Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.494/2001/sch

Urteil vom 27. Februar 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Firma X._____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz Breitenmoser, Asylstrasse 39, 8032 Zürich,

gegen

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

Nicht-Zulassung des Geldspielautomaten ŠtarBalläls Geschicklichkeitsspielautomat

(Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken vom 31. August/12. Oktober 2001)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 23. November 2000 lehnte die Eidgenössische Spielbankenkommission das Gesuch der Firma X._____ ab, den Geldspielautomaten ŠtarBalläls Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52) zuzulassen.
B.
Die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 31. August/12. Oktober 2001: Der Geldspielautomat ŠtarBallk̈önne zwar weder eindeutig den Glücks- noch den Geschicklichkeitsspielen mit Geldgewinn zugeordnet werden. Bei Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Spielbankengesetzgebung sei jedoch der Entscheid, ihn nicht als Geschicklichkeitsspiel zuzulassen, nicht bundesrechtswidrig.
C.
Die Firma X._____ hat am 13. November 2001 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den Entscheid der Rekurskommission aufzuheben und den Automaten ŠtarBalläls G̈eschicklichkeitsautomaten mit Auszahlungz̈uzulassen.

Die Eidgenössische Rekurskommission für Spielbanken hat unter Hinweis auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Eidgenössische Spielbankenkommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Eidgenössische Spielbankenkommission entscheidet darüber, ob ein Geldspielgerät als Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomat zu gelten hat (Art. 61 Abs. 1 der Verordnung vom 23. Februar 2000 über Glücksspiele und Spielbanken; Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521). Ihre 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), da es dabei nicht um das technische Genügen einer Anlage als Voraussetzung für deren Zulässigkeit, sondern um deren rechtliche Qualifikation geht (Art. 99 Abs. 1 lit. e OG; BGE 123 II 88 E. 1a/dd S. 92, mit Hinweisen; zur bisherigen Rechtslage: Urteil 1A.261/1999 vom 23. März 2000 i.S. E., E. 1 ). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Eingabe der als Herstellerin des umstrittenen Gerätes hierzu legitimierten (Art. 103 lit. a OG) Beschwerdeführerin 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 indessen 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 ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (Art. 104 lit. c OG).

2.2 Das Bundesgericht wendet die massgeblichen Normen des Bundesverwaltungsrechts von Amtes wegen und ohne Beschränkung seiner Kognition an. Dies schliesst indessen nicht aus, dass es sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die aus unabhängigen Sachverständigen zusammengesetzte Spielbankenkommission (Art. 46 Abs. 2 SBG) besser geeignet ist, eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Im Rahmen des sogenannten ẗechnischen Ermessensg̈esteht es dieser bei der Prüfung des Einzelfalls und bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend getätigt hat (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b; 125 II 591 E. 8a S. 604; 117 Ib 114 E. 4b S. 117, mit weiteren Hinweisen; Francesco D.A. Bertossa, Der Beurteilungsspielraum, Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht, Bern 1984, S. 88 f.)

3.

Beim Spiel S̈tarBallg̈eht es darum, mit Hilfe eines Schleudermechanismus, ähnlich wie bei einem Flipperkasten, eine Kugel in einen von insgesamt neun Schächten (T̈argets)̈ zu schiessen. Durch Drücken der Starttaste wird die Kugel freigegeben und zugleich ein einzelnes T̈argetb̈eleuchtet. Dessen Position ist variabel und zufällig. Trifft der Spieler das T̈arget,̈ wird das entsprechende Symbol (Zitrone, Traube, Kirsche usw.) oder eine entsprechende Aktion aktiviert; trifft er es nicht, ist das Spiel verloren; dies gilt auch für alle weiteren Schritte. Hierauf wird eine zweite Kugel freigegeben und es leuchten zwei T̈argetsäuf. Wird eines der beiden getroffen, wird wiederum das entsprechende Symbol aktiviert. Schliesslich wird eine dritte Kugel freigegeben, und es werden drei T̈argetsb̈eleuchtet, von denen wiederum eines getroffen werden muss. Dieses Grundmuster ist in allen Schwierigkeitsgraden dasselbe. In der Folge variiert die Anzahl der aktiven T̈argetsj̈e nach Schwierigkeitsgrad zwischen einem und sechs. Hat der Spieler eine Gewinnkombination erreicht, kann er sich den Gewinn auszahlen lassen oder weitere höhere Gewinnstufen, abhängig von der Spielsituation und den Vorgaben, anstreben, solange er das Maximum von 100
Punkten noch nicht erreicht hat. Ein Fehlwurf beendet das Spiel, und es gilt als verloren. Der Schwierigkeitsgrad wird bestimmt durch die Anzahl der durchschnittlich angebotenen T̈argets.̈ Er wird berechnet aus der Summe der gesamthaft am Gerät getätigten Einsätze und der gesamthaft erzielten Gewinne. Die verlorenen Einsätze verglichen mit den Gewinnen ergeben eine variable Auszahlungsquote, die S̈kill-Rate aktuell.̈ Die fixe Auszahlungsrate (S̈kill-Quote)̈ wird durch den Hersteller bestimmt und betrug beim getesteten Gerät 85 % (15 % der Einsätze behält der Aufsteller zurück). Übersteigt die S̈kill-Rate aktuellD̈ie vorgegebene Quote, wird der Schwierigkeitsgrad im nächsten Spiel erhöht, im umgekehrten Fall herabgesetzt. Dieser Regelungsmechanismus wirkt unabhängig davon, wie oft mit dem Gerät gespielt wird, doch definiert der Aufsteller den jeweils relevanten Zeitraum. Neben dem eigentlichen Spiel besteht ein sogenannter S̈killtest-Modus. In diesem kann der Spieler, ohne Einfluss auf den Berechnungsmechanismus, Testpartien mit einem reduzierten Einsatz (Benutzungsgebühr) und ohne Gewinnauszahlung spielen, was ihm erlaubt, seine Geschicklichkeit zu steigern und abzuschätzen, welche Anforderungen im Gewinnspielmodus zurzeit
verlangt sind.

4.

4.1

Die Spielbankenkommission ist davon ausgegangen, dass es sich beim S̈tarBallẅegen seines Regelungsmecha-

nismus um einen Glücksspielautomaten handelt. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der vorangehenden Spiele (Verhältnis der Einsätze zu den ausbezahlten Gewinnen; Auszahlungsquote) würden die Geschicklichkeitsanforderungen an die Spieler von Spiel zu Spiel je nach der vorgegebenen Auszahlungsquote verändert. Dies widerspreche dem Prinzip eines echten Geschicklichkeitsspiels, da der Gewinn oder der Verlust wesentlich von den vorangehenden Spielen anderer Teilnehmer abhänge. Letztendlich sei es für den Spieler zufällig, auf welchem Schwierigkeitsniveau sich das Gerät befinde, da jenes aufgrund der vom einzelnen Spieler nicht überschaubaren Ereignisse der vorangegangenen Partien ermittelt werde. Befinde sich das Spiel auf einer niedrigen Schwierigkeitsstufe, könne unter Umständen auch ein ungeschickter Spieler einen Gewinn realisieren, was an einem anderen Tag für ihn nicht möglich sei. Die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Gewinn hänge damit nicht in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit des Spielers ab, sondern in entscheidendem Masse vom jeweils festgelegten Schwierigkeitsgrad. Dessen Niveau sei zufällig
und unabhängig von der Geschicklichkeit des Spielers, welcher das Gerät gerade bediene. Hieran ändere die Möglichkeit der Testspiele nichts, da sich der Schwierigkeitsgrad darin nur abschätzen, jedoch nicht sicher ermitteln lasse.

4.2 Die Rekurskommission hat ihrerseits festgehalten, dass der umstrittene Apparat wegen der nicht restlos klaren rechtlichen Abgrenzungsvorgabenund seinen Eigenheiten nicht eindeutig beurteilt werden könne. In Anbetracht der Zielsetzung des Gesetzes (Vorbeugen sozialschädlicher Auswirkungen des Spielbetriebs) und der Eigenschaften des StarBalls sei es nicht zu beanstanden, wenn die Spielbankenkommission diesen nicht als Geschicklichkeitsspielautomaten eingestuft und seinen Betrieb ausserhalb einer konzessionierten Spielbank damit unterbunden habe. Dies bedeute nicht, dass jeder künftig zur Prüfung gelangende Apparat, der nicht ohne weiteres in die gesetzlichen Kategorien eingeordnet werden könne, im Zweifel als Glücksspielautomat zu gelten habe. Die Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften dürfe nicht so streng sein, dass letztlich gar keine kommerziell interessanten Geschicklichkeitsspielautomaten mehr auf den Markt gebracht werden könnten und Art. 106 Abs. 4 BV zum toten Buchstaben werde.

5.

5.1 Als Glücksspielautomat 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. 60 VSBG (in Verbindung mit Art. 3 Abs. 4 SBG) legt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die weiteren Kriterien fest, nach denen die Geschicklichkeitsspielautomaten 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. Nach Art. 1 der Verordnung des EJPD vom 13. März 2000 über Überwachungssysteme und Glücksspiele (Glücksspielverordnung, GSV; SR 935.521.21) liegt ein Geschicklichkeitsspielautomat namentlich vor, wenn (a.)
geschickte Spielerinnen oder Spieler einen höheren Gewinn erzielen können als weniger geschickte, (b.) beim Spiel ohne Beeinflussung durch die Spielerinnen oder Spieler keine Gewinne erzielt werden können, (c.) beim passiven Spiel durch die Spielerinnen oder Spieler keine oder nur unbedeutende Gewinne möglich sind. In Konkretisierung dieser Vorgaben hat die Spielbankenkommission ein Merkblatt ausgearbeitet, wonach sie bei ihrem Entscheid zudem die Spieldauer, den Unterhaltungswert (Fun-Effekt), den Lerneffekt, die Natur des Steuerungssystems sowie die Sucht- und die Missbrauchsgefahr berücksichtigt.

5.2

5.2.1 Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit der Frage der Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielautomaten auseinandergesetzt: Bis 1971 stellte es auf die Fähigkeit des Durchschnittspublikums ab, den Apparat erfolgreich zu benutzen (BGE 95 I 70 E. 2 S. 76). Entscheidend erscheine nicht, ob der zu beurteilende Automat zu reinem Glücksspiel verwendet werden könne, sondern ob für den Durchschnittsspieler, der auf einen Spielerfolg, also eine bestimmungsgemässe Verwendung des Apparates, eingestellt sei, in unverkennbarer Weise die Geschicklichkeit den Ausschlag gebe. Ausser Betracht fielen sowohl die Chancen des eigentlichen Spielkünstlers als auch diejenigen der nur wenig oder nur mittelmässig gewandten Spieler (BGE 95 I 70 E. 2 S. 77). In BGE 97 I 748 ff. ist es auf diese Praxis zurückgekommen: Geldspielautomaten mit gemischtem Charakter seien dann (damals noch unzulässige) Glücksspielapparate, wenn sie nach ihrer Konstruktion für

das reine Glücksspiel verwendet werden könnten; ebenso wenn für den Spieler nicht ohne weiteres erkennbar sei, ob der Zufall oder die Geschicklichkeit den überwiegenden Einfluss auf den Spielausgang habe, und das Verhältnis durch geringfügige technische Umstellungen leicht manipuliert
werden könne (BGE 106 Ia 191 E. 5a S. 192; Paul Richli, in: Kommentar BV, Rz. 14 zu Art. 35 aBV; Bernhard Aubin, Landesbericht Schweiz, in: Die rechtliche Regelung der Glücksspiele und Spielautomaten in europäischen Ländern, Stuttgart/Brüssel 1981, S. 84 f.).
5.2.2 Das Bundesgericht hat so etwa einen Apparat (T̈ivoli") als Glücksspiel bezeichnet, bei dem im Rahmen des unbeeinflussten Spiels im Durchschnitt eine Erfolgsquote von 70 % bestand. Eine solche Quote verbunden mit einer erheblichen Steigerungsmöglichkeit für jeden geschickten Durchschnittsspieler d̈urfte praktisch einen Ertrag für den Aufsteller ausschliessen. Es liege daher in dessen Interesse, den möglichen Geschicklichkeitseinfluss und damit die zusätzliche Gewinnchance des geschickten Spielers herabzusetzen oder auszuschliessen. Durch entsprechende Änderungen werde das Gerät einem reinen Glücksspielautomaten angenähert (BGE 101 Ib 318 E. 4). In einem jüngeren Entscheid hat es den Glücksspielcharakter eines Geldspielautomaten (S̈napspot 20N Senso") bejaht, bei dem mit einer Wahrscheinlichkeit von 87 % unabhängig von der Geschicklichkeit des Spielers ein Verlust von 90 % des Einsatzes eintrat und der Spieler nur in den verbleibenden 13 % der Fälle den Ausgang des Spieles überhaupt beeinflussen konnte (Urteil 1A.261/1999 vom 23. März 2000 i.S. E.).
5.2.3 In zwei Entscheiden vom 31. Mai und 7. Juli 2000 hat das Gericht unter dem neuen Spielbankenrecht ausgeführt, dass die Grenze zwischen Geldspielautomaten und anderen Spielautomaten insofern fliessend sei, als grundsätzlich jedes Spiel mit einer Wette um Geld oder dem Inaussichtstellen eines anderen geldwerten Gewinns verbunden und dadurch in ein Geldspiel umgewandelt bzw. missbräuchlich eingesetzt werden könne. Bei der Abgrenzung erscheine 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 und der entsprechende Apparat als Glücksspiel zu gelten habe (Urteile 1A.21/2000 vom 31. Mai 2000 i.S. B. c. EJPD, E. 2c, und 1A.42/2000 vom 7. Juli 2000 i.S. T. u. Mitb. c. EJPD, E. 3c).
6.
6.1 Der S̈tarBall s̈etzt, was nicht bestritten ist, ein gewisses Mass an Geschicklichkeit voraus. Zwar werden die einzelnen T̈argets ż̈ufällig angeleuchtet und hängt - ab einem gewissen Zeitpunkt - deren Anzahl vom Schwierigkeitsgrad gemäss der Regelungsvorgabe ab, doch ist dieser Zufallsmechanismus nicht spielentscheidend, da der Spieler ein Distanzgefühl entwickeln und mittels Geschicklichkeit die entsprechenden Vorgaben erfüllen kann. Im Übrigen ist unbestritten, dass ein Lerneffekt besteht und dass der Spieler zusehends sein Augenmass und Fingerspitzengefühl verbessert, was es ihm erlaubt, die vorgegebenen T̈argets m̈it der Kugel vermehrt zu treffen. Umgekehrt ist indessen nicht zu verkennen, dass die Trefferquote bei einem einzigen Target relativ gering erscheint. In den Testreihen betrug sie ursprünglich 18 % und konnte dann auf 24 % gesteigert werden. Damit erscheint der Zugang zum Spiel aber bereits relativ beschränkt. In rund 80 % der Fälle ist dieses schon nach einigen wenigen Sekunden beendet; der Unterhaltungswert erscheint insofern damit relativ gering. Das geforderte geschickte Verhalten ist nicht vielfältiger Art; als massgebend erweist sich allein das Dosieren der Kraft, die der Spieler mit der Hand auf den
Abschussmechanismus ausübt. Weitere Bewegungsabläufe oder Reaktionen sind nicht erforderlich und können den Spielverlauf nicht beeinflussen. Je weniger die Fähigkeiten des Spielers aber (umfassend) gefordert werden, desto eher erscheint ein vorhandenes Zufallselement als für den Gewinn entscheidend. Für die Spielmotivation steht in solchen Fällen die in einem späteren Teil des Spiels eventuell in Aussicht stehende Gewinnmöglichkeit (mit der damit verbundenen Suchtgefahr) im Vordergrund. Zwar können die Chancen, das nötige T̈arget ż̈u treffen, vom Spieler gesteigert werden, doch ist das Training hierzu für ihn mit Kosten verbunden, wobei innert kürzester Zeit relativ grosse Summen verspielt werden können, ohne dass ein einsatzadäquater Unterhaltungswert ersichtlich wäre. Gerade wegen dieser Gefahr sollten die Glücksspielapparate, wozu auch die gemischten Geräte gehören, nur noch in Spielkasinos und nicht mehr in gewöhnlichen Spiellokalen und Gastwirtschaftsbetrieben zugelassen werden (BBl 1997 III 169). Hieran ändert nichts, dass der Spieler beim S̈tarBall d̈ie Möglichkeit hat, im Testmodus für eine blosse Benutzungsgebühr ohne Gewinnaussichten zu trainieren. Entsprechende Partien dürften wiederum nicht in erster Linie wegen ihres
eigenständigen Unterhaltungswerts gespielt werden, sondern um mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein

T̈argetẗreffen und damit überhaupt in das Geldspiel einsteigen zu können. Der Spieler wird gleichzeitig versuchen, die für das Geldspiel relevanten, gemäss dem S̈kill-Generator erforderlichen Geschicklichkeitsanforderungen zu ermitteln; auch insofern spielt er nicht mit Blick auf einen eigenständigen Unterhaltungswert, sondern wegen des eventuellen Geldgewinns. Zwar ist der Geldeinsatz hier geringer, ein eigenständiger, vom letztlich in Aussicht gestellten geldwerten Vorteil unabhängiger Unterhaltungswert besteht indessen wiederum kaum.

6.2 Problematisch erscheint auch der dem S̈tarBallz̈ugrundeliegende Regelungsmechanismus (S̈kill-Generator). Dass, wie die Eidgenössische Spielbankenkommission einwendet, die Beschränkung des möglichen Gewinns auf einen Teil der Einsätze stets ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Glücksspielapparats bilde, erscheint nicht zwingend, nachdem die gesetzlichen Vorgaben hierauf nicht abstellen. Das Erfordernis, dass Glücksspielautomaten Auszahlungs- und Gewinnquoten ausweisen müssen, die sich in einem gewissen gesetzlich vorgegebenen Rahmen zu halten haben (Art. 20 GSV), lässt den Schluss nicht zu, dass umgekehrt auch jeder Apparat, bei dem solche Quoten bestehen, ein Glücksspielautomat ist. Als entscheidend für die Abgrenzung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielautomaten erweist sich nach Verfassung und Gesetz (Art. 106 Abs. 4 BV; Art. 3 SBG), ob der Gewinn im Wesentlichen vom Zufall oder von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt. Es ist auch bei einem Geschicklichkeitsspiel daher nicht ausgeschlossen, Gewinne den geschickteren Spielern vorzubehalten und durch eine entsprechende Programmierung auf ein Mass zu beschränken, das die gesamten Einsätze nicht übersteigt. Trotz Auszahlungsquote beruhen die Spielereignisse und
Spielergebnisse auch nach Art. 19 Abs. 2 GSV nur dann überwiegend auf Zufall, wenn sie durch einen Zufallsgenerator oder durch ein anderes auf Zufall beruhendes Mittel zu Stande kommen und durch die Spieler nicht oder nur geringfügig beeinflusst werden können, was hier nicht der Fall ist.

6.3 Die Vorinstanzen sind indessen - im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums und damit zu Recht - davon ausgegangen, dass beim S̈tarBall d̈ie Geschicklichkeit des Spielers nicht in ünverkennbarerẄeise die Entscheidung über Gewinn oder Verlust bestimmt (s̈i la chance de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel dépend incontestablement de l'habileté du joueur¨; s̈e la decisione sulla prospettata vincita in denaro o su altri vantaggi pecuniari dipende in modo inconfondibile dalla destrezza del giocatore¨; Art. 60 VSBG): Für den einzelnen Spieler ist es zufällig, jedoch spielentscheidend, auf welchem Schwierigkeitsniveau er das Gerät antrifft. Die entsprechende Stufe wird vom S̈kill-Generator aufgrund dem Spieler nicht bekannter Ergebnisse vorangegangener Partien ermittelt, wobei der Aufsteller die numerische Grösse bzw. den für den Schwierigkeitsgrad relevanten Zeitraum festlegt (vgl. Protokoll der Instruktionsverhandlung der Rekurskommission vom 29. Juni 2001, S. 5). Bei gleicher Geschicklichkeit bestehen damit unterschiedliche Gewinnaussichten. Befindet sich das Spiel auf einer niedrigen Schwierigkeitsstufe, kann auch ein objektiv ungeschickter Spieler einen Gewinn realisieren, was er an einem anderen
Tag, wenn bereits viele Gewinne ausbezahlt werden mussten, nicht mehr vermag. Die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Geldgewinn hängt damit aber für ihn nicht mehr ïn unverkennbarer Weiseẅon seiner Geschicklichkeit ab, auch wenn sie rein mathematisch betrachtet nicht ganz oder überwiegend auf Zufall beruht. Zudem ist denkbar, dass ein ungeschickterer Spieler je nach Auszahlungsquote einen höheren Gewinn realisiert als ein objektiv geschickterer, was im Gegensatz zu Art. 1 lit. a GSV steht und die Entscheidung über den Geldgewinn mit einem wesentlichen aleatorischen Element verknüpft. Nach dem neuen Recht ausschlaggebend ist, wie weit der Gewinn insgesamt vom Zufall oder ïn unverkennbarer Weiseẅon der Geschicklichkeit abhängt, nicht, ob - wie nach dem bisherigen Recht - der Spielausgang ganz oder vorwiegend auf dieser beruht; damit sollen die ünechten Geschicklichkeitsautomatenẅieder unter die Glücksspiele subsumiert und - so Bundesrat Koller - d̈ie verfassungsrechtliche Ordnung [...]in das Glücksspielwesenz̈urückgebracht werden (Amtl. Bull. 1997 S 1310; vgl. zur ganzen Problematik: BGE 125 II 152 ff.). Wenn die Spielbankenkommission unter diesen Umständen die Unverkennbarkeit des Geschicklichkeitselements im
Rahmen ihres technischen Ermessens relativ streng handhabt, erscheint dies nicht bundesrechtswidrig.

6.4 Zwar kann - wie die Beschwerdeführerin einwendet - der einzelne Spieler für eine Benutzungsgebühr im S̈killtest-Modus abschätzen, welcher Schwierigkeitsgrad vorgegeben ist und von ihm erfüllt werden muss, will er einen Gewinn realisieren. Dennoch kann nicht gesagt werden, es entscheide für ihn hierüber in unverkennbarer Weise seine Geschicklichkeit: Einerseits ist der Schwierigkeitsgrad gestützt auf die Anzahl der im Test jeweils zur Verfügung gestellten T̈argetsn̈ur abschätzbar, wozu es bereits einer relativ guten Kenntnis des Gerätes bedarf, andererseits muss diese Information erst erspielt bzw. über eine Benutzungsgebühr ërkauftẅerden, was mit dem Begriff der Unverkennbarkeit des Einflusses der Geschicklichkeit auf die Gewinnrealisierung nicht

vereinbar erscheint. Kann im S̈killtest-Modus eruiert werden, dass praktisch keine reelle Chance besteht, einen Gewinn zu erspielen, dürfte jeder vernünftige Spieler darauf verzichten, in den Gewinnspielmodus zu wechseln, muss er doch davon ausgehen, dass er es sein wird, der als ungeschickterS̈pieler erst die S̈kill-Ratewieder unter die S̈kill-Quotewird spielen müssen. Die S̈kill-Rateẗkann deshalb letztlich nur sinken, wenn der Spieler um die Zusammenhänge nichts weiss
und nur meint, in erster Linie sei seine Geschicklichkeit für den Gewinn entscheidend.
7.
7.1 Der Entscheid, den S̈tarBallïn seiner vorliegenden Form nicht als Geschicklichkeitsspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit zuzulassen, ist demnach nicht bundesrechtswidrig und die Beschwerde deshalb abzuweisen.
7.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Eidgenössischen Spielbankenkommission und der Eidgenössischen Rekurskommission für Spielbanken schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 27. Februar 2002
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: