Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-7240/2013

Urteil vom 31. Oktober 2014

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

1. **X._____GmbH,**
2. **A._____**,
beide vertreten durch
Rechtsanwalt lic. iur. Flurin Turnes,
Beschwerdeführende,

gegen

Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,
Vorinstanz.

Gegenstand

Qualifikation des automatisierten Spiels Hot Fruit International, Verfahrenskosten.

Sachverhalt:

A.

Die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK (nachfolgend: Vorinstanz) hatte verschiedene Verwaltungsstrafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz (zit. in E. 1) durch Betreiben von Geräten mit dem Spiel Hot Fruit International (und weiteren Spielen), u.a. gegen die X._____GmbH und A._____, eröffnet, bei dem gegen Leistung von finanziellen Einsätzen Gewinnmöglichkeiten angeboten werden. Im Verlaufe des Verfahrens stellte sich heraus, dass der Spielablauf modifiziert wurde und damit nicht dem Spiel Hot Fruit entsprach, welches als Geschicklichkeitsspiel qualifiziert wurde (Feststellungsverfügung der ESBK 711-087/02). Die modifizierten Geräte waren der Vorinstanz nie vorgeführt und daher nie qualifiziert worden. Zur Klärung der Vorfrage, ob es sich dabei um ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel handle, hat die Vorinstanz von Amtes wegen, in Nachachtung der entsprechenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 IV 106), ein Verwaltungsverfahren eröffnet. Parteien waren der Betreiber bzw. Aufsteller vor Ort als Inverkehrsetzer der fraglichen Geräte (A._____) sowie die Eigentümerin der Geräte (X._____GmbH). Im Laufe des Verfahrens stellte die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2013 fest, dass der fragliche Geldspielautomat der spielbankenrechtlichen Vorführungspflicht unterliege und ordnete vorsorgliche Massnahmen an; die Kosten würden mit dem Endentscheid festgelegt. Gegen die Zwischenverfügung ist kein Rechtsmittel ergriffen worden. Im weiteren Verlauf des Verfahrens hat die Vorinstanz die Gerätequalifikation vorgenommen, nachdem sie die Unterlagen und das Gerät aus dem Verwaltungsstrafverfahren beigezogen hatte, da die Parteien diesbezüglich ihrer Pflicht nicht nachgekommen waren, und den (nunmehr insgesamt 28, drei davon im Verfahren Hot Fruit International) Parteien das rechtliche Gehör dazu gewährt. Das Strafverfahren wurde am 26. November 2012 sistiert. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundestrafgericht mit Urteil vom 1. März 2013 abgewiesen.

B.

Mit Verfügung vom 18. November 2013 hat die Vorinstanz das automatisierte Spiel Hot Fruit International (und weitere Spiele) als Glücksspielautomat i.S.v. Art. 3 Abs. 2 SBG (zit. in E. 1) qualifiziert, dessen Betrieb ausserhalb von konzessionierten Spielbanken verboten ist (Dispositiv-Ziff. 1). Gleichzeitig hat die Vorinstanz der X._____GmbH und A._____ je hälftig den Anteil von Fr. 2'300.– von den Kosten für den im Verlaufe des

Verfahrens ergangenen Zwischenentscheid betreffend Hot Fruit International, unter solidarischer Haftung mit einer weiteren Partei für die Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 3'875.–, und von den Kosten für den Endentscheid je hälftig den Anteil von Fr. 2'661.60, unter solidarischer Haftung mit weiteren 26 Parteien für den Gesamtbetrag von Fr. 33'924.90, auferlegt (Dispositiv-Ziff. 2 und 3). Zudem hat die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositiv-Ziff. 4).

C.
Mit Eingabe vom 23. Dezember 2013 haben die X._____GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) und A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung sei "rücksichtlich Dispositiv-Ziff. 2, 3 und entsprechend 4 aufzuheben". Es sei davon abzusehen, die Kosten des Zwischenentscheids sowie des Endentscheids an die Beschwerdeführenden auszufällen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen die Beschwerdeführenden die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 31. Dezember 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht u.a. festgestellt, dass im Kostenpunkt die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen nicht entzogen werden könne. Ohne gegenteilige Mitteilung der Beschwerdeführenden und der Vorinstanz innert Frist werde davon ausgegangen, dass Dispositiv-Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung sich nicht auf Dispositiv-Ziff. 2 und 3 (Verfahrenskosten) beziehe und der sinngemässe Antrag der Beschwerdeführenden auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung deshalb als hinfällig zu betrachten sei. Die Beschwerdeführenden und die Vorinstanz haben sich innert Frist nicht dazu geäussert.

E.
Mit Vernehmlassung vom 10. März 2014 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführenden hätten als Parteien sowohl im Zwischen- als auch im Hauptverfahren betreffend die Qualifikation des fraglichen Spiels Kosten veranlasst und diese folglich zu tragen.

F.
Mit Replik vom 19. Mai 2014 halten die Beschwerdeführenden an ihren Anträgen fest.

G.
Mit Verfügung vom 20. Mai 2014 hat das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz ersucht, hinsichtlich der Kostenregelung im Verfahren vor der Vorinstanz eine detaillierte Aufstellung des jeweiligen Zeitaufwands und der jeweils angewendeten Stundenansätze der involvierten Personen im Verfahren für den Zwischenentscheid sowie im Hauptverfahren einzureichen. Diese ist am 10. Juni 2014 eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 f. und Art. 33 Bst. f. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] sowie Art. 48 Abs. 3 Bst. e des Spielbankengesetzes vom 18. Dezember 1998 [SBG, SR 935.52]).

Bei der Beschwerdeführerin 1 handelt es sich um eine juristische Person in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Art. 772 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Diese ist durch deren Inhaber und einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführer rechtsgenüglich vertreten. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Der Streitgegenstand wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BGE 133 II 35 E. 2). Vorliegend ergibt sich aus den Anträgen der Beschwerdeführenden i.V.m. der Beschwerdebegründung, dass sie nicht gegen die Qualifikation des fraglichen Spiels als Glücksspielautomat i.S.v. Art. 3 Abs. 2 SBG Beschwerde führen, sondern lediglich die von der Vorinstanz auferlegten Verfahrenskosten beanstanden.

3.
Zu prüfen ist somit die Kostenauflage im vorinstanzlichen Verfahren an die Beschwerdeführenden.

3.1 Die Beschwerdeführenden machen sinngemäss geltend, sie hätten kein Qualifikations- bzw. Unterstellungsverfahren anbegehrt bzw. veranlasst, seien stets der Auffassung gewesen, die Geräte seien Geschicklichkeitsspielautomaten und als solche von den Entscheiden der ESBK betreffend Hot Fruit Version 1.7 und Version 2.2 vom 25. August 2008 bzw. 10. Februar 2010 erfasst, und überdies würden sie die Geräte nicht mehr betreiben, weshalb ihnen keine Kosten aufzuerlegen seien. Zudem sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden, indem ihre Stellungnahme vom 11. November 2013 im vorinstanzlichen Verfahren nicht berücksichtigt worden sei.

3.2 Die Vorinstanz legt dar, dass die Beschwerdeführenden als Parteien sowohl im Zwischen- als auch im Hauptverfahren Kosten veranlasst und folglich zu tragen hätten. Entscheidend für die Frage der Parteistellung – und damit für die Kostentragungspflicht – sei die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin 1 Einziehungsbetroffene bzw. der Beschwerdeführer 2 Beschuldigter im entsprechenden Verwaltungsstrafverfahren und daher unmittelbar von der Qualifikationsverfügung betroffen seien: Die Feststellung der spielbankenrechtlichen Qualifikation des fraglichen Geräts bzw. Spiels als Glücksspielautomaten sei im Verwaltungsstrafverfahren entscheidend für die Frage, ob das Tatbestandselement von Art. 56 Abs. 1 Bst. c SBG erfüllt sei. Es sei nicht Aufgabe im Verwaltungsverfahren, über den möglichen Ausgang im Verwaltungsstrafverfahren zu befinden; stellte sich später heraus, dass den Beschwerdeführenden kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden könne, hätten sie die Möglichkeit, die Kosten des Verwaltungsverfahrens im Rahmen der Entschädigung im Verwaltungsstrafverfahren geltend zu machen. Im Übrigen habe das Bundesverwaltungsgericht in einem Entscheid betreffend die Vorführungspflicht bzw. vorsorgliche Massnahmen festgehalten, dass der Vorinstanz beim Einverlangen eines Geräts und der entsprechenden Unterlagen zur Prüfung kein Ermessensspielraum verbleibe. Schliesslich sei der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt worden; in E. 2 der angefochtenen Verfügung sei hinreichend begründet, weshalb den Beschwerdeführenden Parteistellung zukomme.

3.3 Als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistete und in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (Art. 32 VwVG). Die Betroffenen sollen sich vor Erlass des Entscheids zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, an der Erhebung von Beweisen mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern können. Die Behörde ist grundsätzlich verpflichtet, die ihr angebotenen Beweismittel abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Die Begründung muss deshalb zumindest kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Dagegen wird nicht verlangt, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sich die Behörde auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 137 II 266 E. 3.2, BGE 136 I 229 E. 5.2 m.H.).

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sie die Ausführungen der Beschwerdeführenden in der Eingabe vom 11. November 2013 in die angefochtene Verfügung aufgenommen und in den Erwägungen berücksichtigt hat. Die Stellungnahme ist in Bst. M. der angefochtenen Verfügung ausdrücklich erwähnt und inhaltlich zusammengefasst. In den E. 2 wird sodann auf deren Inhalt bzw. die darin vorgebrachten Argumente Bezug genommen. Es liegt demnach insoweit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

3.4 Gemäss Art. 53 Abs. 3 SBG erhebt die Vorinstanz für ihre Verfügungen kostendeckende Gebühren. Diese hat zu entrichten, wer eine Dienstleistung der Vorinstanz oder eine Verfügung im Zusammenhang mit dem Vollzug der Spielbankengesetzgebung beansprucht oder veranlasst (Art. 112 Abs. 1 der Spielbankenverordnung vom 24. September 2004 [VSBG, SR 935.521]). Sind mehrere Personen für eine Dienstleistung oder eine Verfügung gebührenpflichtig, so haften sie solidarisch, sofern die Vorinstanz keine andere Kostenaufteilung festlegt (Art. 112 Abs. 2 VSBG). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand und der erforderlichen Sachkenntnis bemessen und deren Höhe liegt zwischen Fr. 100.− und Fr. 350.− pro Stunde, in Abhängigkeit der Funktionsstufe des ausführenden Personals und der Tatsache, ob ein Geschäft von der Vorinstanz oder ihrem Sekretariat behandelt wird (Art. 113 Abs. 1 VSBG). Gestützt auf

Art. 113 Abs. 2 VSBG legt die Vorinstanz die Gebühren in einem Reglement fest (Reglement der Eidgenössischen Spielbankenkommission über Kosten und Entschädigungen vom 27. September 2004 [RKE]). Der vorliegend zur Anwendung gelangende Tarif nach Zeitaufwand ist in Art. 5 RKE festgelegt, wonach abhängig von Lohnklasse der Mitarbeitenden unterschiedliche Stundensätze zwischen Fr. 100.– und Fr. 325.– gelten. Die Zeiterfassung erfolgt dabei auf eine Viertelstunde genau (Art. 11 Abs. 2 RKE).

3.4.1 Soweit die Beschwerdeführenden einwenden, dass das Qualifikations- bzw. Unterstellungsverfahren via Verwaltungsstrafverfahren und nicht durch sie ausgelöst worden sei und sie daher keine Kosten zu tragen hätten, verkennen sie, dass es an ihnen als Inverkehrsetzer nach Art. 61 Abs. 1 VSBG (Aufsteller und Geräteeigentümerin) gewesen wäre, den fraglichen Geldspielautomaten auf seine spielbankenrechtliche Zulässigkeit hin überprüfen zu lassen, und dass nicht nur Verhaltens-, sondern auch Zustandsstörern die Kosten zur Beseitigung einer widerrechtlichen Situation auferlegt werden können (Urteil des Bundesgerichts 2C_442/2007 vom 19. November 2007 E. 6.2 m.H.). Mit Bezug auf die Verwirklichung bzw. Durchsetzung der spielbankenrechtlichen Vorführungspflicht kommt der Vorinstanz im Übrigen kein Ermessen zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3.2).

3.4.2 Gemäss der eingereichten Kostenaufstellung verrechnete die Vorinstanz für das Verfahren bis zum Zwischenentscheid eine Arbeitszeit von 11,8 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 250.–. Im Zwischenverfahren war neben den Beschwerdeführenden auch eine weitere Partei beteiligt, so dass diese Leistungen anteilsmässig, d.h. hälftig, angerechnet wurden. Dies ergibt eine Gebühr von Fr. 1'475.–. Den Beschwerdeführenden sind darüber hinaus Zusatzkosten für die von ihnen verursachte Korrespondenz bzw. deren Bearbeitung in der Höhe von Fr. 825.– berechnet worden. Somit haben die Beschwerdeführenden gemeinsam einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 2'300.– zu tragen bzw. je die Hälfte davon. Die Aufstellung gibt im Übrigen detailliert Auskunft über den Zeitpunkt, den Urheber sowie die jeweils ausgeführte Arbeit und den dafür benötigten Zeitaufwand und hält den Anforderungen nach Art. 113 Abs. 1 VSBG i.V.m. Art. 2 ff. RKE stand. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Leistungen der Vorinstanz und den erhobenen Gebühren von je Fr. 2'300.– ist nicht festzustellen.

3.4.3 Der Zeitaufwand im Hauptverfahren betrug 133,65 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 250.–. Dies ergibt Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 33'412.50, welche auf 28 Parteien aufgeteilt worden sind (Kostenanteil von je Fr. 1'193.30, gerundet). Den Beschwerdeführenden sind darüber hinaus Zusatzkosten für die von ihnen verursachte Korrespondenz bzw. deren Bearbeitung in der Höhe von Fr. 275.– berechnet worden. Dies ergibt für die Beschwerdeführenden zusammen einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 2'661.60 (2 x 1'193.30 + 275.–). Im Übrigen gilt dasselbe, wie bereits für das Zwischenverfahren Ausgeführte.

3.4.4 Die solidarische Haftung für den jeweiligen Gesamtbetrag der Kosten für das Zwischenverfahren und das Hauptverfahren ist ebenfalls rechtens, zumal eine solche in Art. 112 Abs. 2 VSBG vorgesehen ist.

3.4.5 Die Verteilung der Verfahrenskosten unter den Beschwerdeführenden und im Verhältnis zu den weiteren – im Zwischenverfahren eine, im Hauptverfahren 26 – Parteien, die keine Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben haben, ist ferner nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführenden hätten als Inverkehrsetzer (Aufsteller und Geräteeigentümerin) des Geldspielautomaten das Qualifikations- bzw. Unterstellungsverfahren einleiten müssen (vgl. E. 3.4.1), weshalb es sich rechtfertigt, ihnen die Kosten für das Zwischenverfahren hälftig aufzuerlegen. Überdies ist den Beschwerdeführenden mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2013 die Kostenpflicht angezeigt worden. Für das Hauptverfahren haben die Beschwerdeführenden, abgesehen von den Zusatzkosten für die von ihnen verursachte Korrespondenz, den gleichen Anteil wie die übrigen Parteien zu tragen, weshalb sich der Verteilschlüssel ebenfalls als korrekt und verhältnismässig erweist.

3.5 Auf die Ausführungen der Beschwerdeführenden, die sich auf das gegen sie laufende, momentan sistierte Verwaltungsstrafverfahren beziehen, ist mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. Soweit die Beschwerdeführenden die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verhältnis des Verwaltungsstrafverfahrens und des verwaltungsrechtlichen Qualifikations- bzw. Unterstellungsverfahrens und die damit einhergehende Sistierung des Verwaltungsstrafverfahrens beanstanden, ist auf das entsprechende Urteil des Bundestrafgerichts vom 1. März 2013 zu verweisen, mit welchem die Beschwerde gegen den betreffenden Sistierungsentscheid abgewiesen worden ist.

4.
Zusammenfassend ergibt sich, dass weder Verfahrenskostenauflage noch deren Höhe bundesrechtlich zu beanstanden sind. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.
Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden auf insgesamt Fr. 5'000.– festgesetzt und je zur Hälfte den Beschwerdeführenden auferlegt, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag (Art. 6*a* VGKE). Die am 30. Januar 2014 einbezahlten Kostenvorschüsse werden zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von je Fr. 2'500.– werden den Beschwerdeführenden, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, auferlegt. Die einbezahlten Kostenvorschüsse werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Philippe Weissenberger	Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 4. November 2014