

BVGer B-4490/2015 vom 13. Oktober 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-10-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4490_2015

FR: TAF B-4490/2015 du 13 octobre 2015

IT: TAF B-4490/2015 del 13 ottobre 2015

Regeste

Glücksspiele und Spielbanken

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1).

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der Entscheid der Vorinstanz vom 24. Juni 2015 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar und eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden, zu denen auch die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK zählt (Art. 33 Bst. f VGG).

E. 1.2

Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibeghären bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BGE 133 II 35 E. 2). Soweit sich der Beschwerdeführer auf seine allfällige Strafbarkeit bezieht, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist einzig die Qualifikation der genannten Spiele der Plattform Till Casino. Über eine allfällige Strafbarkeit des Beschwerdeführers wegen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz ist im betreffenden Verwaltungsstrafverfahren zu befinden (vgl. BGE 138 IV 106 E. 5.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 3).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, ist als Entscheidadressat von der angefochtenen Verfügung besonders betroffen und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Im Übrigen ist die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit im dargelegten Umfang einzutreten.

E. 2

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Zuständigkeit für die Bewilligung und die Beaufsichtigung telekommunikationsgestützter Geldspiele liege gestützt auf Art. 106 der Bundesverfassung nicht bei der Vorinstanz, sondern bei den Kantonen.

E. 2.1

Nach Art. 106 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) erlässt der Bund Vorschriften über die Geldspiele; er trägt dabei den Interessen der Kantone Rechnung (Abs. 1). Die Kantone sind zuständig für die Bewilligung und die Beaufsichtigung der Geldspiele, die einer unbegrenzten Zahl Personen offenstehen, an mehreren Orten angeboten werden und derselben Zufallsziehung oder einer ähnlichen Prozedur unterliegen; ausgenommen sind die Jackpotsysteme der Spielbanken (Abs. 3 Bst. a), wobei diese Bestimmung auch auf die telekommunikationsgestützt durchgeführten Geldspiele Anwendung findet (Abs. 4). Art. 106 BV in der Fassung vom 11. März 2012 entspricht dem Gegenentwurf des Bundesrates zur Volksinitiative "Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls" (vgl. AS 2012 3629). Die aktuelle Gesetzgebung umfasst das Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG, SR 935.52) sowie das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (Lotteriegesezt, LG, SR 935.51). Der Bundesrat hat im Mai 2014 in Umsetzung der neuen Verfassungsgrundlage vorgeschlagen, die beiden Rechtsgrundlagen durch ein neues einheitliches Bundesgesetz über Geldspiele zu ersetzen (vgl. Entwurf zu einem Bundesgesetz über Geldspiele [Geldspielgesetz, BGS] vom 30. April 2014). In der Zwischenzeit gelten die bestehenden Rechtsgrundlagen weiter; Art. 106 BV in seiner neuen Fassung enthält keine direkt anwendbaren Bestimmungen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_1086/2013 vom 9. Juli 2015 E. 2.1 f.).

E. 2.2

Das Spielbankengesetz regelt das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile, wobei die Vorschriften des Lotteriegesezt vorbehalten sind (Art. 1 SBG). Das Spielbankengesetz gilt als Grunderlass der schweizerischen Glücksspielordnung und als *lex generalis* zum Lotteriegesezt (Urteil des Bundesgerichts 2C_1086/2013 vom 9. Juli 2015 E. 2.3.1 m.H.). Das Verhältnis zwischen dem Lotteriegesezt und dem Spielbankengesetz bestimmt sich nach der gesetzlichen Unterscheidung, wobei der wesentliche Unterschied zwischen (kantonalen) Lotterien und den anderen, in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fallenden Glücksspielen in der Planmässigkeit des jeweiligen Geldspiels liegt (vgl. BGE 137 II 222 E. 7.1 f m.H. und 137 II 164 E. 3.1 m.H.). Die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen das Lotteriegesezt obliegt den Kantonen (Art. 47 LG), wogegen die Vorinstanz für die Verfolgung von Widerhandlungen gegen das Spielbankengesetz zuständig ist (Art. 48 SBG). Zur Durchsetzung des Bundesrechts ist die Zuständigkeit der Vorinstanz sodann weit gefasst (Urteil des Bundesgerichts 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004 E. 3.1.1).

E. 2.3

Vorliegend zu Recht unbestritten ist, dass die qualifizierten Spiele der Plattform Till Casino nicht unter die Lotteriegeseztgebung fallen. Entsprechend den obigen Ausführungen war die Vorinstanz damit gestützt auf das Spielbankengesetz zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig.

E. 2.4

Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich ferner eine Ungleichbehandlung gegenüber den Online-Angeboten der SWISSLOS geltend. Gemäss dem Spielbankengesetz sei die telekommunikationsgestützte Durchführung von Glücksspielen verboten, und was unter dem zeitlich jüngeren Spielbankengesetz verboten sei, müsse auch für das früher erlassene Lotteriegesetz gelten. Gemäss Art. 5 SBG ist die telekommunikationsgestützte Durchführung von Glücksspielen, insbesondere mittels Internet, verboten. Das Lotteriegesetz enthält keine dem Art. 5 SBG entsprechende Bestimmungen. Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 BV rügt, verkennt er, dass die von ihm geltend gemachte Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber zu beheben wäre (vgl. zu den vom Gesetzgeber vorläufig fallen gelassenen Revisionsvorhaben BGE 137 II 222 E. 6.3). Die verwendete Technik hat ferner keinen Einfluss auf die juristische Qualifikation als Glücksspiel im Sinne des Spielbanken- bzw. des Lotteriegesetzes, wenn die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. BGE 137 II 222 E. 6.3). Die Beschwerde erweist sich insoweit als unbegründet.

E. 3

Ferner macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, telekommunikationsgestützte Online-Glücksspiele seien keine Geldspielautomaten, da Geldspielautomaten autonome technische Einrichtungen und netzunabhängig seien. Unabhängig davon könnten ohnehin ausschliesslich der Organisator und der Betreiber von Online-Glücksspielen zur Qualifikation der Angebote verpflichtet werden.

E. 3.1

Nach Art. 3 SBG sind Glücksspiele Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Abs. 1). Glücksspielautomaten sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft (Abs. 2). Gemäss Art. 4 Abs. 1 SBG dürfen Glücksspiele nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden. Art. 5 SBG verbietet sodann die telekommunikationsgestützte Durchführung von Glücksspielen, insbesondere mittels Internet. Schliesslich räumt Art. 6 Abs. 1 SBG dem Bundesrat die Kompetenz ein, spieltechnische Vorschriften über Spielsysteme sowie über Glücksspielautomaten zu erlassen; der Bundesrat sieht insbesondere eine Prüfung, eine Konformitätsbewertung oder eine Zulassung vor und regelt das Verfahren. Wer sodann einen Geschicklichkeits- oder einen Glücksspielautomaten (Geldspielautomaten) in Verkehr setzen will, muss ihn vor der Inbetriebnahme der Kommission vorführen (Art. 61 Abs. 1 der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken vom 24. September 2004 [Spielbankenverordnung, VSBG, SR 935.521]). Die Vorführungspflicht im Sinne von Art. 61 Abs. 1 VSBG trifft insbesondere auch den Aufsteller und Geräteeigentümer eines Geldspielautomaten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7240/2013 vom 31. Oktober 2014 E. 3.4.1 und E. 3.4.5).

E. 3.2

Mit Urteil B-6067/2013 vom 16. März 2015 stellte das Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig fest, dass es sich bei den von der Vorinstanz qualifizierten Spielen der Plattform Till Casino um Glücksspiele im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG handelt (E. 3.1). Nachfolgend ist daher nur zu prüfen, ob die Laptops des Beschwerdeführers mit angeschlossenem Bezahlssystem als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG zu qualifizieren sind und der Beschwerdeführer der Vorführungspflicht gemäss Art. 61 Abs.

1 VSBG unterstand.

E. 3.3

Entsprechend der Zielsetzung des Spielbankengesetzes - das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile insgesamt zu erfassen und es grundsätzlich auf konzessionierte Spielbanken zu konzentrieren - sowie dem klaren Willen des Gesetzgebers ist für den Begriff des Spielautomaten insbesondere entscheidend, dass der Spieler am Gerät einen in den wesentlichen Teilen automatischen Spielablauf auslösen kann (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken [Spielbankengesetz, SBG] vom 26. Februar 1997 [nachfolgend: Botschaft zum Spielbankengesetz], BBl 1997 III 157 f., 169 f.). Dabei ist unerheblich, welches Gerät bzw. welche technische Lösung letztlich dazu verwendet wird, womit je nach Umständen auch telekommunikationsgestützte Geräte als Geldspielautomaten qualifiziert werden können (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6067/2013 vom 16. März 2015 E. 3.3 und 3.5 m.w.H.). Es ist daher, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, vorliegend nicht relevant, dass es sich bei den verwendeten Geräten um Laptops handelt und diese keine Spielautomaten im klassischen Sinne darstellen. Hingegen ist von Bedeutung, ob die fraglichen Laptops durch technische bzw. elektronische Einrichtungen den Zugriff auf die betreffende Glücksspielplattform ermöglichen. Um die Laptops als Glücksspielautomaten qualifizieren zu können, müssen sie sich von üblichen Computerstationen darin unterscheiden, dass sie den Zugang zu elektronischen Glücksspielen (Online-Angebote oder festinstallierte Programme) ermöglichen, während dies und die Leistung von Spieleinsätzen sowie die Auszahlung der Gutschrift von Gewinnen mit handelsüblichen Geräten nicht möglich wäre. Das ergibt sich namentlich aus der Umschreibung in der Botschaft des Bundesrates zum Spielbankengesetz, wonach der Begriff "Geldspielautomat" ausnahmslos alle Spielgeräte erfasst, 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 geldwerten Vorteils endet (vgl. BBl 1997 III 169 f.). Damit reicht die blosser Vermietung oder Entleihung eines Laptops, ohne besondere technische bzw. elektronische Vorinstallationen der beschriebenen Art, nicht aus, um einem Laptop den Charakter eines Geldspielautomaten zu geben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6067/2013 vom 16. März 2015 E. 3.6).

E. 3.4

Der angefochtenen Verfügung sowie den von der Vorinstanz eingereichten Strafakten gegen den Beschwerdeführer kann entnommen werden, dass dieser mit der Lokalinhaberin eines Restaurants in (...) einen schriftlichen Aufstellervertrag "Vereinbarung für die Gewährung der Platzierung von Spielautomaten" vom 26. Februar 2012 über die zur Verfügung gestellten Geräte abgeschlossen hat.

E. 3.4.1

Die Vorinstanz führt weiter aus, der technischen Analyse der beiden Laptops könne entnommen werden, dass der Zugriff auf die Spielplattform Till Casino bei einem der Laptops über ein auf der Taskleiste versteckt abgelegtes Icon erfolgt sei. Wenn man mit dem Mauszeiger von links her über die Taskleiste fahre, so würden gleich nach dem Icon des Internetexplorers die Umrisse eines Icons erscheinen, das in der gleichen Farbe gehalten sei wie die Taskleiste. Nach der Anwahl dieses Icons werde ein Zahlen-Eingabefeld

geladen und nach der Eingabe des Codes "5555" könne auf die Spiele von Till Casino zugegriffen werden. Beim zweiten Laptop erfolge der Zugriff auf die Plattform über ein sich auf dem Desktop befindendes Icon "Laufwerk F". Wobei nach der Auswahl dieses Icons wiederum ein Zahleneingabefeld aufgehe, und nach der Eingabe des Codes "5555" die Spiele von Till Casino aufgeschaltet würden und auf diese zugegriffen werden könne. Die Spiele seien bereits auf den Geräten installiert und müssten nicht von einem externen Server zugeladen werden, sondern würden lediglich vom Remote-Server autorisiert. Nach erfolgter Autorisierung durch den Remote-Server werde der Zugriff durch die Geräte auf die Spielauswahl ermöglicht, wobei die Geräte mit dem Servernamen, einer eindeutigen ID und einem Passwort eingestellt sein müssten, damit sie den Server finden und sich bei ihm anmelden könnten. Die Login-Daten für den Remote-Server der Plattform Till Casino seien an die Geräte gebunden und nicht an die Person, die an den Geräten spiele. Ohne die lokale Applikation könne ein handelsübliches Gerät nicht auf die besagte Spielplattform zugreifen, da es vom Remote-Server nicht erkannt und deshalb auch nicht autorisiert werde. Auch werde die lokale Applikation von Till Casino bzw. die Spielauswahl bei beiden Laptops erst geladen, wenn der Code "5555" im PIN-Eingabefeld korrekt eingegeben werde; andernfalls werde die lokale Applikation sofort wieder beendet. Somit könne einzig über die installierte lokale Applikation auf die Spielplattform zugegriffen und gespielt werden.

E. 3.4.2

Aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich ferner, dass nach Hinweisen aus Spielerkreisen das Aufladen von Spielkrediten über den Chef des Lokals mittels USB-Stick erfolgt sei. Anlässlich der Polizeikontrolle seien zwei Personen an den Laptops mit aufgebuchten Krediten auf den entsprechenden Zählern am Spielen gewesen. Somit sei belegt, dass der Kreditzähler manuell aufgeladen werden könne; in welcher Art und Weise dies tatsächlich geschehen sei, sei nicht massgebend. Die technische Analyse belege aber die Vermutung, dass die Kreditbuchung via PIN-Eingabe und/oder USB-Stick funktioniere.

E. 3.4.3

Die Vorinstanz kommt gestützt auf die vorstehenden Ausführungen zum Schluss, es sei damit belegt, dass die Geräte über technische und elektronische Einrichtungen verfügten, die den direkten Zugriff auf die Plattform und das Ändern des Spielkreditstandes ermöglichten, was sie klar von gewöhnlichen Computern unterscheidet. Bei den zwei Laptops handle es sich somit um Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG.

E. 3.5

Der Beschwerdeführer stellt die vorstehenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nicht substantiiert in Frage. Aus den Darstellungen der Vorinstanz, die sich auf die von ihr eingereichten Unterlagen (insbesondere der Datenträgeranalysen vom 28. Mai 2015) stützen, erhellt, dass die betreffenden Laptops des Beschwerdeführers durch vorinstallierte Software und technische Einrichtungen nicht nur den Zugriff auf die Plattform Till Casino bzw. auf deren Glücksspiele erst ermöglicht haben, sondern auch die Leistung von Spieleinsätzen und die Anrechnung von Spielkrediten bzw. die Auszahlung von Gewinnen durch die Betreiber des Lokals, in dem die Laptops aufgestellt waren, sichergestellt wurde. Die genannten Funktionen bzw. Leistungen lassen sich allein mit handelsüblichen Geräten nicht abrufen. Die Vorinstanz hat die beiden Laptops des Beschwerdeführers damit zu Recht als Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SBG qualifiziert.

E. 3.6

Weiter wendet der Beschwerdeführer ein, er sei weder Betreiber noch Organisator der Online-Spiele und daher als blosser Vermittler von der Qualifikationsverfügung nicht betroffen. Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 3.4), hat der Beschwerdeführer mit der Lokalinhaberin eines Restaurants in (...) am 26. Februar 2012 einen schriftlichen Aufstellervertrag "Vereinbarung für die Gewährung der Platzierung von Spielautomaten" über die betreffenden Geräte abgeschlossen. Gemäss Ziff. 1 dieser Vereinbarung stellt der Vermieter (die Lokalinhaberin) dem Betreiber des/der Spielautomaten (dem Beschwerdeführer) den Platz für die Platzierung des/der Automaten im Lokal zur Verfügung, wobei der Betreiber der Spielautomaten für die Platzierung pro Monat einen Mietzins pro Automat zu bezahlen hat (Ziff. 3). Somit war der Beschwerdeführer entgegen seinen Vorbringen nicht bloss Vermittler, sondern zumindest Aufsteller und Betreiber der Glücksspielautomaten und daher von der Vorführungspflicht im Sinne von Art. 61 Abs. 1 VSBG erfasst (vgl. E. 3.1).

E. 4

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, aufgrund der fehlenden Notifikationen gemäss Notifikationsverordnung sei es nicht möglich, gesetzeskonforme Geschicklichkeits-Geld-Spielautomaten zu entwickeln, was einen legalen Betrieb dieser Art von Geldspielautomaten ausserhalb von Casinos erlauben würde. Soweit auf diese Rüge überhaupt eingetreten werden kann, ist sie mit Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung sowie auf das eingereichte Schreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 8. Februar 2011 abzuweisen. Das SECO weist in seinem Schreiben vom 8. Februar 2011 insbesondere darauf hin, dass unter anderem Art. 61 ff. VSBG Vorschriften über die Abgrenzung zwischen Glücksspielautomaten und Geschicklichkeitsspielautomaten enthalten. Weiter führt es zutreffend aus, bei diesen Normen handle es sich nicht um technische Vorschriften bzw. Spezifikationen im Sinne der einschlägigen Übereinkommen, weshalb sie nicht notifiziert worden seien. Da die Beschwerde auch in diesem Punkt offensichtlich unbegründet ist, kann hier auf die Einzelheiten der Ausführungen des SECO verwiesen werden.

E. 5

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 6

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden auf Fr. 3'000.- festgelegt; der am 3. August 2015 einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Dem unterliegenden Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (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.