[AZA 0/2]
2P.217/2001/otd

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG **********

3. Dezember 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der
II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Bundesrichter Merkli,
Ersatzrichter Zünd und Gerichtsschreiber Merz.

_____

In Sachen

1. R._____,
2. B._____ AG, Beschwerdeführer, beide vertreten durch Fürsprecher Dr. Thomas Müller, Freienhofgasse 10, Thun,

gegen
Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung,

betreffend
Spielbankengesetzgebung,
wird festgestellt und in Erwägung gezogen:

1.- a) Am 20. Dezember 1995 erliess der Regierungsrat des Kantons Bern eine neue Spielapparateverordnung (SpV/BE), welche in Art. 5 Abs. 3 vorsieht, dass in Gastgewerbebetrieben höchstens ein Jetonsapparat aufgestellt werden darf. Die Verordnung wurde damals mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten, welches darauf aber am 21. April 1997 aus formalen Gründen nicht eintrat. Die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern setzte in der Folge Frist bis zum 30. Juni 1998 zur Herstellung des rechtmässigen Zustands. Am 8. April 1998 stellten R._____ und die B._____ AG beim Regierungsstatthalter von Thun das Gesuch um Betrieb von zwei Jetonsapparaten im Restaurant A._____ in S._____, wobei sie vorbrachten, Art. 5 Abs. 3 SpV beruhe nicht auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Der Regierungsstatthalter wies das Gesuch ab; gleich entschied die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern am 24. April 2001, und schliesslich wies auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 14. August 2001 die bei ihm eingereichte Beschwerde ab.

b) R._____ und die B._____ AG haben mit Eingabe vom 24. August 2001 staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erhoben mit dem Begehren, ës sei der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14.08.2001 aufzuheben.

Die Polizei- und Militärdirektion sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Bern und die Eidgenössische Spielbankenkommission schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Da vorliegend kein Anlass zu einem zweiten Schriftenwechsel besteht, ist den Beschwerdeführern entgegen ihrem Begehren keine Gelegenheit zur Replik zu gewähren (vgl. Art. 110 Abs. 4 OG).

Der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung hat der Beschwerde mit Beschluss vom 14. September 2001 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

2.-Das angefochtene Urteil stützt sich zunächst auf öffentliches Recht des Bundes, indem es das Verbot, Jetonsapparate in Gastwirtschaften aufzustellen, aus Art. 4 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über

Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG, SR 935. 52) ableitet; übergangsrechtlich erachtet es einen auf fünf Jahre beschränkten Weiterbetrieb gestützt auf Art. 60 Abs. 2 SBG für möglich, sofern die Kantone dies zulassen. Soweit es um die übergangsrechtlichen kantonalen Regelungen selbst geht, als welche das Verwaltungsgericht Art. 5 Abs. 3 SpV/BE (in der Fassung von 1995) vorliegend versteht, verfügt der Kanton über einen geringen Gestaltungsspielraum. Die auf diesen Grundlagen beruhenden Anordnungen weisen daher einen engen Sachzusammenhang mit einer Frage des Bundesverwaltungsrechts auf, weswegen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde das zutreffende Rechtsmittel ist (vgl. BGE 126 II 171 E. 1a S. 173; 124 II 409 E. 1d/dd S. 414, je mit Hinweisen). Demnach ist die Eingabe als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen; die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels schadet den Beschwerdeführern nicht (vgl. BGE 120 Ib 379 E. 1a S. 381; 118 Ib 49 E. 1 S. 50 f.). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss Art. 97
und 98 lit. g OG zulässig; ein Ausschlussgrund im Sinne der Art. 99 - 102 OG liegt nicht vor, eine vorgängige Beschwerde an die für Spielbanken zuständige Rekurskommission (Art. 54 SBG) ist nicht notwendig.
Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteibegehren nicht gebunden (Art. 114 Abs. 1 OG).

3.- a) Glücksspielautomaten sind von Bundesrechts wegen ausserhalb von konzessionierten Spielbanken verboten (Art. 4 Abs. 1 SBG). Als Glücksspielautomaten gelten Geräte, welche ein im Wesentlichen automatisch ablaufendes Spiel anbieten, bei dem gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Art. 3 Abs. 1 und 2 SBG). Der Begriff des Glücksspielautomaten ist ein bundesrechtlicher Begriff. Bei den streitbetroffenen Jetonsapparaten handelt es sich um Geräte, bei denen der im Spiel erzielte Gewinn nicht in Geld ausbezahlt, sondern entweder auf dem Automaten gutgeschrieben oder in Form von Jetons ausgegeben wird, welche in Waren- oder Konsumationsgutscheine umgetauscht werden können. Wie auch die Beschwerdeführer selber zugestehen, stellen sie nach neuerer Praxis Glücksspielautomaten im Sinne der eidgenössischen Spielbankengesetzgebung dar (vgl. BGE 125 II 152 E. 4 S. 160 ff.; E. 3 des nicht publizierten Urteils des Bundesgerichts vom 7. Juli 2000, 1A.22/2000; Botschaft vom 26. Februar 1997 zum Spielbankengesetz, BBl 1997 III 145 ff., insbes. S. 169).

Die Kantone können aufgrund von Art. 3 und Art. 106 Abs. 4 BV im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranken auch die Verwendung von Spielgeräten verbieten, die bundesrechtlich zugelassen sind. Sie können hingegen nicht Geräte zulassen, die unter das bundesrechtliche Verbot fallen (vgl.
noch zum früheren Recht: BGE 125 II 152 E. 4b S. 161; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Mai 1994, in ZBl 95/1994 S. 522 E. 2b). Gemäss Art. 60 Abs. 1 SBG dürfen nach der bisherigen Praxis homologierte Geschicklichkeitsspielautomaten, die nach der neuen Gesetzgebung als Glücksspielautomaten gelten, nur noch in Grand Casinos und Kursälen betrieben werden.
Einzig übergangsrechtlich können die Kantone bis zum 31. März 2005 den Weiterbetrieb von je höchstens fünf solcher Automaten in Restaurants und anderen Lokalen zulassen, soweit diese Automaten vor dem 1. November 1997 in Betrieb waren (Art. 60 Abs. 2 SBG). Soweit das kantonale Recht eine derartige Zulassung nicht vorsieht, sind die fraglichen Geräte von Bundesrechts wegen verboten (E. 2b des nicht publizierten Urteils des Bundesgerichts vom 13. August 2001, 1P.332/2001). Das kantonale Verwaltungsgericht wendet demnach Bundesrecht zutreffend an, wenn es davon ausgeht, dass die fraglichen Jetonsapparate nur dann weiterhin in Restaurants betrieben werden dürfen, wenn das kantonale Recht dies vorsieht. Das Verbot besteht bereits von Bundesrechts wegen; es bedarf mithin nicht einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht, wenn der Betrieb verboten werden soll, sondern von Bundesrechts wegen gilt, dass das kantonale Recht den Betrieb für eine Übergangsfrist ausdrücklich erlauben muss, wenn er nicht verboten sein soll.

b) Art. 5 Abs. 3 SpV/BE sieht vor, dass in einem Gastgewerbebetrieb höchstens ein Jetonsapparat aufgestellt werden darf. Darin hat das Verwaltungsgericht eine Norm erblickt, welche erlaubt, übergangsrechtlich derartige Geräte noch weiterzubetreiben. Ob dies richtig ist oder nicht, kann hier dahinstehen. Jedenfalls gibt es keine Norm kantonalen Rechts, welche den Betrieb solcher Geräte noch weitergehend gestatten würde und damit unter dem Gesichtspunkt von Art. 60 Abs. 2 SBG beachtlich wäre. Die Auffassung der Beschwerdeführer, wonach das kantonale Recht eine Grundlage im formellen Gesetz haben müsste, um den Betrieb der Jetonsapparate zu verbieten, geht fehl. Dieses Verbot ergibt sich nämlich bereits aus dem Bundesrecht, wie das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt hat. Das kantonale Recht kann höchstens übergangsrechtlich den Wei-

terbetrieb erlauben, was allenfalls gestützt auf Art. 5 Abs. 2 SpV/BE für einen Apparat zutrifft, nicht aber für einen zweiten, wie die Beschwerdeführer dies verlangen. Bei dieser Rechtslage können die Beschwerdeführer vorliegend auch nicht aus Treu und Glauben die begehrte Übergangsfrist von vier Monaten beanspruchen (vgl. auch E. 4 des erwähnten Urteils vom 7. Juli 2000).

4.- Die als Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu behandelnde Eingabe erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die bundesgerichtlichen Kosten den Beschwerdeführern unter Solidarhaft aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen (vgl. Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht
im Verfahren nach Art. 36a OG:

1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegengenommen und abgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.- wird den Beschwerdeführern auferlegt.
3.- Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, der Polizei- und Militärdirektion sowie dem Verwaltungsgericht (Verwaltungsrechtliche Abteilung) des Kantons Bern, der Wettbewerbskommission und der Eidgenössischen Spielbankenkommission schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 3. Dezember 2001

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

Der Gerichtsschreiber: