

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 31. August 2001 in Sachen Firma X. [003/00]; die gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 27. Februar 2002 [2A.494/2001] abgewiesen.)

Art. 3 SBG. Art. 60 VSBG. Art. 1 GSV vom 13. März 2000. Abgrenzung von Glücksspiel- und Geschicklichkeitsspielautomaten.

- Das SBG (Art. 3) und das ausführende Verordnungsrecht (Art. 60 VSBG, Art. 1 GSV) eröffnen der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) bei der Abgrenzung von Glücksspiel- und Geschicklichkeitsspielautomaten einen gewissen Beurteilungsspielraum (E. 3 und 4a).

- Die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken übt im vorliegenden Fall bei der Überprüfung der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen eine gewisse Zurückhaltung (E. 4b).

- Angesichts des Zwecks der Spielbankengesetzgebung ist es nicht zu beanstanden, dass die ESBK das geprüfte Gerät, das sich wegen seiner Eigenschaften einer eindeutigen Zuordnung zu einer der beiden gesetzlichen Kategorien entzieht, als Glücksspielautomaten eingestuft hat (E. 5d-e).

- Vorgehen der ESBK bei der Bestellung des Experten; Anwendbarkeit des VwVG. Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten; Möglichkeit, Einwendungen gegen den in Aussicht genommenen externen Experten zu erheben (E. 6).

Art. 3 LMJ. Art. 60 OLMJ. Art. 1 OJH du 13 mars 2000. Délimitation entre les appareils à sous servant aux jeux de hasard et ceux servant aux jeux d'adresse.

- La LMJ (art. 3) et ses ordonnances d'exécution (art. 60 OLMJ, art. 1 OJH) laissent à la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) une certaine latitude de jugement dans la délimitation entre les appareils à sous servant aux jeux de hasard et ceux servant aux jeux d'adresse (consid. 3 et 4a).

- En l'espèce, la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu fait preuve d'une certaine retenue dans le contrôle de l'application des dispositions relevantes (consid. 4b).

- Etant donné le but de la législation sur les maisons de jeu, le fait que la CFMJ ait qualifié l'appareil examiné d'appareil à sous servant aux jeux de hasard n'est pas critiquable; en raison de ses caractéristiques, il est difficile de le ranger clairement dans l'une des deux catégories légales (consid. 5d-e).

- Procédure pour la désignation des experts par la CFMJ; applicabilité de la PA. Droit pour les parties de collaborer à la procédure; possibilité de formuler des objections à l'encontre de l'expert externe que la Commission se propose de nommer (consid. 6).

Art. 3 LCG. Art. 60 OCG. Art. 1 OGaz del 13 marzo 2000. Delimitazione tra apparecchi automatici per i giochi d'azzardo e apparecchi automatici per i giochi di destrezza.

- La LCG (art. 3) e le sue ordinanze d'esecuzione (art. 60 OCG, art. 1 OGaz) lasciano alla Commissione federale delle case da gioco (CFCG) una certa latitudine di giudizio nella delimitazione tra apparecchi automatici per i giochi d'azzardo e apparecchi automatici per i giochi di destrezza (consid. 3 e 4a).

- Nel caso concreto, la Commissione federale di ricorso delle case da gioco controlla con un certo riserbo l'applicazione delle disposizioni rilevanti (consid. 4b).

- Visto lo scopo della legislazione sulle case da gioco, non è criticabile il fatto che la CFCG abbia qualificato l'apparecchio in esame quale apparecchio automatico per i giochi d'azzardo; per via delle sue caratteristiche, questi non può essere chiaramente classificato in una delle due categorie legali (consid. 5d-e).

- Procedimento della CFCG per la designazione degli esperti; applicabilità della PA. Diritto per le parti di collaborare alla procedura; possibilità di presentare obiezioni contro l'esperto esterno che la Commissione intende nominare (consid. 6).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die Firma X. ersuchte im Juni 2000 die Eidgenössische Spielbankenkommission (im Folgenden: ESBK), den Geldspielautomaten «StarBall» als Geschicklichkeitsspielapparat zu qualifizieren und zuzulassen. Das Sekretariat der ESBK prüfte den bei ihr deponierten Geldspielautomaten. Dabei wurde der externe Experte W. beigezogen.

B. Gestützt auf die «Analyse des Geldspielautomaten StarBall» (vom 23. November 2000) lehnte die ESBK das Gesuch der Firma X. mit Verfügung vom 23. November 2000 ab. Die ESBK qualifizierte den Apparat «StarBall» als Glücksspielautomaten und untersagte das Aufstellen und den Betrieb von Geräten dieses Typs. Zur Begründung führte die ESBK im Wesentlichen an, das geprüfte Gerät verfüge über einen Regelungsmechanismus, der dafür Sorge, dass das Schwierigkeitsniveau und damit der Gewinn oder Verlust eines Spielers von den vorangehenden Spielen anderer Spieler abhängt.

C. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2000 erhob die Firma X. bei der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken (hiernach: Rekurskommission) Beschwerde. Sie stellt den Antrag, der Geldspielautomat «StarBall» sei als Geschicklichkeitsspielautomat, mit Auszahlung, zuzulassen. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an, die ESBK habe nicht berücksichtigt, dass für die Erzielung von Gewinnpunkten allein die Geschicklichkeit massgebend sei. Der Grad der erforderlichen Geschicklichkeit werde durch die Spielergemeinschaft bestimmt. Innerhalb der Spielergemeinschaft werde nach der Geschicklichkeit differenziert. Die Spielergemeinschaft erhalte immer dieselbe Auszahlungsquote, nämlich 85%.

D. In ihrer Beschwerdeantwort vom 15. März 2001 beantragt die ESBK die Abweisung der Beschwerde. Eine vorgegebene Auszahlungsquote sei bei einem Geschicklichkeitsspielautomaten ein Widerspruch in sich. Die Geschicklichkeit der Spieler werde durch derartige regelnde Eingriffe verdrängt.

Die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Zum Sachverhalt

a. Die Rekurskommission hat den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021). Der Untersuchungsgrundsatz gilt dabei nicht uneingeschränkt. Zu berücksichtigen sind die Dispositionsmaxime, das Erfordernis der Begründung einer Rechtsschrift, die objektive Beweislast sowie die richterlichen Obliegenheiten und die Mitwirkungspflichten der Parteien auf Grund der Regeln betreffend die Sachverhaltsabklärung und Beweiserhebung. Die Rekurskommission hat ungeachtet allfälliger Mitwirkungspflichten ihrer Untersuchungspflicht nachzukommen. Sie ist aber nicht verpflichtet, über die tatsächlichen Vorbringen der Parteien hinaus den Sachverhalt vollkommen neu zu erforschen. Sie nimmt zusätzliche Abklärungen nur vor, wenn hierzu hinreichender Anlass besteht (vgl. André Moser / Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel / Frankfurt a.M. 1998, S. 16 f.). (...) Die für die Beurteilung des vorliegenden Falls relevanten Gesichtspunkte sind auf Grund der Akten und der Instruktionsverhandlung mit Augenschein hinreichend geklärt. Die Anordnung einer gerichtlichen Expertise erübrigt sich somit. Eine gutachterliche Abklärung wurde denn auch seitens der Parteien nicht beantragt.

b. Für die Rekurskommission steht nach abgeschlossener Sachverhaltsermittlung fest:

- Der Spielablauf wird im Analysebericht korrekt beschrieben. Das Spiel am Automaten «StarBall» erfordert Geschicklichkeit. Die im Spielablauf eingebauten Zufallskomponenten sind nicht allein spielerentscheidend. Ein Lerneffekt ist gegeben.

- Ein so genannter Regelungsmechanismus bewirkt, dass das Schwierigkeitsniveau, je nach den vorangegangenen Spielergebnissen, erhöht bzw. herabgesetzt wird. Zu diesem Zweck wird nach jedem Spiel die Differenz zwischen den tatsächlichen Auszahlungen und der im Voraus definierten Normausschüttung (im Fall des geprüften Apparats: 85%) erhoben. Die Anpassung des Schwierigkeitsniveaus erfolgt automatisch jeweils vor Beginn eines neuen Spiels, d. h. nicht während eines laufenden Spiels. Die Gewinnwahrscheinlichkeit hängt somit einerseits von der Geschicklichkeit des Spielers ab, andererseits vom Schwierigkeitsniveau, auf dem sich das Gerät gerade befindet, d. h. von den vorgängigen Spielen und den dabei getätigten Auszahlungen. Bei gleichbleibender Geschicklichkeit steigt die Schwierigkeit (bis zu einer technisch bedingten Obergrenze). Auch bei hohem Schwierigkeitsniveau ist es grundsätzlich möglich, den Automaten zu «leeren». Die Höhe des Hauptgewinns ist durch die Geschicklichkeit nicht beeinflussbar.

- Im so genannten Skilltest-Modus kann das Gerät gegen Entrichtung eines reduzierten Einsatzes (im Fall des geprüften Geräts: zwanzig Rappen statt ein Franken) ohne Gewinnmöglichkeit getestet werden. Der Skilltest-Modus erlaubt es den Spielern, ihre Geschicklichkeit zu erproben. Auch ist es mit Hilfe dieses Testmodus prinzipiell möglich (wenn auch für ungeübte Spieler nicht einfach), den Schwierigkeitsgrad abzuschätzen, auf dem sich der Automat aktuell befindet. Eine Möglichkeit, den aktuellen Schwierigkeitsgrad direkt abzulesen, gibt es nicht. Spiele im Skilltest-Modus haben keinen Einfluss auf das Schwierigkeitsniveau.

c. (...)

3. Zur Abgrenzung von Glücksspiel- und Geschicklichkeitsspielautomaten

a. (...)

b. Die schweizerische Spielbankengesetzgebung unterscheidet bei den Geldspielautomaten zwischen Geschicklichkeitsspielautomaten und Glücksspielautomaten. Diese Unterscheidung ist von erheblicher Bedeutung. Denn Glücksspielautomaten dürfen gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz [SBG], SR 935.52) nur in konzessionierten Spielbanken betrieben werden, wenn man von der befristeten Ausnahmeregelung für bestimmte Apparate gemäss Art. 60 Abs. 2 SBG absieht. Über die Zulassung von Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit entscheiden demgegenüber gemäss Art. 106 Abs. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) die Kantone.

Die Geschicklichkeitsspielautomaten werden in der genannten Verfassungsbestimmung zwar ausdrücklich erwähnt, jedoch nicht näher definiert. Das Spielbankengesetz befasst sich mit der Frage der Abgrenzung der beiden Geldspielautomaten-Kategorien in Art. 3:

- Glücksspielautomaten sind danach Geldspielautomaten, bei denen der Gewinn bzw. geldwerte Vorteil «ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt» (Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 SBG).

- Geschicklichkeitsspielautomaten sind Geldspielautomaten, bei denen der Gewinn «von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt» (Art. 3 Abs. 3 SBG).

Diese Legaldefinitionen orientieren sich an den Begriffsbestimmungen in der früheren, per 1. April 2000 aufgehobenen Verordnung des Bundesrates vom 22. April 1998 über die Geldspielautomaten (Geldspielautomatenverordnung [GSAV], AS 1998 1518, früher SR 935.522). Mit dieser Verordnung, die sich auf das frühere Spielbankengesetz (Bundesgesetz vom 5. Oktober 1929 über die Spielbanken, AS 10 280) stützte, wurde eine Praxisverschärfung bei der Homologierung von Geschicklichkeitsspielautomaten verwirklicht, die von den Bundesbehörden im April 1996 in Aussicht gestellt worden war (zur Zulässigkeit vgl. BGE 125 II 152). Aus den Materialien zum neuen Spielbankengesetz geht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung der gesetzlichen Definitionen ein Wiederaufleben der vor dieser Praxisverschärfung geübten, grosszügigen Zulassungspraxis verhindern wollte (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 169).

c. Von der Konzeption des Gesetzes her sind die beiden genannten Definitionen komplementär. Ein Geldspielautomat ist entweder ein Geschicklichkeitsspielautomat oder ein Glücksspielautomat. Das Gesetz klärt die Frage der Abgrenzung zwischen

den beiden komplementären Kategorien allerdings nicht abschliessend. (...) Die vom Gesetzgeber gewählten Legaldefinitionen mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen erfüllen ihren Zweck - die Abgrenzung der beiden Kategorien von Geldspielautomaten - nur unvollkommen.

Dessen war sich der Gesetzgeber bewusst. Er übertrug dem Bundesrat in Art. 3 Abs. 4 SBG ausdrücklich die Aufgabe, Vorschriften über die Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielautomaten zu erlassen. Der Bundesrat nahm sich dieser Aufgabe in Art. 60 der Verordnung vom 23. Februar 2000 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung [VSBG], SR 935.521) an. Diese Vorschrift bestimmt (in Anlehnung an die Kriterien gemäss Art. 2 GSAV, bis Ende März 2000 in Kraft):

#### «Art. 60 Abgrenzungskriterien

Das Departement legt die Kriterien fest, nach denen die Geschicklichkeitsspielautomaten von den Glücksspielautomaten abgegrenzt werden. Es berücksichtigt dabei namentlich, ob die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Geldgewinn oder anderen geldwerten Vorteil in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit der Spielerin oder des Spielers abhängt oder ob sie ganz oder überwiegend auf Zufall beruht.»

Art. 60 VSBG fügt der gesetzlichen Definition des Geschicklichkeitsspielautomaten ein präzisierendes Element hinzu («in unverkennbarer Weise»). Die gesetzliche Charakterisierung des Glücksspielautomaten wird allerdings in der Verordnung unverändert übernommen. Die Abgrenzungsfrage wird somit auch hier nicht abschliessend geklärt. Immerhin legt Art. 61 VSBG fest, dass beim Entscheid über die Qualifizierung eines Spielautomaten auch zu berücksichtigen ist, ob sich der Automat «zum Glücksspiel eignet oder leicht zum Glücksspiel verwenden lässt».

d. (Ausführungen zu Art. 1 und Art. 19 der Verordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements [EJPD] vom 13. März 2000 über Überwachungssysteme und Glücksspiele, Glücksspielverordnung [GSV], AS 2000 893: Den dort genannten Kriterien ist ebenfalls keine abschliessende Antwort auf die Abgrenzungsfrage zu entnehmen.)

e. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gesetzgeber sich der Abgrenzungsfrage zwar angenommen hat, dass er sie aber nicht selbst abschliessend entscheiden wollte. Die ausführenden Verordnungen fügen den gesetzlichen Legaldefinitionen gewisse Elemente hinzu, aber auch sie nehmen die Abgrenzung nicht abschliessend vor. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns mag dies als nicht sonderlich befriedigend erscheinen. Diese nicht restlos klare Rechtslage muss aber hingenommen werden, da bisher alle Bemühungen, eine scharfe Trennlinie zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel zu ziehen, gescheitert sind (vgl. Paul Richli in Kommentar aBV, Art. 35, Rz. 3).

#### 4. Zur Entscheidungssituation der ESBK und zur Kognition der Rekurskommission

a. Gemäss Art. 61 VSBG obliegt es der ESBK, Glücksspielautomaten von Geschicklichkeitsspielautomaten abzugrenzen. Da dem Gesetz mit seinen unbestimmten Rechtsbegriffen und den ausführenden Verordnungsbestimmungen, wie gesehen, keine klaren Anhaltspunkte entnommen werden können, eröffnet sich der ESBK ein gewisser Auslegungs- und Konkretisierungsspielraum, wenn auch - entgegen der Auffassung der ESBK (...) - kein Ermessen im herkömmlichen verwaltungsrechtlichen Sinn. Im Merkblatt «Abgrenzungskriterien bei Geldspielen und Geldspielautomaten» vom 15. September 2000 listet die ESBK sechs Kriterien auf, die ihr bei der Abgrenzung als Indizien dienen sollen. Diese Kriterien sind die Spieldauer, der Unterhaltungscharakter, der Lerneffekt, die Steuerung (Zufallsabhängigkeit), die Suchtgefahr und die Missbrauchsgefahr. Das Erfüllen oder Fehlen eines oder mehrerer dieser Kriterien führt gemäss Merkblatt nicht zwingend dazu, dass ein Spiel als Geschicklichkeits- bzw. Glücksspiel einzustufen ist.

b. Im Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission für Spielbanken kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie, von einer hier nicht einschlägigen Ausnahme abgesehen, die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Die Rekurskommission ist verpflichtet, ihre Kognition voll auszuschöpfen (vgl. Moser / Uebersax, a.a.O., S. 60). Dies hindert die Rekurskommission nicht, bei der Überprüfung einer angefochtenen Verfügung unter Umständen eine gewisse Zurückhaltung zu üben und der Vorinstanz einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Eine solche Zurückhaltung erachten Rechtsprechung und Lehre namentlich dann als statthaft (Nachweise bei Moser / Uebersax, a.a.O., S. 61; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, N. 369 ff.),

- wenn technische Fragen zu würdigen sind, deren Beurteilung im Grenzbereich zwischen Rechtsanwendung und Ermessensbetätigung liegen,

- wenn es um die Überprüfung der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Vorinstanz geht und diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht als die Beschwerdeinstanz.

Der Rekurskommission erscheint es im vorliegenden Fall angebracht, bei der Überprüfung der Anwendung der Bestimmungen über die Abgrenzung von Geschicklichkeitsspielautomaten und Glücksspielautomaten eine gewisse Zurückhaltung zu üben und der ESBK - als der für die Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär zuständigen, unabhängigen Fachinstanz (vgl. Art. 93 VSBG) - einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzugestehen.

#### 5. Folgerungen für den vorliegenden Fall

a. (...)

b. (Der Apparat «StarBall» entzieht sich wegen seiner Eigenschaften einer eindeutigen Zuordnung zu einer der beiden gesetzlichen Kategorien von Geldspielautomaten.) Ob ein Gewinn erzielt wird, hängt zwar auf der einen Seite entscheidend von der Geschicklichkeit des Spielers ab; die im Spielablauf eingebauten Zufallskomponenten sind, wie der Analysebericht festhält, nicht spielentscheidend. Auf der anderen Seite hängt die Gewinnwahrscheinlichkeit aber doch nicht allein von der Geschicklichkeit des Spielers ab, da der Schwierigkeitsgrad - im Interesse einer im Voraus definierten Auszahlungsquote - vor jedem Spiel angepasst wird. Bei gleicher Geschicklichkeit kann die Gewinnwahrscheinlichkeit an einem Tag höher, an einem andern Tag niedriger sein, je nach den vorangegangenen Spielergebnissen. Bei einem erfolgreichen Spieler, der mit gleichbleibender Geschicklichkeit spielt, wird der Schwierigkeitsgrad laufend nach oben angepasst. Ein weniger geschickter Spieler kann unter Umständen - wenn der Schwierigkeitsgrad gerade tief ist - besser wegkommen als ein geschickter Spieler. So gesehen hängt der

Gewinn nicht «in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit des Spielers» ab, wie Art. 60 VSBG (in Konkretisierung von Art. 3 Abs. 3 SBG) verlangt. Umgekehrt kann man aber auch nicht sagen, dass der Gewinn bzw. geldwerte Vorteil «ganz oder überwiegend vom Zufall» abhängt, was gemäss Art. 3 SBG und Art. 60 VSBG für den Glücksspielautomaten kennzeichnend ist.

Der von der ESBK angerufene Art. 1 Bst. a GSV scheint auf den ersten Blick gegen eine Qualifizierung als Geschicklichkeitsspielautomat zu sprechen. Danach liegt ein Geschicklichkeitsspielautomat «namentlich vor, wenn: a. geschickte Spielerinnen oder Spieler einen höheren Gewinn erzielen können als weniger geschickte; [...]» Die Auslegung der Bestimmung durch die ESBK ist allerdings nicht zwingend. Denn Art. 1 GSV schliesst es, wie der Einleitungssatz zeigt («namentlich»), nicht aus, dass auch ein Apparat, der die Kriterien der Bst. a-c nicht erfüllt, gleichwohl als Geschicklichkeitsspielautomat eingestuft werden kann.

c. Nichts Schlüssiges lässt sich für die Beurteilung des vorliegenden - neuartigen - Falls aus den älteren Entscheidungen des Bundesgerichts ableiten, welche in der Beschwerdeschrift bzw. in der Beschwerdeantwort angeführt werden (BGE 97 I 748, BGE 101 Ia 336, BGE 106 Ia 192; Urteil 1A.261/1999 vom 23.3.2000). Auch die im Merkblatt vom 15. September 2000 angeführten Kriterien lassen keinen eindeutigen Schluss zu. So spricht etwa der Lerneffekt eher für eine Qualifizierung als Geschicklichkeitsspielautomat, die unter Umständen sehr kurze Spieldauer und der wenig ausgeprägte Unterhaltungsscharakter eher dagegen.

d. Anhaltspunkte ergeben sich hingegen aus Zweck und System des Spielbankengesetzes. Gemäss seinem Zweckartikel hat das Spielbankengesetz unter anderem zum Ziel, den sozialschädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs vorzubeugen (Art. 2 Abs. 1 Bst. c SBG). Aus diesem Grund bestimmt das Gesetz, dass Glücksspiele nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden dürfen (Art. 4 Abs. 1 SBG), welche strengen gesetzlichen Anforderungen genügen müssen und einer weit reichenden staatlichen Aufsicht unterstehen (vgl. Art. 7 ff. SBG). Geschicklichkeitsspielautomaten unterstehen demgegenüber wegen ihres geringeren Gefährdungspotenzials nicht demselben strengen Regime. Der Betrieb von Geschicklichkeitsspielautomaten ist zwar nicht ohne weiteres erlaubt, sondern nur unter den durch die kantonale Gesetzgebung festgelegten Bedingungen; die Kantone dürfen gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sogar ein generelles Verbot verhängen (vgl. z. B. BGE 101 Ia 336 ff., BGE 106 Ia 191 ff., BGE 120 Ia 120 ff.). Das rechtliche Regime für Geschicklichkeitsspielautomaten ist indessen gesamthaft gesehen weit weniger streng als jenes für Glücksspielautomaten.

e. Wenn die ESBK im Verfahren gemäss Art. 58 ff. VSBG entscheidet, ob ein Geldspielautomat als Geschicklichkeitsspielautomat oder als Glücksspielautomat zu qualifizieren ist, so spricht sie sich damit zugleich darüber aus, unter welchen äusseren Rahmenbedingungen ein Einsatz des Geräts in Betracht kommt: ob nur innerhalb oder auch ausserhalb einer konzessionierten Spielbank. Im vorliegenden Fall bedeutet der Entscheid der ESBK, dass der Automat «StarBall» ausserhalb einer konzessionierten Spielbank nicht betrieben werden darf.

Dieser Entscheid ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Zwar erfordert der Automat «StarBall» ein beträchtliches Mass an Geschicklichkeit. Der Skilltest-Modus erlaubt es, die Geschicklichkeit zu erproben. Auch ist es prinzipiell möglich, das Schwierigkeitsniveau abzuschätzen, auf dem sich der Apparat aktuell befindet.

Für den Spieler, namentlich für den neu hinzutretenden, ist jedoch nicht ohne weiteres erkennbar, dass das Gerät auf Grund des so genannten Regelungsmechanismus wechselnde Anforderungen stellt. Angesichts der nicht ohne weiteres durchschaubaren Dynamik des Spiels ist es nicht ausgeschlossen, dass sich der erfolgreiche Spieler wie der erfolglose Spieler zu fortgesetztem Spiel verleiten lassen. Auch ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Apparat jene Spieler, die den Regelungsmechanismus durchschauen, dazu verleiten kann, über längere Zeit im Spiellokal zu verharren, um das Gerät zu beobachten und um aus dem Erfolg oder Misserfolg der Spielenden Rückschlüsse für die eigenen späteren Gewinnchancen zu ziehen.

In Anbetracht der Zielsetzung des Gesetzes und der Eigenschaften des Apparats sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der ESBK im vorliegenden Fall ein gewisser Beurteilungsspielraum zugebilligt werden kann, ist es nicht zu beanstanden, wenn die ESBK den Geldspielautomaten «StarBall» als Glücksspielautomaten einstuft und somit den Betrieb des Apparats ausserhalb einer konzessionierten Spielbank unterbindet. Die einschlägigen Bestimmungen des SBG, der VSBG und der GSV werden durch die angefochtene Verfügung der ESBK nicht verletzt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin besteht kein Widerspruch zwischen dieser rechtlichen Würdigung des Apparats und der (auch von der ESBK nicht bestrittenen) Tatsachenfeststellung, dass die Gewinnwahrscheinlichkeit von der Geschicklichkeit abhängig ist.

f. Dass die Verfügung der ESBK hier im Ergebnis bestätigt wird, bedeutet nicht, dass jeder künftig zur Prüfung gelangende Apparat, der nicht ohne weiteres in die gesetzlichen Kategorien eingeordnet werden kann, «im Zweifel» als Glücksspielautomat einzustufen ist. Zwar dürfte es, wie das Bundesgericht schon im Jahr 1975 feststellte (BGE 101 Ia 343), schwierig sein, einen Geldspielautomaten zu konzipieren, der auf Geschicklichkeit beruht und zugleich auch eine kommerzielle Auswertung erlaubt. Es ist jedoch zu bedenken, dass der Verfassungsgeber, als er im Jahr 1993 den Spielbankenartikel revidierte, neu die Geschicklichkeitsspielautomaten ausdrücklich im Verfassungstext verankerte (Art. 35 Abs. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 [aBV][111], jetzt Art. 106 Abs. 4 BV). Es darf davon ausgegangen werden, dass der Verfassungsgeber die Möglichkeit einer kommerziellen Nutzung von Geschicklichkeitsspielautomaten nicht verbauen wollte. Die Auslegung und Anwendung der einschlägigen Rechtsvorschriften durch die ESBK darf daher nicht so streng sein, dass letztlich gar keine kommerziell interessanten Geschicklichkeitsspielautomaten mehr auf den Markt kommen können und Art. 106 Abs. 4 BV zum «toten Buchstaben» wird.

## 6. Zum Vorgehen der ESBK bei der Bestellung des Experten

a. (...) Für die Erstellung der «Analyse des Geldspielautomaten StarBall» zog die ESBK Herrn W. als Sachverständigen bei. Auf Grund der Akten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin keine Gelegenheit erhielt, vor der Bestellung des Experten durch die ESBK allfällige Einwendungen gegen diesen vorzubringen. Es stellt sich die Frage, ob dieses Vorgehen bei der Bestellung des Experten mit den Anforderungen, die sich aus der Gesetzgebung und aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) ergeben, in Einklang steht.

b. Die ESBK stützte sich beim Beizug des externen Experten auf Art. 48 Abs. 3 Bst. b SBG (...). Für den Beizug von

Sachverständigen ist jedoch nicht nur diese Ermächtigungsnorm im SBG massgebend. Zu beachten ist auch die allgemeine Regelung im VwVG, das, soweit keine gegenteilige Regelung besteht, auch auf das Verwaltungsverfahren im Bereich der Spielbankengesetzgebung Anwendung findet.

Art. 12 VwVG sieht vor, dass die Behörde nötigenfalls Gutachten von Sachverständigen beiziehen kann. Gemäss Art. 19 VwVG finden dabei ergänzend gewisse Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) sinngemäss Anwendung. Darunter befinden sich namentlich auch die Art. 57 ff. BZP betreffend Sachverständige. Die Vorschriften des BZP sind auf den gerichtlichen Sachverständigen zugeschnitten. Sie passen daher nicht ohne weiteres auf das Verwaltungsverfahren, wie das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in einem Urteil betreffend das Verwaltungsverfahren im Bereich der Unfallversicherung jüngst festhielt (Urteil vom 15.1.2001 im Verfahren U 288/99). Das EVG entschied, dass der Hinweis auf die Pflicht zur Wahrheit und zur Unparteilichkeit (Art. 59 BZP) bei der Bestellung eines Administrativgutachters unterbleiben kann. Im gleichen Urteil unterstrich das EVG allerdings auch, dass die Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten gewahrt werden müssen. In der Urteilsbegründung wird wörtlich ausgeführt:

«Auszugehen ist davon, dass laut Art. 19 VwVG die vorliegend interessierenden Bestimmungen der BZP (Art. 57 ff.) bei der Einholung von Gutachten durch die Unfallversicherung lediglich sinngemäss Anwendung finden (BGE 125 V 353 Erw. 3b/b), wobei insbesondere die Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten zu beachten sind.» (Erw. 3.a.; Hervorhebung hinzugefügt)

Die Art. 57 ff. BZP legen unter anderem auch solche Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten fest. Von zentraler Bedeutung ist Art. 58 BZP, welcher bestimmt:

«Art. 58 Ernennung

1Für Sachverständige gelten die gleichen Ausstandsgründe, die für die Richter in den Artikeln 22 und 23 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 vorgesehen sind.

2Die Parteien erhalten Gelegenheit, vor der Ernennung von Sachverständigen Einwendungen gegen die in Aussicht Genommenen vorzubringen.»

Gemäss Art. 57 Abs. 2 BZP muss den Parteien ferner Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Expertenfragen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsfragen zu stellen.

Die Rekurskommission ist der Auffassung, dass diese Mitwirkungsrechte, die ihre Grundlage letztlich im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör haben, gewahrt werden müssen, wenn die ESBK externe Experten zur Sachverhaltsklärung beizieht. Dies gilt unabhängig davon, wie der Beizug von externem Sachverstand rechtlich qualifiziert wird - ob als Beizug eines Sachverständigen im Sinn von Art. 12 VwVG oder als (partielle) Auslagerung einer Verwaltungsaufgabe im Sinn des New Public Management usw.

c. Aus den Akten geht nicht schlüssig hervor, ob die ESBK der Beschwerdeführerin - wenigstens informell - die Gelegenheit gegeben hat, Einwendungen gegen den in Aussicht genommenen externen Experten zu erheben. Ob das Verfahren vor der ESBK an einem Mangel leidet oder nicht, muss hier allerdings nicht näher untersucht werden. Ein allfälliger Mangel wäre nämlich für den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ohne Auswirkungen. Wie den Akten zu entnehmen ist, fanden wiederholt direkte Kontakte zwischen der Beschwerdeführerin und dem Experten statt. Für die Beschwerdeführerin gab es offenbar gleichwohl zu keiner Zeit einen Grund, den Experten abzulehnen. Weder im Verwaltungs- noch im Beschwerdeverfahren wurde ein entsprechender Antrag gestellt, auch nicht nachdem die Beschwerdeführerin von den weiteren Tätigkeiten des beigezogenen Experten Kenntnis erhielt. Unter diesen Umständen darf ein allfälliger Mangel als nachträglich geheilt betrachtet werden.

[111] Auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter [http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf](http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf) zu lesen.

Dokumente der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken