Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.163/2002/zga

Urteil vom 3. Juni 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Merkli,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

1. A._____,
2. B._____,
Beschwerdeführer,
beide vertreten durch Fürsprecher Mark Schibler, Käfiggässchen 10, 3011 Bern,

gegen

Regierungsstatthalter des Amtsbezirks Biel, Amthaus, Spitalstrasse 14, 2501 Biel/Bienne,
Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Kramgasse 20, 3011 Bern,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern.

Betreiben eines Jetonsapparats

(Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, vom 18. Februar 2002)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 9. Februar 2001 wies der Regierungsstatthalter von Biel ein Gesuch von A._____ zum Aufstellen und Betrieb eines Jetonsapparats im Restaurant "C._____" in Biel ab. Das Polizei- und Militärdepartement sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Bern bestätigten diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 6. November 2001 bzw. 18. Februar 2002.
B.
A._____ und die B._____ AG haben hiergegen am 5. April 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die für den Betrieb des umstrittenen Jetonsapparats erforderliche gastgewerbliche Zusatzbewilligung zu erteilen; eventuell seien die Akten an das Regierungsstatthalteramt Biel zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen.
C.
Mit Formularverfügung vom 9. April 2002 wurden beim Verwaltungsgericht die Akten eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Gegenstand des kantonalen Verfahrens bildete die Erteilung einer gastgewerblichen Zusatzbewilligung gestützt auf die bernische Spielapparateverordnung vom 20. Dezember 1995 (Art. 7). Umstritten ist indessen nicht deren Auslegung, sondern jene von Art. 60 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52). Hiergegen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (Art. 97 ff. OG; vgl. das Urteil 2P.217/2001 vom 3. Dezember 2001, E. 2). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Eingabe der durch den kantonalen Entscheid als Gesuchsteller (A._____) bzw. Aufstellerin

und Betreiberin (B._____) betroffenen Beschwerdeführer (Art. 103 lit. a OG) ist deshalb einzutreten.
2.
Ausserhalb von konzessionierten Spielbanken sind Glücksspielautomaten von Bundesrechts wegen verboten (Art. 4 Abs. 1 SBG). Nach der bisherigen Praxis homologierte Geschicklichkeitsspielautomaten, die wie der hier umstrittene Apparat des Typs "Super Cherry Action" gemäss der neuen Gesetzgebung als Glücksspielautomaten gelten, dürfen seit dem 1. April 2000 nur noch in Grands Casinos und Kursälen betrieben werden (Art. 60 Abs. 1 SBG). Während einer Übergangsfrist von fünf Jahren sind die Kantone indessen befugt, in Restaurants und anderen Lokalen den Weiterbetrieb von je höchstens fünf solcher Geräte zu gestatten, wenn diese bereits vor dem 1. November 1997 in Betrieb genommen wurden (Art. 60 Abs. 2 SBG). Der Kanton Bern hat von dieser Möglichkeit insofern Gebrauch gemacht, als er gestützt auf Art. 5 Abs. 3 bzw. Art. 6 Abs. 2 lit. b der Spielapparateverordnung einen Jetonsapparat pro Restaurant zulässt (Urteil 2P.217/2001 vom 3. Dezember 2001, E. 3).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer 1 ersuchte am 9. Januar 2001 um die Bewilligung, in seinem auf den 1. Januar 2001 eröffneten Restaurant "C._____" in Biel einen Jetonsapparat betreiben zu dürfen. Ein solcher hatte dem Publikum dort bereits vom 18. Juli 1997 bis zum Konkurs des früheren Restaurateurs am 30. Oktober 1999 zur Verfügung gestanden und war durch die kantonalen Behörden am 1. Mai 1999 letztmals bewilligt worden. Hernach verblieb der Apparat - offenbar an sich spielbereit - bis zur Betriebsöffnung des Beschwerdeführers 1 in den betreffenden Räumlichkeiten, bevor er nach Eröffnung des "C._____s" am 9. Januar 2001 durch ein neues Gerät des gleichen Typs ersetzt wurde (vgl. Art. 135 der Verordnung vom 23. Februar 2000 über Glücksspiele und Spielbanken; VSBG; SR 935.521). Obwohl das umstrittene Gerät somit an dem nach Art. 60 Abs. 2 SBG massgeblichen Stichtag (1. November 1997) bewilligt und dem Publikum zugänglich war, lehnten es die kantonalen Behörden ab, die beantragte Genehmigung zu erteilen, da wegen des Betriebsunterbruchs zwischen dem 1. November 1999 und dem 31. Dezember 2000 nicht mehr von einem "Weiterbetrieb" gesprochen und deshalb von Bundesrechts wegen keine kantonale Bewilligung mehr erteilt werden könne.
3.2 Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer ist diese Auffassung nicht zu beanstanden:
3.2.1 Als Ausnahmebestimmung zu Art. 60 Abs. 1 SBG, der den Betrieb von Geräten des umstrittenen Typs auf Grands Casinos und Kursäle beschränkt, ist Art. 60 Abs. 2 SBG restriktiv auszulegen (Urteil 2A.98/2001 vom 17. September 2001, E. 3). Schon aus dem Begriff "Weiterbetrieb" ("continuation de l'exploitation", "proseguimento dell'esercizio") ergibt sich, dass eine gewisse Kontinuität im tatsächlichen Betrieb seit dem massgebenden Stichtag (1. November 1997) bestehen muss, ansonsten im Gesetz nur von "Betrieb" und nicht von "Weiterbetrieb" die Rede wäre. Ein entsprechend formulierter Änderungsantrag ist im Nationalrat zugunsten der heutigen Fassung verworfen worden (Amtl. Bull. N 1998 S. 1946 f. [Votum Engler]). Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführer bezieht sich der Begriff des "Weiterbetriebs" nicht nur auf die Verhältnisse vor dem 1. November 1997, sondern auch auf die Benutzung danach. Bereits im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 10 der Verordnung vom 22. April 1998 über die Geldspielautomaten (GSAV; AS 1998 S. 1518 ff.) ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass es beim entsprechenden Stichtag (22. April 1998) nicht auf die Betriebsbereitschaft des Geräts, sondern auf den tatsächlichen, für das Publikum
zugänglichen Betrieb ankommt (Urteil 6S.463/2000 vom 20. Februar 2001, E. 3c/aa). Ähnlich hat es inzwischen hinsichtlich Art. 135 VSBG entschieden, wonach vor dem 22. April 1998 homologierte Automaten am bisherigen Standort "weiterbetrieben" und durch baugleiche Geräte ersetzt werden dürfen, soweit die Massnahme zur Wiederherstellung des bisherigen Zustands dient. Von einem solchen Austausch könne - so das Bundesgericht im Entscheid 2A.98/2001 vom 17. September 2001 - nicht mehr die Rede sein, wenn der Spielbetrieb für ein oder zwei Jahre wegen einer Betriebsschliessung habe eingestellt werden müssen; in diesem Fall gehe es nicht mehr um den Ersatz eines Geräts, sondern um eine vom Gesetz verpönte Neuinstallation. Dies gilt auch im vorliegenden Zusammenhang.
3.2.2 Was die Beschwerdeführer hiergegen einwenden, überzeugt nicht: Entgegen ihren Ausführungen geht es nicht darum, bisher zulässige Apparate bei jeder Gelegenheit aus dem Verkehr zu ziehen, sondern Geräte nicht mehr zuzulassen, die aufgrund einer klaren Zäsur während der bundesrechtlichen Übergangsfrist, aus welchen Gründen auch immer, faktisch ausser Betrieb genommen worden sind. Art. 60 Abs. 2 SBG gewährt keine absolute Betriebs- und Amortisationsgarantie. Er ermöglicht lediglich einen beschränkten Weiterbetrieb unter dem neuen Recht, soweit ein solcher tatsächlich mehr oder weniger kontinuierlich erfolgt. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist nicht, alle am 1. November 1997 in Betrieb stehenden Apparate an ihrem bisherigen Stand-

ort bedingungslos bis zum Ende der Übergangsfrist in Betrieb zu belassen und damit die Automatenbranche generell zu schützen, stünde dies doch im Widerspruch zur Stossrichtung des Gesetzes, welches den Betrieb von Glücksspiel- bzw. unechten Geschicklichkeitsspielautomaten auf konzessionierte Spielbanken beschränken will (Art. 4 SBG; BBl 1997 III 145 ff. S. 158 f.). Hätte den Betreibern oder Aufstellern - wie die Beschwerdeführer geltend machen - generell eine Übergangsfrist von fünf Jahren für alle am
1. November 1997 betriebenen Apparate eingeräumt werden sollen, soweit nur deren Zahl im Resultat nicht erhöht wird, wäre übergangsrechtlich an den einzelnen Apparat und nicht an dessen Standort anzuknüpfen gewesen (Art. 135 Abs. 1 VSBG). Kommt es auf diesen entscheidend an, kann der Aufsteller nicht geltend machen, sein Gerät habe wegen einer Betriebsschliessung des Restaurants gegen seinen Willen nicht weiter genutzt werden können, weshalb ihm zu gestatten sei, dieses während der fünfjährigen Übergangsfrist am gleichen Ort jederzeit wieder in Betrieb zu nehmen. Eine solche Sichtweise bewirkte, dass alle am 1. November 1997 rechtlich und tatsächlich betriebenen unechten Geschicklichkeitsspielautomaten an ihrem Standort jederzeit ersetzt und dem Publikum wieder zugänglich gemacht werden dürften, selbst wenn sie bereits während Jahren ausser Betrieb gestanden haben sollten, was nicht Sinn und Zweck von Art. 60 Abs. 2 SBG entspricht (Urteil 2A.98/2001 vom 17. September 2001, E. 3).
3.2.3 Nicht jede noch so kurze Einstellung des Spielbetriebs unterbricht diesen indessen derart, dass kein Weiterbetrieb mehr im Sinne von Art. 60 Abs. 2 SBG vorläge (vgl. das entsprechende Kreisschreiben der Eidgenössischen Spielbankenkommission vom April 2001). Kurzfristige Betriebseinstellungen zu Ferienzwecken oder für Unterhalts- und Reparaturarbeiten im Restaurant heben die im Rahmen von Art. 60 Abs. 2 SBG erforderliche Kontinuität nicht auf. Auch ein Wirtewechsel schliesst eine solche nicht unbedingt aus, doch ist die Frage in jedem Einzelfall mit Blick auf den Grund des Unterbruchs und dessen Dauer zu prüfen. Wo dabei genau die Grenzen liegen, braucht vorliegend nicht abschliessend entschieden zu werden, da im Falle der Beschwerdeführer der Spielbetrieb auf jeden Fall eingestellt und der Weiterbetrieb damit unterbrochen worden ist: Der bisherige Bewilligungsinhaber ist in Konkurs gefallen, wobei sein Restaurant am 31. Oktober 1999 geschlossen werden musste. In der Folge stand der umstrittene Apparat während 14 Monaten ausser Betrieb, und der Beschwerdeführer 1 wollte ihn anfänglich auch gar nicht mehr aufstellen lassen. Am 27. Oktober 2000 soll er der Stadtpolizei Biel gegenüber erklärt haben, dass das Gerät zur Entsorgung
im Keller stehe; erst im Januar 2001 besann er sich dann eines Besseren. Unter diesen Umständen ging es bei der umstrittenen kantonalen Zusatzbewilligung aber nicht mehr um den übergangsrechtlich einzig zulässigen Weiterbetrieb eines bereits bisher allgemein zugänglichen Geräts, sondern um die unzulässig neue Aufstellung eines ausser Betrieb genommenen Apparats, woran die verschiedenen Hinweise der Beschwerdeführer auf die Wirtschaftsfreiheit nichts zu ändern vermögen. Auch von einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung anderen Wirten gegenüber, denen die Bewilligung im Rahmen einer Betriebsübernahme erteilt wird, kann nicht die Rede sein, da die Frage, ob ein Betriebsunterbruch bestand, ein sachliches Abgrenzungskriterium bildet, welches die kritisierte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag.
4.
4.1 Verletzt der angefochtene Entscheid - auf dessen Ausführungen im Übrigen verwiesen werden kann - somit kein Bundesrecht, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen.
4.2 Dementsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführer kostenpflichtig (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.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Regierungsstatthalter des Amtsbezirks Biel, der Polizei- und Militärdirektion und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, sowie der Eidgenössischen Spielbankenkommission schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Juni 2002
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: