

S. 292 / Nr. 48 Spielbanken und Lotterien (d)

BGE 56 I 292

48. Urteil vom 3. Juli 1930 i. S. Schiess gegen eidg. Justiz- und Polizeidepartement.

Regeste:

1. Dem Bundesgesetz über Spielbanken unterliegen nicht nur Glücksspielautomaten, sondern Glücksspielapparate überhaupt.
2. Das Aufstellen derartiger Apparate ist nur erlaubt, wenn bei ihnen der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht.

A. Hermann Schiess in Basel beschwert sich darüber, dass das eidg. Justiz- und Polizeidepartement durch Entscheid vom 24. März 1930 den Spielapparat «Helvetia» (auch «Hansa» genannt) als unzulässig erklärt hat.

Der Apparat und der Spielvorgang werden im angefochtenen Entscheid zutreffend wie folgt beschrieben: «Der Spielautomat «Helvetia» besteht aus einem vorn mit einer Glasscheibe versehenen Kasten. An dessen Rückwand befinden sich, auf gleicher Höhe nebeneinander,

Seite: 293

durch die Glasscheibe sichtbar, fünf nach oben gerichtete Öffnungen, die sog. Tore. Durch eine rechts oben angebrachte Ritze ist ein Geldstück, beim vorgeführten Apparat ein 20 Rappenstück, einzuwerfen. Dieses fällt in eine Führung und kommt vor einen Ring zu liegen, der aus dem Apparat herausragt und nicht mit einer Feder versehen ist. Schlägt man mit einem Finger auf den Ring, dann wird das Geldstück in den freien Raum des Kastens geschleudert und fällt entweder in eines der erwähnten fünf Tore oder daneben. Fällt das Geldstück in eines der Tore I, III oder IV, von rechts nach links gezählt, dann hat der Spieler gewonnen. Fällt es in eines der Tore II oder V, dann gewinnt er nichts, das Geldstück fällt aber in eine sog. Reserve, die bei einem der folgenden Gewinne zur Auszahlung kommt. Bei den beiden dem Schleuderring näher gelegenen Toren I und III, die etwas weniger schwer zu treffen sind, beträgt der Gewinn abwechselnd je 40, 60, 40 und 80 Rappen, jedesmal plus Reserve, beim Tore IV abwechselnd 80 Rappen und 1 Franken, ebenfalls plus Reserve. Auf der Vorderseite befindet sich unten in der Mitte eine Öffnung mit einer Sammelschale, in welcher automatisch der allfällige Gewinn zum Vorschein kommt.»

Im angefochtenen Entscheid wird sodann ausgeführt, der Apparat erlaube Spielarten, die sich als reines Glücksspiel darstellen, und auch bei Verwendung desselben zu Geschicklichkeitsübungen ergebe sich für den Durchschnittsspieler in gewissen Fällen nur ein geringer Erfolg. Es sei nicht ohne weiteres offenkundig, dass bei dem Spiel der Durchschnittsspieler aus dem Publikum die Geschicklichkeit vorwiegend den Ausschlag gebe. Sie komme bei allen Spielarten, mit Ausnahme des Spiels auf Tor I, von vorneherein nicht in Betracht, und auch bei dieser Spielart könne nicht angenommen werden, dass offenkundig die Geschicklichkeit den Ausschlag gebe.

B. In der hiegegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde wird beantragt:

Seite: 294

1. Der Entscheid sei aufzuheben und der Spielapparat zuzulassen.
2. Eventuell sei der Apparat nach einer festzusetzenden Veränderung zuzulassen.

Die Beschwerde wird im wesentlichen wie folgt begründet:

a) Der Apparat «Helvetia» sei weder ein Spielautomat noch ein ähnlicher Apparat im Sinne des Art. 3 des Gesetzes über die Spielbanken. Zu den unter das Gesetz fallenden Apparaten gehöre eine maschinelle Vorrichtung, die vom Spieler zur Erzielung des Spielerfolges ausgelöst werde, so dass nicht mehr die körperliche und persönliche Einwirkung des Spielers unmittelbar den Spielerfolg herbeiführe, sondern eine automatisch auszulösende maschinelle Spielvorrichtung. Beim Apparat «Helvetia» bestehe aber keine solche automatische Vorrichtung. Die einzige vorhandene automatische Vorrichtung diene zur Verteilung des Geldes im Falle des Gewinnes. Der Spielerfolg selbst werde durch rein physische Kräfte bedingt und sei daher vom Spieler in gleicher Weise beeinflussbar wie beim Kegel- oder Billardspiel. Da wie dort müsse der Spieler einen Gegenstand an ein gewisses Ziel schleudern.

b) Aber auch wenn Art. 3 auf den Apparat angewendet werde, könne es jedenfalls nicht darauf ankommen, ob ein Apparat dem Spieler erlaube, ein reines Glücksspiel zu betreiben. Andernfalls hätte überhaupt jedes Spiel verboten werden müssen.

Für den Apparat «Helvetia» ergebe sich aus dem Gutachten des Herrn Prof. Crelieu, das vom Beschwerdeführer eingelegt wird, dass der Spielausgang ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruhe. Auch Erkundigungen bei Gasthofbesitzern und Spielern, die beantragt werden, würden das

bestätigen. Die Vorinstanz habe sich einen Mangel im Verfahren dadurch zuschulden kommen lassen, dass sie nicht das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt habe, und es wird beantragt, dass das Bundesgericht ein solches Gutachten einhole.

Seite: 295

c) Der Grundgedanke des Bundesgesetzes über die Spielbanken bestehe darin, dass Glücksspiele verboten werden sollten. Was als Glücksspiel zu betrachten sei, könne durch einen gesetzlichen Erlass nicht anders entschieden werden, als es in der gesamten Rechtsliteratur und Rechtsprechung geschehe. Darnach liege ein Glücksspiel vor, wenn der Ausfall ganz oder doch wesentlich vom Zufall abhängt. Für Spielapparate ohne Glücksspielcharakter gelte die Handels- und Gewerbefreiheit, und sollte die Fassung des Gesetzes selbst zu einem andern Entscheide zwingen, so wäre diese Bestimmung als mit der Bundesverfassung im Widerspruch stehend vom Bundesgericht als nicht anwendbar zu erklären.

d) Endlich macht der Beschwerdeführer eine Reihe Billigkeitserwägungen geltend, insbesondere den Umstand, dass er mit der Herstellung der Apparate erst begonnen habe, nachdem das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt durch Urteil vom 15. Juni 1928 erkannt habe, dass der Apparat (dort als «Hansa» bezeichnet) zulässig sei.

Mit Rücksicht auf die grosse finanzielle Tragweite des Entscheides für den Beschwerdeführer sei es im Falle der Abweisung des Hauptbegehrens angezeigt, im Sinne des Eventualantrages anzugeben, wie der Apparat abgeändert werden müsse, um zulässig zu sein.

C. Die Vorinstanz beantragt Abweisung der Beschwerde.

D. Im Untersuchungsverfahren vor Bundesgericht ist der Spielapparat vorgeführt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist gemäss Ziffer VI, Abs. 1 des Anhangs zum VDG zur Beurteilung der Beschwerde zuständig und hat nach Art. 10 VDG zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid auf einer Verletzung von Bundesrecht beruht. Dabei ist die Bundesgesetzgebung, im vorliegenden Falle das Bundesgesetz über die Spielbanken, gemäss Art. 114 bis BV für das Bundesgericht verbindlich.

Seite: 296

Die gegenteilige Annahme des Beschwerdeführers ist irrtümlich.

2. Nach Art. 3 des Bundesgesetzes über die Spielbanken gilt das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten als verbotene Glücksspielunternehmung, sofern nicht der Spielausgang ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht.

a) Das bundesgesetzliche Verbot bezieht sich zunächst auf Spielautomaten, also Spielapparate, die nachdem sie in Betrieb gesetzt sind, in irgendeiner Weise selbsttätig (automatisch) arbeiten. Wie der Antrieb erfolgt, ist unerheblich. Ebenso kann es nicht darauf ankommen, ob die selbsttätige Abwicklung den ganzen Spielverlauf oder nur einen Teil desselben umfasst.

Dem Verbote unterliegen ausserdem auch «ähnliche Apparate»; also solche, die nicht als Automaten zu charakterisieren sind. Das Verbot gilt demnach grundsätzlich allgemein für sämtliche Spielapparate, die im übrigen den gesetzlichen Voraussetzungen für verbotene Apparate entsprechen. Es kommt deshalb für die Anwendung von Art. 3 des Gesetzes nicht darauf an, ob ein Apparat als Automat zu gelten hat oder nicht. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die besondere Kennzeichnung, die das Gesetz für erlaubte Apparate aufstellt, zutrifft.

b) Hiefür verlangt das Gesetz, dass «der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht». Es genügt nicht, dass zur Erreichung eines Spielerfolges die Geschicklichkeit des Spielers neben andern Faktoren den Spielerfolg beeinflusst oder beeinflussen kann. Die Geschicklichkeit muss den Spielerfolg ausschliesslich oder vorwiegend herbeiführen. Die übrigen Faktoren, die auf das Spielergebnis einwirken, besonders der Zufall, müssen ihr gegenüber zurücktreten. Verboten sind alle Apparate, bei denen dies nicht zutrifft. Hiebei ist auf die Fähigkeit des Durchschnittspublikums zu erfolgreichem Spielen abzustellen.

Seite: 297

Es kommt nicht auf das tatsächliche Verhalten des Spielers an, besonders nicht darauf, ob der Apparat zu reinen Glücksspielen verwendet werden kann, sondern darauf, ob er für den Durchschnittsspieler, der auf einen Spielerfolg, also auf eine bestimmungsgemässe Verwendung des Apparates, eingestellt ist, in unverkennbarer Weise die Geschicklichkeit den Ausschlag gibt. Unerheblich ist, welche Aussichten auf ein gewinnreiches Spiel der Apparat dem ungewöhnlich geübten Spieler, dem Spielkünstler, darbietet und ebenso, wie es sich in dieser Beziehung bei Personen verhält, die auf Grund von Sachkenntnissen an den Apparat herantreten, die beim Publikum im allgemeinen nicht vorausgesetzt werden können oder nicht vorhanden sind. Ohne Bedeutung für die Entscheidung sind demnach Charakterisierungen eines Apparates, die von Experten auf Grund besonderer Fachkenntnisse aufgestellt werden. Der Beurteilung sind vielmehr

allenfalls lediglich die objektiven Feststellungen solcher Personen über den Spielverlauf zugrunde zu legen.

Die Vorinstanz hat demnach mit Recht nicht «die Geschicklichkeit eines Spielkünstlers» als massgebend erklärt, sondern diejenige «eines Durchschnittsspielers aus dem Publikum». Diese Auslegung des Art. 3 des Gesetzes entspricht der Absicht des Gesetzgebers, der die «Durchschnittserfahrung des Lebens» in Betracht gezogen wissen will (Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1929, BBl 1929 I S. 370, 372 f. und Sten. Bull. StR 1929 S. 277, Votum Brügger) und ist sachlich gerechtfertigt. Wenn es sich fragt, ob ein Spiel Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel ist, so muss es darauf ankommen, wie das Spiel nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vor sich geht. Das ist auch der Standpunkt des deutschen Reichsgerichtes, insbesondere in dem vom Beschwerdeführer selbst angerufenen Urteile und auch in andern Fällen (vgl. RG. in Strafsachen, Bd. 41 S. 219 ff., bes. S. 222, und S. 332; Bd. 43, S. 157 f.). Daraus folgt, dass die Vorinstanz es ablehnen durfte, von Gutachtern aufgestellte

Seite: 298

Charakterisierungen des Apparates als massgeblich zu betrachten. Sie hat mit Recht durch eigene Erhebungen geprüft, wie sich das Spiel am streitigen Apparat in Wirklichkeit auswirkt.

3. Das Ergebnis, zu dem die Vorinstanz gelangt ist, erweist sich als zutreffend:

a) Der Spielapparat «Helvetia» ist ein Automat im Sinne von Art. 3 des Gesetzes. Die Tätigkeit des Spielers beschränkt sich darauf, den Apparat in Betrieb zu setzen, was durch Leistung des Einsatzes und durch den Schlag auf den Ring, das eigentliche Spiel, geschieht. Im übrigen vollzieht sich der Spielverlauf automatisch: der Apparat verteilt die Einsätze selbsttätig in die Gewinn- und Reservekolonnen oder lässt sie in die Kasse des Spielhalters ablaufen. Ebenso bestimmt er Höhe des Gewinnes selbsttätig und schüttet denselben automatisch aus. Die Behauptung des Beschwerdeführers, es handle sich beim Spielapparat «Helvetia» nicht um einen Automaten, ist unhaltbar.

b) Nach dem vom Beschwerdeführer beigebrachten Gutachten Crelier ist sicher, dass der Zufall, das «Glück», bei dem Spiele eine nicht unerhebliche Rolle spielt, der Spielausgang also nie ganz auf Geschicklichkeit beruhen wird. Fraglich kann nur sein, ob die Geschicklichkeit vorwiegend ausschlaggebend ist und zwar in unverkennbarer Weise, wobei es nach den obigen Ausführungen auf das Durchschnittspublikum und dessen Fähigkeit zur Erreichung eines Spielerfolges ankommt.

Der Apparat soll meistens in Gast- und Wirtshäusern aufgestellt werden. Dass dabei das Publikum, dem das Spiel angeboten wird, meistens nur sein «Glück» versuchen wird, kann für die Entscheidung nicht massgebend sein. Diese hat vielmehr auf das Verhalten eines ernsthaften Durchschnittsspielers abzustellen. Auch diesem bietet aber der Apparat kein ausgesprochenes Geschicklichkeitsspiel. Einmal setzt ein erfolgreiches Spiel ein genaues Studium des Apparates voraus. Der Spieler muss,

Seite: 299

um überhaupt herauszufinden, auf was es ankommt, d. h. um das Spiel zu «erlernen», wie sich der Beschwerdeführer ausdrückt, spielen, was beim Apparat «Helvetia» nicht ohne Leistung des Einsatzes für jeden einzelnen Spielversuch möglich ist. Insoweit ist der Apparat von vorneherein nicht als Geschicklichkeits- sondern als Glücksspielapparat zu kennzeichnen, da bei diesen Übungen nur der Zufall für den Ausgang des Spieles entscheidend sein kann.

Aber selbst bei dem geschickten Spieler, der sich lange einzuüben vermochte, ergibt sich nach dem Gutachten Crelier sogar beim Spielen auf das am leichtesten zu treffende Tor I immer noch eine erhebliche Zahl reiner Glücksgewinne. Das ist in der Natur des Spieles und in der Einrichtung des Apparates begründet. Bei der bekannten Ungleichheit der einzelnen Geldstücke, die sich z. B. beim Einwerfen in den Apparat zeigt, und wegen der Unberechenbarkeit des Abprallens der Geldstücke beim Treffen des Tores (vgl. hierüber OERTEL: Die strafrechtliche Behandlung der Geldspielautomaten, Deutsche JZ 1909 Sp. 1240 ff.), muss der Zufall auch bei einem geschickten und eingeübten Spieler immer eine bedeutende Rolle spielen. Bedenkt man nun, dass die Spielenden in der Regel nicht in der Lage sind, den Apparat durch lange Spielreihen auszuprobieren, daher im Unterschied zum Gutachter nicht wissen, auf welchem Tore am leichtesten Gewinne zu erzielen sind, dass sie ferner in der Regel das Spiel aufgeben müssen, bevor sie die Geschicklichkeit des Gutachters erreicht haben, so ergibt sich in unverkennbarer Weise, dass der Spielausgang vorwiegend auf «Glück» beruht, dass es sich also um ein Glücksspiel und nicht um ein Geschicklichkeitsspiel handelt.

Daran vermögen die vom Beschwerdeführer eingelegten Bescheinigungen von Wirten und Spielenden nichts zu ändern. Solche Gefälligkeitszeugnisse sind wertlos, umsomehr, als es offensichtlich unrichtig ist, wenn darin erklärt wird, das Ergebnis des Spieles sei «allein» von der

Seite: 300

Beeinflussung des Spielenden abhängig. Es wäre aber auch zwecklos, die Unterzeichner dieser Bescheinungen einzuvernehmen, wie es der Beschwerdeführer beantragt, da die nach Art. 3 des Gesetzes zu entscheidende Rechtsfrage nicht nach dem subjektivem Empfinden von Spielenden beurteilt werden darf.

Ohne Bedeutung ist ferner der Umstand, dass der streitige Apparat nach früher geltendem kantonalem Rechte zulässig gewesen sein mag. Nach dem neuen Bundesrecht muss die Beschwerde abgewiesen werden, womit übrigens die in der Bundesversammlung bei der Beratung des Gesetzes geäußerten Auffassungen übereinstimmen. (Vgl. ausser dem schon erwähnten Votum Brüggers die Äusserung des Berichterstatters im Nationalrat (Nationalrat Bonnet), Sten. Bull. Nat.-Rat. 1929 S. 232).

4. Der Eventualantrag, es sei der Spielapparat «Helvetia» nach einer dem Beschwerdeführer anzugebenden Änderung zuzulassen, ist abzuweisen, da es nicht Sache der Verwaltungsbehörde oder des Bundesgerichtes sein kann, zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie der Apparat eingerichtet sein müsste, damit er den Voraussetzungen des Gesetzes für statthafte Apparate genügen würde. Demnach erkennt das Bundesgericht: Die Beschwerde wird abgewiesen