

BVGer B-2305/2006 vom 25. Juni 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-06-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2305_2006

FR: TAF B-2305/2006 du 25 juin 2007

IT: TAF B-2305/2006 del 25 giugno 2007

Regeste

Glücksspiele und Spielbanken

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Dazu gehören die Verfügungen der ESBK, welche diese zum Vollzug des SBG erlässt.

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat gestützt auf die Übergangsbestimmungen zum Verwaltungsgerichtsgesetz die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittelverfahren übernommen. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG).

E. 1.3

Der Entscheid der ESBK vom 2. August 2006 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Es liegt kein Ausschlussgrund gemäss Art. 31 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerden im Sinne der Art. 31 und 33 Bst. f VGG zuständig.

E. 1.4

Die Beschwerdeführer haben vor der ESBK am Verfahren teilgenommen. Sie sind Adressaten der Verfügung und durch sie als Importeurin und Vertreiberin von TropicalShop-Automaten (Beschwerdeführerin 2), als Aufsteller solcher Automaten (Beschwerdeführer 1) sowie als deren Vermieterinnen, Betreiberinnen usw. (Beschwerdeführerinnen 3 und 4) berührt. Sie haben insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung und sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

E. 1.5

Die Beschwerden sind form- und fristgerecht erfolgt und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor. Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten.

E. 2

Der Beschwerdeführer 1 rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Er macht geltend, die ESBK habe im Bundesblatt vom 7. März 2006 ihre Absicht kundgetan, den Automaten TropicalShop als Glücksspielautomaten im Sinne des Spielbankengesetzes zu qualifizieren, und den davon Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Gemäss der angefochtenen Verfügung seien innert Frist drei Stellungnahmen eingegangen, eine davon vom Beschwerdeführer 1. Die Vorinstanz habe sich jedoch mit den Stellungnahmen nicht auseinandergesetzt und sie weder berücksichtigt noch kommentiert. Damit habe sie den Gehörsanspruch der Betroffenen missachtet (Beschwerdeschrift, S. 5).

E. 2.1

Soweit der Beschwerdeführer 1 die Verletzung von Rechten Dritter zu rügen scheint, ist er dazu nicht legitimiert (vgl. Art. 48 Bst. a VwVG). Damit ist er nicht zu hören.

E. 2.2

Die Pflicht, Verfügungen zu begründen, ergibt sich für die Behörden des Bundes aus Art. 35 Abs. 1 VwVG. Ein Mindestanspruch auf Begründung folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen der genannten Normen, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (vgl. BGE 129 I 232, 236; 126 I 97, 102 f.; 124 V 180).

E. 2.3

Die ESBK nimmt in der angefochtenen Verfügung die Argumente des Beschwerdeführers in dessen Stellungnahme zwar nicht ausdrücklich auf, doch antwortet sie darauf indirekt, indem sie einlässlich begründet, weshalb sie die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Spielbankengesetzes auf den Automaten TropicalShop für erfüllt ansieht. Der Beschwerdeführer 1 macht nicht geltend, und es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Vorinstanz zu wesentlichen Einwänden in seiner Stellungnahme sachlich gänzlich ausgesprochen hätte. Damit erweist sich die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als unbegründet.

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 rügen, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin 2 bringt unter Verweis auf die von ihr beigelegten Abbildungen vor, die ESBK habe ausser Acht gelassen, dass drei Gerätetypen bestehen würden. Diese unterschieden sich bezüglich des Leuchtkastens oberhalb des Bildschirms erheblich voneinander. Während der Leuchtkasten des durch die ESBK untersuchten Geräts die Aufschrift "Wonder Cards collection" und drei Tierbilder aufweise, womit klar erkennbar sei, dass das Gerät Sammelkarten abgebe, seien die anderen Gerätetypen eindeutig als Warenverkaufsgeräte identifizierbar. Dies werde entweder durch Abbildungen der erhältlichen Kaugummi-Kugeln und der Aufschrift "Euro Dreams - calcio collection" auf dem Leuchtkasten oder durch einen durchsichtigen Behälter mit Kaugummikugeln oberhalb

des Bildschirms verdeutlicht. Die beiden letztgenannten Automatentypen würden etwa die Hälfte aller Geräte ausmachen. Abgesehen davon habe die ESBK in ihrer Beschreibung die Tatsache weggelassen, dass jeder Automat mit einem gut lesbaren Schild ausgestattet sei, auf welchem die Ware und dessen Preis mit "1 Fr. Kaugummi" angegeben sei (Beschwerde, S. 5). Die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 machen geltend, die ESBK habe Kenntnis davon gehabt, dass verschiedene Ausführungen des Automaten existierten. Gleichwohl habe sie ihren Entscheid nur auf der Grundlage eines einzigen Gerätetyps gefällt. Bei korrekter Sachverhaltsfeststellung ergebe sich, dass mehr als die Hälfte der Oberfläche der Geräte mit Werbung für Kaugummi und Wondercards bedeckt sei (Beschwerde, S. 3).

E. 3.2

Wie die ESBK in ihrer Beschwerdeantwort zutreffend darlegt, hat vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung keiner der Beschwerdeführenden die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass es unterschiedliche Automatentypen gebe, obwohl die ESBK sie alle dazu aufgefordert hatte, nicht nur Unterlagen sondern auch den Automaten selbst zur Prüfung einzureichen. Einzig der Beschwerdeführer 1 hat einen Automaten zur Verfügung gestellt, der begutachtet wurde (Beschwerdeantwort, S. 2 f.).

E. 3.2.1

Es kann hier offen gelassen werden, ob die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen aufgrund einer Verletzung ihrer Mitwirkungspflichten im Verfahren überhaupt gehört werden können. Selbst wenn auf sie einzutreten wäre, erwiesen sie sich aus den von der ESBK dargelegten Gründen als unbehelflich (vgl. Beschwerdeantwort, S. 2).

E. 3.2.2

Die Vorinstanz hat nur auf das untersuchte Modell abgestellt und angenommen, dieses und ähnlich funktionierende Automaten seien Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 SBG. Zu den Modellen, welche die Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 anführen, hat sich die ESBK nicht ausdrücklich geäußert, weil sie nicht über die dazu notwendigen Informationen verfügte. Insofern ist es eine Frage der Interpretation des Entscheids der Vorinstanz, ob dieser die von den Beschwerdeführenden nun bezeichneten weiteren Gerätetypen erfasst oder nicht.

E. 3.2.3

Die von den Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 genannten Modelle weisen nur geringe Unterschiede zum untersuchten Automaten auf. Ob im Schaukasten Kaugummi abgebildet oder reell sichtbar und am Fusse des Automaten Kleber mit der Zusammensetzung der Kaugummis angebracht sind, hat keinen Einfluss auf den Spielablauf und die Funktionen. Das Gesamterscheinungsbild der Automaten wird durch die Differenzen nicht grundlegend beeinflusst. Diese vermögen den vom begutachteten Gerät vermittelten Eindruck, schwergewichtig ein Spielautomat und nicht ein Warenverkaufsautomat zu sein, nicht zu ändern, wie unter anderem die Fotos in den Beilagen zur Beschwerde der Beschwerdeführerin 4 verdeutlichen (vgl. auch unten E. 6).

E. 3.2.4

Aus den dargelegten Gründen sind die vorgebrachten Einwände für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens unerheblich.

E. 4

Gemäss Art. 48 SBG überwacht die ESBK die Einhaltung der glücksspiel- und spielbankenrechtlichen Vorschriften und erlässt die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen. Bei Missständen oder Gesetzesverletzungen ordnet die Kommission die zu deren Beseitigung erforderlichen Massnahmen an (Art. 50 SBG). Wer einen Geschicklichkeits- oder einen Glücksspielautomaten (Geldspielautomaten) in Verkehr setzen will, muss ihn vor der Inbetriebnahme der ESBK vorführen (Art. 61 der Spielbankenverordnung vom 24. September 2004, VSBG, SR 935.521).

E. 4.1

Gestützt auf diese breite Kompetenzumschreibung untersteht der ESBK unter anderem die Aufsicht über den Betrieb von Spielautomaten. Sie ist daher befugt, bei Zweifeln über die rechtliche Qualifikation von Automaten ihre Unterstellung unter das SBG zu prüfen und deshalb ein Verfahren zu eröffnen (Urteile des Bundesgerichts 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 3.1.1, und 2A.437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 2.1).

E. 4.2

Die ESBK erhielt eine grosse Anzahl von Hinweisen, die zusammen mit weiteren Informationen den Verdacht auf systematische missbräuchliche Verwendung des Automaten TropicalShop als Glücksspielautomaten geradezu aufdrängten (vgl. Akten ESBK 001-025). Damit durfte die ESBK jedenfalls begründete Zweifel daran haben, ob die Automaten nicht unter das SBG fallen, und zwar, wie von den Beschwerdeführern 1 und 2 vorgebracht, entgegen entsprechender kantonaler Feststellungen (vgl. act. 202, 203, aber act. 099, wonach im Kanton Aargau bis zum 30. Januar 2006 keine Bewilligungen betreffend den Automaten TropicalShop erteilt worden waren). Dieser Verdacht wurde durch das allgemeine Erscheinungsbild der Automaten zusätzlich verstärkt.

E. 4.3

Was die Beschwerdeführenden teilweise gegen die Einleitung des Unterstellungsverfahrens durch die ESBK vorbringen, vermag die Zulässigkeit des Vorgehens nicht in Frage zu stellen. Die Tatsache, dass Kantone allenfalls den Betrieb von derartigen Apparaten bewilligt haben, schliesst entgegen der Ausführungen der Beschwerdeführenden ein "Unterstellungsverfahren" durch die Spielbankenkommission nicht aus: Glücksspielautomaten sind von Bundesrechts wegen ausserhalb von konzessionierten Spielbanken verboten (Art. 4 Abs. 1 SBG). Der Begriff des Glücksspielautomaten ist bundesrechtlicher Natur. Die Kantone können aufgrund von Art. 3 und Art. 106 Abs. 4 BV im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranken die Verwendung von Spielgeräten verbieten, die bundesrechtlich zugelassen sind. Sie können hingegen keine Geräte zulassen, die unter das bundesrechtliche Verbot fallen (Urteile des Bundesgerichts 1A.22-29/2000 vom 7. Juli 2000 E. 2c; 1P.332/2001 vom 13. August 2001, E. 2b; 2A.438 2004 vom 1. Dezember 2004, E. 3.1.3).

E. 5.1

Gemäss Art. 106 BV ist die Gesetzgebung über Glücksspiele und Lotterien Sache des Bundes, und für die Errichtung und den Betrieb von Spielbanken ist eine Konzession des Bundes erforderlich. Für die Zulassung von Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit sind hingegen die Kantone zuständig, ebenso für Warenverkaufsautomaten.

E. 5.2

Das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile wird, unter spezialgesetzlichem Vorbehalt der Vorschriften des Bundesgesetzes vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (SR 935.51), im SBG geregelt. Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass der Automat TropicalShop nicht unter die Lotteriegesetzgebung fällt. Nachfolgend ist nur zu prüfen, ob es sich dabei um einen Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG handelt.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin 2 macht geltend, beim Gerät TropicalShop handle es sich um einen Warenautomaten. Der Kunde kaufe einen Kaugummi für einen Franken und erhalte im Sinne einer kleinen Zusatzattraktion die Möglichkeit, an einem Gewinnspiel teilzunehmen, das ausschliesslich vom Zufall abhängig sei. Über eine Taste könne der Kunde sodann die Ausrichtung des Gewinns in Form von Sammelkarten auslösen. Weder die Sammelkarten noch die Möglichkeit, die gewonnenen Punkte für weitere Spiele einsetzen zu können, stellten einen geldwerten Vorteil dar. Damit fehle es für die Qualifikation als Geldspielautomat im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG auch an der Leistung eines Einsatzes. Im Übrigen liege zwischen der Geldleistung und dem Unterhaltungswert kein Missverhältnis vor, denn es müsse berücksichtigt werden, dass der "Geldeinsatz" von einem Franken dem Kauf eines Kaugummis diene und nicht dem Spiel. Somit könne nicht erwartet werden, dass das Gerät dem Käufer zusätzlich noch ein längeres Spiel mit grossem Unterhaltungswert biete. Der Beschwerdeführer 1 bringt vor, TropicalShop sei ein Warengewinnautomat. Auch er ist der Ansicht, dass es an einem Einsatz sowie an einem geldwerten Vorteil fehle. Es liege ein Warenautomat mit unterhaltender Begleitung bzw. ein Unterhaltungsautomat mit Warenausgabe vor. Beim freiwillig möglichen Zusatzspiel werde im Erfolgsfall ein Fotokärtchen von minderm Wert (wenige Rappen) als "Anerkennung" gewissermassen "geschenkt". Die Bewertung des Einsatzes im Verhältnis zum Unterhaltungswert sei ein rein subjektives Kriterium, welches nicht messbar sei. Sowohl der Beschwerdeführer 1 wie auch die Beschwerdeführerin 2 sind der Ansicht, dass der Preis von einem Franken für einen Kaugummi zwar eher hoch aber durchaus marktüblich sei. Sie verweisen ausserdem für die Verhältnismässigkeit des Preises auf das Überraschungs-Ei des Herstellers Ferrero, welches trotz geringem Warenwert für Fr. 1.50 verkauft werde. Die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 machen geltend, von der Optik her handle es sich beim TropicalShop um einen Kaugummiautomaten, wobei die Kaugummis nicht zu einem übersetzten Preis verkauft würden. Der Kaugummikäufer erhalte gegebenenfalls einen "Bonus" in Form einer Wundercard im Wert von Fr. 10.-, welche eine Werbemassnahme bzw. Attraktivitätssteigerung darstelle. In Anlehnung an die aargauische Spielvertriebsordnung liege ein erheblicher geldwerter Vorteil und damit ein Geldspiel erst dann vor, wenn der mögliche Bruttogewinn pro Spiel einem Wert von mehr als Fr. 20.- entspreche.

E. 6.2

Das Spielbankengesetz definiert in Art. 3 SBG Glücksspiele als Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Dabei unterscheidet es zwischen Glücksspielautomaten (Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft) und Geschicklichkeitsspielautomaten (Geräte, die ein Geschicklichkeitsspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft und dessen Gewinn von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt). Gemäss Art. 4 SBG dürfen Glücksspiele nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden. Gestützt auf Art. 58

und 59 SBG wurde die Spielbankenverordnung (VSBG) erlassen. Diese regelt im 5. Kapitel (Art. 60-64) die Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen und enthält im 6. Kapitel (Art. 65-72) Vorschriften zur Inbetriebnahme und zum Betrieb unter anderem von Glücksspielautomaten.

E. 6.3

Glücksspielautomaten und Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit werden unter dem Oberbegriff "Geldspielautomaten" zusammengefasst. Geldspielautomaten, die zugleich ein Glücksspiel darstellen, sind zu unterscheiden von Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit, von reinen Unterhaltungsspielautomaten (wie Flipper- oder Reaktionsvideospiele) und von Warenautomaten (wie Getränke- oder Snackautomaten). Die letztgenannten drei Automatengruppen unterstehen nicht dem SBG. Zwar gilt für sämtliche Geldspielautomaten eine bundesrechtliche Vorführungspflicht durch die ESBK (Art. 61 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VSBG), doch unterliegen nur die bei dieser Prüfung als Glücksspielautomaten eingestufteten Geräte der Spielbankengesetzgebung des Bundes, während die als Geschicklichkeitsspielautomaten qualifizierten Geräte in die Regelungskompetenz der Kantone fallen (Art. 106 Abs. 4 BV).

E. 6.3.1

Gemäss der Botschaft zum Spielbankengesetz vom 26. Februar 1997 (BBl 1997 III 145 ff.; S. 169) werden mit den Definitionen in Art. 3 Abs. 2 und 3 SBG ausnahmslos alle Spielgeräte erfasst, an denen der Spieler nach Leistung eines Einsatzes einen in den wesentlichen Teilen automatischen Spielablauf auslösen könne, der im Gewinnfall mit Auszahlung oder Gutschrift eines Geldgewinns oder eines anderen vermögenswerten Vorteils ende. Vermögenswerte Vorteile würden insbesondere Natural-(Waren)gewinne, Jetons, Bons oder in elektronischer Form gespeicherte Spielpunkte umfassen, die im Anschluss an das Spiel in Geld, Gutschriften oder Waren umgetauscht werden könnten. Punktespielautomaten seien allerdings insoweit ausgenommen, als sie unter die reinen Unterhaltungsspielautomaten fielen (BBl 1997 III 169).

E. 6.3.2

Unterhaltungs- oder Punktespielautomaten ohne Geldauszahlungsmechanismus werden auch als "Nichtgeldspielautomaten" bezeichnet. In Bezug auf die Abgrenzung der Geldspielautomaten von den Unterhaltungsspielautomaten hielt das Bundesgericht mit Urteil vom 14. Dezember 2006 (6P.17/2006, E. 1.4.4) präzisierend fest, einzig reine Unterhaltungsspielautomaten würden nicht unter die Spielbankengesetzgebung fallen. Indem das Bundesgericht insoweit pauschal auf die oben wiedergegebene Stelle in der Botschaft verweist, anerkennt es, dass Unterhaltungsspielautomaten, bei welchen das Spiel mit einer Gutschrift eines Geldgewinns oder einem anderen vermögenswerten Vorteil (Warengewinne, Jetons, Bons, elektronisch gespeicherte Spielpunkte etc.) enden können, zu den Geldspielautomaten zählen. Gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juli 2000 (1A.22/2000, E. 3c) ist die Grenze zwischen Geldspielautomaten und anderen Spielautomaten insofern fließend, als grundsätzlich jedes Spiel mit einer Wette um Geld oder dem Inaussichtstellen eines anderen geldwerten Gewinns verbunden und dadurch in ein Geldspiel umgewandelt und missbräuchlich eingesetzt werden kann. Deshalb sei ein praktikables Abgrenzungskriterium erforderlich, welches erlaube, Geldspielautomaten von anderen Spielautomaten zu unterscheiden. Ausschlaggebend müsse sein, ob das Gerät

derart beschaffen sei, dass es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Geldspiel verwendet werde oder leicht zum Spielen um Geld verleite. Als wesentliches Indiz für diese Wertung eigne sich dabei das Verhältnis zwischen Geldeinsatz und Unterhaltungswert des Spiels: Bestehe hier ein offensichtliches Missverhältnis, sei anzunehmen, dass das Spiel in erster Linie zum Erzielen eines geldwerten Vorteils betrieben werde.

E. 6.4

Zunächst ist zu prüfen, ob der Geldeinwurf die Leistung eines Einsatzes für ein Spiel im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG ist.

E. 6.4.1

Bei jeder Gerätevariante kann die Spielfunktion des Automaten nur mittels Einwurfs einer 1-Franken-Münze genutzt werden. Der eingeworfene Betrag wird auf dem Bildschirm über die Bezeichnung "Credits" angezeigt. Sobald ein Betrag auf dem Kreditspeicher erscheint, kann der Spieler das Walzenspiel mit der Starttaste unabhängig davon in Gang setzen, ob das Gerät ihm vorher einen Kaugummi herausgegeben hat oder nicht. Es kann mit anderen Worten am Automaten gespielt werden, auch wenn der Behälter mit den Kaugummis leer ist oder der Auswurfmechanismus (Parameter "Gum Value OFF") ausgeschaltet oder defekt ist (vgl. oben E. B).

E. 6.4.2

Die Anfrage der ESBK bei der Confiserie Michel AG und ihre Recherche im Internet haben die Erkenntnis erbracht, dass runde Kaugummis, die sich zum Einfüllen in Automaten eignen, für zwei bis 10 Rappen pro Stück gekauft werden können (angefochtene Verfügung, S. 5). Die Beschwerdeführenden bringen nichts vor, was diese Tatsachenfeststellung in Zweifel ziehen könnte. Im Übrigen ist der Umstand notorisch, dass derartige Kaugummis an Automaten aber auch am Kiosk für wenige Rappen pro Stück verkauft werden.

E. 6.4.3

Daraus ergibt sich, dass ein Verkaufspreis von 1 Franken für einen runden Kaugummi, der üblicherweise für weniger als 10 Rappen gekauft werden kann, stark übersetzt ist. Bei einem Verkaufspreis von 1 Franken würden die Kaugummis kaum je einen Käufer finden. Die Attraktivität des Angebots des Automaten liegt deshalb überwiegend in der Spielfunktion begründet. Bis zu welchem Verkaufspreis ein realitätsnaher Preis für die Kaugummis noch bejaht werden könnte, braucht hier nicht abschliessend beurteilt zu werden, da nach dem Gesagten auf jeden Einwurf eines 1-Franken-Stücks jedenfalls ein grosser bzw. der grösste Teil des Betrags auf die Spielfunktion und nicht auf die Ware entfällt.

E. 6.4.4

Im Sinne einer Zwischenbilanz ergibt sich, dass beim Automaten TropicalShop ein überwiegender Teil jedes einzelnen Münzeinwurfs (als Voraussetzung für eine Leistung des Automaten) nicht auf die Ware selbst, sondern auf die Spielfunktion entfällt. Das genügt, um auch ohne genaue Bezifferung der jeweiligen Anteile das Element des (Spiel-)Einsatzes gemäss Art. 3 Abs. 1 SBG zu bejahen.

E. 6.5

Weiter ist abzuklären, ob bei der Leistung des genannten Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall

abhängt (Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG).

E. 6.5.1

Während des Spiels erfolgt das Gewinnen und Sammeln von Punkten über eine Walzenkombination und hängt einzig vom Zufall und nicht von der Geschicklichkeit des Teilnehmers ab. Die gewonnenen Punkte können anschliessend zum Weiterspielen oder zur Ausgabe einer Sammelkarte mit Tiersujets eingesetzt werden. Dabei ist das Spiel derart beschaffen, dass dem Einsatz von einem Franken ein Kreditpunkt entspricht und bei der Ausgabe von Sammelkarten durch Drücken einer Taste eine Karte im Wert von 10 Franken gewählt werden kann, die 10 Kreditpunkten entspricht (vgl. Geräteanalyse, act. 051-073). Dass auch Karten im Wert von 5 Franken ausgewählt werden könnten (so die Beschwerdeantwort, S. 4), lässt sich der Geräteanalyse nicht entnehmen.

E. 6.5.2

Fraglich ist, ob diese Sammelkarten einen geldwerten Vorteil darstellen. Wie oben dargelegt (E. 6.3), erfassen die Definitionen in Art. 3 Abs. 2 und 3 SBG ausnahmslos alle Spielgeräte, an denen der Spieler nach Leistung eines Einsatzes einen in den wesentlichen Teilen automatischen Spielablauf auslösen kann, der im Gewinnfall mit Auszahlung oder Gutschrift eines Geldgewinns oder eines anderen vermögenswerten Vorteils endet. Zu diesen werden insbesondere Natural-(Waren)gewinne, Jetons, Bons oder in elektronischer Form gespeicherte Spielpunkte gezählt, die im Anschluss an das Spiel in Geld, Gutschriften oder Waren umgetauscht werden können. Ob dies tatsächlich in jedem Fall erfolgt, ist somit nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt dabei die nahe Wahrscheinlichkeit eines derartigen Umtauschs bzw. Missbrauchs, worauf ohne Gegenindizien bei einem geringem Unterhaltungswert des Spiels und einem Missverhältnis von Unterhaltungswert und Einsatz ohne weiteres geschlossen werden muss.

E. 6.5.3

Nach Auffassung der Vorinstanz stellt die Gutschreibung von Spielkrediten bereits für sich allein einen geldwerten Vorteil im Sinne von Art. 3 SBG dar (angefochtene Verfügung, S. 6; Beschwerdeantwort, S. 4). Ein solcher könnte demgegenüber erst mit der Auszahlung der Kreditpunkte an den Spieler anzunehmen sein, sei es durch Barauszahlung der gelösten Sammelkarten oder durch Abgabe später einlösbarer Spieljetons. Welche der zwei Interpretationen zutreffend ist, kann hier offen gelassen werden, weil die Sammelkarten bereits das genannte gesetzliche Erfordernis erfüllen. Mit dem Automaten TropicalShop können in einem Spiel bis zu 250 Punkte gewonnen werden (vgl. Duplik Vorinstanz, S. 2). Dabei ist typisch, dass ein Spielpunkt einem Einsatz (Kredit) entspricht und auch entsprechend genutzt werden kann. So können die genannten 250 maximal möglichen Gewinnpunkte für 250 Spiele verwendet werden, ohne diese bar bezahlen zu müssen. Eine solche Gutschreibung von Krediten ist mit dem Gewinn von Freispielen z.B. an Flipperkästen nicht zu vergleichen, einerseits weil bei derartigen Geschicklichkeitsautomaten Freispiele erst bei einer sehr grossen Anzahl von Gewinnpunkten gegeben werden, und andererseits weil diese Geräte eine auch nur vergleichbare Kumulation von Freispielen nicht zulassen. Bricht ein Spieler ein Spiel ab, obschon er über eine Anzahl von Kreditpunkten verfügt, würde er einen ersatzlosen Verfall angesichts ihres Werts kaum hinnehmen. Es kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass die Spieler sich mit einem Umtausch ihrer Spielguthaben im Wert von mindestens 10 Spielen zu je 1 Franken in Karten mit banalen Tiersujets zufrieden geben würden, wenn

diese Karten keinen Tauschwert hätten. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführenden sind bloss Schutzbehauptungen. Wie sich ihrer Beschwerdeschrift wohl ungewollt entnehmen lässt, gehen die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 selbst davon aus, dass den Sammelkarten ein geldwerter Vorteil zukommt, verweisen sie doch nachdrücklich auf ihren Geldwert (Beschwerdeschrift, Ziffer 4). Die Möglichkeit der Herausgabe von "Sammelkarten" ist nur vor dem Hintergrund der bei den Spielern geschaffenen Erwartung eines Umtauschs von Sammelkarten gegen Bargeld durch die Betreiber der Automaten oder die Betreiber der Standorte verständlich. Auf den Umstand, dass ein solcher Umtausch systematisch und nicht bloss vereinzelt erfolgt ist, belegen die bei der ESBK eingegangenen Hinweise auf Umtausch der Karten in Geld (act. 001-004, 015-022, 024) bzw. auf missbräuchlichen Betrieb (act. 023, 025). Das Spiel führt somit im Gewinnfall zu einem vermögenswerten Vorteil, welcher dem Spieler in Form von Sammelkarten, die in Geld umgetauscht werden können, ausgerichtet werden kann.

E. 6.5.4

Im Weiteren stellt die Aufmachung des Geräts in allen dem erkennenden Gericht bekannten Varianten die Spielfunktion in den Vordergrund. Das lässt sich allein schon an der Grösse des Geräts zeigen, die durch die Herausgabe von Kaugummis allein nicht gerechtfertigt ist und auf das Spielen im Stehen zugeschnitten ist. Ferner weist das Gerät die für Spielautomaten typischen Merkmale eines grossen Bildschirms und mehrerer Tastaturen auf. Schliesslich weisen auch die in den Anzeigen an die Vorinstanz enthaltenen Hinweise u.a. auf alte, ungeniessbare Kaugummis in Geräten oder auf die Ausschaltung der Kaugummiherausgabefunktion an betriebenen Automaten (vgl. act. 001, 002 und 015) darauf hin, dass die Herausgabe von Kaugummis im besten Fall eine Zugabe für die Spieler ist, von diesen häufig jedoch gar nicht gewünscht ist. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach der Automat ein "getarnter" Geldspielautomat sei, der zusätzlich zum Spiel Kaugummis anbiete (angefochtene Verfügung, S. 5), erweist sich als zutreffend. Bei dieser Sachlage kann offen gelassen werden, wie ein Foto in einer Anzeige, das einen Kübel mit Kaugummis neben einem Automaten zeigt, zu interpretieren ist.

E. 6.5.5

Auch die Meldung an die ESBK, wonach der Automat im November 2005 12'500 Franken kostete (act. 006), zeigt, dass der Warenverkaufscharakter des Automaten gegenüber seinem Glücksspielcharakter zweitrangig ist und der Kaufpreis nur durch eine hohe Anzahl von Spielern und Spielen amortisiert werden kann. An dieser Feststellung vermag nichts zu ändern, wenn man auf einen Einstandspreis von Fr. 4'000.-- pro Apparat abstellen wollte (vgl. den Bericht der Beschwerdeführerinnen 3 und 4 vom 2. Oktober 2006 an die Rekurskommission). Auch ein derartiger Preis wäre deutlich zu hoch, wenn es sich beim Automaten in erster Linie um einen Warenverkaufsautomaten einzig für Kaugummis handeln würde.

E. 6.5.6

Die Einschätzung, wonach das Gerät derart beschaffen ist, dass es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Geldspiel verwendet wird oder leicht zum Spielen um Geld verleitet, findet ihre Bestätigung im Verhältnis zwischen Geldeinsatz und Unterhaltungswert des Spiels. TropicalShop bietet ein Walzenspiel auf virtueller Basis an. Der eingeworfene Betrag wird auf dem Bildschirm mit der Bezeichnung "Credits" angezeigt. Der Spieler kann nach Einwurf einer Münze von 1 Franken einzig durch

Drücken der Starttaste die Walzen in Gang bringen. Anschliessend hat er keinen Einfluss mehr auf das Spiel, welches zwischen 1,5 bis 4 Sekunden dauert. Die Walzen stoppen automatisch und das Zustandekommen einer Gewinnkombination wird von einem Zufallsgenerator im Automaten bestimmt. Das Spiel bietet sowohl von seiner Dauer her betrachtet als auch von den Reizen, die von ihm ausgehen, einen höchst bescheidenen Unterhaltungswert. Geschicklichkeitsanforderungen werden keine an den Spieler gestellt. Unter diesen Umständen steht der gebotene Unterhaltungswert in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Höhe des geleisteten Einsatzes. Die Attraktivität des Automaten für die Spieler ist nur nachvollziehbar, wenn an ihm um Geld gespielt wird.

E. 6.5.7

Abgesehen vom Gesagten führt die geringe Dauer eines einzelnen Spiels dazu, dass Spieler in kurzer Zeit grössere Geldbeträge am Automaten verspielen können.

E. 6.6

Alle die genannten Indizien weisen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf hin, dass der Automat von seiner Konstruktion her gesehen und seinem Angebot darauf ausgerichtet ist, Gewinne in Form von Karten auszurichten, die anschliessend vor Ort durch den Betreiber des Automaten oder den Verantwortlichen des Lokals in Geld umgetauscht werden. Wie auch die Geräteanalyse zeigt, entspricht die Gesamtkonzeption des Geräts (Setup-Einstellungen, Gewinnplan, Zufallsgenerator, Kreditwert, parametrierbare Werte, Kredit- bzw. Punkterückstellungsmöglichkeit, Buchhaltung, Auszahlungsquotenberechnung) der Konzeption eines Glücksspielautomaten (act. 052 ff.). Damit ist die erforderliche Wahrscheinlichkeit gegeben, dass das Spiel in erster Linie zum Erzielen eines geldwerten Vorteils (=Tauschwert der "Sammelkarten") betrieben wird. Keiner besonderen Erörterung bedarf der Umstand, dass der Automat TropicalShop das Erfordernis des weitgehend automatisch ablaufenden Glücksspiels erfüllt.

E. 6.7

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Automat TropicalShop ein Glücksspielautomat im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG ist.

E. 7

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die ESBK habe entgegen ihrer Auskunft vom 7. April 2004 geurteilt und damit gegen den Anspruch der Beschwerdeführenden auf Vertrauensschutz verstossen. Vertrauensgrundlage sei zudem die Verfügung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 5. April 1995 gewesen, mit welcher festgestellt worden sei, dass der Warengewinnautomat "PACIFIC" nicht unter die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Spielbanken vom 5. Oktober 1929 falle.

E. 7.1

(Unrichtige) Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen von Behörden können nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechtswirkungen entfalten, (1) wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, (2) wenn die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte, (3) wenn der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, (4) wenn er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und (5) wenn die gesetzliche Ordnung seit

der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 121 II 473, 479 mit weiteren Hinweisen).

E. 7.2

Soweit die Beschwerdeführenden sich auf eine unter altem Recht ergangene Verfügung berufen, die sich auf einen anderen Automaten bezieht, ist ihr Einwand nicht zu hören. Das Spielbankengesetz wurde am 18. Dezember 1998 totalrevidiert. Die Revision brachte grundlegende Änderungen mit sich. Deshalb und angesichts der Unterschiede zwischen dem Automat TropicalShop und "PACIFIC", welcher kleinere Waren ohne Tauschwert herausgibt, durften und konnten die rechtskundig beratenen Beschwerdeführer nicht auf die Verfügung vom 5. April 1995 vertrauen.

E. 7.3

Unbehelflich ist auch die weitere in diesem Zusammenhang erhobene Rüge. Der Vertreter der Beschwerdeführer 1 und 2 fragte am 5. April 2004 die ESBK namens der Y. _____ SA an, ob der Warengewinnautomat "PACIFIC" unter das (neue) SBG falle. Die ESBK erteilte die Auskunft, nach ihrer Auffassung würden kleine Warengewinne ohne Tauschwert keinen geldwerten Vorteil im Sinne von Art. 3 SBG darstellen, womit der Warengewinnautomat "PACIFIC" nicht unter den Anwendungsbereich des SBG falle (act. 041).

E. 7.3.1

Adressat dieses Schreibens war keine der am vorliegenden Verfahren beteiligten Parteien. Im Übrigen ging es an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer 1 und 2, der dem Berufsgeheimnis untersteht. Da die Auskunft zudem einen anderen Automatentyp betraf (vgl. Beschwerdeantwort ESBK, S. 5), konnte sie von vornherein keine Vertrauensgrundlage für das Handeln der Beschwerdeführenden bilden.

E. 7.3.2

Abgesehen davon steht die Auskunft des ESBK vom 5. April 2004 nicht im Widerspruch zum hier angefochtenen Entscheid dieser Behörde. Wie dargelegt wurde, ist der Automat TropicalShop sowohl von seiner Gesamtkonzeption als auch unter anderem von seinem Kaufpreis her betrachtet darauf angelegt, den Spielern gewonnene Spielkredite in der Form von "Sammelkarten" auszuzahlen, die anschliessend in Bargeld umgetauscht werden können. Bei diesem umständlichen Vorgehen geht es offensichtlich darum, die Bestimmungen des SBG zu umgehen. Da die "Sammelkarten" aber einen konkreten Tauschwert von je Fr. 10.-- haben, unterscheidet sich der Automat TropicalShop massgebend vom Automaten "PACIFIC", an dem Gegenstände ohne jeglichen Tauschwert gewonnen werden können. Auch insofern konnten die Beschwerdeführenden nicht auf die (gar nicht an sie bestimmte) Auskunft der ESBK vom 7. April 2004 vertrauen. Ob die damalige Einschätzung der ESBK, wonach die Warengewinne beim Automaten "PACIFIC" keinen Tauschwert haben, richtig ist, braucht hier nicht beurteilt zu werden.

E. 8

Die Beschwerdeführerin 2 bringt vor, das Verfahren sei angesichts des fehlenden Suchtpotentials der Automaten und der geringen Verlustmöglichkeiten unverhältnismässig. Abgesehen davon seien mildere Massnahmen als ein Totalverbot möglich, zum Beispiel durch einen Hinweis auf das Verbot der Auszahlung der Spielkarten. Diese Einwände sind unbehelflich. Steht wie hier mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Automat

zum Geldspiel verwendet wird und zudem auch leicht zum Spielen um Geld verleitet, sind Hinweisschilder jeglicher Art keine tauglichen Mittel, um zu verhindern, dass der Automat gemäss seiner vorgegebenen Funktion (rechtswidrig) verwendet wird. Mildere Massnahmen als ein Totalverbot, welche mit grösster Wahrscheinlichkeit verhindern könnten, dass der Automat zum verbotenen Geldspiel verwendet wird, sind keine ersichtlich und werden von den Beschwerdeführenden auch nicht vorgeschlagen. Was die Verlustmöglichkeiten betrifft, können sie sich angesichts der sehr kurzen Dauer eines einzelnen Spiels innert kurzer Zeit auf über 100 Franken summieren. Das Suchtpotenzial schliesslich ist wegen der Konzeption als Glücksspielautomat und dessen Aufstellung in Bars und Gastwirtschaften, wo sie den konsumierenden Gästen dauernd zur Verfügung stehen, erheblich.

E. 9

Die Beschwerdeführerin 2 wendet sich gegen die Kostenaufgabe durch die Vorinstanz.

E. 9.1

Gemäss Art. 53 SBG erhebt die ESBK für ihre Verfügungen kostendeckende Gebühren. Nach Art. 112 Abs. 1 VSBG entrichtet Gebühren, wer eine Dienstleistung der Spielbankenkommission oder eine Verfügung in Zusammenhang mit dem Vollzug der Spielbankengesetzgebung bean-sprucht oder veranlasst.

E. 9.2

Die Vorinstanz erwägt in der angefochtenen Verfügung, dass ihr im Verfahren ein erheblicher Arbeitsaufwand entstanden sei, der sich gesamthaft auf Fr. 17'600.-- belaufe. Die Beschwerdeführerin 2 treffe als Inverkehrbringerin des Automaten TropicalShop die Vorführungspflicht von Geldspielautomaten (Art. 61 VSBG), weshalb sie mit Fr. 8'800.-- die Hälfte der Kosten zu tragen habe. Da es sich beim verantwortlichen Organ der Beschwerdeführerinnen 3 und 4 um die gleiche Person handle, erscheine die Kostenaufgabe von je 1/8 bzw. Fr. 2'200.-- gerechtfertigt. Den Restbetrag von Fr. 4'400.-- habe der Beschwerdeführer 1 zu tragen (angefochtene Verfügung, S. 8). In ihrer Beschwerdeantwort ergänzt die ESBK, dem Sekretariat sei im Verfahren für die Qualifikation des Automaten TropicalShop ein Aufwand von mehr als 65 Stunden erwachsen. Darin sei nur die Arbeit von besonderen Fachkräften (Juristen und technische Sachverständige) mit einem Stundenansatz von Fr. 250.-- eingerechnet. Für den Erlass der Verfügung durch die Kommission selbst seien gesamthaft vier Stunden zu je Fr. 325.-- verrechnet worden (vgl. Beschwerdeantwort, S. 7).

E. 9.3

Die Vorinstanz hat für die Durchführung des Verfahrens und die Vorbereitung einer Verfügung nur den Aufwand von besonderen Fachkräften wie Juristen und Sachverständige sowie der am Entscheid beteiligten Kommissionsmitglieder verrechnet. Diese Arbeiten umfassten insbesondere die Entgegennahme und Behandlung der Anzeigen, die Einleitung des Verfahrens, die Publikation der Unterstellungsabsicht im Bundesblatt, die Einholung und Erstellung einer Expertise über den Automaten sowie die Vorbereitung der Verfügung. Hinzu kommt der Erlass der Verfügung durch die Kommission.

E. 9.3.1

Was die Arbeit der besonderen Fachkräfte betrifft, ergeben die 65 Stunden an die 8 Arbeitstage. Dieser Aufwand erscheint in einem verfahrensmässig und rechtlich durchaus

anspruchsvollen Fall, der an die 9 Monate dauerte, nicht als übersetzt. Sehr zurückhaltend wurde mit vier Stunden der Aufwand der Kommission für den Erlass der Verfügung berechnet. Eine Verletzung von Bundesrecht oder Unangemessenheit sind im Zusammenhang mit dem von der Vorinstanz angegebenen Umfang ihres Aufwands nicht ersichtlich.

E. 9.3.2

Bei der Höhe der Stundenansätze gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass die beteiligten Personen über ein besonderes Fachwissen verfügen mussten. Die Gebühren müssen die entsprechend hohen Personalausgaben entschädigen. Abgesehen davon werden mit den Stundenansätzen auch der übrige Personalaufwand, etwa durch die Mitarbeit von Sekretärinnen, sowie gewisse Sachaufwendungen mitabgegolten. Sie erscheinen unter dem Aspekt der Kostendeckung nicht als übersetzt oder unangemessen. Eine Verletzung von Bundesrecht ist zu verneinen.

E. 9.3.3

Entsprechendes gilt schliesslich für den Kostenverteilungsschlüssel. Die Auferlegung der Hälfte der Kosten auf die Beschwerdeführerin 2 als Inverkehrbringerin der Automaten, die eine Vorführungspflicht traf, ist ebenso nachvollziehbar und überzeugend wie die Verteilung des Restbetrags auf die drei anderen Parteien. Wäre der Automat pflichtgemäss der ESBK vorgeführt worden, hätte das vorliegende Verfahren vermieden werden können. Damit hat die Beschwerdeführerin 2 das Verfahren in stärkerem Masse veranlasst als die anderen Beschwerdeführenden, welche den Vertrieb und Unterhalt der Automaten wahrnahmen. Die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 haben sehr ähnliche Zweckbestimmungen und weisen den gleichen Hauptgesellschafter und Geschäftsführer auf (vgl. act. 170-173). Aus diesem Grund durften sie für die Kosten - unter Verursachergesichtspunkten - ohne weiteres als eine Partei gewertet werden. Die hälftige Verteilung der Hälfte der Kosten auf den Beschwerdeführer 1 einerseits und die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 andererseits hält vor Bundesrecht stand und erscheint nicht als unangemessen.

E. 10

Demgemäss sind die Beschwerden abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 und 4bis Bstb. b VwVG). Diese werden auf insgesamt Fr. 8'000.-- festgelegt (Art. 4 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 [VGKE, SR 173.320.2]), den Parteien mit je Fr. 2'000.-- in gleichen Teilen auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen in gleicher Höhe verrechnet. Den unterliegenden Beschwerdeführern sind keine Parteientschädigungen auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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