



Abteilung II
B-1287/2013

Urteil vom 11. Juni 2013

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Frank Seethaler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

A. _____,
X. _____ **GmbH**,
beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Flurin Turnes,
Beschwerdeführende,

gegen

Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorführungspflicht und vorsorgliche Massnahmen im
Qualifikationsverfahren der Geldspielautomaten Logick,
Pentium und Cili Shop.

Sachverhalt:

A.

Mit Zwischenverfügung vom 4. Februar 2013 hat die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK; nachfolgend: Vorinstanz) der X._____GmbH, bzw. deren Organe, und A._____ unter Androhung einer Busse bis zu Fr. 500'000.– untersagt, während der Dauer des (spielbankenrechtlichen Qualifikations-)Verfahrens, bis zum rechtskräftigen Entscheid, Geräte des Typs Logick, Pentium und Cili Shop aufzustellen und zu betreiben bzw. diese durch Dritte aufstellen und betreiben zu lassen (Dispositiv-Ziff. 1). Weiter stellte die Vorinstanz fest, dass die Geldspielautomaten Logick, Pentium und Cili Shop der Vorführungspflicht unterliegen (Dispositiv-Ziff. 2). Sodann wurden die X._____GmbH, bzw. deren Organe, und A._____ verpflichtet, den Automaten Pentium der Vorinstanz vorzuführen (Dispositiv-Ziff. 3). A._____ wurde verpflichtet, die Automaten Logick und Cili Shop der Vorinstanz vorzuführen; je ein Automat Logick mit Risikospielphase X-Game und Cili Shop sowie die gesamten Unterlagen seien innerhalb von 15 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft bei der Vorinstanz einzureichen (Dispositiv-Ziff. 4). Schliesslich wurde verfügt, dass die Kosten für die Zwischenverfügung im Endentscheid festgelegt würden (Dispositiv-Ziff. 5), und dass der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung die aufschiebende Wirkung entzogen werde (Dispositiv-Ziff. 6).

B.

Mit Eingabe vom 11. März 2013 haben A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) und die X._____GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin), beide vertreten durch Rechtsanwalt Flurin Turnes, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie beantragen, die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, 5, 6 der angefochtenen Zwischenverfügung seien aufzuheben. Es sei vorzumerken, dass der Beschwerdeführer und die Beschwerdeführerin, bzw. deren Organe, die Geräte des Typs Logick, Pentium und Cili Shop weder aufstellten noch betrieben, und dies auch in Zukunft so halten würden. Es sei zudem festzustellen, dass die fraglichen Geräte gegenwärtig nicht als Geräte im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG (zit. in E. 1) qualifiziert seien, mit den entsprechend höchstrichterlich erkannten Folgen betreffend Strafverfolgung. Schliesslich sei vorzumerken, dass der Beschwerdeführer über keine weiteren Automaten Logick und Cili Shop verfüge, weshalb es unmöglich sei, diese Geräte vorzuführen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen die Beschwerdeführenden die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

C.

Mit Vernehmlassung vom 28. März 2013 beantragt die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Da die fraglichen Geräte bis dato nicht vorgeführt worden seien und demzufolge auch keine rechtliche Einordnung der Geräte habe erfolgen könne, habe die Vorinstanz von Amtes wegen ein Qualifikationsverfahren eröffnet. Das Interesse an der Qualifikation der fraglichen Geräte liege in erster Linie in der Durchsetzung der geltenden Rechtsordnung. Dabei sei zu klären, ob es sich vorliegend um Glücks- oder Geschicklichkeitsspielautomaten handle, wofür funktionsfähige Geräte sowie die geforderten Unterlagen zentrale Pfeiler der Sachverhaltsermittlung seien. Zur Sicherung des Verfahrens und der durch die Spielbankengesetzgebung geschützten Interessen sei für die Dauer des Qualifikationsverfahrens ein Betriebsverbot angeordnet worden. Als Inverkehrsetzer treffe die Beschwerdeführenden die Pflicht, die Geldspielautomaten vor der Inbetriebnahme der Vorinstanz vorzuführen. Der Vorführungspflicht könne man sich nicht mit dem Argument entziehen, ein künftiger Betrieb sei nicht beabsichtigt, ansonsten die Vorführungspflicht ausgehöhlt würde. Die Pflicht erlösche auch nicht aufgrund von geäußerten Absichten, diese Automaten künftig nicht mehr in Verkehr zu setzen. Vorliegend sei der Entscheid der Beschwerdeführenden wohl eher eine Folge der Beschlagnahmung der Automaten in den entsprechenden Strafverfahren. Würden die geforderten Geräte sowie die entsprechenden Unterlagen nicht eingereicht, entscheide die Vorinstanz aufgrund der Akten.

D.

Mit Replik vom 21. Mai 2013 halten die Beschwerdeführenden an ihren Anträgen fest. Auf strafrechtlicher Ebene liege ein rechtskräftiger freisprechender Entscheid vor, der auch Wirkung auf das verwaltungsrechtliche Verfahren habe. Es fehle an einem rechtlichen Interesse, ein Qualifikationsverfahren durchzuführen. Die Beschwerdeführenden planten keine weitere Verwendung der fraglichen Geräte. Die Androhung einer existenzbedrohenden Bestrafung sei nicht rechtens.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 f. und Art. 33 Bst. f des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32], vgl. auch Art. 48

Abs. 3 Bst. e des Spielbankengesetzes vom 18. Dezember 1998 [SBG, SR 935.52]).

1.1 Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann nach den Voraussetzungen von Art. 45 und 46 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Die vorliegende Zwischenverfügung im Rahmen eines spielbankenrechtlichen Qualifikationsverfahrens ist demnach selbständig anfechtbar, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG).

1.2 Eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde wäre nicht geeignet, sofort einen Endentscheid im Qualifikationsverfahren herbeizuführen, weil die Qualifikation der Geldspielautomaten nach wie vor offen bliebe. Hinzuweisen ist insoweit auf Art. 50 Abs. 1 SBG, nach welchem die Vorinstanz bei Verletzungen des SBG oder sonstigen Missständen Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände anordnen kann. Eine Qualifikationsverfügung bezieht sich zudem stets auf ein bestimmtes Modell bzw. Typ eines Geldspielautomaten und wird amtlich publiziert (Art. 64 Abs. 3 SBG). Diejenigen Dispositiv-Ziffern, welche die Qualifikation des konkreten Geldspielautomaten beispielsweise als Geschicklichkeitsspielautomaten i.S.v. Art. 3 Abs. 3 SBG betreffen und dessen Aufstellen und Betrieb (ev. unter Auflagen) erlauben, sind Feststellungen (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2) und haben den Charakter einer Allgemeinverfügung, sind mithin generell-konkrete Anordnungen, die sich nicht nur an die Beschwerdeführenden, sondern an alle diejenigen richten, die das fragliche Modell aufstellen oder betreiben. Das Qualifikationsverfahren betreffend die hier zur Diskussion stehenden Geldspielautomaten würde somit durch eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde nicht eine sofortige Verfahrensbeendigung herbeiführen und nicht dazu führen, dass damit eine bedeutender Mehraufwand an Zeit oder Kosten vermieden werden kann. Somit bleibt zu prüfen, ob die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

1.3 Der geltend gemachte Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein; eine Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des Bundesgerichts 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004 E. 1.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3924/2012 vom 18. Februar 2013 E. 2.2, B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.3, A-515/2008 vom 4. Juni 2008 E. 1.2). Dabei muss der Nachteil tatsächlicher Natur aber von einigem Gewicht sein (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 40 Rz. 2.47). Das schutzwürdige Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Zwischenentscheids kann namentlich wirtschaftlich begründet sein, der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen (MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 10 f. zu Art. 46).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die beschwerdeführende Partei substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (BGE 137 III 324 E. 1.1; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-124/2012 vom 23. April 2012 E. 3.5). Andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

1.3.1 Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung beinhaltet ein vorsorgliches Verbot des Aufstellens und Betreibens bzw. Betreibenlassens der fraglichen Automatentypen, unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall, während der Dauer des Qualifikationsverfahrens. Zwischenentscheide über vorsorgliche Massnahmen sind grundsätzlich geeignet, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken (KAYSER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 46); dies ist jedoch im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen. Vorliegend fehlt den Beschwerdeführenden ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung der angeordneten vorsorglichen Massnahme, da sie gemäss eigener Aussage kein Interesse daran haben, die fraglichen Geldspielautomaten der Typen Logick, Pentium und Cili Shop weiterhin aufzustellen oder zu betreiben, weshalb ihnen aus dem vorsorglichen Verbot kein nicht wieder gutzumachender, insbesondere wirtschaftlicher Nachteil erwächst, was sie denn auch nicht geltend machen, und daher auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist. Darüber hinaus müsste die Vorinstanz im Widerhandlungsfall eine allfällige Busse in einer selbständig anfechtbaren Verfügung anordnen

(vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4580/2007 vom 17. Januar 2008 E. 2.2 in fine).

1.3.2 Dispositiv-Ziffer 2 (die von den Beschwerdeführenden nicht angefochten ist), 3 und 4 der Zwischenverfügung wenden die in Art. 61 Abs. 1 der Spielbankenverordnung vom 24. September 2004 (VSBG, SR 935.521) verankerte Pflicht, Geldspielautomaten vor deren Inbetriebnahme der Vorinstanz vorzuführen, sowie die in Art. 61 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 2 der Glücksspielverordnung vom 24. September 2004 (GSV, SR 935.521.21) vorgesehenen Massnahmen zur Verwirklichung der Vorführungspflicht auf den konkreten Fall an, ohne dass der Vorinstanz insoweit ein Ermessensspielraum geblieben wäre, weshalb den Beschwerdeführenden daraus kein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen kann. Die Beschwerdeführenden bestreiten denn auch nicht, dass die fraglichen Geldspielautomaten der Vorführungspflicht unterliegen und machen überdies nicht geltend, dass die Ausnahmebestimmung nach Art. 62 VSBG greifen würde. Auf die Beschwerde ist daher insoweit nicht einzutreten.

1.3.3 Schliesslich ist auf die Beschwerde, soweit sie in Dispositiv-Ziffer 5 festgelegte Kostenregelung mit dem Endentscheid betrifft, ebenfalls nicht einzutreten, da die Kostenregelung mit dem Endentscheid eine Folge des getroffenen Zwischenentscheids ist, zur Zeit keine Kosten auferlegt werden und die Kosten mit dem durch die Vorinstanz zu treffenden Endentscheid hiernach angefochten werden können.

1.4 Auf das im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht von den Beschwerdeführenden gestellte Feststellungsbegehren, dass die fraglichen Geräte gegenwärtig nicht als Geräte im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG, mithin als Glücksspiele, die ausserhalb von konzessionierten Spielbanken organisiert oder gewerbemässig betrieben werden, zu qualifizieren seien, ist mangels aktuellem Feststellungsinteresse und fehlender Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht einzutreten. Eine Feststellungsverfügung kann nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (BGE 126 II 300 E. 2c m.H.). Die angebehrte Feststellung bezieht sich auf die rechtliche Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielautomaten (Art. 3 Abs. 2 und 3 SBG) und den Übertretungsstratbestand von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG. Für diese Feststellung ist die Vorinstanz im Rahmen des Qualifikationsverfahrens erstinstanzlich zuständig; erst wenn die Vorinstanz eine materielle Qualifikationsverfügung

erlassen hat, kann das Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerde hin überprüfen, ob die Qualifikation vor Bundesrecht standhält. Darüber hinaus entsteht den Beschwerdeführenden durch das Abwarten auf den nachmaligen Qualifikationsentscheid durch die Vorinstanz kein unzumutbarer Nachteil, zumal der Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst erfüllt sein kann, wenn der Geldspielautomat durch einen Entscheid der Vorinstanz als Glücksspielautomat im Sinne des SBG qualifiziert worden ist, obwohl es sich bei der Qualifikationsverfügung der Vorinstanz um eine Feststellungsverfügung handelt und ein Geldspielautomat bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen auch ohne einen entsprechenden Entscheid ein Glücksspielautomat ist (BGE 138 IV 106 E. 5.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_709/2011 vom 5. Juli 2012 E. 2.4.2 in fine).

1.5 Darüber hinaus machen die Beschwerdeführenden zu Recht nicht geltend, die Vorinstanz hätte nicht von Amtes wegen ein Qualifikationsverfahren eröffnen dürfen.

2.

Zusammenfassend ergibt sich, dass den Beschwerdeführenden die Beschwerdebefugnis fehlt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

2.1 Das Gesuch der Beschwerdeführenden um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird damit gegenstandslos.

2.2 Der Beweisantrag der Beschwerdeführenden um Aktenbeizug aus dem Strafverfahren (...), in welchem nach Aussage der Beschwerdeführenden am (...) ein Urteil ergangen ist, wird in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen, da sich aus den Straf(verfahrens-)akten von vornherein nichts entnehmen lassen könnte, das für die Frage der Beschwerdebefugnis vor Bundesverwaltungsgericht von Belang wäre.

3.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden 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 dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden auf insgesamt Fr. 1'000.– festgesetzt, je zur Hälfte den Beschwerdeführenden auferlegt (vgl. Art. 6a VGKE) und mit den am 18. März 2013 geleisteten Kostenvorschüssen von je

Fr. 1'500.– verrechnet. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden den Beschwerdeführenden auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 1'500.– verrechnet. Der Restbetrag von insgesamt Fr. 2000.– (je Fr. 1000.–) wird den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilagen: Rückerstattungsformulare)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

Astrid Hirzel

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 Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 11. Juni 2013