[AZA 3]
1A.261/1999/mks

I. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG
****

23. März 2000

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

———

In Sachen

Escor Automaten AG, Industriestrasse 34, Düdingen, Beschwerdeführerin, vertreten durch Advokat Martin Wagner, Steinenberg 19, Postfach, Basel,

gegen

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement,

betreffend
Spielautomat Snapspot 20N Senso, hat sich ergeben:

A.- Die Escor Automaten AG stellte am 27. Januar 1999 beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) einen Prüfantrag im Sinne von Art. 3 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1929 über die Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG, SR 935. 52) bzw. Art. 5 der Verordnung vom 22. April 1998 über die Geldspielautomaten (Geldspielautomatenverordnung, GSAV, SR 935. 522) für den Geldspielautomaten Snapspot 20N Senso.

Mit Verfügung vom 11. Oktober 1999 entschied das EJPD, dass es sich beim Snapspot 20N Senso um einen verbotenen Glücksspielautomaten gemäss Art. 3 Abs. 1 SBG und Art. 2 Abs. 2 GSAV handle. Das Inbetriebsetzen des Automaten sei verboten.

B.- Die Escor Automaten AG beantragt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 9. November 1999 beim Bundesgericht, die Verfügung des EJPD vom 11. Oktober 1999 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Geldspielautomat Snapspot 20N Senso einen Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GSAV darstelle.

C.- Das EJPD schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

In dem vom Bundesgericht angeordneten zweiten Schriftenwechsel halten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Entscheid, mit welchem das EJPD gemäss Art. 3 Abs. 2 SBG über die Zulässigkeit von Geldspielautomaten befindet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (BGE 125 II 152 E. 4c/aa S. 162). Diese unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 97 und Art. 98 lit. b OG). Eine Ausnahme gemäss den Art. 99 ff. OG liegt nicht vor. Namentlich handelt es sich dabei nicht um einen Entscheid über eine Bau- oder Betriebsbewilligung für technische Anlagen im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. e OG, gegen welchen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig wäre. Diese Bestimmung schliesst die Verwaltungsge-

richtsbeschwerde dort aus, wo über das technische Genügen einer Anlage als Voraussetzung für deren Zulässigkeit befunden wird (BGE 123 II 88 E. 1a/dd S. 92 mit Hinweisen). Vorliegend geht es indessen darum, ob der fragliche Gerätetyp auch dann, wenn er technisch einwandfrei funktioniert, mit der sozialpolitisch motivierten Regelung des Spielbankengesetzes vereinbar ist. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher zulässig (vgl. BGE 124 IV 313 E. 5a S. 317 mit Hinweisen; BGE 101 Ib 318). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 103 lit. a OG). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist
einzutreten.

2.- Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das EJPD ihr keine Gelegenheit gegeben habe, den fraglichen Automaten vorzuführen. Das widerspreche Art. 6 GSAV.

Gemäss Art. 6 GSAV müssen Geldspielautomaten, für welche ein Prüfantrag eingereicht wurde, dem Bundesamt für Polizeiwesen zur Prüfung vorgeführt werden. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung lässt eher auf eine Pflicht des Gesuchstellers schliessen, den Apparat vorzuführen, als auf eine Pflicht des Bundesamtes, in jedem Falle sich den Automaten vorführen zu lassen. Das ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung: Die Vorführung dient offensichtlich dazu, dass die Behörde sich ein Bild vom betreffenden Automaten machen kann. Sie ist mithin ein Element der Sachverhaltsfeststellung, die in den Art. 12 ff. VwVG geregelt ist. Ein Augenschein ist gemäss Art. 12 lit. d VwVG ñötigenfallsdurchzuführen, das heisst dann, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt nur auf diese Weise abgeklärt werden kann. Er erübrigt sich jedoch, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt nicht umstritten ist oder auch ohne Augenschein einwandfrei festgestellt werden kann.

Wie sich aus dem Folgenden (E. 3) ergibt, ist vorliegend der rechtserhebliche Sachverhalt gar nicht umstritten.
Eine Vorführung gemäss Art. 6 GSAV erübrigt sich daher.

3.- a) Das Departement führte in der angefochtenen Verfügung aus, beim Geldspielautomaten Snapspot 20N Senso entscheide in einer ersten Spielphase der Zufall (Zufallsgenerator bzw. Software des Gerätes), ob beim betreffenden Spiel überhaupt ein Gewinn in Aussicht gestellt werde. In dieser Phase habe die Geschicklichkeit des Spielers keinen Einfluss auf einen eventuellen Gewinn und auf dessen Höhe. Wenn aufgrund dieser ersten Spielphase feststehe, dass ein den Einsatz übersteigender Gewinn oder ein sogenannter Bonusgewinn von einem Zehntel des Einsatzes (was einem Verlust von neun Zehnteln des Einsatzes gleichkomme) in Aussicht stehe, habe der Spieler in einer zweiten Phase noch zu versuchen, das Realisieren dieses Gewinns durch seine Geschicklichkeit zu beeinflussen. Die Geschicklichkeit bestehe darin, dass der Spieler versuche, eine vom Gerät vorgegebene Ton/Bild-Folge in gleicher Reihenfolge durch Drücken eines Knopfes abzustoppen. In seiner Beschwerdevernehmlassung führt das EJPD weiter aus, in der Regel werde in der ersten Phase in 87 % der Spiele nur ein Bonusgewinnïn Aussicht gestellt. Damit sei der Ausgang des Spiels weitgehend entschieden und der Spieler erleide unweigerlich einen Verlust von mindestens 90 % des
Einsatzes.

b) Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Darstellung im Grunde nicht. Sie führt in ihrer Beschwerde lediglich aus, nach der ersten Phase, in welcher ein Zufallsgenerator entscheide, mit welchem Einsatz der Spieler mit der Geschicklichkeitsprüfung beginnen könne, habe es der Spieler im weiteren Verlauf selber und ausschliesslich aufgrund seiner Geschicklichkeit in der Hand, den Ausgang des Spiels zu bestimmen. Der Geschicklichkeit komme damit die absolut entscheidende Rolle zu. Der Zufall spiele für den Spielausgang keine entscheidende Rolle. Durch Zufall werde nur festgelegt, mit welchem Einsatz der Spieler mit der Geschicklichkeitsprüfung beginnen könne, während seine Geschicklichkeit allein entscheide, ob schlussendlich ein Gewinn oder ein Verlust vorhanden sei. Auch im zweiten Schriftenwechsel führt die Beschwerdeführerin einzig den Verlauf dieser zweiten Spielphase weiter aus.

c) Damit ist der rechtserhebliche Sachverhalt nicht umstritten. Das EJPD stellt nicht in Abrede, dass in der zweiten Spielphase die Geschicklichkeit des Spielers darüber entscheidet, ob der Gewinn realisiert wird oder nicht. Ausschlaggebend für das Verbot war vielmehr die Tatsache, dass in der ersten Spielphase allein aufgrund

des Zufalls der mögliche Gewinn festgelegt wird und dass dieser Gewinn in 87 % der Spiele einem Verlust von mindestens 90 % des Einsatzes entspricht. Dies wiederum wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Es steht somit fest, dass - ausschliesslich zufallsgesteuert - in 87 % der Spiele ein Verlust eintritt. Die Geschicklichkeit des Spielers kann in diesen Fällen einzig beeinflussen, ob der Verlust 90 % oder 100 % des Einsatzes beträgt. In den übrigen 13 % der Spiele steht ein Gewinn in Aussicht, der den Einsatz übersteigt und dessen Realisierung von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt.

4.- Umstritten ist die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts.

a) Nach Art. 1 und 2 SBG sind Glücksspiele, bei welchen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn in Aussicht steht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt, verboten. Das Aufstellen von Spielautomaten gilt gemäss Art. 3 Abs. 1 SBG als verbotene Glücksspielunternehmung, sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht. Dies wird in Art. 2 Abs. 2 GSAV präzisiert: Als Glücksspielautomat gilt ein Apparat, der gegen Leistung eines Einsatzes ein Glücksspiel anbietet und die spielentscheidenden Phasen selbsttätig steuert. Er stellt einen Geldgewinn oder einen anderen vermögenswerten Vorteil in Aussicht. Die Entscheidung über Gewinn oder Verlust hängt ganz oder vorwiegend vom Zufall ab.

b) Beim Automaten Snapspot 20N Senso entscheidet zwar in der zweiten Phase die Geschicklichkeit des Spielers darüber, ob die Gewinnofferte realisiert wird. Da aber diese Gewinnofferte ein zufallsgesteuert in 87 % der Fälle nur einen sogenannten Bonusgewinn in Aussicht stellt, bedeutet dies, dass mit einer Wahrscheinlichkeit von 87 % unabhängig von der Geschicklichkeit des Spielers ein Verlust von mindestens 90 % des Einsatzes eintritt. Einzig in den verbleibenden 13 % der Fälle kann der Spieler den Ausgang des Spiels beeinflussen. Damit hängt die Entscheidung über Gewinn oder Verlust vorwiegend vom Zufall und nicht von der Geschicklichkeit ab.

c) Mit Gewinn oder Verlust meint Art. 2 Abs. 2 GSAV unzweideutig den Geldgewinn. Das ergibt sich noch klarer aus Art. 2 Abs. 2 SBG, welcher von Geldgewinn spricht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Dass angeblich das Spielen mit dem Snapspot 20N Senso eine Spielfreude verschafft, ist daher entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin für die Beurteilung als Glücksspielautomat unerheblich.

d) Das EJPD hat somit zu Recht den Automaten Snapspot 20N Senso als verbotenen Glücksspielautomaten qualifiziert.

5.- Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots. Das EJPD habe am 20. Dezember 1993 den Automaten Snapspot 20N Super als erlaubten Geschicklichkeitsspielautomaten bezeichnet. Der Automat Snapspot 20N Senso habe die gleiche Basis wie der Automat Super, so dass sich keine unterschiedliche Behandlung rechtfertige.

Nach der früheren Homologationspraxis des EJPD reichte bereits eine unwesentliche Geschicklichkeitsphase aus, um einen Geldspielautomaten als Geschicklichkeitsspielautomaten zu qualifizieren (vgl. BGE 125 II 152 E. 4 S. 160). Die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit dieser grosszügigen Praxis wurde indessen bereits seit längerer Zeit in Frage gestellt (BGE 125 II 152 E. 4c S. 162; 106 Ia 191, nicht publ. E. 6c). Die Bundesbehörden stellten daher ab 1996 in Aussicht, die bisherige Praxis zu überprüfen und zu verschärfen (BGE 125 II 152 Bst. B.- und D.- S. 154 f.; 124 IV 313 E. 8b S. 319). Als Resultat dieser Überprüfung erliess der Bundesrat am 22. April 1998 die Geldspielautomatenverordnung, mit welcher die (verbotenen) Glücksspielautomaten neu definiert wurden. Entsprechend verschärfte das EJPD seine Homologationspraxis. Wie das Bundesgericht bereits entschieden hat, ist diese neue Praxis besser im Einklang mit dem Gesetz als die frühere und der Bund daher berechtigt, seine Rechtsanwendung den neuen Erkenntnissen anzupassen (BGE 125 II 152 E. 4b und c S. 161 ff. und E. 5 S. 166). Es besteht kein Anspruch auf Beibehaltung einer als gesetzwidrig erkannten Praxis. Eine nachträgliche Gleichbehandlung im Unrecht könnte höchstens dann in
Frage kommen, wenn die zuständige Behörde zu erkennen gäbe, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform zu entscheiden gedenke (BGE 125 II 152 E. 5 S. 166). Davon kann keine Rede sein: Das EJPD hat sowohl in seinen Rechtsschriften im vorliegenden Verfahren als auch in anderen Fällen (nicht publiziertes Urteil des

Bundesgerichts vom 3. März 2000 i.S. CTS Congrès SA) deutlich gemacht, dass es gewillt ist, die neue Praxis konsequent durchzusetzen. Die Rechtsgleichheit ist nicht verletzt.

6.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich damit als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die
Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000. – wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.- Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin und dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 23. März 2000

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

Der Gerichtsschreiber: