[AZA 3]
1A.209/1999/hzg

I. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG
****

3. März 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Aemisegger, Präsident der I. öffentlichrechtlichen Abteilung, Bundesrichter Aeschlimann, Ersatzrichter Seiler und Gerichtsschreiber Steinmann.

———

In Sachen

CTS - Congrès, Tourisme et Sport SA, handelnd durch die statuarischen Organe, Zentralstrasse 60, Biel, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Dr. Ueli Friederich, Kramgasse 70, Postfach, Bern,

gegen

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement,
beteiligte Partei:
RegierungsratdesKantons Bern, vertreten durch die Polizei- und Militärdirektion,

betreffend
Feststellungsverfügung (Kursaal Biel), hat sich ergeben:

A.- Der Regierungsrat des Kantons Bern erteilte der CTS - Congrès, Tourisme et Sport SA, Biel (im Folgenden: CTS), am 15. November 1995 gestützt auf das kantonale Gesetz vom 4. November 1992 über Handel und Industrie und die (damalige) kantonale Spielapparateverordnung vom 30. Mai 1990 unter Auflagen und Bedingungen die Bewilligung für den Betrieb von höchstens 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft Palace, Wyttenbachstrasse 2, in Biel. Die Gültigkeit der Bewilligung war suspensiv bedingt durch die bundesrätliche Genehmigung der gleichentags erteilten Bewilligung zum Betrieb des Boulespiels; diese Genehmigung wurde vom Bundesrat am 9. Mai 1996 erteilt. Die regierungsrätliche Bewilligung enthielt die weitere Auflage, dass die Geldspielautomaten vor Inbetriebnahme durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (im Folgenden: EJPD bzw. Departement) typengeprüft und zugelassen werden müssten.

Der Neubau des vorgesehenen "Casino Palace" an der Wyttenbachstrasse verzögerte sich durch eine Referendumsabstimmung und eine baurechtliche Einsprache. Der Regierungsrat erteilte daher der CTS am 4. Juni 1997 die provisorische Bewilligung für den Betrieb von Geldspielapparaten in der Liegenschaft Plänkestrasse 28 in Biel. In der Folge nahm die CTS am Standort Plänkestrasse 28 den Spielbetrieb mit 128 Geldspielapparaten auf.

B.- Am 22. April 1998 erliess der Bundesrat die Verordnung über die Geldspielautomaten (Geldspielautomatenverordnung, GSAV; SR 935. 522). Diese stützt sich auf Art. 102 Ziff. 5 aBV sowie die Art. 1 - 3 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1929 über die Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935. 52). Nach dieser Verordnung dürfen nur Geldspielautomaten und Jackpotsysteme aufgestellt und in Betrieb genommen werden, die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement geprüft worden sind (Art. 4). Die früher vom Departement erteilten Homologationen verlieren mit dem Inkrafttreten der Verordnung ihre Gültigkeit (Art. 9 Abs. 1). Homologierte Geldspielautomaten und Jackpotsysteme, die vor dem Inkrafttreten der Verordnung in einem Kursaal, in einem Spielsalon oder in einer Gaststätte in Betrieb waren, dürfen jedoch an ihrem bisherigen Standort und in bisherigem Umfang weiter betrieben werden (Art. 10). Die Verordnung ist gemäss Art. 13 Abs. 1 auf den 22. April 1998 in Kraft gesetzt worden.

C.-Die CTS beabsichtigte die Eröffnung des neuen Kursaal-Casinos am 29. Mai 1998. Sie teilte dies dem Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement am 28. April 1998 mit und äusserte die Auffassung, dass die Geldspielautomatenverordnung keinen Einfluss auf die Eröffnung des Kursaal-Casinos habe. Der Departementsvorsteher antwortete der CTS am 11. Mai 1998, der bisherige Automatenpark mit 128 Geräten könne gemäss Art. 10 GSAV in Betrieb bleiben, hingegen könnten nach Art. 9 GSAV keine weiteren Automaten in Betrieb genommen werden.

Die CTS reichte daraufhin am 15. Mai 1998 beim Bundesamt für Polizeiwesen das Gesuch ein, es sei ihr auf den 29. Mai 1998 die Eröffnung und der Betrieb des "Casino Palace" mit 200 Geldspielautomaten zu gestatten; insbesondere sei ihr die Inbetriebnahme der zusätzlichen 72 Geldspielautomaten zu bewilligen.

Das Bundesamt für Polizeiwesen überwies das Gesuch am 26. Mai 1998 an die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern zur Behandlung. Es begründete dies damit, dass für den Vollzug der Geldspielautomatenverordnung die Kantone zuständig seien. Die CTS eröffnete den Betrieb des "Casino Palace" wie geplant am 29. Mai 1998. 200 Geldspielautomaten waren spielbereit installiert, indessen lediglich 128 effektiv in Betrieb genommen.

Am 5. Mai 1999 bestätigte der Regierungsrat des Kantons Bern die am 15. November 1995 erteilte Bewilligung für den Betrieb von 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft Palace vollumfänglich. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die Geldspielautomatenverordnung sei in Würdigung des Verordnungszweckes sowie in Anbetracht des Vertrauensschutzes und der von der CTS getätigten Investitionen auszulegen. Daraus ergebe sich unter dem Gesichtswinkel des Übergangsrechts von Art. 9 und 10 GSAV inbesondere, dass bereits erteilte Bewilligungen nicht widerrufen werden müssten. - Dieser Entscheid des Regierungsrates ist von keiner Seite angefochten worden.

Am 6. Mai 1999 nahm die CTS den Betrieb der zusätzlichen 72 Geldspielautomaten auf. Am 7. Mai 1999 forderte das Bundesamt für Polizeiwesen die CTS auf, die zusätzlichen Automaten ausser Betrieb zu nehmen und stellte die Einleitung eines Strafverfahrens gemäss Art. 6 ff. SBG in Aussicht.

D.- Die CTS ersuchte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement am 10. Juni 1999 um Erlass einer Feststellungsverfügung.
Sie beantragte die Feststellung, dass der Regierungsrat des Kantons Bern zur Bestätigung der Bewilligung für den Betrieb von 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft "Casino Palace" zuständig, dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen und die Zulässigkeit des Betriebs aller 200 Automaten damit für alle Beteiligten verbindlich bestätigt sei. Im Eventualbegehren ersuchte die CTS die zuständige Stelle des EJPD um die Bewilligung zum Betrieb von insgesamt 200 Geldspielautomaten.
Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement erliess am 12. August 1999 seine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"1.Das EJPD stellt fest, dass der Kanton Bern zuständig ist, über die Erteilung bzw. die Bestätigung von Betriebsbewilligungen für solche GSA auf seinem Kantonsgebiet zu entscheiden, die über eine gültige Homologation des EJPD verfügen.

Weitergehend wird das Begehren abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Das EJPD stellt fest, dass die ursprünglich erteilten Homologationen für die 72 Geldspielautomaten im Kursaal Biel, die am 22. April 1998 nicht in Betrieb waren, ihre Gültigkeit verloren haben. "

Zur Begründung dieser Verfügung erwog das EJPD, dass kantonale Bewilligungen für den Betrieb von Geldspielautomaten nur bei Vorliegen einer entsprechenden Homologation erteilt werden könnten. Das EJPD sei für den Bereich der Homologation zuständig, die Kantone für die Erteilung der Betriebsbewilligungen von (homologierten) Geldspielautomaten bzw. für den übrigen Vollzug. Mit dem Inkrafttreten der Verordnung der Geldspielautomatenverordnung hätten alle vor diesem Zeitpunkt erteilten Homologationen ihre Gültigkeit ver-

loren; eine Ausnahme gelte lediglich für Geräte, die vor dem 22. April 1998 bereits in Betrieb gewesen seien. Das bedeute für den Kursaal Biel, dass 128 Apparate weiter betrieben werden dürften, die übrigen 72 Apparate indessen nicht unter die Übergangsbestimmung von Art. 10 GSAV fielen und daher die Homologation verloren hätten. Diese Umstände hätte der Kanton bei der Bestätigung vom 5. Mai 1999 berücksichtigen müssen. Da der Regierungsrat dem nicht nachgekommen sei, habe er sich in Widerspruch zum Bundesrecht gesetzt. Mit dem Erlöschen der Homologation sei dem Kanton Bern verwehrt gewesen, die Betriebsbewilligung für die in Frage stehenden 72 Apparate zu erteilen bzw. zu bestätigen. Nach Art. 25 VwVG sei das
Departement befugt, diese Rechtsfolgen verfügungsweise festzustellen.

E.- Gegen diese Verfügung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes hat die CTS - Congrès, Tourisme et Sport SA beim Bundesgericht am 8. September 1999 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung des EJPD vom 12. August 1999 sei aufzuheben.

2. Es sei festzustellen,

a) dass der Kanton Bern zum Entscheid über die Bestätigung der Bewilligung für den Betrieb von 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft Casino Palace, Biel (RRB Nr. 1273 vom 5. Mai 1999 betreffend allfälligen Widerruf der Bewilligung) zuständig war und ist;

b) dass mit der rechtskräftigen kantonalen Bestätigung der Bewilligung allseits verbindlich, auch für die Bundesbehörden und im Besonderen für das Bundesamt für Polizeiwesen, über die Zulässigkeit des Betriebs aller 200 Geldspielautomaten als Geschicklichkeitsspielautomaten entschieden worden ist.

3. eventualiter:

Für den Fall, dass das Rechtsbegehren gemäss Ziffer 2 abgewiesen wird, sei festzustellen,

a) dass die Homologation der 72 der Beschwerdeführerin im Jahr 1995 bewilligten, aber durch diese im April 1998 noch nicht in Betrieb genommenen Geldspielautomaten mit der Verordnung vom 22. April 1998 nicht entfallen ist und

b) dass die CTS deshalb berechtigt ist, insgesamt 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft Casino Palace, Biel, zu betreiben. "
F.- Das EJPD stellte mit Vernehmlassung vom 14. Oktober 1999 den Antrag, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die gemäss Art. 110 OG zur Vernehmlassung eingeladene Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern beantragte am 27. Oktober 1999 die Gutheissung der Beschwerde.
- Im zweiten Schriftenwechsel hielten die CTS und das EJPD an ihren Anträgen fest.

G.- Mit Instruktionsverfügung vom 2. Februar 2000 forderte das Bundesgericht das EJPD auf, den Beschluss des Bundesrates über die ausserordentliche Bekanntmachung der Geldspielautomatenverordnung einzureichen. Die Schweizerische Bundeskanzlei kam diesem Ersuchen am 18. Februar 2000 nach.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der angefochtene Entscheid erging in Anwendung des Spielbankengesetzes und der Geldspielautomatenverordnung und somit von Bundesverwaltungsrecht. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 98 lit. b OG. Da keine Ausschlussgründe vorliegen, erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als zulässig. Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 103 lit. a OG zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde kann daher grundsätzlich eingetreten werden.

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheides auch eine Feststellung über den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten verlangt werden, wenn ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachgewiesen wird (Art. 25 VwVG; Art. 25 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG; BGE 122 II 97 E. 3 S. 98). In Anbetracht des Beschlusses des Regierungsrates einerseits, der den Betrieb aller 200 Geldspielautomaten bestätigte, sowie andererseits der Drohung des Bundesamtes für Polizeiwesen, für den Fall einer Weiterführung des Betriebs der fraglichen 72 Geldspielautomaten ein Strafverfahren einzuleiten, hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an einer Klärung der Rechtslage. Auf die Beschwerde ist demnach auch in Bezug auf das Feststellungsbegehren einzutreten.

2.- a) Nach Art. 1 des Spielbankengesetzes sind die Errichtung und der Betrieb von Spielbanken verboten. Als Spielbank gilt jede Unternehmung, die Glücksspiele betreibt; als Glücksspiele gelten diejenigen Spiele, bei welchen gegen Leistung eines Entgeltes ein Geldgewinn in Aussicht steht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt (Art. 2 SBG). Das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten gilt als Glücksspielunternehmung, sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht (Art. 3 Abs. 1 SBG). Der Entscheid darüber, welche Apparate unter diese Bestimmung fallen, steht dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zu (Art. 3 Abs. 2 SBG). Dieser Entscheid ergeht in der Form einer sogenannten Homologation, welche den Charakter einer Typenprüfung hat (vgl. BGE 125 II 152 E. 4b und 4c/aa S. 161, 124 IV 313 E. 5a S. 317, nicht veröffentlichtes Urteil vom 23. Februar 1999 i.S. Kanton Obwalden, E. 4b). Die Homologation besagt, dass aus Sicht des Bundesrechts der fragliche Apparatentyp nicht als verbotener Glücksspielautomat gilt. Das kantonale Recht kann weitere Bestimmungen über den Betrieb von Geldspielapparaten aufstellen; diese dürfen dem Spielbankengesetz
allerdings nicht widersprechen (Art. 13 SBG). Die Kantone sind befugt, den Betrieb von Geldspielautomaten ganz zu verbieten, einer Bewilligungspflicht zu unterstellen oder auch ohne zusätzliche kantonale Bewilligung zuzulassen (BGE 120 Ia 126 E. 3b S. 131, ZBl 95/1994 S. 522 E. 2, mit Hinweisen; vgl. auch BGE 125 II 152 E. 4b S. 161).

An dieser Zuständigkeitsordnung von Bund und Kantonen gemäss Spielbankengesetz hat der Erlass der Geldspielautomatenverordnung nichts geändert. Auch diese sieht vor, dass nur geprüfte Geldspielautomaten aufgestellt und in Betrieb genommen werden dürfen (Art. 4 GSAV) und dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Entscheid über die Prüfung vornimmt (Art. 5 ff. GSAV). Die Übergangsregelung von Art. 9 und 10 GSAV ändert an der Kompetenzabgrenzung ebenfalls nichts.

Aus dieser Regelung ergibt sich, dass die Homologation von Geldspielautomaten durch das Departement und die allenfalls erforderliche kantonale Bewilligung für den konkreten Betrieb zwei verschiedene Entscheide darstellen, die in unterschiedlichen Verfahren vor unterschiedlichen Instanzen nach unterschiedlicher Rechtsgrundlage ergehen. Ein rechtlicher Zusammenhang besteht nur insofern, als das kantonale Recht nicht Apparate zulassen kann, welche bundesrechtlich verboten sind.

b) Im vorliegenden Fall hat der Regierungsrat die kantonalrechtliche Bewilligung für den Betrieb von 200 Geldspielautomaten erteilt bzw. mit seinem Beschluss vom 5. Mai 1999 bestätigt. Im Grundsatz wird vom Departement nicht in Frage gestellt, dass die kantonale Behörde zum Entscheid über die Bewilligung bzw. Bestätigung früherer Bewilligungen grundsätzlich zuständig ist. Es vertritt indessen die Auffassung, auf Grund von Art. 9 GSAV sei die Homologation der bisher nicht betriebenen 72 Apparate dahingefallen. Der Regierungsrat sei daher nicht zuständig gewesen, über deren Zulassung zu befinden und die Betriebsbewilligung für diese Apparate zu erteilen bzw. zu bestätigen.

Für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist die Frage der kantonalen Zuständigkeit von derjenigen der inhaltlichen Rechtmässigkeit des Regierungsratsbeschlusses vom 5. Mai 1999 auseinander zu halten. Vorerst gilt es die Zuständigkeitsfrage (nachfolgend E. 2c) und hernach die Frage der Rechtmässigkeit zu prüfen (E. 2d).

c) Die Beschwerdeführerin reichte dem Bundesamt für Polizeiwesen am 15. Mai 1998 das Gesuch für den

Betrieb ihrer 200 Geldspielautomaten ein. Das Bundesamt überwies dieses am 29. Mai 1998 dem Regierungsrat zur Behandlung. Der Regierungsrat hatte demnach über die Betriebsbewilligung zu befinden.
Mit seinem Beschluss vom 5. Mai 1999 entschied der Regierungsrat über die Bewilligung des Betriebes von 200 Geldspielautomaten bzw. über die Bestätigung der früher erteilten Bewilligung. Er tat dies einerseits gestützt auf das kantonale Recht und hatte andererseits die Bundesgesetzgebung und insbesondere die Geldspielautomatenverordnung zu beachten. Für seinen Beschluss hatte er daher die Geldspielautomatenverordnung und deren übergangsrechtliche Regelung in Art. 9 und Art. 10 im Besonderen auszulegen. Diese Übergangsregelung enthält kein absolutes Verbot des Betriebes von Apparaten, die nach neuer Praxis dem Glücksspiel zuzuordnen und daher grundsätzlich unzulässig sind. Art. 10 GSAV erlaubt vielmehr unter bestimmten Voraussetzungen den Weiterbetrieb von Geräten, die nach alter Praxis homologiert worden waren. Der Regierungsrat hat diese Ordnung der Geldspielautomatenverordnung unter Beachtung des Vertrauensschutzes und des historisch belegten Verordnungszweckes ausgelegt. Dabei ist er zum Schluss gekommen, dass die streitigen 72 Apparate nicht unter Art. 9 fielen, sondern vielmehr von der Regelung nach Art. 10 GSAV profitieren könnten. Daraus folgerte er, dass die frühere Homologation im konkreten Fall auch für die streitigen 72
Apparate gelte und diese Apparate daher in Betrieb genommen werden könnten.

Zu dieser Entscheidung war der Regierungsrat in Auslegung der Geldspielautomatenverordnung zuständig. Das Bundesamt für Polizeiwesen selber hat ihn mit der Überweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin zum Entscheid über die Betriebsbewilligung aufgefordert. In der angefochtenen Verfügung hält das Departement dafür, dass der Regierungsrat zum Entscheid über die Betriebsbewilligung kompetent sei. Dieser hat sich entgegen der Auffassung des Departementes nicht in kompetenzwidriger Weise angemasst, über die Homologation der 72 Apparate zu befinden oder die Betriebsbewilligung ohne Homologation zu erteilen. Dass der Regierungsrat hinsichtlich der vorliegenden Angelegenheit in Auslegung der Geldspielautomatenverordnung zu einer anderen Lösung als der vom Departement befürworteten gelangte, ändert an dessen Zuständigkeit nichts. Dagegen können auch die Urteile des Bundesgerichts vom 23. Februar 1999 (BGE 125 II 152 sowie Urteil i.S. Kanton Obwalden) nicht ins Feld geführt werden, da im vorliegenden Fall keineswegs umstritten ist, dass der Bundesrat mit dem Erlass der Geldspielautomatenverordnung und der Regelung in Art. 9 und 10 kompetenzgemäss gehandelt hat.
Daraus ergibt sich, dass der Regierungsrat mit seinem Beschluss vom 5. Mai 1999 den Rahmen der dem Kanton zustehenden Zuständigkeit gewahrt hat. Wie dargetan, ist davon die materielle Rechtmässigkeit und die Frage zu trennen, ob der Regierungsrat das Bundesrecht richtig angewendet hat.

d) Aus dem Gesamtzusammenhang heraus betrachtet, zeigt sich, dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in Wirklichkeit nicht die Zuständigkeit der bernischen Behörden, sondern die materielle Rechtmässigkeit des Regierungsratsbeschlusses vom 5. Mai 1999 in Frage stellt. Dieser ist indessen im vorliegenden Verfahren nicht Prozessgegenstand. Der Entscheid wurde damals nicht und insbesondere auch nicht vom Departement (Art. 103 lit. b OG) angefochten. Er ist damit in formelle Rechtskraft erwachsen. Formell rechtskräftige Entscheide sind grundsätzlich rechtsverbindlich, selbst wenn sie sich in materiellrechtlicher Hinsicht als unrichtig erweisen sollten (Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4. Aufl. , Basel/Frankfurt, S. 259, Rz. 1190).

Eine Ausnahme von der Rechtsgültigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen und Entscheide wird für den Fall der Nichtigkeit angenommen. Nichtigen Entscheidungen geht die Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Die Nichtigkeit ist daher jederzeit von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGE 118 Ia 336 E. 2a S. 340, 116 Ia 215 E. 2a S. 217, 115 Ia 1 E. 3 S. 4; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. , Zürich 1998, S. 195 f. Rz. 768; Knapp, a.a.O., S. 12, Rz. 45 und S. 259, Rz. 1193). Es ist zu prüfen, ob der Regierungsratsbeschluss an einem Nichtigkeitsgrund leidet und daher einer materiellen Prüfung zugänglich ist.

aa) Fehlerhafte Verwaltungsakte gelten nach der Rechtsprechung als nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet ist. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich schwer wiegende Verfahrensfehler sowie die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in

Betracht; inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen und bei ausserordentlicher Fehlerhaftigkeit die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge. Bei der Beurteilung der Nichtigkeit hat eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung zu erfolgen (BGE 122 I 97 E. 3a/aa S. 99, 118 Ia 336 E. 2a S. 340, 117 Ia 202 E. 8a S. 220 f.; Häfelin/Müller, a.a.O., S. 196 ff.; Knapp, a.a.O., S. 262 f.; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/ Frankfurt 1990, Nr. 40.V.2 S. 120 f.).

bb) In formeller Hinsicht haben die vorstehenden Erwägungen ergeben, dass die bernischen Behörden zum Ent-scheid über die Betriebsbewilligung bzw. über deren Bestätigung zuständig waren. Es wird von keiner Seite geltend gemacht, dass der Regierungsrat den Beschluss vom 5. Mai 1999 nicht hätte treffen dürfen. Es sind auch keine anderen Verfahrensmängel ersichtlich, die zur Nichtigkeit der Verfügung führen könnten.
cc) Ebenso wenig kann von einem schwer wiegenden inhaltlichen Mangel gesprochen werden, der zur Annahme von Nichtigkeit führen würde. Der Regierungsrat hat erwogen, dass nach dem Bewilligungsmoratorium für Kursaalbetriebe der Sinn von Art. 9 und 10 GSAV darin gelegen habe, die Entstehung von reinen Automatencasinos zu verhindern. Da das Casino Biel zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Geldspielautomatenverordnung bereits über eine bundesrätliche Bewilligung für das Boulespiel und eine kantonale Bewilligung für den Betrieb von 200 Geldspielautomaten verfügte, habe die Verordnung sich nicht auf die Situation des Casinos Biel bezogen. Diese zwinge im Übrigen nicht in absoluter Weise dazu, bereits erteilte Bewilligungen zu widerrufen. Das öffentliche Interesse an einem Verbot der Inbetriebnahme der restlichen 72 Apparate - neben den damals bereits in Betrieb stehenden 128 Apparaten - könne nicht als besonders hoch eingestuft werden. Schliesslich dürfe unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes beachtet werden, dass die CTS bereits Investitionen in mehrfacher Millionenhöhe getätigt habe.

Diese Überlegungen können nicht als unhaltbar oder gar qualifiziert falsch betrachtet werden. Wohl gilt Art. 10 GSAV nach seinem Wortlaut nur für Automaten, die bei Inkrafttreten der Verordnung "in Betrieb waren". Eine Auslegung gegen den Wortlaut kann unter Beachtung besonderer Umstände zulässig sein. Unter diesem Gesichtswinkel darf berücksichtigt werden, dass die Beschwerdeführerin seit November 1995 über eine Betriebsbewilligung für 200 Geldspielautomaten verfügte und im Hinblick darauf ein Neubauprojekt an die Hand genommen hatte. Es ist auf äussere Umstände wie die gegen das Projekt erhobene Einsprache und Beschwerde zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerin von dieser Bewilligung nicht schon viel früher Gebrauch machen konnte. Der Betrieb wurde schliesslich nur wenige Wochen nach Inkrafttreten der neuen Verordnung aufgenommen. Im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der sofortigen Wirksamkeit des Verbots der nicht mehr homologierten Automaten ist zu beachten, dass der Bundesrat die Geldspielautomatenverordnung am 22. April 1998 zwar auf dem Weg der ausserordentlichen Bekanntmachung nach Art. 7 des Publikationsgesetzes vom 21. März 1986 (SR 170. 512) sofort in Kraft setzte, die Problematik der Zunahme von
Geldspielautomaten aber in erster Linie auf die während Jahrzehnten sehr large Homologationspraxis des Bundes selber zurückzuführen ist und bereits im Frühling 1996 bekannt und den Bundesbehörden bewusst war (vgl. BGE 125 II 151 E. 4c S. 162 mit Hinweis auf BBl 1997 III 159). Das Departement führt selber aus, der Bestand solcher Automaten habe sich in der Schweiz seit 1993 beinahe verdreifacht und betrage heute rund 10'000 Geräte. Unter diesen Umständen kann am Verbot der hier in Frage stehenden 72 Apparate im Vergleich mit den privaten Interessen der Beschwerdeführerin kein derart überwiegendes öffentliches Interesse bestehen, dass der Entscheid des Regierungsrates geradezu als nichtig zu betrachten wäre.
dd) Dieser Betrachtung stehen auch die genannten Bundesgerichtsentscheide vom 23. Februar 1999 nicht entgegen. In diesen Entscheiden war einzig die - im vorliegenden Fall nicht umstrittene - Frage zu entscheiden, ob der Erlass der Geldspielautomatenverordnung in die Kompetenz der Kantone eingreife. Hingegen standen weder die Vereinbarkeit der darin enthaltenen Übergangsregelung mit verfassungsmässigen Rechten und dem Vertrauensschutz Privater noch die Anwendung dieser Übergangsregelungen auf einen konkreten Fall zur Diskussion (BGE 125 II 152 E. 3 S. 160 und E. 5 S. 165, nicht veröffentlichtes Urteil i.S. Kanton Obwalden, E. 2 und E. 6). Im nicht publizierten Urteil vom 24. November 1999 i.S. A. entschied zwar das Bundesgericht, dass die Art. 9 und 10 GSAV grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben und das Verhältnismässigkeitsprinzip verstiessen (E. 5d und 6d), schloss aber nicht aus, dass deren Anwendung in einem konkreten Einzelfall verfassungswidrig sein könnte (E. 6f). Die Anklagekammer des Bundesgerichts schliesslich hatte in ihrem Urteil vom 2. November 1998 i.S. Casino Obwalden AG nur zu prüfen, ob die Bundesanwaltschaft mit der Anordnung

einer provisorischen prozessualen Massnahme die Grenze des ihr zustehenden Ermessens offensichtlich überschritten hat, ohne dass die Rechtmässigkeit des fraglichen Spielbetriebes im Einzelnen zu prüfen war (BGE 124 IV 313 E. 2 S. 315 f.).

e) Bei dieser Sachlage kann der Entscheid des Regierungsrates somit nicht als nichtig bezeichnet werden. Da er im vorliegenden Verfahren nicht Anfechtungsobjekt ist, ist nicht zu prüfen, ob er einer uneingeschränkten rechtlichen Beurteilung im Rahmen einer dagegen erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerde standhalten würde. Ebenso wenig ist zu beurteilen, ob dieser Entscheid allenfalls widerrufen werden könnte, da ein Widerruf von Seiten des Regierungsrates nicht in Betracht gezogen wird (vgl. zur Frage des Widerrufs von Spielbankenbewilligungen BGE 101 Ib 318).

Demnach ist davon auszugehen, dass der Beschluss des Regierungsrates vom 5. Mai 1999 formell rechtskräftig geworden und mangels Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes tatsächlich massgebend und verbindlich ist.

3.- Im Folgenden ist nunmehr zu prüfen, welche Auswirkungen die vorstehenden Erwägungen für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und für die angefochtene Verfügung haben.

a) In Ziff. 1 Abs. 1 der angefochtenen Verfügung stellte das Departement fest, dass der Kanton Bern zuständig sei, über die Erteilung bzw. die Bestätigung von Betriebsbewilligungen für solche Geldspielautomaten auf seinem Kantonsgebiet zu entscheiden, die über eine gültige Homologation des EJPD verfügen. Diese Feststellung stimmt - mit Ausnahme des Vorbehalts im letzten Halbsatz - inhaltlich mit dem ursprünglichen Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin überein.

Der Vorbehalt im letzten Halbsatz (”die über eine gültige Homologation des EJPD verfügen”) ist in allgemeiner Hinsicht und als allgemeine Aussage zur Kompetenzordnung verstanden zutreffend. Dieser Vorbehalt trifft indessen nicht die im vorliegenden Verfahren entscheidende Frage der Zuständigkeit des Kantons Bern. Es geht nicht darum, ob nicht homologierte Automaten bewilligt werden dürfen, sondern einzig darum, ob die altrechtlich homologierten Apparate übergangsrechtlich betrieben werden dürfen. Soweit mit dem Vorbehalt zum Ausdruck gebracht wird, die kantonalen Behörden seien nicht zuständig gewesen, über das konkrete Gesuch betreffend die Bestätigung der Bewilligung für die 72 Apparate zu entscheiden, ist er unzutreffend, weil damit eine Aussage zur inhaltlichen Richtigkeit des Beschlusses des Regierungsrates gemacht wird. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich indessen, dass der Regierungsratsentscheid in formelle Rechtskraft erwachsen ist und mangels Vorliegens von Nichtigkeitsgründen nicht auf seine Bundesrechtsmässigkeit hin zu überprüfen ist.

Dementsprechend erweist sich die Beschwerde in diesem Punkte als begründet und ist der im letzten Halbsatz von Ziff. 1 Abs. 1 enthaltene Vorbehalt (”die über eine gültige Homologation des EJPD verfügen”) zu streichen. Da sich das ganze Verfahren auf den Regierungsratsentscheid vom 5. Mai 1999 bezieht, ist - in Abänderung des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht - festzustellen, dass der Kanton Bern zum Entscheid über die Bestätigung der Betriebsbewilligungen zuständig war.
b) In Ziff. 1 Abs. 2 der angefochtenen Verfügung wies das Departement das Gesuch der Beschwerdeführerin weitergehend ab, soweit es darauf eintrat.

In der angefochtenen Verfügung wurde festgehalten, dass die Feststellung der Rechtskraft des Entscheides des Regierungsrates nicht dem Departement oder dem Bundesamt zustehe, sondern allenfalls dem Regierungsrat selber, und daher auf das Feststellungsbegehren nicht einzutreten sei. Diese Erwägung und Schlussfolgerung sind zutreffend und daher nicht zu beanstanden.

Die Abweisung bezog sich auf das Begehren um Feststellung, mit dem Entscheid des Regierungsrates sei über die Zulässigkeit des Betriebs der Automaten verbindlich entschieden. Aus dem Bisherigen ergibt sich, dass die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin zutrifft: Für den Entscheid über die Bestätigung der Bewilligung war der Regierungsrat des Kantons Bern tatsächlich zuständig. Sein Entscheid ist - was das Departement nicht bestreitet - formell rechtskräftig geworden. Er ist, sogar wenn er materiellrechtlich falsch sein sollte, jedenfalls

nicht nichtig und daher massgebend. Damit ist rechtsverbindlich entschieden, dass die Beschwerdeführerin bezüglich der 72 fraglichen Apparate von der Übergangsregelung gemäss Art. 10 GSAV profitieren kann. Die Abweisung des entsprechenden Feststellungsbegehrens ist somit unzutreffend, vom Bundesgericht aufzuheben und durch eine entsprechende Feststellung (siehe unten E. 3d) zu ersetzen.

c) In Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung stellte das Departement fest, dass die ursprünglich erteilten Homologationen für die 72 Geldspielautomaten, die am 22. April 1998 nicht in Betrieb waren, ihre Gültigkeit verloren haben.
Soweit mit dieser Feststellung zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die fraglichen Automaten nach neuer Praxis nicht mehr homologiert werden könnten, ist sie an sich auch seitens der Beschwerdeführerin unbestritten. Sie trifft indessen nicht den Kern der vorliegend streitigen Sache. Entscheidend ist einzig, ob die in Frage stehenden 72 Automaten unter die Übergangsregelung von Art. 10
GSAV fallen.

Soweit das Departement aber zum Ausdruck bringen wollte, dass der Betrieb der fraglichen Automaten unzulässig sei, hat es seine Zuständigkeiten überschritten. Eine eidgenössische Verwaltungsstelle, die für den Vollzug eines bestimmten Aufgabenbereichs generell verantwortlich ist, kann nicht beliebig Feststellungsverfügungen treffen (BGE 124 II 383 E. 2 S. 385 f., 121 II 473 E. 3 S. 480 ff.). Sie verfügt einerseits über jene Befugnisse, die ihr allgemein (vgl. z.B. die Möglichkeit der Behördenbeschwerde nach Art. 103 lit. b OG) oder spezialgesetzlich zustehen. Feststellungsverfügungen kann sie im Rahmen von Art. 25 VwVG innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs treffen. - Wie aus dem Vorstehenden hervorgeht, ist das Departement zwar für den abstrakten Typenentscheid betreffend der Charakterisierung eines bestimmten Automaten als Geschicklichkeits- oder als Glücksspielautomat zuständig, nicht aber für den konkreten Bewilligungsentscheid. Die ursprünglich erteilte Homologation bezog sich nicht konkret auf die 72 fraglichen Automaten, sondern auf einen bestimmten Automatentyp. Der in Art. 9 Abs. 1 GSAV angeordnete Hinfall der bisher erteilten Homologationen kann sich daher auch nicht konkret auf diese Automaten, sondern nur auf den Typ
als solchen beziehen. Die Zulässigkeit des Betriebs der 72 Apparate im Kursaal Biel hängt jedoch nicht davon ab, ob die Homologation für diesen Typ erloschen ist, sondern von der Auslegung der Übergangsregelung von Art. 10 GSAV, die im Rahmen der kantonalen Bewilligung vorzunehmen war. - Somit erweist sich Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung entweder als missverständlich oder unzutreffend.

d) Die angefochtene Verfügung ist demnach aufzuheben. Es steht grundsätzlich nichts entgegen, eine Feststellung gemäss Ziff. 2 des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin zu treffen (Art. 114 Abs. 1 und 2 OG). Indessen ist zu prüfen, ob dieses in allen seinen Elementen tatsächlich der Rechtslage entspricht.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Feststellung, dass über die Zulässigkeit des Betriebs der Automaten "als Geschicklichkeitsspielautomaten" entschieden worden sei. Das ist unzutreffend oder zumindest missverständlich: Der Betrieb der Apparate ist nicht deshalb zulässig, weil die Automaten als Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GSAV zu betrachten wären, sondern nur deshalb, weil sie gemäss rechtskräftiger Beurteilung der dafür zuständigen Behörden unter die Übergangsregelung gemäss Art. 10GSAVsubsumiertwurden. DerHinweisaufdieApparate"alsGeschicklichkeitsspielautomaten"istdahervonderFeststellungauszunehmen.

Für die vom Bundesgericht derart zu treffende Feststellung versteht sich ohne weiteres, dass sie sich ausschliesslich auf die geltende Rechtslage (Spielbankengesetz von 1929 und Geldspielautomatenverordnung von 1998) bezieht. Nach dem Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (BBl 1998 5726) wird sich die Zulässigkeit des Betriebs nach diesem Gesetz und dessen Übergangsbestimmungen richten. 4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 156 Abs. 1 und 2 OG). Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat die obsiegende Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.-Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Eidgenössischen Justiz- und

Polizeidepartementes vom 12. August 1999 aufgehoben.

Es wird festgestellt,

a) dass der Kanton Bern zum Entscheid über die Bestätigung der Bewilligung für den Betrieb von 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft "Casino Palace" in Biel zuständig war (Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern vom 5. Mai 1999);

b) dass mit dem Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern vom 5. Mai 1999 allseits und auch für die Bundesbehörden verbindlich über die Zulässigkeit des Betriebes von 200 Geldspielautomaten in der Liegenschaft "Casino Palace" in Biel entschieden worden ist.

2.- Es werden keine Kosten erhoben.

3.- Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 10'000. – zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement sowie dem Regierungsrat des Kantons Bern (Polizei- und Militärdirektion) schriftlich mitgeteilt.

———————

Lausanne, 3. März 2000

Im Namen der I. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: