Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.131/2002 /kil

Urteil vom 13. Juni 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli.
Gerichtsschreiber Küng.

Eidgenössische Spielbankenkommission, 3003 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____,
B._____AG,
Beschwerdegegnerinnen,
beide vertreten durch Fürsprecher Dr. Thomas Müller,
Freienhofgasse 10, 3600 Thun,

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern,
Kramgasse 20, 3011 Bern.

Nachträgliche Bewilligung für das Aufstellen eines Jetonsspielapparates

(Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, vom 29. Januar 2002)

Sachverhalt:
A.
Anlässlich einer Kontrolle stellte die Gemeindepolizei C._____ am 13. November 2000 fest, dass im Restaurant D._____ in C._____ ein nicht bewilligter Geldspielautomat "Super Cherry 20" aufgestellt war. Nachdem der Regierungsstatthalter von Thun A._____ als Wirtin des Restaurants aufgefordert hatte, den Spielautomaten zu entfernen, ersuchte diese um eine Betriebsbewilligung für das Gerät bis zum 1. April 2005. Mit Verfügung vom 14. Februar 2001 wies der Regierungsstatthalter von Thun das Gesuch ab.

Die von A._____ und der B._____AG (als Eigentümerin des Gerätes) gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern mit Entscheid vom 31. August 2001 ab. Nachdem der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 15. März 2001 die aufschiebende Wirkung entzogen worden war, wurde der Spielautomat entfernt.

Mit Urteil vom 29. Januar 2002 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die von A._____ und der B._____AG gegen den Entscheid vom 31. August 2001 erhobene Beschwerde teilweise gut und wies den Regierungsstatthalter von Thun an, ein nachträgliches "Bewilligungsverfahren für die Vergangenheit" und ein "Bewilligungsverfahren für die verlangte Betriebsbewilligung" durchzuführen.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 8. März 2002 beantragt die Eidgenössische Spielbankenkommission dem Bundesgericht, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. Januar 2002 aufzuheben, soweit die Beschwerde gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirektion gutgeheissen worden sei (Ziff.

1). Es sei zudem festzustellen, dass eine nachträgliche Bewilligung für den Betrieb eines Jetonsspielautomaten im Restaurant D._____ in C._____ mit Art. 60 des Spielbankengesetzes nicht vereinbar sei.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern beantragt unter Hinweis auf sein Urteil, die Beschwerde abzuweisen.

Die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern beantragt, die Beschwerde gutzuheissen.

A._____ und die B._____AG beantragen, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Beschwerdegegnerinnen beantragen, auf die Beschwerde nicht einzutreten, weil sich der angefochtene Entscheid ausschliesslich auf kantonales Recht und nicht auf Bundesrecht stütze (Art. 97 ff. OG/Art. 5 VwVG).
1.2 Das angefochtene Urteil stützt sich auf Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG, SR 935.52), nach welcher Bestimmung Glücksspielautomaten ausserhalb von konzessionierten Spielbanken verboten sind. Übergangsrechtlich erachtet es indessen einen Weiterbetrieb gestützt auf Art. 60 Abs. 2 SBG als zulässig, sofern die Bewilligungsvoraussetzungen der kantonalen Spielapparateverordnung vom 20. Dezember 1995 (SpV/BE; BSG 935.551) erfüllt sind. Wegen dieses engen Sachzusammenhanges der in Frage stehenden Möglichkeit der nachträglichen Bewilligung mit Normen des Bundesverwaltungsrechts ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ohne weiteres gegeben (Urteil 2P.217/2001 vom 3. Dezember 2001, E. 2).
1.3 Die Eidgenössische Spielbankenkommission ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (Urteil 2A.192/2001 vom 9. Oktober 2001, E. 1a). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.
2.
2.1 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. 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 ab dem 7. Juli 2000 verboten (Urteil 1P.332/2001 vom 13. August 2001, E. 2b/c).
Das kantonale Recht muss deshalb den Betrieb solcher Geräte für eine Übergangsfrist ausdrücklich erlauben, wenn er nicht verboten sein soll (Urteil 2P.217/2001 vom 3. Dezember 2001, E. 3a). Zwar hat der Kanton Bern von dieser Befugnis zur Schaffung einer kantonalen übergangsrechtlichen Regelung gemäss Art. 60 Abs. 2 SBG keinen Gebrauch gemacht. Die Vorinstanz geht indessen offenbar davon aus, dass dennoch eine solche besteht. Denn sie erwähnt im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 2 SBG Art. 5 Abs. 3 der SpV/BE, nach welcher Bestimmung in einem Gastgewerbebetrieb höchstens ein Jetonsapparat aufgestellt werden darf, und Art. 6 Abs. 2 lit. b sowie Art. 7 SpV/BE, wonach der Betrieb eines solchen Jetonsapparates in Gastgewerbebetrieben einer Bewilligung des Regierungsstatthalters bedarf. Ob diese Bestimmung erlaubt, übergangsrechtlich das in Frage stehende Gerät weiterzubetreiben (Frage offen gelassen im Urteil 2P.217/2001 vom 3. Dezember 2001, E. 3b), kann auch hier offen bleiben.
2.2 Nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz handelt es sich beim in Frage stehenden Spielautomaten "Super Cherry 20" sowohl um einen Glücksspielautomaten im Sinne von Art. 3 SBG als auch zugleich um einen Jetonsapparat im Sinne der kantonalen Spielapparateverordnung. Die erforderliche kantonale Bewilligung für den Betrieb des vor dem 1. November 1997 aufgestellten Spielautomaten lag erwiesenermassen nicht vor.
2.3 Nachdem die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der grosszügigen Zulassungspraxis des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes für Spielautomaten seit längerem in Frage gestellt worden war, hatten die

Bundesbehörden ab Frühjahr 1996 wiederholt in Aussicht gestellt, die bisherige Praxis zu überprüfen und zu verschärfen. Als Ergebnis dieser Überprüfung erliess der Bundesrat am 22. April 1998 die Geldspielautomatenverordnung, worin die Glücks- und die Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne des alten Spielbankengesetzes klarer definiert wurden. Übergangsrechtlich sah die Verordnung vor, dass die vom Departement für Geldspielautomaten erteilten Homologationen ihre Gültigkeit mit dem Inkrafttreten der Verordnung am 22. April 1998 verloren (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 GSAV), dass aber homologierte Geldspielautomaten, die bereits in Betrieb standen, an ihrem bisherigen Standort und im bisherigen Umfang weiter betrieben werden konnten (Art. 10 GSAV). Mit dem Inkrafttreten des neuen Spielbankengesetzes am 1. April 2000 sind dessen eigene Übergangsbestimmungen an die Stelle derjenigen der Geldspielautomatenverordnung getreten (Art. 13 Abs. 2 GSAV und Art. 60 f. SBG). Art. 60 SBG wurde erst in den parlamentarischen
Beratungen eingefügt (Amtl.Bull. S 1997 1326 ff., N 1998 1944 ff.). Die Bundesversammlung wollte damit die politisch stark umstrittene Frage regeln, was mit den nach alter Praxis homologierten sogenannten unechten Geschicklichkeitsspielautomaten geschehen soll. Mit dieser gesetzlichen Regelung hat der Bundesgesetzgeber abschliessend und für das Bundesgericht verbindlich (vgl. Art. 191 BV) das Schicksal der nach alter Praxis zugelassenen unechten Geschicklichkeitsspielautomaten geregelt. Ein darüber hinausgehender, auf den Vertrauensgrundsatz gestützter Anspruch auf den Weiterbetrieb von altrechtlich zulässigen Geräten kann insoweit nicht bestehen (Urteil 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 3a/b).
2.4 Die Kantone sind berechtigt, nicht jedoch verpflichtet, in dem in Art. 60 Abs. 2 SBG vorgesehenen Rahmen den Weiterbetrieb von früher zugelassenen Automaten zu gestatten. In denjenigen Kantonen, in denen Geldspielautomaten bisher bereits verboten waren, ergibt sich keine Änderung. In denjenigen Kantonen, in denen die Automaten bewilligt wurden, bleiben die entsprechenden Bewilligungen (im Rahmen von Art. 60 Abs. 2 SBG) in Kraft, solange sie nicht gestützt auf das kantonale Recht widerrufen werden. Stichtag für die Anwendung des Art. 60 Abs. 2 SBG ist der 1. November 1997. Soweit die betreffenden Geräte vor diesem Datum in Betrieb waren, fallen sie unter diese Bestimmung und können von den Kantonen im genannten Umfang bis zum Ablauf der Übergangsfrist auch ausserhalb von Grands Casinos und Kursälen zugelassen werden. Die Geräte können indessen nicht rückwirkend für die Zeit vor dem 1. November 1997 als unzulässig erklärt werden (Urteil 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 3d/e).
2.5 Gemäss der übergangsrechtlichen Regelung der Geldspielautomatenverordnung durften bei deren Inkrafttreten die in Betrieb stehenden homologierten Geldspielautomaten "im Rahmen der nachfolgenden Bestimmungen an ihrem bisherigen Standort und in bisherigem Umfang weiter betrieben werden". Nach Art. 12 GSAV hatten die Kantone dem Bundesamt für Polizeiwesen spätestens einen Monat nach Inkrafttreten der Verordnung Anzahl, Standort, Fabrikations- und kantonale Bewilligungsnummern der im Zeitpunkt des Inkrafttretens in Betrieb stehenden Geldspielautomaten zu melden. Damit ging bereits diese Übergangsregelung klar davon aus, dass für die in Betrieb stehenden Geräte auch die entsprechenden kantonalen Betriebsbewilligungen - sofern nach kantonalem Recht erforderlich - vorliegen mussten, um die Geräte als "in Betrieb" stehend bezeichnen zu können. Für das Weiterbetreiben dieser Geräte nach dem 22. April 1998 bis zum Inkrafttreten der Übergangsbestimmungen des Spielbankengesetzes war somit in diesen Fällen bereits eine kantonale Betriebsbewilligung erforderlich. Dies entsprach auch dem Sinn und Zweck der Geldspielautomatenverordnung, die nicht in erster Linie den Schutz bereits getätigter Investitionen bewirken, sondern eine weitere Zunahme
der in der Schweiz betriebenen Geldspielautomaten verhindern sollte (Urteil 6S.462/2000 vom 20. Februar 2001, E. 2e/bb/aaa; Urteil 1A.196/1999 vom 24. November 1999, E. 6d und 7b).

Mit dem Ablösen dieser Übergangsregelung durch Art. 60 SBG am 1. April 2000 änderte sich insoweit nichts. Denn auch nach dieser Bestimmung bleiben in denjenigen Kantonen, in denen die Automaten bewilligt worden waren, die entsprechenden Bewilligungen (im Rahmen von Art. 60 Abs. 2 SBG) in Kraft, solange sie nicht gestützt auf das kantonale Recht widerrufen werden (Urteil 1A.42/2000 vom 7. Juli 2000, E. 4d). In diesem Urteil wird weiter ausgeführt, dass die kantonalen Behörden beim Widerruf oder der Nichtverlängerung bisheriger Bewilligungen - was nun infolge des Widerrufs der bundesrechtlichen Feststellungsverfügungen betreffend die Zulässigkeit von Punktespielautomaten erst möglich sei (E. 3b) - zu beachten hätten, dass die fraglichen Geräte bundesrechtlich als Geldspielautomaten zu betrachten seien. Mit den in jenem Fall angefochtenen Widerrufsverfügungen war denn auch festgestellt worden, dass die nunmehr unzulässigen Spielautomaten, welche zum Zeitpunkt des Widerrufs bereits in Betrieb waren und die über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügten, noch bis zum 31. März 2000 weiterbetrieben werden dürften; ein allfälliger früherer Entzug der Betriebsbewil-

ligungen durch die Kantone bleibe vorbehalten (Ziff. 2 der
Widerrufsverfügungen). Die Beschwerde wurde insoweit teilweise gutgeheissen, als Art. 60 SBG als anwendbar betrachtet wurde, weshalb die Geräte während der darin vorgesehenen, längeren Übergangsfrist weiterbetrieben werden könnten. Nicht beanstandet wurde, dass die angefochtenen Verfügungen den Weiterbetrieb der in Frage stehenden Spielautomaten nur als zulässig erachteten, sofern diese über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügten. Es versteht sich von selbst, dass diese Voraussetzung nur in denjenigen Fällen verlangt wurde, in denen eine entsprechende kantonale Bewilligungspflicht bestand.
2.6 Von den gleichen Überlegungen ging offensichtlich bereits der Gesetzgeber aus. In der parlamentarischen Beratung wurde betont, Art. 60 Abs. 2 SBG trage dem Grundsatz Rechnung, dass die Gewerbetreibenden einen verfassungsmässigen Anspruch auf einen angemessenen übergangsrechtlichen Fortbestand ihres bisher erlaubten Betriebsmittels hätten; auch in Bezug auf den Weiterbetrieb von Automaten in Kursälen wurde davon ausgegangen, dass diese über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügten (Amtl.Bull. 1998 N 1944 f.). Der Berichterstatter im Ständerat führte aus, die Zahl von fünf Automaten in Restaurants und anderen Lokalen sei gewählt worden, weil pro Restaurant üblicherweise kaum mehr als zwei Automaten bewilligt seien; es ging denn auch nur um die nach bisherigem Recht zulässigen Glücksspielautomaten, die wenigstens übergangsrechtlich noch zu tolerieren seien (Amtl.Bull. 1997 S 1327). Bundesrat Koller hielt ebenfalls fest, dass eine Übergangsordnung für jene Tatbestände gefunden werden solle, die auf Grund des bisherigen Rechts bereits bestünden (Amtl.Bull. 1998 N 1947). Das Parlament stellte somit klar auf einen rechtlich bereits damals zulässigen Betrieb ab.
Als übergangsrechtliche Ausnahmeregelung gegenüber der Grundsatzbestimmung von Art. 60 Abs. 1 SBG ist Art. 60 Abs. 2 SBG zudem restriktiv auszulegen. Von einem Weiterbetrieb nach dem 1. November 1997 im Sinne von Art. 60 Abs. 2 SBG kann danach nur dann die Rede sein, wenn nicht nur vor, sondern auch während dieser Zeit die erforderlichen kantonalen Bewilligungen vorhanden waren (Urteil 2A.98/2001 vom 17. September 2001, E. 3; Urteil 8G.45/2000 vom 15. Dezember 2000, E. 2e).

Eine solche Auslegung entspricht auch dem Konzept des Spielbankengesetzes, den Betrieb von Glücksspielautomaten auf konzessionierte Spielbanken zu beschränken (BBl 1997 III S. 159). Insbesondere bietet Art. 60 Abs. 2 SBG keine eigentliche Betriebs- und Amortisationsgarantie. Die Bestimmung ermöglicht lediglich den Weiterbetrieb unter dem neuen Recht. Es ist indessen nicht ihr Sinn und Zweck, den Betreibern oder Aufstellern generell eine Übergangsfrist von fünf Jahren für alle am 1. November 1997 betriebenen Apparate einzuräumen (Urteil 2A.163/2002 vom 3. Juni 2002, E. 3.2.2). Sinn der Übergangsregelung ist einzig, den Aufstellern oder Betreibern zu ermöglichen, gutgläubig getätigte Investitionen noch zu amortisieren (Urteil 6S.462/2000 vom 20. Februar 2001, E. 2e/bb). Gutgläubig ist indessen nur, wer einen Spielautomaten rechtmässig betrieben hat, d.h. in einem Kanton mit Bewilligungspflicht, wer eine Bewilligung eingeholt hat.
2.7 Dies gilt im Übrigen analog auch für die Homologation der Spielautomaten bzw. die Erteilung der Typenbewilligung für diese. Ein nicht homologiertes Gerät, welches vor dem 1. November 1997 aufgestellt wurde, darf auch nicht weiterbetrieben werden, selbst wenn es an sich hätte homologiert werden können (vgl. Urteil 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 3a, noch für die erwähnte ähnlich lautende Übergangsregelung der Geldspielautomatenverordnung).
2.8 Die Möglichkeit, die erforderliche Bewilligung auch noch nachträglich dem bösgläubigen Betreiber zu erteilen, ist gleichzusetzen mit der Ausstellung einer neuen Bewilligung, was dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung widerspricht. Im Urteil 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000 wird zwar - etwas missverständlich - ausgeführt, die Kantone, in welchen die Geräte bis dahin bereits verboten gewesen seien, könnten das Verbot für den Rest der Übergangsfrist aufheben. Soweit damit die Erteilung neuer Bewilligungen als zulässig erachtet werden sollte, können die Beschwerdegegnerinnen jedoch daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, denn das hier in Frage stehende Gerät war im Kanton Bern nicht verboten. Zudem ist ein entsprechender Erlass des kantonalen Gesetz- bzw. Verordnungsgebers angesprochen worden, der hier nicht vorliegt.
2.9 Der Weiterbetrieb eines Spielautomaten gestützt auf Art. 60 Abs. 2 SBG ist daher grundsätzlich nur möglich, wenn das Gerät am 1. November 1997 rechtmässig in Betrieb war. Bestand zu diesem Zeitpunkt - wie hier im Kanton Bern - eine kantonale Bewilligungspflicht, ist ein Weiterbetrieb von Bundesrechts wegen nur dann zulässig, wenn die erforderliche Betriebsbewilligung bereits damals vorgelegen hat.
2.10 Damit erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob die erforderliche kantonale Betriebsbewilligung überhaupt nachträglich eingeholt werden könnte. Die durch die Vorinstanz angeführte Regelung des bernischen Baube-

willigungsverfahrens bezieht sich auf Bauten mit dauerhaftem Charakter. Bei solchen ist schon unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit stets zu prüfen, ob eine nachträgliche Erlaubnis erteilt werden kann. Die Möglichkeit einer nachträglichen Baubewilligung ist denn auch ausdrücklich im Baugesetz vorgesehen (vgl. Art. 46 Abs. 2 BauG/BE). Diese Regelung kann indessen nicht unbesehen auf die nachträgliche Bewilligung eines mobilen Apparates (Spielautomat) während einer beschränkten Zeitspanne (Übergangsfrist) übertragen werden.
3.
3.1 Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, das in Frage stehende Gerät sei gutgläubig betrieben worden. Die Wirtin sei davon ausgegangen, dass die erforderliche Bewilligung durch den früheren Aufsteller eingeholt worden sei. Die Aufstellerin ihrerseits sei der Meinung gewesen, die Wirtin habe die Bewilligung eingeholt. Anlässlich von Kontrollen durch die Lebensmittelinspektoren und insbesondere die Gemeindepolizei im Restaurant seien denn auch nie Einwände gegen den Betrieb des Gerätes erhoben worden.
3.2 Soweit die Beschwerdegegnerinnen damit geltend machen wollen, sie hätten darauf vertrauen können, das Gerät rechtmässig zu betreiben, sind diese Argumente unbehelflich, denn Inhaber der Betriebsbewilligung ist der Inhaber des Gastwirtschaftsbetriebes (Art. 9 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2, Art. 13 SpV/BE); falls eine Bewilligung erteilt wird, muss er somit davon auch Kenntnis haben. Hinzu kommt, dass die Betreiberin der Gastwirtschaft nach den Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich auch keine mit der Bewilligung verbundenen Abgaben entrichtet hat. Es liegen ausserdem keine besonderen, konkreten Zusicherungen seitens der zuständigen kantonalen Behörden vor, die die Inhaberin des Gastwirtschaftsbetriebes im (guten) Glauben hätten bestärken können, sie erfülle die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung gestützt auf Art. 60 Abs. 2 SBG (vgl. dazu Urteil 2A.192/2001 vom 9. Oktober 2001, E. 3).
4.
Die Beschwerde ist aus diesen Gründen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die anbegehrte Betriebsbewilligung kann nicht nachträglich erteilt werden. Die Sache ist zur Neuverlegung der Kosten vor den kantonalen Instanzen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesgericht den Beschwerdegegnerinnen, die eine Vernehmlassung mit dem Antrag auf Nichteintreten beziehungsweise Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht haben, unter Solidarhaft aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. Januar 2002 aufgehoben. Es wird festgestellt, dass ein Jetonsapparat im Restaurant D._____, C._____, nicht nachträglich bewilligt werden kann.
2.
Die Akten gehen zurück an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zur Regelung der Kosten für die Verfahren vor den kantonalen Behörden.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird den Beschwerdegegnerinnen auferlegt, unter Solidarhaft.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, sowie dem Regierungsstatthalter von Thun und der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 13. Juni 2002
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: