Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.438/2004
2A.442/2004/kil

Urteil vom 1. Dezember 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
Swisslos, Interkantonale Landeslotterie,
Lange Gasse 20, Postfach, 4002 Basel,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwälte
Prof. Dr. Christian Brückner und Dr. Stefan Rechsteiner, Schützengasse 1, Postfach 6139, 8023 Zürich,

gegen

Eidgenössische Spielbankenkommission, Eigerplatz 1, 3003 Bern,
Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken, Postfach 5972, 3001 Bern.

Gegenstand
Vorsorgliche Massnahmen betreffend den
Spielautomaten "Tactilo" bzw. "Touchlot",

Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen die prozessleitenden Verfügungen der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 22. Juli 2004 (2A.438/2004) bzw. 26. Juli 2004 (2A.442/2004).

Sachverhalt:
A.
Die Geräte "Tactilo" bzw. "Touchlot" bieten verschiedene Spiele an, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes auf elektronischem Weg ein Los nach dem Zufallsprinzip aus einem im Voraus festgelegten Trefferplan gezogen und dem Spieler ein Geldgewinn in Aussicht gestellt wird. Die rechtliche Qualifikation der Geräte gibt seit 1996 zwischen dem Bund und den Kantonen zu Diskussionen Anlass: Umstritten ist, ob der "Tactilo" bzw. "Touchlot" unter das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (SBK; Spielbankengesetz; SR 935.52) oder als neue Form des Lotterievertriebs unter das Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG, Lotteriegesetz; SR 935.51) fällt.
B.
Mit Verfügung vom 10. Juni 2004 eröffnete die Eidgenössische Spielbankenkommission (im Weitern auch: Spielbankenkommission oder ESBK) ein Verwaltungsverfahren, um abzuklären, ob der "Tactilo" bzw. "Touchlot" als Geldspielautomaten der Spielbankengesetzgebung unterstehen. Gleichzeitig untersagte sie superprovisorisch der "Société de la Loterie de la Suisse Romande", der Swisslos Interkantonale Landeslotterie, der Interkantonalen Landeslotterie, der Sport-Toto-Gesellschaft und der SEVA Lotteriegenossenschaft während der Dauer ihres Verfahrens über die von der "Conférence Romande de la loterie et des jeux (CRLJ)" zugelassenen 700 Apparate an 350 Standorten in der Westschweiz hinaus "Tactilo"-Geräte oder andere Lotterieautomaten in Betrieb zu nehmen oder nehmen zu lassen. Einer allfälligen Beschwerde hiergegen entzog sie die aufschiebende Wirkung. Sie bestätigte diese Anordnungen am 8. Juli 2004, nachdem sie den betroffenen Lotteriegesellschaften das rechtliche Gehör gewährt hatte.

C.
Die Swisslos Interkantonale Landeslotterie gelangte sowohl gegen die superprovisorische (Eingabe vom 28. Juni 2004) als auch gegen die vorsorgliche Anordnung der Eidgenössischen Spielbankenkommission (Eingabe vom 16. Juli 2004) an die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken. Deren Präsident wies am 22. Juli 2004 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und stellte fest, dass das durch die Spielbankenkommission angeordnete vorsorgliche Verbot fortbestehe; gleichzeitig lehnte er es ab, im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme der Spielbankenkommission weitere Abklärungen im Zusammenhang mit den Spielautomaten "Tactilo" bzw. "Touchlot" zu untersagen. Am 26. Juli 2004 vereinigte er die Beschwerden gegen die Verfügungen der Spielbankenkommission vom 10. Juni und vom 8. Juli 2004; im Übrigen bestätigte er seinen Entscheid vom 22. Juli 2004.
D.
Die Swisslos Interkantonale Landeslotterie hat hiergegen am 5. August (Verfügung vom 22. Juli 2004; 2A.438/2004) bzw. 6. August 2004 (Verfügung vom 26. Juli 2004; 2A.442/2004) beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie macht geltend, die Spielbankenkommission sei für das von ihr eingeleitete Verwaltungsverfahren unzuständig; im Übrigen fehlten die Voraussetzungen für ein vorsorgliches Verbot, bis zum Abschluss des Verfahrens "Tactilo"- bzw. "Touchlot"-Geräte aufzustellen. Die Verfügungen des Präsidenten der Rekurskommission für Spielbanken seien aufzuheben und es sei die Nichtigkeit bzw. Bundesrechtswidrigkeit der Anordnungen der Eidgenössischen Spielbankenkommission festzustellen; diese sei anzuhalten, das von ihr eröffnete Verwaltungsverfahren "Tactilo" einzustellen "und keine solchen Verfahren gegen kantonale Bewilligungsentscheide im Rahmen des Lotteriegesetzes zu eröffnen".

Mit Verfügung vom 10. August 2004 wurden die Verfahren 2A.438/2004 und 2A.442/2004 vereinigt. Am 10. September 2004 hat der Abteilungspräsident das mit den Beschwerden verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung bzw. Erlass einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen.

Die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken und die Eidgenössische Spielbankenkommission beantragen, die Beschwerden abzuweisen bzw. abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gegen Verfügungen zulässig, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen oder hätten stützen sollen und von einer der in Art. 98 des Bundesrechtspflegegesetzes (OG, SR 173.110) genannten Vorinstanzen ausgehen; zudem darf ihr keiner der in Art. 99 ff. OG oder in der Spezialgesetzgebung vorgesehenen Ausschlussgründe entgegenstehen (Art. 97 in Verbindung mit Art. 5 VwVG [SR 172.021]). Gegen Zwischenentscheide ist sie gegeben, soweit damit der Endentscheid angefochten werden kann (vgl. Art. 101 lit. a OG) und dem Betroffenen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 und Art. 45 Abs. 1 VwVG). Diese Voraussetzung gilt auch für die in Art. 45 Abs. 2 VwVG als selbständig anfechtbar bezeichneten Zwischenverfügungen (BGE 127 II 132 E. 2a S. 136; 125 II 613 E. 2a S. 619 f.). Der Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein; die Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 130 II 149 E. 1.1 S. 153; 127 II 132 E. 2a S. 136; 125 II 613 E. 2a S. 620; 120 Ib 97 E. 1c S. 99 f.).
1.2 Umstritten sind zwei Zwischenverfügungen des Präsidenten der Rekurskommission für Spielbanken, mit denen dieser die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 55 Abs. 3 VwVG) der Beschwerden gegen eine superprovisorische und eine diese bestätigende vorsorgliche Anordnung der Spielbankenkommission abgelehnt hat. Verfügungen der Eidgenössischen Spielbankenkommission können bei der Rekurskommission für Spielbanken angefochten werden (Art. 54 SBG); gegen deren Entscheide steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen, soweit es nicht um das technische Genügen einer Anlage als Voraussetzung für deren Zulässigkeit, sondern um deren rechtliche Qualifikation geht; dies ist bei der Frage, ob es sich beim "Tactilo" bzw. "Touchlot" um einen Geldspielautomaten handelt, der in den Geltungsbereich des Spielbankengesetzes fällt, der Fall (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. e OG; Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E. 1; BGE 123 II 88 E. 1a/dd S. 92).
1.3

1.3.1 Der Beschwerdeführerin erwächst aus dem Zwischenentscheid des Präsidenten der Rekurskommission für Spielbanken vom 26. Juli 2004, mit der die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen die vorsorgliche Massnahme der Spielbankenkommission erhobenen Beschwerde abgelehnt wurde, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, da sie für die Dauer des weiteren Verfahrens in der Deutschschweiz keine "Tactilo"- bzw. "Touchlot"-Geräte oder andere Lotterieautomaten aufstellen darf, obwohl sie über entsprechende kantonale Bewilligungen verfügt; dies ist für sie mit Einnahmeausfällen und allenfalls auch Marktverlusten verbunden (vgl. BGE 127 II 132 E. 2b S.136f.). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Eingabe gegen diese Verfügung ist deshalb einzutreten (Verfahren 2A.442/2004).
1.3.2 Anders verhält es sich hinsichtlich der Beschwerde gegen die Präsidialverfügung vom 22. Juli 2004 (Verfahren 2A.438/2004): Die dieser zugrundeliegende Anordnung war superprovisorischer Natur und für die Beschwerdeführerin mit keinem nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden. Die Verfügung galt bis zur (nachträglichen) Gewährung des rechtlichen Gehörs. Es war von Anfang an klar, dass die Spielbankenkommission unmittelbar danach erneut über die superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahme würde entscheiden müssen (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b S. 122 ff.; 104 Ib 129 E. 5 S. 136; Rhinow/Kiss/Koller, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996, Rz. 1092; Benoît Bovay, Procédure administrative, Bern 2000, S. 410 f.). Die damit verbundene kurzfristige (abstrakte) Beeinträchtigung in ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit war nicht geeignet, die Beschwerdeführerin in nicht wieder gutzumachender Weise zu benachteiligen (vgl. BGE 125 II 613 E. 4a S. 621; zur ähnlichen Problematik im Bankenrecht: Urteil 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 1b/aa; BGE 126 II 111 ff.); sie legt denn auch nicht dar, dass und inwiefern ihr - etwa durch die Suspendierung konkreter Projekte in dieser
Zeit - ein wirtschaftlicher Schaden entstanden wäre (vgl. BGE 125 II 613 E. 2a S. 620 in fine). Die Verfügung der Spielbankenkommission vom 8. Juli 2004 hat die superprovisorische Anordnung vom 10. Juni 2004 ersetzt und der Entscheid des Präsidenten der Rekurskommission vom 26. Juli 2004 ist an die Stelle desjenigen vom 22. Juli 2004 getreten. Der Beschwerdeführerin fehlte damit überdies - bereits bei Einreichen ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde am 5. August 2004 - ein eigenständiges aktuelles Interesse an deren Beurteilung, weshalb auch aus diesem Grund darauf nicht einzutreten wäre (Art. 103 lit. a OG; vgl. BGE 118 Ib 1 E. 2 S. 7).
2.
2.1 Die Eidgenössische Spielbankenkommission hat der Beschwerdeführerin und weiteren potentiellen Aufstellerinnen unter Hinweis auf Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung für die Dauer ihres Verfahrens untersagt, Geräte des Typs "Tactilo" oder andere Lotterieautomaten neu in Betrieb zu nehmen. Als "Neuaufstellung" bezeichnete sie eine Inbetriebnahme, welche sich nicht auf die Beschlüsse der "Conférence Romande de la loterie et des jeux (CRLJ)" vom 5. März 1998 und 7. März 2002 stützen kann, wonach in der Westschweiz 700 Geräte an 350 Standorten in Betrieb genommen werden dürfen (Genf, Waadt, Neuenburg, Wallis, Freiburg und Jura). Die Spielbankenkommission unterwarf dem Verbot auch das Aufstellen und Betreibenlassen der Geräte durch Dritte, sei es auf deren eigene Rechnung oder auf Rechnung der "Société de la Loterie de la Suisse Romande", der Beschwerdeführerin oder der Sport-Toto-Gesellschaft. Der Beschwerde gegen diese vorsorgliche Massnahme entzog sie die aufschiebende Wirkung.
2.2 Die Verwaltungsbeschwerde kommt grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Soweit die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat, kann ihr diese aus "überzeugenden Gründen" (vgl. BGE 129 II 286 E. 3.1 u. 3.2 S. 289 f.) entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG); die Beschwerdeinstanz oder bei Kollegialbehörden der Vorsitzende (vgl. BGE 129 II 232 E. 2) beurteilen ein allfälliges Begehren um Wiederherstellung ohne Verzug (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Dabei ist zu prüfen, ob die Gründe, die eine sofortige Vollstreckbarkeit nahe legen, wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen. Bei der entsprechenden Interessenabwägung kommt der Beschwerdeinstanz ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289). Der vermutliche Ausgang des Verfahrens in der Sache selber kann dabei berücksichtigt werden, sofern die Prozessaussichten eindeutig sind (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; 106 Ib 115 E. 2a S. 116; 99 Ib 215 E. 5 S. 220 f.). Die Beschwerdebehörde ist nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende zusätzliche Abklärungen zu treffen, sondern darf auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (BGE 117 V 185 E. 2b S. 191; 110 V 40 E. 5b S. 45; 106 Ib 115 E. 2a S. 116). Das Bundesgericht
beschränkt sich auf Beschwerde hin seinerseits erst recht auf eine vorläufige Prüfung. Es kontrolliert, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Es hebt deren Anordnung nur auf, wenn wesentliche Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet wurden oder die getroffene Lösung den Sachentscheid in unzulässiger Weise präjudiziert und damit im Ergebnis Bundesrecht vereitelt (BGE 129

II 286 E. 3 S. 289). Eine zusätzliche Zurückhaltung rechtfertigt sich in Fällen, bei denen - wie hier - eine Kollegialbehörde als fachkundige Vorinstanz weitgehend die gleichen Fragen erst noch zu prüfen hat.
2.3 Vorsorgliche Massnahmen, die vor Erlass einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung ergehen, zielen darauf ab, deren Wirksamkeit sicherzustellen (Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 330). Mit den entsprechenden Vorkehren soll gewährleistet werden, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Anders als für das Beschwerdeverfahren (vgl. Art. 55 und 56 VwVG) enthält das Verwaltungsverfahrensgesetz für das Verfügungsverfahren keine eigenständige gesetzliche Grundlage, um solche Massnahmen erlassen zu können; deren Zulässigkeit ergibt sich jedoch direkt aus dem Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts bzw. der entsprechenden materiellrechtlichen Norm (Rhinow/Kiss/Koller, a.a.O., Rz. 1090; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 333 f.; Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: ZSR NF 116/1997 S. 253 ff., dort S. 315 Rz. 78 und S. 414 Ziff. 9). Die vorsorgliche Massnahme hat zur Wahrung überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig und insofern dringlich zu sein. Der Verzicht darauf muss einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist.
Die Abwägung der entgegenstehenden Interessen hat den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz zu geben, und dieser muss aufgrund der gesamten Umstände verhältnismässig erscheinen. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137 f.; 125 II 613 E. 7a S. 623). Vorsorgliche Massnahmen beruhen - wie der Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung - auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage, weshalb die Prognose in der Hauptsache wiederum nur zu berücksichtigen ist, falls sie sich als eindeutig erweist (BGE 127 II 132 E. 3 S. 138).
3.
Wenn der Präsident der Rekurskommission für Spielbanken vorliegend davon ausgegangen ist, die Voraussetzungen für die beanstandete vorsorgliche Massnahme seien prima vista erfüllt, weshalb es sich nicht rechtfertige, auf den Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die Spielbankenkommission zurückzukommen, so ist dies im Rahmen der dem Bundesgericht zustehenden Kognition nicht zu beanstanden:
3.1
3.1.1 Das Spielbankengesetz regelt das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile (Art. 1 Abs. 1 SBG); vorbehalten bleiben die Vorschriften des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (Art. 1 Abs. 2 SBG). Das Spielbankengesetz ist der Grunderlass der schweizerischen Glücksspielordnung und lex generalis gegenüber dem Lotteriegesetz (vgl. Markus Schott, Les jeux, sont-ils faits ?, in: Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Bern 2004, S. 495 ff., dort S. 499); bei den Lotterien handelt es sich um eine Unterart des Glücksspiels (vgl. Jean-François Aubert, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 5 zu Art. 106 BV; Schott, a.a.O., S. 502; Paul Richli, Harmonisierungsbedarf zwischen den Gesetzgebungen über Spielbanken, Geschicklichkeits-Spielautomaten und Lotterien, in: AJP 1995 S. 459 ff., dort S. 462). Die Eidgenössische Spielbankenkommission hat die Einhaltung der Vorschriften des Spielbankengesetzes zu überwachen und die zu deren Vollzug erforderlichen Verfügungen zu treffen (Art. 48 SBG). Liegen Verletzungen des Gesetzes oder sonstige Missstände vor, so ordnet sie die Massnahmen an,
die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und zur Beseitigung der Missstände notwendig sind (Art. 50 Abs. 1 SBG). Sie kann dabei für die Zeit der Untersuchung auch vorsorgliche Anordnungen treffen (Art. 50 Abs. 2 SBG). Gestützt auf diese weite Kompetenzumschreibung, die derjenigen der Eidgenössischen Bankenkommission nachgebildet ist (vgl. das Urteil 2A.192/2001 vom 9. Oktober 2001, E. 1b; Botschaft des Bundesrats vom 26. Februar 1997 zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken, in: BBl 1997 III 145 ff., dort S. 161), kann - entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin - nicht gesagt werden, die Spielbankenkommission sei vorliegend für das von ihr eingeleitete Verfahren offensichtlich unzuständig und ihre Anordnungen seien deshalb nichtig (zum Begriff der Nichtigkeit: BGE 130 III 430 E. 3.3; 122 I 97 E. 3a/aa S. 99 mit Hinweisen): Der "Tactilo" bzw. "Touchlot" ist unbestrittenermassen ein Geldspielautomat. Wer einen solchen als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten in Betrieb nehmen will, muss ihn der Spielbankenkommission vorführen. Diese entscheidet, ob es sich dabei um einen Glücksspielautomaten handelt, der unter Vorbehalt der Übergangsregelung von Art. 60 SBG nur noch in konzessionierten
Spielbanken betrieben werden darf, oder um einen in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallenden Geschicklichkeitsapparat (vgl. Art. 58 ff. und 61 ff. der Verordnung vom 23. Februar 2000 bzw. 1. November

2004 über Glücksspiele und Spielbanken [SR 935.521; AS 2004 4395 ff.]). Gestützt auf ihre zur einheitlichen Durchsetzung des Bundesrechts weit gefasste Zuständigkeit ist die Spielbankenkommission - wie die Bankenkommission in ihrem Bereich (vgl. BGE 130 II 351 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen) - befugt, die Unterstellung von Aktivitäten unter das Gesetz zu prüfen und insofern ein "Unterstellungsverfahren" durchzuführen. Da sie allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist die ihr übertragene Aufsicht nicht auf die Spielbanken beschränkt; zu ihrem Aufgabenbereich gehört auch die Abklärung der spielbankenrechtlichen Relevanz anderer Glücksspiele, soweit deren Qualifikation umstritten ist (vgl. zum Finanzmarktrecht: BGE 130 II 351 E. 2.1).

3.1.2 Ob der "Tactilo" bzw. "Touchlot" tatsächlich in den Anwendungsbereich des Spielbankengesetzes fällt oder vom Vorbehalt in Art. 1 Abs. 2 SBG zugunsten der kantonalen Zuständigkeiten im Lotteriebereich profitiert, bildet Gegenstand der weiteren Abklärungen. Über den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens können - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin - zurzeit (noch) keine Prognosen gemacht werden. Die Anwendbarkeit der Spielbankengesetzgebung auf Lotterieautomaten ist zumindest nicht zum Vornherein ausgeschlossen: Zu dieser Frage liegen abweichende juristische und technische Expertisen vor. Während der Gutachter Rouiller zum Schluss kommt, der Betrieb von Lotterieautomaten falle unter gewissen Kautelen als zeitgemässe Weiterentwicklung des klassischen Lotteriespiels in den Geltungsbereich des Lotteriegesetzes (Gutachten vom 13. Juni/ 22. Dezember 2000), ist der Gutachter Poledna der Auffassung, dass nach dem Willen des Gesetzgebers alle an Geldspielautomaten betriebenen Spiele, unter Einschluss der Lotterien, unter das Spielbankengesetz fallen (Gutachten vom 3. Juni 2002 bzw. 4. August 2003). Hiervon ging ursprünglich auch die Botschaft des Bundesrats aus (BBl 1997 III 145 ff., dort S. 169). Die Expertenkommission
zur Revision des Lotteriegesetzes ist zum Schluss gekommen, dass der "Tactilo" und der "Touchlot" in ihrem praktischen Funktionieren aus der Sicht der Spieler den unter das Spielbankengesetz fallenden Geldspielautomaten "nicht unähnlich" seien. Im Unterschied zu den herkömmlichen Lotterien erleichterten sie ein langdauerndes, schnelles Spiel; mit 90 % hätten sie zudem eine ähnlich hohe Auszahlungsquote wie die Spielbankenspiele (zwischen 90 und 99 %), während die Quote für Lotteriespiele normalerweise nur etwa bei 45 - 65 % liege (Erläuternder Bericht vom 25. Oktober 2002 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Lotterien und Wetten, S. 11 und S. 36). Der Bundesrat hat seinerseits am 19. Mai 2004 entschieden, die Revision des Lotteriegesetzes vorläufig zu sistieren und die vor allem für die Lotteriespielautomaten ("Tactilo" und "Touchlot") relevante Abgrenzung zwischen dem Lotterie- und dem Spielbankengesetz den Gerichten zu überlassen (Pressemitteilung des EJPD vom 19. Mai 2004; www.ofj.admin.ch/themen/lotterie/lg-rev/i-com-d.htm). Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass der "Tactilo" bzw. "Touchlot" als Geldspielautomat unter das Spielbankengesetz fällt. Nichts anderes ergibt sich aus dem von der Beschwerdeführerin angerufenen
Entscheid 2P.304/2A.492/2001 vom 3. Mai 2002: Das Bundesgericht hat dort lediglich festgehalten, dass ein sachlicher Grund bestand, den damals umstrittenen Geldspielautomaten anders zu behandeln als den "Tactilo" bzw. "Touchlot"; es hat die Frage der ausschliesslichen Anwendbarkeit des Lotteriegesetzes auf diesen indessen nicht weiter geprüft, nachdem nicht eingewendet worden war, das Spielbankengesetz gelte auch für Lotterieautomaten (vgl. dort E. 5.1.2).

3.1.3 Die Tatsache, dass die Kantone unter gewissen Bedingungen im Rahmen des Lotteriegesetzes den Betrieb von "Tactilo"- bzw. "Touch-lot"-Apparaten bewilligt haben, schliesst entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ein "Unterstellungsverfahren" durch die Spielbankenkommission nicht aus: Glücksspielautomaten sind von Bundesrechts wegen ausserhalb von konzessionierten Spielbanken verboten (Art. 4 Abs. 1 SBG). Der Begriff des Glücksspielautomaten ist bundesrechtlicher Natur. Die Kantone können aufgrund von Art. 3 und Art. 106 Abs. 4 BV im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranken die Verwendung von Spielgeräten verbieten, die bundesrechtlich zugelassen sind. Sie können hingegen keine Geräte zulassen, die unter das bundesrechtliche Verbot fallen (Urteile 1A.22-29/2000 vom 7. Juli 2000, E. 2c; 1P.332/2001 vom 13. August 2001, E. 2b; zu Art. 35 Abs. 2 aBV: BGE 125 II 152 E. 4b S.161). Ob der "Tactilo" oder "Touchlot" gestützt auf das Lotteriegesetz ausserhalb von konzessionierten Spielbanken betrieben werden kann, bildet Gegenstand der Abklärungen. Die Spielbankenkommission hat bereits in Aussicht gestellt, dass sie dabei insbesondere auch die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage prüfen wird, ob die für die
Abgrenzung von Lotterien von anderen Glücksspielen wesentliche "Planmässigkeit" (vgl. hierzu etwa BGE 123 IV 175 E. 2c S. 181 ff.; 123 IV 225 E. 2d S. 229 f., 213 ff.) die Erfassung von Lotterieautomaten als Glücksspielapparate im Sinne des Spielbankengesetzes ausschliesst.

3.2 Zu Unrecht wendet die Beschwerdeführerin ein, es fehlten auch die materiellen Voraussetzungen für die

angeordnete vorsorgliche Massnahme:
3.2.1 Auf Bundesebene wurde bisher davon ausgegangen, die umstrittene Abgrenzungsfrage werde auf dem Weg der Gesetzgebung geregelt werden können (AB 1998 N 1944 [Votum von Bundesrat Koller]). Mit dem Entscheid des Bundesrats vom 19. Mai 2004, die Revision vorläufig zu sistieren und die Abgrenzungsfrage den Gerichten zu überlassen, bestand für die Eidgenössische Spielbankenkommission als von der Verwaltung unabhängige Aufsichtsbehörde über das Spielbankenwesen Handlungsbedarf. Im Rahmen der Diskussion der Interpellation Lauri im Ständerat (03.3138.Tactilo-Spielautomaten.Moratorium) hatte Bundesrätin Metzler darauf hingewiesen, dass die Spielbankenkommission durch die bisherige Duldung dieser Geräte seitens des Departements nicht gebunden sei (AB 2003 S 642: "Ich habe die Kantone immer darauf hingewiesen, dass dieses Gutachten [Rouiller]den Bundesrat bzw. das EJPD bindet, nicht aber die Spielbankenkommission"). Nachdem sich die Aussichten, die Frage der Zulässigkeit der Lotterieautomaten über die Revision des Lotteriegesetzes zu klären, zerschlagen hatten, war die Spielbankenkommission befugt, sich der Problematik anzunehmen, auch wenn sie mit Blick auf die ursprünglich geplanten gesetzgeberischen Schritte hiervon vorerst abgesehen hatte.
3.2.2 Zur Sicherung des Verfahrens und der durch die Spielbankengesetzgebung geschützten öffentlichen und privaten Interessen (Art. 2 Abs. 1 SBG; Durchsetzung des bundesrechtlichen Verbots von Geldspielautomaten ausserhalb von Spielbanken, Bekämpfung der Geldwäscherei, Spielsucht, Jugendschutz, Konkurrenzverhältnis zu den Spielbankenbetreibern, die besonderen gesetzlichen Auflagen unterliegen) war es notwendig, bis zur Klärung der umstrittenen Frage das weitere Aufstellen von Lotterieautomaten zu untersagen und damit vollendete Tatsachen bzw. eine nur schwer reversible Situation zu verhindern. Es lag auch eine entsprechende Dringlichkeit vor, bestand doch die Möglichkeit, dass sich nach dem bundesrätlichen Entscheid, die Revision des Lotteriegesetzes zu suspendieren, während des "Unterstellungsverfahrens" gestützt auf die kantonalen Bewilligungen ein breites System von Lotterieapparaten entwickeln könnte; eine Beseitigung der umstrittenen Geräte bei einem allfälligen definitiven Betriebsverbot zöge für alle Beteiligten einen relativ grossen Aufwand nach sich und griffe schwerer in die Rechtsstellung der Lotteriegesellschaften ein als das vorübergehend angeordnete präventive Verbot, die entsprechenden Apparate aufzustellen. Die Beschwerdeführerin hat in der Deutschschweiz bisher keine Lotterieautomaten eingesetzt; es ist ihr zuzumuten, ihr Geschäft, das gemeinnützigen und wohltätigen Zwecken dient (Art. 5 Abs. 1 LG), bis zum Sachentscheid der Spielbankenkommission vorerst auf die "klassischen" Lotterieaktivitäten zu beschränken; mit diesem Entscheid wird die angeordnete vorsorgliche Massnahme grundsätzlich so oder anders dahin fallen. Nach einer kanadischen Studie provozieren traditionelle Lotterien kaum eine Spielabhängigkeit; hingegen soll in verschiedenen europäischen Staaten bei 50 bis 73 % der Spielsüchtigen die Abhängigkeit auf das Spielen an Videolotteriegeräten zurückzuführen sein (Bélanger/Boisvert/Papineau/Vétéré, La responsabilité de l'Etat québécois en matière de jeu pathologique: la gestion des appareils de loterie vidéo, Montréal 2003, S. 7). Es besteht somit auch insofern ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, dass keine weiteren Lotterieautomaten aufgestellt werden, bis die entsprechenden rechtlichen und technischen Fragen durch die zuständige Bundesbehörde geprüft sind.
3.2.3 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie werde gegenüber der "Société de la Loterie de la Suisse Romande" rechtsungleich behandelt, verkennt sie, dass dieser mit Beschlüssen der "Conférence Romande de la loterie et des jeux (CRLJ)" vom 5. März 1998 und 7. März 2002 wesentlich früher als ihr die entsprechenden kantonalen Bewilligungen erteilt worden sind - und dies mit dem stillschweigenden Einverständnis bzw. der Duldung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. In der Folge sind in der Westschweiz die umstrittenen Apparate zu einem grossen Teil noch vor Inkrafttreten des Spielbankengesetzes in Betrieb genommen worden. Die Spielbankenkommission durfte daher dem Grundsatz des Vertrauensschutzes diesbezüglich eine grössere Bedeutung beimessen und im Rahmen ihrer Interessenabwägung für die Deutschschweiz, wo der "Touchlot" noch nicht verbreitet ist, anders entscheiden als für die Westschweiz, auch wenn bis zu einem Maximum von 700 Geräten dort das Aufstellen von rund 100 weiteren Lotterieautomaten auf eigenes Risiko der Aufstellerinnen hin möglich bleibt. Da die einzelnen Lotteriemärkte territorial abgegrenzt sind (vgl. das Urteil 2A.32/2003 vom 4. August 2003, E. 2 und 3, publ. in: ZBl 104/2003 S. 593 ff.),
droht der Beschwerdeführerin durch den Betrieb bzw. Weiterbetrieb von Lotteriegeräten im bewilligten Rahmen in der Romandie kein Nachteil (vgl. zur Konkurrentenbeschwerde: BGE 127 II 264 E. 2c S. 269; 125 I 7 E. 3d-f).
4.

4.1 Aus dem Dargelegten (E. 3.1) ergibt sich, dass für den Antrag der Beschwerdeführerin, die Spielbankenkommission anzuweisen, ihr Verwaltungsverfahren einzustellen und "keine solchen Verfahren gegen kantonale Bewilligungsentscheide im Rahmen des Lotteriegesetzes zu eröffnen", kein Raum bleibt. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung des Präsidenten der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 22. Juli 2004 ist nicht einzutreten (2A.438/2004); jene gegen seine Verfügung vom 26. Juli 2004 ist abzuweisen (2A.442/2004), soweit darauf eingetreten werden kann.
4.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Kosten der bundesgerichtlichen Verfahren zu tragen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (vgl. Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde 2A.438/2004 wird nicht eingetreten.
2.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde 2A.442/2004 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 6'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Eidgenössischen Spielbankenkommission und der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 1. Dezember 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: