Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.206/2005 /vje

Urteil vom 17. Oktober 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____ AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Hans-Jacob Heitz,

gegen

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

Gegenstand
Nichtzulassung des Geldspielautomaten "Hot Time"
als Geschicklichkeitsspielautomat,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 23. Februar 2005.

Sachverhalt:

A.
Die X._____ AG will in der Schweiz den Spielautomaten "Hot Time Version 1" (im Weiteren: "Hot Time") in Verkehr bringen. Sie ersuchte am 17. März 2003 die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) darum, festzustellen, dass es sich dabei um einen Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52) handle, was diese am 30. April 2004 ablehnte.

B.
Die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken (im Weiteren: Rekurskommission) bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 23. Februar 2005. Sie erwog, dass das vom Automaten "Hot Time" angebotene Spiel auf einer Kombination von Geschicklichkeit und Glück ("gemischtes" Gerät) beruhe. Da der in Aussicht gestellte Geldgewinn für den einzelnen Spieler nicht in unverkennbarer Weise von seiner Geschicklichkeit abhänge, auch wenn der Erfolg mathematisch betrachtet nicht überwiegend auf Zufall beruhe, handle es sich dabei um einen Glücksspielautomaten im Sinne der Spielbankengesetzgebung.

C.
Die X._____ AG hat am 11. April 2005 beim Bundesgericht hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragt, den Entscheid der Rekurskommission aufzuheben und festzustellen, dass es sich beim "Hot Time Version 1" um einen Geschicklichkeitsspielautomaten handle; eventuell sei die Sache an eine der Vorinstanzen zurückzuweisen; subeventuell seien diese anzuhalten, eine ergänzende oder neue Expertise zur

"technischen Feststellung des Automaten 'Hot Time Version 1' als Geschicklichkeitsspielautomaten" einzuholen. Die Eidgenössische Spielbankenkommission und die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Wer einen Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten in Verkehr setzen will, muss ihn - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - vor der Inbetriebnahme der Eidgenössischen Spielbankenkommission vorführen (Art. 61 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 der Verordnung vom 24. September 2004 über Glücksspiele und Spielbanken [Spielbankenverordnung, VSBG 2004, SR 935.521]bzw. Art. 58 Abs. 1 und Art. 61 der entsprechenden Verordnung vom 23. Februar 2000 [VSBG 2000, AS 2000 766 ff.]). Diese entscheidet darüber, ob es sich um einen Glücksspielautomaten handelt, der (nach Ablauf der Übergangsfrist von Art. 60 SBG am 31. März 2005) nur noch in konzessionierten Spielbanken betrieben werden darf, oder um einen in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallenden Geschicklichkeitsspielautomaten. Die entsprechende Verfügung kann bei der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken angefochten werden (Art. 54 SBG). Gegen deren Entscheid steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 5 VwVG in Verbindung mit Art. 97 und Art. 98 lit. e OG; Urteile 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 1.2, und 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E. 1). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Eingabe der als Vertreiberin des
umstrittenen Geräts in schutzwürdigen Interessen betroffenen Beschwerdeführerin (Art. 103 lit. a OG) ist einzutreten.

2.
2.1 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich einer Überschreitung oder eines Missbrauchs des Ermessens gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). An die Feststellung des Sachverhalts ist das Bundesgericht gebunden, wenn - wie hier mit der Rekurskommission für Spielbanken - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (vgl. Art. 104 lit. c OG).

2.2 Die Beschwerdeführerin kritisiert, der rechtserhebliche Sachverhalt sei von der Rekurskommission unvollständig festgestellt worden, und verlangt die Durchführung einer mündlichen Parteiverhandlung bzw. die Anordnung einer (weiteren) technischen Expertise. Dies erübrigt sich: Der umstrittene Apparat ist durch die Hochschule für Technik und Informatik Biel analysiert worden. Aus deren Bericht vom 23./24. Juli 2003 und den Antworten vom 17. September 2003 zu den Ergänzungsfragen der Spielbankenkommission ergibt sich hinreichend klar, wie das Gerät funktioniert. Die Beschwerdeführerin konnte sich zum Bericht wiederholt äussern; dabei stellte sie diesen in seiner technischen Substanz nie in Frage. Sie wirft den Vorinstanzen vielmehr vor, den sich daraus ergebenden klaren Hinweisen darauf, dass es sich beim "Hot Time" um einen Geschicklichkeitsspielautomaten handle, nicht Rechnung getragen zu haben. Umstritten ist damit nicht der Sachverhalt, d.h. das Funktionieren des Apparats als solches, sondern die Rechtsfrage, ob vom richtigen Begriff des Glücks- bzw. Geschicklichkeitsspielautomaten ausgegangen wurde. Hierzu hatte sich das Gutachten der Hochschule für Technik und Informatik Biel nicht zu äussern, weshalb es - entgegen den
Einwendungen der Beschwerdeführerin - nicht als unvollständig gelten kann.
2.3
2.3.1 Die Rekurskommission hat in ihrem Entscheid festgehalten, dass sie bei der Überprüfung der Abgrenzung von Geschicklichkeits- und Glücksspielautomaten Zurückhaltung übe und der Spielbankenkommission diesbezüglich einen gewissen Beurteilungsspielraum belasse. Die Beschwerdeführerin sieht hierin eine unzulässige Beschränkung der Kognition, die im Ergebnis dazu führe, dass die erstinstanzliche Verfügung faktisch einem Schlussentscheid gleichkomme, was die "örtliche und personelle Nähe" zwischen den Instanzen und deren Unabhängigkeit "hinterfragen" lasse.
2.3.2 In Rechtsprechung und Doktrin ist anerkannt, dass eine Rechtsmittelbehörde, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, ihre Kognition einschränken darf, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt bzw. gebietet (BGE 125 II 591 E. 8a S. 604; 117 Ib 114 E. 4b S. 117; 116

Ib 270 E. 3b S. 273; Kölz/ Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 618 u. 644 f.; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 374; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 306 ff.; vgl. auch Francesco D.A. Bertossa, Der Beurteilungsspielraum, Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht, Bern 1984, S. 88 f.). Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz. Im Rahmen des
so genannten "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (BGE 125 II 591 E. 8a S. 604; 126 II 111 E. 3b).
2.3.3 Die Spielbankenkommission ist wie die Banken- oder die Kommunikationskommission keine reine Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Spezialinstanz mit besonderen Befugnissen (vgl. BGE 131 II 13 E. 3.4 S. 20 mit weiteren Hinweisen; Urteil 2A.586/2003 vom 1. Oktober 2004, E. 3.2 u. 3.4). Sie setzt sich aus unabhängigen Sachverständigen zusammen (Art. 46 Abs. 2 SBG) und hat generell die Einhaltung der Vorschriften des Spielbankengesetzes zu überwachen. Sie trifft die zu deren Vollzug erforderlichen Verfügungen, wobei der Gesetzgeber ihre Kompetenzen bewusst weit gefasst hat (Art. 48 und 50 SBG; Urteil 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 3.1.1). Die Spielbankenkommission wirkt in einem Bereich, in dem sich Fachfragen technischer, ökonomischer, gesellschaftspolitischer und verhaltenspsychologischer Natur stellen. Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, wenn die Rekurskommission deren Praxis gegenüber eine gewisse Zurückhaltung übt und im Zweifel nicht ihre eigene - notwendigerweise auf Einzelfällen beruhende und in keinem Gesamtzusammenhang stehende - Einschätzung an die Stelle jener der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Fachinstanz stellt (Peter
Uebersax, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes - ein rechtliches Risiko?, in: Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, S. 683 ff., dort S. 692).
2.3.4 Das Bundesgericht verfährt bei seinem Entscheid grundsätzlich gleich (Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2.2); dies befreit es aber nicht davon, die Rechtsanwendung durch die Spielbankenkommission unter Beachtung der entsprechenden Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht hin zu überprüfen (vgl. BGE 131 II 13 E. 3.4; Gygi, a.a.O., S. 306). Anhaltspunkte dafür, dass die Spielbankenkommission ihren Abklärungspflichten nicht sorgfältig und umfassend nachgekommen wäre, bestehen nicht; ebenso wenig liegen Hinweise dafür vor, dass die Rekurskommission in irgendeiner Abhängigkeit von ihr entschieden hätte. Hierfür genügt - entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin - nicht, dass sie bei den technischen Fragen zulässigerweise eine gewisse Zurückhaltung geübt und auf den von der Spielbankenkommission festgestellten Sachverhalt abgestellt hat bzw. gestützt hierauf zur gleichen Lösung gelangt ist wie diese. Die Beschwerdeführerin legt keine Umstände dar, welche die Rekurskommission oder einzelne ihrer Mitglieder konkret als befangen erscheinen liessen (vgl. Art. 10 VwVG; vgl. BGE 125 I 119 E. 3).

3.
3.1 Beim Spiel "Hot Time" sind vier leere Kästchen mit je neun Quadraten (3 waagrecht/3 senkrecht) mit Symbolen so zu füllen, dass horizontale oder diagonale Reihen mit gleichen Symbolen entstehen. Der Automat gibt dem Spieler zufällig jeweils eine senkrechte Reihe mit drei Symbolen vor. Der Spieler kann wählen, in welches der vier Kästchen er diese Reihe platzieren will. Er kann indessen keine Kombination verwerfen und nicht über deren Platzierung innerhalb des gewählten Kästchens frei entscheiden; die Felder werden immer linksbündig aufgefüllt. Jede waagrechte oder diagonale Reihe aus gleichen Symbolen entspricht einer vom Wert des jeweiligen Symbols und vom "Spiellevel" abhängigen Punktzahl, die addiert wird. Symbole mit niedrigeren Werten kommen häufiger vor als solche mit hohen. Der Spieler muss pro Runde ein Minimum an Punkten erreichen ("Target"), um in die nächste Runde zu gelangen. Erreicht der Spieler das "Target" nicht, verliert er ein "Leben" - solche kann er beim Erreichen gewisser Punktzahlen gewinnen (erstmals bei einem "Score" [Gesamtpunktzahl aus mehreren Runden]von 5'000) - oder das Spiel ist zu Ende und der Spieler muss wieder auf dem Spiellevel 1 mit einem "Score" von 0 Punkten neu beginnen. Einbezahlte oder

während des Spiels erworbene Kredite (”Prices”) kann er weiterverwenden. Die sog. ”Prices” werden beim Überschreiten bestimmter vom Spiellevel abhängiger Punktzahlen pro Runde (”Price-limit”) gewonnen; maximal können deren 5 erworben werden (im Level 1 beim Erreichen von 475 Punkten, im Level 100 bei 47500 Punkten). Die Punkte, die für das ”Price-limit” zählen, werden aus der Summe der Punkte der erfolgreich gebildeten Symbolreihen, der eventuellen Boni (Zusatzpunkte für bestimmte Anordnungen der Symbole; vgl. Technischer Bericht, S. 5 ff.) und der Zeitgutschrift (”Timebonus”, der sich während der einzelnen Runde in Abhängigkeit vom Spiellevel fortlaufend verringert; Technischer Bericht, S. 7) berechnet. Nach der entsprechenden Punktzahl bemisst sich auch, ob das ”Target” erreicht wurde und in die nächste Runde eingetreten werden kann bzw. auf welchem Spiellevel weiter gespielt wird. Je höher dieses ist, desto grösser ist der Punktwert der einzelnen Symbole bzw. der Boni und des jeweils zu erreichenden ”Targets”. In den unteren Levels reicht eine Symbolreihe mit dem niedrigsten Wert zusammen mit dem ”Timebonus” in der Regel aus, um das ”Target” zu erreichen; weiter oben muss der Spieler mehr Punkte mit Symbolen erreichen, auch
wenn er sehr schnell spielt (Technischer Bericht, S. 7). Für jede Spielrunde wird ein Kredit benötigt, der von der (einbezahlten oder über die ”Prices” gewonnenen) Kreditsumme abgezogen wird. Die Barauszahlungen sind vom ”Score” abhängig, d.h. von der Gesamtpunktzahl aller Runden. Eine Auszahlung ist erstmals bei einem ”Score” von 5’000 (und dann bei 10’000, 15’000 usw.) möglich, wozu der Spieler mindestens 4 Runden spielen muss (Technischer Bericht, S. 5 2.2). Da bei gutem Spiel zusätzliche Kredite (”Prices”) erworben werden können, muss er für die vier Runden aber keinen oder allenfalls jeweils einen geringeren Einsatz leisten (Technischer Bericht, S. 16). In höheren Levels häufen sich wegen der höheren Symbol- und Boni-Werte die Auszahlungen; es können bis zu 5 oder mehr Auszahlungen pro Runde erzielt werden.

4.
4.1 Als Glücksspielautomat, der seit dem 31. März 2005 nur noch in konzessionierten Spielbanken aufgestellt werden darf (Art. 4 Abs. 1 SBG), gilt ein Gerät, das im Wesentlichen automatisch ablaufende Spiele ermöglicht, ”bei denen 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). Geschicklichkeitsspielautomaten sind hingegen Geräte, ”die ein Geschicklichkeitsspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft und dessen Gewinn von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt” (Art. 3 Abs. 3 SBG). Nach Art. 63 VSBG 2004 (in Verbindung mit Art. 3 Abs. 4 SBG) legt - wie zuvor bereits gemäss Art. 60 VSBG 2000 - das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Kriterien fest, nach denen die Geschicklichkeitsspiel- von den Glücksspielautomaten abzugrenzen sind. Dabei hat es namentlich zu berücksichtigen, ”ob die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Geldgewinn oder anderen geldwerten Vorteil in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit der Spielerin oder des Spielers abhängt oder ob sie ganz oder überwiegend auf Zufall beruht”.

4.2 Nach Art. 1 der Verordnung des EJPD vom 13. März 2000 über Überwachungssysteme und Glücksspiele (Glücksspielverordnung, GSV; AS 2000 893) bzw. der entsprechenden Verordnung vom 20. Dezember 2001 (AS 2002 421) lag ein Geschicklichkeitsspielautomat namentlich vor, wenn (a.) geschickte Spieler einen höheren Gewinn erzielen konnten als weniger geschickte, (b.) beim Spiel ohne Beeinflussung durch die Spieler keine Gewinne erzielt werden konnten und (c.) beim passiven Spiel keine oder nur unbedeutende Gewinne möglich waren. In Konkretisierung dieser Vorgaben erarbeitete die Spielbankenkommission ein Merkblatt, wonach sie bei ihrem Entscheid zudem die Spieldauer, den Unterhaltungswert (”Fun-Effekt”), den Lerneffekt, die Natur des Steuerungssystems sowie die Sucht- und die Missbrauchsgefahr berücksichtigte. Die entsprechenden von der Praxis und Rechtsprechung zu Art. 3 SBG und Art. 60 VSBG 2000 entwickelten Kriterien sind in die seit dem 1. November 2004 gültige Glücksspielverordnung vom 24. September 2004 (SR 935.521.21) übernommen worden. Danach liegt ein Geschicklichkeitsspiel heute namentlich vor, wenn (a.) der Gewinn sich proportional zur Geschicklichkeit eines Spielers während der gesamten Spieldauer erhöht; (b.) kein Gewinn
erlangt werden kann, falls der Spieler keinen Einfluss auf den Spielverlauf nimmt; (c.) beim Blindspiel die Möglichkeit, einen Gewinn zu erzielen, geringfügig ist; (d.) der Spielautomat nicht über eine vorgegebene Auszahlungsquote verfügt; (e.) die Spieldurchführung transparent erscheint und (f.) dem Spiel ein von der Gewinnmöglichkeit unabhängiger Unterhaltungswert zukommt (Art. 1 GSV 2004).

4.3 Da mit der Neuformulierung der Departementsverordnung inhaltlich nur die bestehende Praxis zum übergeordneten Recht nachgeführt, nicht aber die gesetzliche Trennlinie zwischen Glücksspiel- und Geschicklich-

keitsspiel verschoben und die Abgrenzung strenger definiert wurde, spielt für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens keine Rolle, ob auf die Glücksspielverordnung in ihrer Fassung vom 20. Dezember 2001 oder vom 24. September 2004 abgestellt wird. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Rekurskommission habe zur Beurteilung ihres Gesuchs zu Unrecht die GSV 2004 beigezogen, betrifft deshalb keinen entscheidwesentlichen Punkt; zudem vertritt sie selber die Auffassung, dass ihr Apparat die Voraussetzungen beider Regelungen erfüllt. Es erübrigen sich deshalb weitere Ausführungen zur Frage des anwendbaren Rechts.

5.
5.1 Die Vorinstanzen gingen davon aus, dass es sich beim Spielautomaten "Hot Time" um ein "gemischtes" Gerät handle: Für einen Gewinn sei in verschiedener Hinsicht zwar eine gewisse Geschicklichkeit erforderlich, doch erscheine für den Spielerfolg die Zusammensetzung der jeweiligen Spielkombinationen "mitentscheidend". Diese könne vom Spieler nicht beeinflusst werden, weshalb bei gleicher Geschicklichkeit unterschiedliche Gewinnaussichten bestünden und die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Geldgewinn nicht mehr in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit abhänge, auch wenn sie mathematisch betrachtet allenfalls nicht überwiegend auf Zufall beruhe. Unabhängig von der Geschicklichkeit sei es möglich, die Symbole falsch zu platzieren, da das folgende Symbolangebot nicht voraussehbar sei, womit Situationen eintreten könnten, "bei welchen durch die Anwendung von minder grosser Geschicklichkeit grössere Gewinnchancen erzielt werden können, da das zufällige Symbolangebot für den minder begabten Spieler günstiger war". Der Spieler habe nur die Wahl, die durch den Automaten zufällig angebotenen Symbole einem der vier linksbündig aufzufüllenden Kästchen zuzuordnen, nicht aber die Möglichkeit, das angebotene Symbol zu
verwerfen, wodurch der Spielausgang entscheidend vom zufälligen Symbolangebot abhänge.
5.2
5.2.1 Die Frage, wann der gegen Leistung eines Einsatzes in Aussicht gestellte Geldgewinn oder andere geldwerte Vorteil ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt und wann in hinreichendem Masse von der Geschicklichkeit eines Spielers, lässt sich nicht aufgrund eines einzigen Kriteriums entscheiden und bedarf einer Gesamtwürdigung. Die Art. 1 GSV 2001 und GSV 2004 sprechen davon, dass die genannten Kriterien namentlich darauf hinwiesen, dass ein Geschicklichkeitsspielautomat vorliege. Eine scharfe Trennung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel ist kaum möglich, da der Ausgang eines Spiels bzw. der Entscheid über den Geldgewinn regelmässig von verschiedenen, durch den Spieler in unterschiedlichem Masse beeinflussbaren Faktoren abhängt (vgl. Markus Schott, Les jeux, sont-ils faits?, in: Risiko und Recht, a.a.O., S. 495 ff., dort S.498 ff.; Jean-François Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich 2003, Rz. 12 zu Art. 106 BV; Marc D. Veit, in: St.Galler Kommentar, Rz. 9 zu Art. 106 BV; zu den Gefahren der "Amusements with prize Machines": Gérald Mouquin, Réflexions à propos de la votation sur la levée de l'interdiction des maisons de jeu, in: AJP 1993 S. 221 ff., dort S.228). In
älteren Entscheiden hat das Bundesgericht in erster Linie auf die Möglichkeit einer Manipulation des Geräts, die Erfolgsquote bei unbeeinflusstem Spiel und die Verlustwahrscheinlichkeit unabhängig von der Geschicklichkeit des Spielers abgestellt (vgl. BGE 101 Ib 318 E. 4; Urteil 1A.261/1999 vom 23.März 2000, E. 4b). Zudem berücksichtigte es, inwiefern für diesen "ohne weiteres" erkennbar war, ob überwiegend der Zufall oder die Geschicklichkeit den Spielausgang beeinflusste (BGE106 Ia 191 E. 5a S.192; Paul Richli, in: Kommentar BV, Rz.14 zu Art. 35aBV; derselbe, Harmonisierungsbedarf zwischen den Gesetzgebungen über Spielbanken, Geschicklichkeits-Spielautomaten und Lotterien, in: AJP 1995 S. 459 ff., dort S. 460; Bernhard Aubin, Landesbericht Schweiz, in: Die rechtliche Regelung der Glücksspiele und Spielautomaten in europäischen Ländern, Stuttgart/Brüssel 1981, S. 84 f.).
5.2.2 In zwei Entscheiden aus dem Jahr 2000 hat das Bundesgericht unter dem neuen Spielbankenrecht ausgeführt, dass die Grenzen zwischen Geldspielautomaten und anderen Spielautomaten insofern fliessend seien, als grundsätzlich jedes Spiel mit einer Wette um Geld oder mit dem Inaussichtstellen eines anderen geldwerten Gewinns verbunden und dadurch in ein Geldspiel umgewandelt bzw. missbräuchlich eingesetzt werden könne. Bei der Abgrenzung erscheine mit Blick auf die Suchtgefahr ausschlaggebend, ob das Gerät so beschaffen sei, dass es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Geldspiel verwendet werde oder leicht zum Spielen um Geld verleite. Als wesentliches Indiz hierfür sei auf das Verhältnis zwischen Geldeinsatz und Unterhaltungswert abzustellen. Bestehe zwischen diesen ein offensichtliches Missverhältnis, müsse angenommen werden, dass das Spiel in erster Linie zum Erzielen eines geldwerten Vorteils betrieben werde, mit der damit verbundenen Gefahr, dass innert kürzester Zeit relativ grosse Summen verspielt werden könnten, weshalb ein entsprechender

Apparat als Glücksspiel zu gelten habe. Für einen nicht einsatzadäquaten eigenständigen Unterhaltungswert sprächen eine kurze Spieldauer und eine bloss beschränkt nötige
Geschicklichkeit. Je weniger die Fähigkeiten des Spielers (umfassend) gefordert würden, desto eher erscheine ein vorhandenes Zufallselement für den Gewinn entscheidend. Für die Spielmotivation stehe in solchen Fällen die in einem späteren Teil des Spiels eventuell in Aussicht gestellte Gewinnmöglichkeit - mit der damit verbundenen Suchtgefahr - im Vordergrund, welche den Gesetzgeber veranlasst habe, solche Apparate nur noch in Spielkasinos und nicht mehr in gewöhnlichen Spiellokalen und Gastwirtschaftsbetrieben zuzulassen (Urteile 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000, E. 2c [Super Cherry 600], und 1A.42-49/2000 vom 7. Juli 2000, E. 3c [diverse Apparate]).
5.2.3 In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bei einem "gemischten" Gerät, bei dem der Gewinn - wie hier - sowohl von Zufallselementen (Schwierigkeitsgrad abhängig von der Auszahlungsquote, d.h. von der Geschicklichkeit der vorherigen Spieler) als auch von Geschicklichkeitselementen (Treffen eines angeleuchteten Schachts mit einer Kugel mittels eines Schleudermechanismus) abhing, aufgenommen und präzisiert: Entscheidend sei nach Verfassung und Gesetz, ob der Gewinn im Wesentlichen, d.h. ganz oder überwiegend, vom Zufall oder von der Geschicklichkeit des Spielers abhänge. Von Letzterem sei nicht mehr auszugehen, wenn die Spielereignisse und Spielergebnisse durch ihn nicht oder nur geringfügig beeinflusst werden könnten. Der in Aussicht gestellte Geldgewinn müsse "in unverkennbarer Weise" von seiner eigenen Geschicklichkeit abhängen, was ausschliesse, dass über seinen Gewinn aufgrund der bereits erfolgten Auszahlungen an andere - allenfalls ungeschicktere - Spieler entschieden werde; hiermit werde der Entscheid über den Geldgewinn zu stark und nicht erkennbar mit einem von der Geschicklichkeit des Spielers unabhängigen aleatorischen Element verknüpft (Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E. 6.3 und
6.4 ["StarBall"]).
5.3
5.3.1 Die Abgrenzung zwischen Glücksspiel- und Geschicklichkeitsspielautomat hat sich am Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung auszurichten. Diese will verhindern, dass Apparate als Geschicklichkeitsspielautomaten zugelassen werden, die lediglich eine für den Gesamtverlauf des Spiels unwesentliche Geschicklichkeitskomponente aufweisen, wie dies in der Homologisierungspraxis des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vor Inkrafttreten der Verordnung des Bundesrates vom 22. April 1998 über die Geldspielautomaten der Fall war (AS 1998 1518 ff.; vgl. BGE 125 II 152 ff.; Schott, a.a.O., S. 500; BBl 1997 III 145 ff., dort S. 169). Es sollen in den Kantonen keine "unechten" Geschicklichkeitsspielautomaten mehr aufgestellt werden können. Im Hinblick hierauf hat es das Bundesgericht als nicht bundesrechtswidrig erklärt, wenn die Spielbankenkommission die Unverkennbarkeit des Geschicklichkeitselements im Rahmen ihres technischen Ermessens relativ streng handhabt (Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E.6.3). Geldspielautomaten gemischter Natur sollen ausserhalb von Casinos und den für diese geltenden Regeln von Bundesrechts wegen nicht mehr aufgestellt werden dürfen, soweit damit insbesondere hinsichtlich der Suchtgefahr
ähnliche Probleme wie mit reinen Glücksspielautomaten verbunden sind, was der Fall ist, wenn losgelöst von der Geschicklichkeit des Spielers innert kürzester Zeit grosse Summen verspielt werden können.
5.3.2 Das Spiel mit dem Gerät "Hot Time" erfordert gemäss dem technischen Bericht der Hochschule für Technik und Informatik Biel Konzentration, Reaktion und Geschwindigkeit. Es besteht ein gewisser Lerneffekt (Technischer Bericht, S. 12), weshalb die Auszahlungen in Funktion der ausgeführten Testspiele jeweils leicht zunahmen (Technischer Bericht, S. 5). Das Spiel verlangt nicht viel Strategie, doch kann, wenn das "Target" relativ früh erreicht wird, auf Risiko gespielt und vermehrt auf Symbole mit höherem Wert, jedoch kleinerem Vorkommen gesetzt werden (Technischer Bericht, S. 12). Die Summe der Barauszahlungen nimmt überproportional zu, was auf eine Steigerung der Geschicklichkeit während des Spiels hinweist (Technischer Bericht, S. 14). Zwar kann das Spiel aufgrund der zufälligen Vorgaben schon nach einer oder einigen wenigen Runden (Füllen der vier Kästchen mit den 12 vorgegebenen Symbolleisten) beendet sein. Der technische Bericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass ein Anfänger zirka 200 Runden pro Stunde spielt und dabei alles verliert (200 Kredite, was in der endgültigen Version wahrscheinlich Fr. 200.– entspricht); dabei dauert eine Runde durchschnittlich nur etwa 13 Sekunden. Nach dem Testbericht kann ein geübter und
geschickter Spieler seinerseits aber zumindest seinen Einsatz zurückholen und allenfalls auch einen Gewinn erzielen (Technischer Bericht, S. 15). Von den drei Testspielern erwirtschaftete der erste nur Verluste, der zweite konnte seinen Einsatz wettmachen und der dritte war nach vielen Testspielen ebenfalls auf Erfolgskurs (Technischer Bericht, S. 14). Damit ist der geschicktere Spieler trotz der kritisierten Zufallselemente in der Lage, nach

einer angemessenen Einspielphase erfolgreicher zu spielen als der ungeschicktere. Ein durchschnittliches Spiel, das sich gemäss Testbericht aus rund 16 Runden zusammensetzt, dauert dementsprechend etwa 3,3 Minuten, womit ein gewisser einsatzadäquater Unterhaltungswert besteht. Dieser ist höher als bei einem Glücksspielautomaten, weshalb sich die Spielmotivation - wovon auch das Sekretariat der Spielbankenkommission ausgegangen ist (Analyse des "Hot Time" vom 12. Januar 2004, E. 1.3.2) - nicht allein auf das Geldspiel beschränkt.
5.3.3 Zwar ist das Symbolangebot zufällig, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass aufgrund einer günstigeren Symbolverteilung ein unerfahrener Spieler vorübergehend weiter kommt als ein erfahrener, doch wird dies durch die Möglichkeit des Gewinns von zusätzlichen "Leben" ("Lives") bzw. von "Krediten" ("Prices") relativiert, was die Vorinstanzen zu Unrecht nicht weiter berücksichtigt haben. Die entsprechenden Spielelemente ermöglichen ein Weiterspielen auf dem gleichen Spiellevel mit dem bisherigen "Score" bzw. im Spiellevel 1 mit dem "Score 0" ohne weiteren (Geld-)Einsatz. Der geschicktere Spieler, der tendenziell eher "Leben" und "Kredite" gewinnen wird, kann damit einzelne "Pechrunden" überbrücken und sich gegenüber dem ungeschickteren Spieler durchsetzen. Seine Gewinnchancen sind über mehrere Runden hinweg seinen Fähigkeiten entsprechend grösser, auch wenn die Symbolzuteilung zufällig erfolgt. Der angefochtene Entscheid berücksichtigt nicht hinreichend, dass auch ein Geschicklichkeitsspiel ein gewisses Zufallselement aufweisen darf, solange durch geeignete Vorkehren sichergestellt wird, dass dieses nicht überwiegt und durch den geschickteren Spieler gegenüber dem ungeschickteren im Rahmen des Spiels ausgeglichen werden kann
(vgl. Ziff. 1 der Antwort des Bundesrats vom 11. September 2002 auf die Interpellation Triponez "Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit" [02.3267]: "Ein Spiel ohne jegliche Zufallskomponente ist kaum vorstellbar"). Der Gewinn hängt im Wesentlichen nicht mehr in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit des Spielers ab, wenn die Spielereignisse und Spielergebnisse von ihm nicht oder nur geringfügig beeinflusst werden können bzw. für den Gesamtverlauf des Spiels nur eine untergeordnete Geschicklichkeitskomponente besteht. Auch wenn die Symbolzuteilung beim "Hot Time" zufällig erfolgt und damit für den Spieler ein gewisses Risiko beinhaltet, kann er das Spiel in seiner Gesamtheit bzw. die Gewinnmöglichkeiten doch in einer von seiner Geschicklichkeit abhängigen Weise über die Spielgeschwindigkeit und den damit verbundenen "Timebonus" bzw. den Erwerb von zusätzlichen "Leben" bzw. "Krediten" beeinflussen.
5.3.4 Die Spielbankenkommission weist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass die Problematik des umstrittenen Apparats nicht allein im zufälligen Angebot der Symbole, sondern zusätzlich darin liege, dass der Spieler nur die Wahl habe, die ihm durch den Automaten vorgegebenen Symbole einem der vier linksbündig aufzufüllenden Felder zuzuordnen, nicht aber über die Möglichkeit verfüge, das angebotene Symbol zu verwerfen, wodurch der Spielausgang vom zufälligen Symbolangebot abhängen könne. Inwiefern der Einfluss des Zufalls auf den Spielausgang und die Gewinnaussichten durch entsprechende Möglichkeiten grundlegend verändert würde, ist jedoch nicht ersichtlich: Weiss der Spieler nicht, welche Symbolkombinationen folgen, bleibt deren Platzierung bei einer freien Positionierung zufällig; kann er die vorgeschlagene Symbolkombination verwerfen, wird der Zufallsfaktor dadurch nicht wesentlich vermindert, weiss er doch dennoch nicht, ob und welche Symbolangebote ihm in der entsprechenden Runde und der verbleibenden Spielzeit noch gemacht werden.
5.3.5 Soweit die Rekurskommission ihrerseits global auf die Ausführungen im bundesgerichtlichen Urteil in Sachen "StarBall" (Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002) verweist, die auch hier "einschlägig" seien, verkennt sie deren Tragweite und die entscheidwesentlichen Unterschiede zum vorliegenden Fall: Beim "StarBall" hing der Schwierigkeitsgrad des Apparats und damit die für den Gewinn erforderliche Geschicklichkeit von der bisherigen Auszahlungsquote und damit von der Geschicklichkeit der vorherigen Spieler ab, womit für den einzelnen Spieler die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Geldgewinn nicht mehr in unverkennbarer Weise auf seiner Geschicklichkeit beruhte, sondern auf jener der vorherigen Spieler. Je nach Schwierigkeitsgrad konnte dies dazu führen, dass ein ungeschickterer Spieler mehr gewann als ein objektiv geschickterer (E. 6.3). Im Rahmen der Testreihen war beim "StarBall" zudem - ohne Kompensationsmöglichkeiten ("Lives", "Timebonus", "Credits") - in rund 80 % der Fälle das Spiel bereits nach wenigen Sekunden beendet, womit der Unterhaltungswert des Apparats als relativ gering und nicht einsatzadäquat erschien (E. 6.1). Das erforderliche geschickte Verhalten beschränkte sich auf ein mehr oder weniger
starkes Dosieren der Kraft, die mit der Hand auf den Abschussmechanismus auszuüben war (E. 6.1). Vorliegend werden die spielerischen Fähigkeiten umfassender gefordert, die durchschnittliche Spieldauer ist länger und der Schwierigkeitsgrad, welcher jeweils vom in der einzelnen Runde erspielten Resultat abhängt, ist auf dem Apparat für den Spieler ersichtlich. Der "Hot Time" mutet - anders als der "StarBall" - allen Spielern den gleichen Zufall zu, wobei der geschicktere diesen auf Dauer besser auszugleichen vermag als der ungeschick-

tere. Da die Blindspielquote, d.h. die Gewinnmöglichkeit ohne geschickte Beeinflussung des Spielgeschehens, "verschwindend klein" ist, und auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 1 GSV 2004 bzw. 2001), kann der "Hot Time" als Geschicklichkeitsspielautomat im Sinne von Art. 3 Abs. 3 SBG gelten.

6.
6.1 Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Sache wird zur Festlegung der weiteren Auflagen und Anordnungen (Hinterlegung, Abänderungsvorbehalt, Publikation usw.) an die Spielbankenkommission zurückgewiesen (vgl. Art. 114 Abs. 2 OG). Die Rekurskommission hat ihrerseits noch über eine allfällige Parteientschädigung zu befinden; eine solche wäre aber nur ausnahmsweise geschuldet, da die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz offenbar nicht anwaltlich vertreten war (vgl. Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 4.26).

6.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend ist keine Gerichtsgebühr geschuldet (vgl. Art. 156 Abs. 2 OG). Die Eidgenössische Spielbankenkommission hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren jedoch angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutheissen, der Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 23. Februar 2005 wird aufgehoben, und die Sache wird zu neuem Entscheid hinsichtlich der Zulassung des "Hot Time Version 1" als Geschicklichkeitsspielautomat an die Eidgenössische Spielbankenkommission und bezüglich einer allfälligen Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren an die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Die Eidgenössische Spielbankenkommission hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Eidgenössischen Spielbankenkommission und der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 17. Oktober 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: