBK, dass ein Spielautomat, der mit Geld bespielt werden kann, immer unter die Spielbankengesetzgebung fällt, auch wenn daneben eine Gratisspielmöglichkeit besteht (Verfügung vom 26. August 2010, E. 4).

E. 5.6

Die Auffassung der ESBK entspricht dem Wortlaut des Gesetzes. Im Auge zu behalten sind zudem die Ziele des Spielbankengesetzes: Es bezweckt einen sicheren und transparenten Spielbetrieb (Art. 2 Abs. 1 lit. a SBG). Es will zudem die Kriminalität und die Geldwäscherei in oder durch Spielbanken verhindern (Art. 2 Abs. 1 lit. b SBG) und den

sozialschädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs vorbeugen (Art. 2 Abs. 1 lit. c SBG). Gemäss der Botschaft zum Spielbankengesetz geht es darum, "das Glücksspiel um Geld oder andere vermögenswerte Vorteile insgesamt zu erfassen und es - unter Vorbehalt der Vorschriften des Lotterieggesetzes - grundsätzlich auf konzessionierte Spielbanken zu konzentrieren" bzw. "sozial schädliche Auswirkungen des Spielbetriebs nach Möglichkeit zu verhüten; u.a. durch frühzeitige Erfassung gefährdeter Spieler und deren Fernhaltung vom Spielbetrieb sowie durch ein Verbot aufdringlicher Werbung für Spielbanken" (BBl 1997 III 145 Ziff. 152 S. 156 f.).

Dieses Schutzbedürfnis könnte allenfalls dann verneint werden, wenn an einem Automaten wirklich in genau gleicher Weise gratis oder gegen Geldeinsatz gespielt werden könnte, denn niemand würde Geld einwerfen, wenn der Automat genau gleich auch ohne Geldeinwurf funktioniert. Das ist aber vorliegend klarerweise nicht der Fall: Die Geldeinwurfmöglichkeit ist viel einfacher bzw. unkomplizierter als die aufwendig ausgestaltete Möglichkeit, zu einem Gratisspiel zu gelangen (E. 5.4). Sie ist nicht zu vergleichen mit den Gratisspielen, wie sie in den vorne zitierten Urteilen (E. 5.5) zu beurteilen waren. Zwar ist formell das Gratisspiel nicht nur - wie in dem im Urteil 2C_312/2007 (E. 5.2/5.3) beurteilten Fall - beschränkt möglich, aber es besteht jedenfalls ohne weiteres die Möglichkeit, jederzeit und viel einfacher auch Geld einzuwerfen. Vom Schutzzweck des Spielbankengesetzes her (vgl. dazu auch BGE 136 II 291 E. 4 betreffend "Texas Hold'em"-Pokerturniere) ist dies ausschlaggebend. Der Geldspielautomat "Super Competition" untersteht damit der Spielbankengesetzgebung.

E. 5.7

Schliesslich stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, auch wenn der "Super Competition" vereinzelte Interaktionselemente aufweise, so beschränke sich sein Unterhaltungswert doch im Wesentlichen auf die Gewinnerwartungshaltung. Das Basisspiel laufe nach dem Startvorgang automatisch ab und das Risikospiel habe weniger mit der Geschicklichkeit des Spielers als vielmehr mit seiner Risikofreude zu tun; er habe kaum Möglichkeiten, den Spielablauf durch seine eigene Geschicklichkeit positiv zu beeinflussen (E. 4.2.3 des angefochtenen Entscheides, vgl. auch vorne lit. A.a und lit. A.b).

Diese Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt. Damit erfüllt der Spielautomat "Super Competition" die Kriterien eines Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG (und nicht diejenigen eines Geschicklichkeitsspielautomaten gemäss Art. 3 Abs. 3 SBG), weshalb auch die - von der ESBK gezogene und vom Bundesverwaltungsgericht geschützte - Schlussfolgerung, wonach das Gerät ausserhalb konzessionierter Spielbanken nicht betrieben werden dürfe, richtig ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 SBG).

E. 6

Nach dem Gesagten sind die Beschwerden als unbegründet abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den unterliegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 65/66 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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