

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-8248/2008
{T 0/2}

Urteil vom 4. Juni 2009

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz), Richter Frank Seethaler,
Richter Philippe Weissenberger,
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

Parteien

X._____GmbH,
Y._____GmbH,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zuständigkeit, Qualifikation des Automaten Super
Competition.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ GmbH (Beschwerdeführerin 1) hat sich in den Jahren 2007 und 2008 beim Bundesamt für Justiz (BJ) und bei mehreren Kantonen bzgl. der Zulässigkeit des Automaten "Super-Competition" (Automat) erkundigt. Die Antworten der Kantone St. Gallen, Freiburg, Aargau, Basel-Stadt und Luzern liefen darauf hinaus, dass der Automat der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK (Vorinstanz) zur Prüfung vorzuführen sei. Das Schreiben des Kantons Zürich sah den Automaten unter lotterие- und kantonalrechtlichen Aspekten als legal an, äusserte sich aber nicht zum Spielbankenrecht. Das BJ bezeichnete den Automaten in seinem Brief als grundsätzlich mit der Lotteriegelgesetzgebung konform, wobei es die Beschwerdeführerinnen aber auf die Prüfständigkeit der Kantone hinwies. Zum Spielbankenrecht äusserte sich das BJ nicht. In einem Schreiben des BJ an den Kanton Freiburg führte es jedoch aus, dass ein ähnlicher Automat von der Vorinstanz und später vom Bundesverwaltungsgericht sowie vom Bundesgericht als Glücksspiel qualifiziert worden sei.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2008 wurde die Beschwerdeführerin 1 von der Vorinstanz aufgefordert, ihr den Automaten und die entsprechenden Unterlagen zwecks Prüfung zur Verfügung zu stellen.

Am 22. August 2008 schrieb die Beschwerdeführerin 1 der Vorinstanz, dass sie diese nicht als zuständig zur Prüfung erachte und ersuchte sie, diesbezüglich eine "rekurrable Verfügung" zu erlassen.

B.

Mit Verfügung vom 28. November 2008 stellte die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zur Prüfung des Automaten fest. Gleichzeitig ordnete sie die Vorführung des Automaten unter Androhung von Busse bis Fr. 500'000.– im Unterlassungsfall an. Ebenso verbot sie der Beschwerdeführerin 1 unter Androhung von Busse bis Fr. 500'000.– das Aufstellen bzw. das Aufstellen lassen des Automaten sowie den Betrieb bzw. das Betreiben lassen während der Dauer des Verfahrens und entzog einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung. Ihre Verfügung begründete die Vorinstanz im Wesentlichen damit, dass sie als Aufsichtsbehörde über das Glücksspiel die Einhaltung der glücksspiel- und spielbankenrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten habe. Bei Lotterien handle es sich um Unterarten

von Glücksspielen. Ihre Zuständigkeit sei weit gefasst und beziehe sich mithin nicht nur auf Spielbanken, sondern auch auf andere Glücksspiele, deren Qualifikation umstritten sei. Beim Automaten der Beschwerdeführerin 1 sei unbestritten, dass es sich um einen Geldspielautomaten handle. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsse daher geprüft werden, ob es sich um einen Automaten handle, auf den die Spielbankengesetzgebung anwendbar sei. Auch wenn der Automat u.U. gratis bespielt werden könne, schliesse dies die Zuständigkeit der Vorinstanz nicht aus. Hinzu komme, dass die von der Beschwerdeführerin 1 eingereichte Dokumentation nicht genüge, um eine den Anforderungen des Lotterierechts genügende Gratisteilnahme zu beweisen. Aus den genannten Gründen sei der Beschwerdeführerin 1 deshalb für die Dauer des Verfahrens zu untersagen, den Automaten aufzustellen und zu betreiben und einer allfälligen Beschwerde dagegen die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Da sie dadurch die Dienstleistungen der Vorinstanz in Anspruch nehme, seien ihr die Kosten aufzuerlegen, wobei über die Höhe erst im Endentscheid befunden werde.

C.

Gegen diese Verfügung führt die Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 19. Dezember 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt die Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei eventualiter die Unzuständigkeit der Vorinstanz zur Prüfung festzustellen. Subeventualiter sei festzustellen, dass es sich beim Automaten um eine elektronische Lotterie handle. Schliesslich sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder herzustellen. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin 1 vor, die Vorinstanz sei im Besitz eines Automaten, weshalb ihr klar sein sollte, dass es sich hierbei um einen Lotterieautomaten handle. Dies sei auch von einem von der Vorinstanz anerkannten Prüflabor entsprechend zertifiziert worden. Aus diesem Grund sei sie nicht zuständig, ein weitergehendes Prüfverfahren einzuleiten. Indem die Vorinstanz zahlreiche Automaten auf dem verwaltungsstrafrechtlichen Weg habe beschlagnahmen lassen, heble sie die kantonalen Kompetenzen zur Qualifikation von Lotterien aus. Die Prüfkompetenz der Vorinstanz beschränke sich strikt auf Spielbanken. Auf Bundesebene sei das BJ für die Lotterien zuständig. Dieses sei begrüsst worden und habe den Automaten als rechtmässig angesehen. Weiter seien das Ergreifen vorsorglicher Massnahmen sowie der Entzug der aufschiebenden Wirkung als reine Schikane anzusehen. Schliesslich sei die Vorinstanz von der Be-

schwerdeführerin 1 nicht gebeten worden, Dienstleistungen zu erbringen, weshalb sie auch nicht kostenpflichtig werden könne.

D.

Mit Rechtsschrift vom 16. Januar 2009 beantragt die Y. _____ GmbH (Beschwerdeführerin 2) aufgrund ihrer engen geschäftlichen und personellen Verflechtungen mit der Beschwerdeführerin 1 als Partei in das hängige Verfahren zugelassen zu werden, was ihr mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2009 gewährt wurde.

Mit Eingabe vom 10. Februar 2009 beantragt die Beschwerdeführerin 2 dem Grundsatz nach, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wieder herzustellen. Weiter beantragt sie die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung und/oder einer Mediation.

Materiell stellt sie das Rechtsbegehren, dass über die Frage der Zuständigkeit der Vorinstanz zur Prüfung des Automaten zusammen mit dem Endentscheid befunden werde. Weiter beantragt sie sinngemäss, dass der Vorinstanz die weitere Beschlagnahme von Automaten zu untersagen sei und schon abtransportierte Automaten an die Beschwerdeführerinnen herauszugeben seien. Schliesslich sei die Vorinstanz anzuweisen, binnen 60 Tagen den Automaten zu prüfen und die rechtliche Qualifikation des Automaten mittels Verfügung festzustellen. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, dass bei der heutigen Sach- und Rechtslage unklar sei, wann ein Automat als Glücksspielautomat, und wann als Geschicklichkeitsspiel-, Warenspiel- oder nicht bewilligungspflichtiger Automat zu qualifizieren sei und welcher Rechtsordnung der jeweilige Automat unterstehe. Diese Situation habe die Vorinstanz zu verantworten, indem sie nicht gewillt sei, in diesen Fragen Klarheit zu schaffen. Weiter kämen Abgrenzungsproblematiken zwischen den Kompetenzen des Bundes und der Kantone hinzu. Sowohl das BJ als auch die angefragten Kantone hätten sich im Sinn der Beschwerdeführerinnen geäussert, weshalb das Verhalten der Vorinstanz widersprüchlich sei. Um das Verfahren zu beschleunigen, müsse die Vorinstanz die Prüfung des Automaten jedoch trotzdem unverzüglich vornehmen, und nicht erst nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens betreffend die Zuständigkeit. Durch die von der Vorinstanz verursachten Verfahrensverzögerungen würden die Beschwerdeführerinnen in deren wirtschaftlichen Interessen geschädigt.

E.

Mit (unaufgeforderter) Eingabe vom 17. Februar 2009 weist die Beschwerdeführerin 1 darauf hin, dass sie im parallel laufenden Verwaltungsstrafverfahren (insbes. Einziehungen von Automaten) von diversen Bezirksgerichten Recht erhalten habe.

F.

Mit Zwischenentscheid vom 26. Februar 2009 wurde das Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

G.

In Ihrer Vernehmlassung vom 2. April 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerden, soweit darauf einzutreten sei. In Bezug auf die Prüfständigkeit führt sie aus, dass die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Beweismittel nicht ausreichen, um das Vorliegen einer lotterierechtlichen Planmässigkeit zu belegen. Ausserdem schreibe Art. 9 VwVG vor, über die Zuständigkeit separat zu entscheiden, wenn diese bestritten werde. Da es sich beim Automaten unbestrittenermassen um einen Geldspielautomaten handle, sei die Prüfständigkeit klarerweise gegeben. Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf den Schutz ihres Vertrauens in die Auskunft der kantonalen Behörden und des BJ beriefen, müsse festgehalten werden, dass sich diese Instanzen nicht zur Zulässigkeit des Automaten unter der Spielbankengesetzgebung geäussert hätten, weshalb auch kein Vertrauensschutz möglich sei. Die von der Vorinstanz angedrohten Ungehorsamsstrafen seien deshalb verhältnismässig, weil die Beschwerdeführerinnen die für eine Prüfung notwendigen Unterlagen einzureichen hätten und eine diesbezügliche Realexekution im Widerhandlungsfall sehr schwierig wäre. Ferner wäre eine derartige Strafe in einem separaten Verwaltungsstrafverfahren auszufällen. Abschliessend sei festzuhalten, dass die Entscheidprognose keineswegs klar sei.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 21. April 2009 wurde das Begehren um Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung und/oder einer Mediation abgewiesen.

I.

Mit (unaufgeforderter) Eingabe vom 21. April 2009 macht die Beschwerdeführerin 1 abermals geltend, es stehe der Vorinstanz nicht zu, einen Lotterieberater zu qualifizieren. Weiter macht sie Ausführungen zur Funktionsweise des Automaten und zu einer möglichen

Gratisteilnahme am Spielangebot.

Mit (unaufgeforderter) Eingabe vom 28. April 2009 macht die Beschwerdeführerin 1 erneut Ausführungen zu technischen Details des Automaten.

J.

Mit (unaufgeforderter) Eingabe vom 6. Mai 2009 beantragt die Beschwerdeführerin 2, die Vorinstanz sei zu verpflichten, sich zu den von der Beschwerdeführerin 1 eingereichten technischen Gutachten sowie zu ihren in Bezug auf die Funktionsweise des Automaten gewonnenen Kenntnissen zu äussern.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um eine Zwischenverfügung über die Zuständigkeit der Vorinstanz i.S.v. Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche selbständig beim Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht ist im Rahmen von Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. f des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz zuständig.

Die angefochtene Zwischenverfügung richtet sich an die Beschwerdeführerin 1. Die Parteieigenschaft der Beschwerdeführerin 2 als Beschwerdeführende pro Adressat wurde mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2009 festgestellt.

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

2.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, über die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Prüfung des Automaten sei aus verfahrensökonomischen Gründen anlässlich des Hauptentscheids zu befinden. Indem die Vorinstanz mit der Qualifikation des Automaten zuwarte, erwachse ihnen ein wirtschaftlicher Schaden. Da die Beschwerdeführerin 1 den Beweis erbracht habe, dass der Automat kein Glücksspielautomat sei,

könne sofort entschieden werden, weshalb die Vorinstanz anzuweisen sei, dies unverzüglich zu tun.

Die Vorinstanz entgegnet, dass die Beschwerdeführerin 1 eine Feststellungsverfügung bzgl. Prüfständigkeit verlangt habe, weshalb hierüber ein gesonderter Entscheid i.S.v. Art. 9 VwVG habe gefällt werden müssen.

2.1 Gemäss Art. 9 Abs. 1 VwVG stellt die Behörde, die sich als zuständig erachtet, ihre Zuständigkeit durch Verfügung fest, wenn diese von einer Partei bestritten wird. Das Gesetz verlangt die Feststellung der Zuständigkeit zwingend, weshalb es nicht im Ermessen der Behörde liegt, ob sie verfügen will oder nicht. Jedoch ist die Behörde nicht in jedem Fall gehalten, mittels gesonderter Zwischenverfügung über ihre Zuständigkeit zu befinden. Ist das Verfahren schon weit fortgeschritten, wenn eine Partei die Zuständigkeit bestreitet, kann es sich rechtfertigen, erst in der Endverfügung darüber zu entscheiden (MICHEL DAUM, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Rz. 2 zu Art. 9). Ob über die Zuständigkeit per Zwischenverfügung oder erst im Endentscheid befunden wird, liegt demnach im Ermessen der Behörde. Im Vordergrund steht dabei der Gesichtspunkt der Prozessökonomie (THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Rz. 5 zu Art. 9). Erlässt die Behörde eine Verfügung über ihre Zuständigkeit erst nach langer Zeit oder wählt sie den Weg über eine gesonderte Zwischenverfügung ausschliesslich deshalb, um nicht in der Sache entscheiden zu müssen, begeht sie u.U. eine Rechtsverzögerung i.S.v. Art. 46a VwVG (MICHEL DAUM, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 9, MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 46a).

2.2 Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin 1 die Zuständigkeit der Vorinstanz mit Schreiben vom 22. August 2008 noch vor Ablauf der Frist zur Einreichung des Automaten bestritten und gleichzeitig eine "rekurrable Verfügung" verlangt. Mit Schreiben vom 25. August 2008 bestätigte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1, dass sie eine entsprechende Verfügung erlassen werde. Die Beschwerdeführerin 1 war mit der von der Vorinstanz in Aussicht gestellten Vorgehensweise offensichtlich einverstanden. Jedenfalls ist den Vorakten nicht zu entnehmen, dass sie im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens ihren diesbezüglichen Antrag zurückgezogen oder die Vor-

instanz gebeten hätte, über die Zuständigkeit erst im Rahmen des Entscheids zu befinden. Vielmehr bestritt die Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 24. Oktober 2008 in Reaktion auf den Verfügungsentwurf der Vorinstanz vom 26. September 2008 erneut deren Zuständigkeit. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen ihr Ermessen pflichtgemäss dahingehend ausübte, dass sie sich für die Feststellung ihrer Zuständigkeit mittels gesonderter Zwischenverfügung entschied, so ist dies nicht zu beanstanden und erscheint verhältnismässig. Folglich beging sie mit dem von ihr gewählten Vorgehen auch keine Rechtsverzögerung.

2.3 Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang auch das Vorbringen, die Vorinstanz sei aufgrund einer Beschlagnahme seit Ende Juli 2008 im Besitz eines Automaten, und Herr A. _____, Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 1, habe ihr die Funktionsweise des Automaten im September 2008 erläutert und gewisse Unterlagen eingereicht, weshalb eine materielle Prüfung sofort hätte vorgenommen werden können. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung auf nachvollziehbare Weise dargelegt, dass ihr insbesondere die Dokumentation ungenügend erschien und es sich beim Gerät unbestrittenermassen um einen Geldspielautomaten handle, weshalb eine Qualifikation nicht ohne Weiteres erfolgen könne.

2.4 Unter den gegebenen Umständen war die Vorinstanz ferner auch nicht gehalten, während des Rechtsmittelverfahrens betreffend Zuständigkeit den Automaten materiell zu prüfen. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, würde das Verfahren seinen Abschluss finden, wenn das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss käme, dass sie zur Prüfung des Automaten nicht zuständig ist (MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N 3 zu Art. 45). Im Rahmen der Verfahrensökonomie wäre es folglich und entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin 2 nicht sinnvoll, den Automaten u.U. vergeblich zu prüfen. Der Vorinstanz würden durch eine allfällige unnötige Prüfung Kosten und Aufwand entstehen. Hinzu kommt ferner, dass es nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts ist, sich im gegebenen Verfahrensstadium mit der materiellen Prüfung des Automaten auseinanderzusetzen. Vielmehr beschränkt sich der Streitgegenstand im Rahmen des Devolutiveffekts auf die Prüfständigkeit der Vorinstanz (BGE 130 V 138 E. 4.2; REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N 6 zu Art. 54).

Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, das Verfahren um

die Zuständigkeit der Vorinstanz habe zur Folge, dass sich die Prüfung des Automaten verzögere und für sie daraus ein wirtschaftlicher Schaden entstehe, so haben sie sich diesen Umstand nach dem soeben Ausgeführten selber zuzuschreiben. Auf alle Begehren, wonach die Vorinstanz zu verpflichten sei, sofort materiell zu entscheiden bzw. dem Bundesverwaltungsgericht allenfalls schon vorhandene Prüfergebnisse vorzulegen, ist daher nicht einzutreten.

3.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Prüfung des Automaten. Zur Begründung machen sie im Wesentlichen geltend, dass es sich beim Automaten offensichtlich um eine elektronische Lotterie mit Gratisteilnahmemöglichkeit handle, weshalb die Vorinstanz eine Abgrenzung zu Glücksspielautomaten mangels gesetzlichem Auftrag nicht vornehmen dürfe.

Die Vorinstanz hält sich zur Abgrenzung zwischen lotterie- und spielbankenrechtlichen Sachverhalten für zuständig. Sie bringt vor, dass ihr Prüfauftrag ein weiter sei, weshalb sie nicht ausschliesslich zur Abgrenzung von Geschicklichkeits- und Glücksspielen zuständig sei, sondern auch Unterarten von Glücksspiel wie bspw. Lotterien auf deren spielbankenrechtliche Konformität hin prüfen könne.

3.1 Die Gesetzgebung über Glücksspiele und Lotterien ist gemäss Art. 106 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) Sache des Bundes. Während als Glücksspiele alle Spiele gelten, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt, zeichnen sich die Lotterien durch deren Planmässigkeit aus. Dabei werden Lotterien als eine Unterart des Glücksspiels angesehen (MARC D. VEIT/JENS B. LEHNE, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Komm., 2. Aufl., Zürich 2008, N 3 f. zu Art. 106). Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenz genutzt und hat das Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG, SR 935.51) sowie das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (SBG, SR 935.52) erlassen. Aus Art. 1 Abs. 2 SBG geht hervor, dass das LG als lex specialis zum SBG anzusehen ist (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und Spielbanken vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 145 ff., 158, 168).

Das Spielbankengesetz nimmt in Art. 3 Abs. 2 und 3 lediglich eine Abgrenzung zwischen Glücksspiel- und Geschicklichkeitsspielautomaten vor, äussert sich jedoch nicht zu elektronischen bzw. automatisch ablaufenden Lotterien. Auch in der Lotteriegesetzgebung findet sich keine entsprechende Bestimmung. Diese Problematik war dem Bundesgesetzgeber schon anlässlich der Vorarbeiten zum Spielbankengesetz bewusst (BBl 1997 III 169). Aufgrund der Sistierung der Totalrevision der Lotteriegesetzgebung im Jahr 2004 wurden die diesbezüglichen Fragen jedoch bis anhin auf gesetzgeberischer Ebene nicht beantwortet.

3.2 Zur Bewilligung von Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten (Geldspielautomaten) ist gemäss Art. 61 Abs. 1 der Verordnung vom 24. September 2004 über Glücksspiele und Spielbanken (VSBG, SR 935.521) die Vorinstanz im Rahmen von Art. 48 SBG zuständig. Zur Bewilligung von (gemeinnützigen) Lotterien sind hingegen nach Art. 5 Abs. 1 LG die Kantone zuständig. Es stellt sich daher die Frage, ob der Bund oder die Kantone zur Abgrenzung, ob es sich bei einem konkreten Gerät um einen Glücksspiel- oder um einen Lotterieautomaten handelt, zuständig sind.

3.2.1 Grundsätzlich ist die Kompetenzumschreibung der Vorinstanz weit gefasst. So überwacht die ESBK gemäss Art. 48 SBG die Einhaltung der Vorschriften des SBG und trifft die zu deren Vollzug erforderlichen Verfügungen. Sie kann nach Art. 50 Abs. 1 SBG des Weiteren Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und zur Beseitigung von Missständen anordnen, sofern Gesetzesverletzungen oder sonstige Missstände vorliegen. Art. 50 Abs. 2 SBG gibt ihr dabei die Kompetenz, für die Zeit der Untersuchung vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Insgesamt lehnt sich diese weite Kompetenzumschreibung bewusst an jene der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA an (vormals Eidgenössische Bankenkommission EBK; BBl 1997 III 145, 161; BGE 130 II 351 E. 2 f.).

3.2.2 Gestützt auf die soeben gemachten Ausführungen erweisen sich die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen als nicht stichhaltig. Beim Automaten handelt es sich um einen Geldspielautomaten, was die Beschwerdeführerinnen auch nicht grundsätzlich in Abrede stellen. Dass (beschränkte) Gratisteilnahmemöglichkeiten bestehen, ist dabei nicht massgeblich, denn klarerweise kann der Automat jederzeit und unabhängig von allfälligen Gratisteilnahmen mittels Geldeinwurf gespielt

werden. Wer einen Geldspielautomaten in Betrieb nehmen will, muss diesen gemäss Art. 61 Abs. 1 VSBG der Vorinstanz vorführen. Diese entscheidet nach einer Prüfung darüber, ob der in Frage stehende Automat ein Glücksspielautomat ist, welcher ausschliesslich in Spielbanken betrieben werden darf, oder ob es ein in die Zuständigkeit der Kantone fallender Geschicklichkeitsspielautomat bzw. eine andere Art von Automat, der der Spielbankengesetzgebung nicht untersteht, ist. Gestützt auf ihre zur einheitlichen Durchsetzung des Bundesrechts weit gefasste Zuständigkeit ist die Vorinstanz demnach befugt, die Unterstellung von Aktivitäten unter die Spielbankengesetzgebung zu prüfen und insofern ein Unterstellungsverfahren durchzuführen. Da sie die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Allgemeinen überwachen muss, ist ihre Aufsicht nicht allein auf die Spielbanken beschränkt. Vielmehr gehört zu ihrem Aufgabenbereich auch die Prüfung anderer Spiele auf deren spielbankenrechtliche Relevanz hin, soweit die Qualifikation umstritten ist (Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2004 2A.438/2004 E. 3.1.1 bzgl. Lotterieberiebigmat Tactilo).

3.2.3 Ob der Automat unter die Spielbankengesetzgebung fällt oder nicht, bedarf der weiteren Abklärung durch die Vorinstanz. Denn vorliegend können über den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens keine Aussagen gemacht werden. Soweit sich die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang auf das der Vorinstanz nachträglich eingereichte Schreiben der D._____ und den beigefügten Prüfbericht der L._____ S.A. berufen, ändert dies nichts an der Ausgangslage. Inwiefern die Vorinstanz solche Prüferesultate unbesehen zu akzeptieren und zu übernehmen hat, ist nicht ersichtlich und geht weder aus dem Spielbanken- noch aus dem Lotterierecht hervor. Den Beschwerdeführerinnen gelingt es denn auch nicht, ihre diesbezüglichen Vorbringen zu substantiieren: selbst wenn die Prüferesultate der L._____ S.A. für die Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbindliche Wirkung hätten, könnten die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten aus den bilateralen Verträgen ableiten, denn diese beziehen sich weder auf die Spielbanken- noch auf die Lotterieberaufsicht.

3.2.4 Ebenowenig können die Beschwerdeführerinnen aus den Schreiben der Kantone und des BJ etwas zu ihren Gunsten ableiten. So halten die zuständigen Stellen der Kantone St. Gallen, Freiburg, Aargau, Basel-Stadt und Luzern in ihren Schreiben fest, dass sie die

Vorinstanz für die Prüfung des Automaten als zuständig erachten. Der Kanton Aargau hält auf erneute Anfrage der Beschwerdeführerin 1 an seiner Auffassung fest und teilt ihr überdies mit, dass er Automaten, welche nicht durch die Vorinstanz geprüft worden seien, beschlagnahmen werde. Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf das an sie gerichtete Schreiben des BJ berufen, wonach der Automat nach Einschätzung dieser Behörde mit der Lotteriegesetzgebung konform sei, so müssen sie sich deren Schreiben an den Kanton Freiburg entgegenhalten lassen. Darin wird ausgeführt, dass die Vorinstanz einen anderen Automaten, bei welchem sich ähnliche Abgrenzungsfragen stellten, auf dessen spielbankenrechtliche Relevanz geprüft und als Glücksspiel qualifiziert habe. Ferner führte das BJ aus, dass für lotterierechtliche Belange zur Hauptsache die Kantone zuständig sind. Diese Schreiben können demnach und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nur so verstanden werden, dass das BJ nicht mehr als eine Einschätzung abgegeben hat, sich aber keineswegs als abschliessend zur Prüfung des Automaten zuständig erachtete. Vielmehr verwies es direkt auf die Kantone betreffend lotterierechtlicher Zuständigkeit und indirekt auf die Vorinstanz betreffend spielbankenrechtlicher Relevanz. Soweit ersichtlich hat sich lediglich der Kanton Zürich zur kantonalen Zulässigkeit des Automaten geäußert. Doch auch dieses Schreiben stellt für die Beschwerdeführerinnen keine Vertrauensgrundlage dar: der Kanton Zürich machte keinerlei Ausführungen zur Spielbankengesetzgebung, sondern äusserte sich ausschliesslich zum Lotterierecht und den kantonalen Bestimmungen.

3.3 Daraus erhellt, dass es den Beschwerdeführerinnen nicht gelungen ist, den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens in ihrem Sinn zu belegen. Vielmehr ist erstellt, dass die Vorinstanz im Rahmen von Art. 61 Abs. 1 VSBG zur Prüfung des Automaten zuständig und eine solche bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist.

4.

Die Beschwerdeführerin 2 beantragt weiter, Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, wonach den Beschwerdeführerinnen bei Busse im Widerhandlungsfall verboten wird, Automaten aufzustellen. Verbunden damit soll der Vorinstanz untersagt werden, weitere Automaten beschlagnahmen zu lassen. Die Androhung existenzgefährdender Bussen sowie die Beschlagnahme von Automaten durch die Polizei sei willkürlich und lasse jegliche Verhältnismässigkeit vermissen. Es würde dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen,

wenn die Beschwerdeführerinnen verpflichtet würden, ein Standortverzeichnis der Automaten einzureichen.

Die Vorinstanz führt aus, dass das Aufstellen ungeprüfter und somit potenziell der Spielbankengesetzgebung unterstehender Automaten nur mit einem vorläufigen Verbot sichergestellt werden könne.

4.1 Wie das Bundesverwaltungsgericht schon in seinem Zwischenentscheid vom 26. Februar 2009 bzgl. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausführte, ist das öffentliche Interesse daran, dass Glücksspiele ausschliesslich in Spielbanken angeboten werden, als hoch einzustufen und geht im konkreten Fall allfälligen wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen vor. Aus diesem Grund ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dass der Automat nicht aufgestellt werden darf, solange keine Prüfung stattgefunden hat. An dieser Einschätzung hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert, weshalb es sich nicht rechtfertigt, auf diesen Entscheid zurückzukommen und die entsprechenden Begehren abzuweisen sind.

4.2 Hinsichtlich der Strafandrohung, präsentiert sich die Lage wie folgt: Gemäss Art. 56 Abs. 1 Bst. f SBG kann mit Busse bis zu Fr. 500'000.– oder mit Haft bestraft werden, wer einer Aufforderung der Vorinstanz, den ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen oder Missstände zu beseitigen, nicht nachkommt. Es handelt sich hierbei um eine Norm mit strafrechtlichem Charakter und die darin enthaltenen Sanktionen können gemäss Art. 57 SBG nur im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens angeordnet werden. Jedoch kann ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Widerhandlung gegen die im Verwaltungsverfahren gemachten Anordnungen nur dann aufgehoben werden, wenn diese Konsequenz vorgängig angedroht worden ist (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5 Aufl., Zürich 2006, N 1180, 1187). Die angefochtene Androhung hat somit den Charakter einer Warnung, die den Beschwerdeführerinnen nahelegt, in Zukunft ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Obwohl die angedrohten Massnahmen noch keiner eigentlichen Sanktion gleichkommen, bewirken sie aufgrund des vorstehend Ausgeführten gleichwohl einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen der Beschwerdeführerinnen (vgl. BGE 103 Ia 426 E. 1b). Das Gebot, den Geldspielautomaten und die dazugehörigen Unterlagen der Vorinstanz zwecks Prüfung zu liefern sowie das Verbot, solche Automaten während des laufenden Verfahrens aufzustellen und zu betreiben ergeben

sich bereits aus dem Gesetz bzw. aus der darauf basierenden Verordnung. Die Anforderungen an den Anlass, der die verfassungsmässige Androhung eines Verwaltungsstrafverfahrens rechtfertigen kann, sind deshalb gering. Dass die Beschwerdeführerinnen Automaten aufgestellt und betrieben haben, ohne sie zuvor von der Vorinstanz prüfen zu lassen, ist unbestritten. Ebenso unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin 1 der Vorinstanz keinen Automaten zur Prüfung zur Verfügung stellen wollte, da sie deren Zuständigkeit bestritt. Das soeben Ausgeführte ist in sachverhaltlicher Hinsicht daher genügend, um die besagten Strafandrohungen auszusprechen. Wie in E. 4.1 dargetan, ist das öffentliche Interesse an der Prüfung von Geldspielautomaten durch die Vorinstanz und an der Beschränkung des Glücksspiels auf konzessionierte Spielbanken gewichtig, weshalb die Androhung von Bussen für den Widerhandlungsfall nicht willkürlich ist. Die entsprechenden Begehren sind deshalb abzuweisen.

4.3 Weiter stellt sich die Frage, ob das erkennende Gericht die Beschlagnahme von Automaten untersagen kann. Werden Automaten beschlagnahmt und abtransportiert, kommt das Beschlagnahmeverfahren von Art. 46 f. des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) zur Anwendung. Gemäss Art. 47 Abs. 1 VStrR wird dem Inhaber des zu beschlagnahmenden Gegenstandes entweder eine Empfangsbescheinigung oder ein Doppel des Beschlagnahmeprotokolls ausgehändigt. Wird der Gegenstand am Ende des Untersuchungsverfahrens eingezogen, muss die Behörde gemäss Art. 66 VStrR einen Einziehungsbescheid erlassen. Dieser kann unter Anwendung von Art. 67 VStrR per Einsprache bei der erlassenden Behörde bzw. nach Art. 72 Abs. 1 VStrR mit Begehren um gerichtliche Beurteilung beim Strafgericht angefochten werden. Gemäss Art. 73 Abs. 1 VStrR sind zur Behandlung solcher Begehren die kantonalen Strafgerichte zuständig. Wie aus der Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. Februar 2009 hervorgeht, hat sie offenbar mehrere entsprechende Rechtsmittel vor dem Bezirksgericht Bremgarten AG ergriffen. Gegen andere Untersuchungshandlungen der Vorinstanz im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens kann zudem gemäss Art. 26 f VStrR Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts geführt werden.

Daraus ergibt sich, dass es nicht in der Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts liegt, über strafprozessuale Massnahmen zu urteilen, weshalb auf die entsprechenden Begehren nicht einzutreten ist.

5.

Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin 1, für die angefochtene Verfügung die Verfahrenskosten übernehmen zu müssen.

Gemäss Art. 53 Abs. 3 SBG erhebt die Vorinstanz für ihre Verfügungen kostendeckende Gebühren. Art. 112 Abs. 1 VSBG konkretisiert Art. 53 Abs. 3 SBG dahingehend, dass gebührenpflichtig wird, wer eine Dienstleistung oder eine Verfügung der Vorinstanz beansprucht bzw. veranlasst. Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass die Beschwerdeführerin 1 einerseits grundsätzlich dann gebührenpflichtig wird, wenn sie einen Automaten durch die Vorinstanz prüfen lässt und dadurch eine Dienstleistung in Anspruch nimmt. Dabei ist nicht massgeblich, ob die Beschwerdeführerin 1 den Automaten selbst zur Prüfung einreicht oder nicht. Andererseits wird die Beschwerdeführerin 1 aber auch dann gebührenpflichtig, wenn sie die Vorinstanz zu einer Verfügung veranlasst. Genau dies ist durch die Bestreitung der vorinstanzlichen Prüfständigkeit geschehen. Wie in E. 2.1 festgehalten, war die Vorinstanz jedenfalls berechtigt, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Die Auferlegung der Kosten an die Beschwerdeführerin 1 ist demnach rechtmässig und nicht zu beanstanden.

6.

Die Beschwerden werden demnach abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen sowohl für den vorliegenden Entscheid als auch für den Zwischenentscheid vom 26. Februar 2009 und die Zwischenverfügung vom 21. April 2009 die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 1 und 3 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf insgesamt Fr. 4'000.– festgelegt und den Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit den von den Beschwerdeführerinnen am 16. Januar 2009 bzw. am 20. März 2009 geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet, wobei ihnen je Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zurückerstattet werden. Parteientschädigungen werden bei diesem Verfahrensausgang keine ausgerichtet (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden den Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 5'000.– verrechnet, wobei den Beschwerdeführerinnen je Fr. 500.– nach Eintritt der Rechtskraft von der Gerichtskasse zurückerstattet werden.

3.

Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Nr. 713-010/01/ Kuf; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Kaspar Luginbühl

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unter-

schrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 8. Juni 2009