

BGer 2C_91/2022 vom 18. November 2022

Bundesgericht, 2022-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_91_2022

FR: TF 2C_91/2022 du 18 novembre 2022

IT: TF 2C_91/2022 del 18 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts im Zusammenhang mit der Anwendung des Bundesgesetzes vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS [SR 935.51]) sind mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht anfechtbar (Art. 82 lit. a, Art. 83 [e contrario] und Art. 86 lit. a BGG). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten und die offensichtliche Fehlerhaftigkeit der Sachverhaltsfeststellung gilt dabei eine qualifizierte Begründungspflicht (Urteil 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 1.4.1, zur Publikation vorgesehen). 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; Urteil 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 1.4.2, zur Publikation vorgesehen). Unter diesem Vorbehalt ist auf die Beschwerde einzutreten, da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 42, Art. 100 Abs. 1 und Art. 89 Abs. 1 BGG).

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 gewerbmässigen Wetten (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 Geldspielwesens in der Schweiz zu schaffen.

E. 2.2

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]; Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.1 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen).

E. 2.3

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 hierfür eine Konzession (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGS ; BBl 2015 8387 ff. Ziff. 1.2.2 [S. 8407 f.]); diese kann zusätzlich

neu erlauben, 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 Interkantonalen Geldspielaufsicht (Gespa; Art. 21 BGS ; Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.2 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.2, zur Publikation vorgesehen).

E. 3.1

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. 2.7 [S. 8473]). Die 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 Fernmeldediensteanbieterinnen sperren den Zugang zu den Spielangeboten, die auf einer der Sperrlisten aufgeführt sind (Art. 86 Abs. 4 BGS).

E. 3.2

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 hiergegen 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. 3.3

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 Fernmeldediensteanbieterinnen mittels eines einfachen und gesicherten Verfahrens über die Sperrlisten in Kenntnis (Art. 88 Abs. 2 BGS). Gemäss Art. 92 der Geldspielverordnung (VGS [SR 935.511]) sperren die Fernmeldediensteanbieterinnen den Zugang zu den von der ESBK und der Gespa gemeldeten Spielangeboten innert höchstens fünf Arbeitstagen. Die Fernmeldediensteanbieterinnen bestimmen die Sperrmethode unter Berücksichtigung des Stands der Technik und des Verhältnismässigkeitsprinzips im Einvernehmen mit der ESBK und der Gespa (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 7.1 - 7.3 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 7.1 - 7.3, zur Publikation vorgesehen).

E. 4

Die Rügen in der vorliegenden Beschwerdeschrift decken sich mit jenen, die bereits im die Beschwerdeführerin betreffenden Urteil 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 zu behandeln waren. Es genügt unter diesen Umständen hier dessen Begründung in den Grundzügen in Erinnerung zu rufen; für die Details kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

E. 4.1

Das Bundesgericht ging im Urteil 2C_337/2021 davon aus, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer antizipierten Beweiswürdigung gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV nicht gehalten war, ein Gutachten zu den Sperrmöglichkeiten und der Problematik des "Overblocking" (Sperrung über das Nötige hinaus) einzuholen, nachdem die Beschwerdeführerin selber ein Gutachten eingereicht hatte, welches die verschiedenen technischen Umsetzungsmöglichkeiten von Netzsperrungen sowie deren jeweiligen Vor- und Nachteile darstellte, die entsprechenden Fragen Gegenstand der parlamentarischen Diskussionen sowie des Abstimmungskampfs rund um das Referendum bezüglich des Geldspielgesetzes gebildet und die Beschwerdeführerin nicht selber - zumindest ansatzmässig - dargelegt hatte, welche Art der Zugangssperre als besser geeignet und schonender gelten könnte als die im Rahmen des Geldspielgesetzes derzeitig praktizierte DNS-Sperre (vgl. das Urteil 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2). Dies gilt auch hier.

E. 4.2

Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, die Verfassungswidrigkeit der Netzsperrung als solche festzustellen und den Gesetzgeber einzuladen, die Art. 86 ff. BGS verfassungskonform auszugestalten bzw. ein Konzessionssystem einzuführen, welches den Zielen des Geldspielgesetzes tatsächlich gerecht werde, hat das Bundesgericht festgestellt, dass kein Anspruch des Einzelnen darauf besteht, dass es von der Möglichkeit, einen sog. "Appellentscheid" zu treffen, Gebrauch macht. Es bestehe im konkreten Fall kein Bedürfnis, zu einem solchen (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 4 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 4, zur Publikation vorgesehen). Das Bundesgericht hielt diesbezüglich, was auch hier gilt, fest:

"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) 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. 4.3.1

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; Urteil 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). 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 beschränkte (vgl. BGE 141 II 262 E. 2.2 [in fine] und 7.2 [in fine]; 135 II 338 E. 6.3.1 [zum Lotteriebereich]; Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 5.2 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.3.2

Das von der Beschwerdeführerin befürwortete offene Konzessionssystem für Online-Spiele im Spielbanken- und Grossspielbereich hat der Gesetzgeber diskutiert, aber ausdrücklich verworfen. Der Betrieb eines reinen "Online-Casinos" ist - sowohl im Inland als auch vom Ausland aus - unzulässig, wodurch ausländische Konkurrentinnen 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 wurden. Die Netzsperrung gemäss Art. 86 ff. BGS schützt das geschaffene Geldspielsystem, die Spielenden und die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor den Gefahren (Spielsucht, Spielmanipulation, Geldwäscherei usw.), welche von den Online-Geldspielen ausländischer Anbieterinnen ausgehen und erfolgt - anders als dies die Beschwerdeführerin sieht - nicht nur zu fiskalischen Zwecken bzw. zum Schutz der hiesigen Casinos (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 5.2 u. 5.3 sowie 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 5.2 u. 5.3, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.4

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. hierzu die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 6 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 6, zur Publikation vorgesehen). 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 497 ff., unter Hinweis auf die Botschaft zur Volksinitiative "Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls", 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. Diese legt - entgegen ihrer Begründungspflicht - auch hier nicht dar, inwiefern und unter welchem Titel die zitierte Rechtsprechung in der Schweiz Anwendung finden würde (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 6.3 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 6.3, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.5

Die konkrete Regelung und Umsetzung der Zugangssperre nach Art. 86 ff. BGS (vgl. die vorstehende E. 3) ist auch verhältnismässig (so die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8, zur Publikation vorgesehen) :

E. 4.5.1

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 müssten. Der blosser Umstand, dass der Zugang zu nicht bewilligten Webseiten 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 - deshalb 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 (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.2 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.2, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.5.2

Die DNS-Zugangssperre ist auch erforderlich: Im Gesetzgebungsverfahren wurden verschiedene andere 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) 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). 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 (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.3 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.3, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.5.3

Schliesslich besteht bei der gewählten Lösung auch eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (Zumutbarkeit) : Dem öffentlichen Interesse am Schutz vor exzessivem Spiel und anderen spielbezogenen Gefahren (Geldwäschereibekämpfung usw.) 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 Webseite verbundenen E-Mailverkehrs ab, wenn dieser - wie teilweise hier - mit dem unbewilligten Spielangebot in Zusammenhang steht bzw. zu dessen Realisierung dient (Kundenbetreuung, Abrechnungsverfahren, "Umgehungsempfehlungen" usw.; vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.4 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.4, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.5.4

Die beanstandete Methode der DNS-Sperrung ist mit einem geringeren "Overblocking"-Risiko verbunden als andere Sperrtechniken. Sie wird auch in anderen Bereichen (illegale Pornographie) und in anderen Staaten mit einem Geld- und Glücksspielmonopol eingesetzt, was als Indiz für eine gewisse minimale Sachgerechtigkeit gelten kann (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.5 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.5, zur Publikation vorgesehen). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin besteht mit dem Einspracheverfahren ein hinreichender Rechtsschutz (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.6 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.6, zur Publikation vorgesehen). Die Kritik, die jeweilige Umsetzung der Internetsperre sei undurchsichtig und erfolge rechtsungleich, ist ebenfalls unbegründet (vgl. hierzu die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.7 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.7, zur Publikation vorgesehen).

E. 4.5.5

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 - nicht. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass nicht regulierten ausländischen Online-Geldspielanbieterinnen der Zugang zum hier spielenden Publikum - ihr gegenüber rechtsungleich - gestattet würde (vgl. die Urteile 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.8 und 2C_336/2021 vom 18. Mai 2022 E. 8.3.8, zur Publikation vorgesehen).

E. 5.1

Die gegen die Beschwerdeführerin gerichtete DNS-Zugangssperre für ihre in der Schweiz nicht bewilligten Online-Geldspielangebote (Spielbankenspiele) durch die ESBK ist - wie jene der Interkantonalen Geldspielaufsicht für die Grossspiele (Gespa; hierzu das Urteil 2C_337/2021 vom 18. Mai 2022) - verfassungs-, gesetz- und verhältnismässig; sie verletzt nach dem Gesagten beim aktuellen Stand der Technik auch nicht anderweitig Bundesrecht (Art. 9 BV).

E. 5.2

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet; sie ist demnach abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Diesem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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