Urteilskopf

137 II 164

13. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. EJPD gegen Swisslos Interkantonale Landeslotterie (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_674/2009 vom 18. November 2010

Regeste (de):
Art. 1 Abs. 2 LG, Art. 3 Abs. 1 SBG; Abgrenzung der Lotterie von anderen Glücksspielen; Begriff der "Planmässigkeit" (Lotterie "Wingo" bzw. "Ecco").

Die Lotteriegesetzgebung aus dem Jahr 1923 ist überholt (E. 3). Aus Gründen der Rechtssicherheit rechtfertigt es sich jedoch nicht, gestützt auf eine geltungszeitliche Auslegung vom bisherigen Verständnis der Lotterie als moderates Glücksspiel abzuweichen und den Begriff der "Planmässigkeit" weiterzuentwickeln: Dieser setzt eine klare Vorgabe der Preise bzw. deren Beschränkung in einem auf dem Totalisatorenprinzip beruhenden Gewinnplan voraus (E. 4). Das Spiel "Wingo" genügt diesen Vorgaben nicht (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 1 al. 2 LLP, art. 3 al. 1 LMJ; distinction entre les loteries et les autres jeux de hasard; notion de "planification" (loteries "Wingo" et "Ecco").

La loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et paris professionnels est dépassée (consid. 3). La sécurité du droit ne permet toutefois ni de s'écarter par interprétation évolutive de la définition de la loterie au titre de jeu de hasard modéré ni d'étendre la notion de "planification": celle-ci exige des lots clairement définis ou un plan qui, d'avance, mesure exactement les gains selon le principe du totalisateur (consid. 4). Le jeu "Wingo" ne respecte pas ces conditions (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 1 cpv. 2 LLS, art. 3 cpv. 1 LCG; distinzione tra le lotterie e gli altri giochi d'azzardo; nozione di "conformità ad un piano" (lotterie "Wingo" ed "Ecco").

La legge federale dell'8 giugno 1923 concernente le lotterie e le scommesse professionalmente organizzate è superata (consid. 3). Per motivi di sicurezza del diritto tuttavia non si giustifica di scostarsi, mediante un'interpretazione attualizzata della legge, dalla precedente concezione della lotteria quale gioco d'azzardo moderato né di sviluppare ulteriormente la nozione di "conformità ad un piano": questa presuppone che le vincite siano chiaramente formulate oppure delimitate in un piano delle vincite fondato sul cosiddetto "principio del totalizzatore" ("Totalisatorenprinzip"; consid. 4). Il gioco "Wingo" non adempie queste esigenze (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 165

BGE 137 II 164 S. 165

Die Interkantonale Lotterie- und Wettkommission (im Folgenden: Comlot) erteilte am 10. September 2007 der "Swisslos Interkantonale Landeslotterie" (im Folgenden: Swisslos) eine Zulassungsbewilligung für die Lotterie "Wingo" (heute: "Ecco"). Das Spiel sieht feste Gewinnquoten vor und zeichnet sich durch die Möglichkeit von

Mehrfachgewinnen aus: Mit "Wingo" kann der Spieler pro Ziehung max. Fr. 130'000.- gewinnen. Die Höhe des "Extra"-Gewinns hängt davon ab, welcher Gewinnrang bei "Wingo" erzielt wurde. Bei einer maximalen Anzahl von Teilnahmen pro Ziehung sind insgesamt Fr. 1'130'000.- zu gewinnen. Der Maximalspieleinsatz (5 Teilnahmen an 50 aufeinanderfolgenden Ziehungen) beträgt Fr. 4'000.- ([5 x 16.-]x 50). Es sollen im Durchschnitt 64,56 % der Spieleinsätze für "Wingo" und 65,15 % der Spieleinsätze für "Extra" als Gewinn ausgeschüttet werden. Die Comlot erteilte die Bewilligung unter der Bedingung, dass die Swisslos auf das Spiel "KENO SWISSLOS" verzichte, und mit der Auflage, dass sie "während der gesamten Dauer der Durchführung von 'Wingo' das Präventionskonzept gemäss Bewilligungsdossier" umsetze. Gegen die Verfügung der Comlot vom 10. September 2007 gelangte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) an die Rekurskommission Interkantonale Vereinbarung Lotterien und Wetten (im Folgenden: Rekurskommission), welche seine Beschwerde am 12. August 2009 abwies. Entgegen der Auffassung des Departements erfülle "Wingo" bzw. "Ecco" - so die Rekurskommission - das Erfordernis der "Planmässigkeit"; Swisslos habe zureichende Vorkehrungen getroffen, um den Gesamtwert der zu bezahlenden Gewinne und der Verlosungssumme sicherzustellen. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beantragt vor Bundesgericht, den Entscheid der Rekurskommission aufzuheben

und das Bewilligungsgesuch der Swisslos vom 17. August 2007 betreffend das Spiel "Wingo" abzuweisen. Das EJPD macht geltend, die Rekurskommission habe den Begriff der Planmässigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG; SR 935.51) verkannt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt den Entscheid der Rekurskommission Interkantonale Vereinbarung Lotterien und Wetten vom 12. August 2009 auf und weist das Gesuch der Swisslos vom 17. August 2007 betreffend "Wingo" ab. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das EJPD macht geltend, die Vorinstanz habe die Rechtsprechung zum Erfordernis der Planmässigkeit der Lotterie verkannt: Der Veranstalter von Lotterien müsse sich darauf beschränken, das Spiel zu organisieren. Er dürfe dabei lediglich die von der Gesamtheit der Spieler eingesetzten Gelder nach erfolgter Durchführung des Spiels und nach Massgabe der Resultate unter den Gewinnern verteilen, aber nie selber als Spieler auf- bzw. ins Spiel eintreten, ein eigenes Interesse am Spielausgang haben und damit ein Spielrisiko übernehmen. Lotterien und Totalisatorenwetten könnten gestützt auf das Lotteriegesetz nur bewilligt werden, wenn das Spielrisiko ausschliesslich von den Spielern getragen werde. Alle übrigen Glücksspiele, bei denen der Spielveranstalter selber ein Spielrisiko (mit)trage, seien durch die Glücksspielgesetzgebung verboten, ausser sie würden im Rahmen des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52) organisiert. Die Planmässigkeit im Sinne des Lotteriegesetzes liege nur vor, wenn der Veranstalter einen exakten Gewinnplan aufstelle oder das Spiel nach dem Totalisatorenprinzip organisiere (Aufteilung des Nettobetrags des Pools auf die Gewinner zu gleichen Teilen). Bei "Wingo" würden die Gewinne im Voraus mit festen Quoten bestimmt, womit der einzelne Spieler gegen den Veranstalter spiele und nicht wie beim Totalisatorensystem gegen seine Mitspieler. Das Verhalten des einzelnen Spielers habe keinerlei Einfluss auf

die Gewinnchancen bzw. die Gewinnhöhe für die anderen Spieler; die Ausschüttungsquoten könnten bei den einzelnen

BGE 137 II 164 S. 167

Ziehungen variieren und somit nicht im Voraus exakt berechnet werden. Für den Spielveranstalter sei unvorhersehbar, wie viele Spieler in den jeweiligen Gewinnrängen von "Wingo" richtige Voraussagen machten; er unterwerfe sich deshalb dem Zufall. Zwar sehe die Swisslos einen Gewinnrückstellungsfonds von 2 Mio. Franken als finanziellen Puffer vor, um die mit den geschilderten Umständen verbundenen finanziellen Risiken abzudecken. Diese Art von innerer Verknüpfung einzelner Spiele untereinander zwecks Risikoausgleichs sei den Lotterien und Totalisatorwetten jedoch fremd. "Wingo" funktioniere trotz der Möglichkeit der proportionalen Kürzung der versprochenen Quote bis zum Aufstocken des Rückstellungsfonds nicht nach dem Totalisatorenprinzip, da diejenigen Ausschüttungen, die dem Gewinnrückstellungsfonds entnommen würden, eben nicht dem Totalisator, d.h. den aufsummierten Spieleinsätzen innerhalb eines einzelnen Spiels entstammten, sondern von aussen (letztlich aus dem Vermögen des Spielveranstalters) dem Spiel zugeführt würden.

2.2 Die Comlot wendet ein, dass die Ausführungen des EJPD "grundsätzlich" richtig seien, doch könne das Kriterium der Planmässigkeit nicht nur mit einem exakten Gewinnplan oder über das Totalisatorenprinzip erfüllt werden. Es treffe zu, dass beim Spiel "Wingo" keine exakte Ausschüttungsquote berechnet werden könne, doch sei dies auch nicht nötig, da die Veranstalterin ihr Risiko anderweitig beschränke. Bei "Wingo" seien die Quoten in dem Sinne nicht festbestimmt, als im Reglement proportionale Kürzungen und ein Gewinnrückstellungsfonds vorgesehen wurden, womit der Veranstalter sein Spielrisiko aufgrund "vorgängiger exakter Berechnungen" ausschliesse. Durch den Vorbehalt der proportionalen Kürzung der Gewinne werde ein Verlust der Veranstalterin nicht nur, wie das EJPD geltend mache, begrenzt, sondern ausgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin unterstreicht ebenfalls, dass bei "Wingo" kein Risiko hinsichtlich der Soll-Verbindlichkeit bestehe; mit dem entsprechenden Modell verfolge sie das Ziel, "für die Geschäftsentwicklung dringend benötigte neue Produkte auf den Markt zu bringen". Der Gewinnrückstellungsfonds sei für die Beurteilung der Planmässigkeit irrelevant, da der Ausschluss des Spielrisikos vollumfänglich über den Vorbehalt der proportionalen Gewinnkürzung erreicht werden könne; der Fonds diene lediglich dazu, aus Marketinggründen eine allfällige Gewinnkürzung zu vermeiden.

BGE 137 II 164 S. 168

3.

3.1 Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerb, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnlich auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird (Art. 1 Abs. 2 LG; BGE 135 II 338 E. 3.2.1; BGE 133 II 68 E. 7 S. 74 ff.; BGE 132 II 240 E. 3). Der wesentliche Unterschied zwischen den (kantonalen) Lotterien und den anderen, in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fallenden Glücksspielen liegt in der Planmässigkeit des jeweiligen Geldspiels (so Urteil 6S.50/2005 vom 26. Oktober 2005 E. 3 mit Hinweisen).

3.2

3.2.1 Die Abgrenzung zwischen den Lotterien und den anderen Glücksspielen fällt heute infolge der technischen Entwicklungen und der damit verbundenen Annäherungen der Spielangebote im Lotto- und Glücksspielbereich zusehends schwer. Es werden inzwischen Spiele organisiert, welche die klassischen Einteilungen aufweichen und die Charakteristika verschiedener Spielformen in sich vereinigen, womit die unter das Spielbankengesetz fallenden Aktivitäten immer weniger aufgrund inhaltlicher oder spieltechnischer Kriterien von jenen Spielen abgegrenzt werden können, die - wie die Lotterien - in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen. Die Lotteriegesetzgebung aus dem Jahr 1923 ist in verschiedener Hinsicht überholt.

3.2.2 Die Expertenkommission zur Revision des Lotteriegesetzes stellte bereits im Jahr 2002 fest, es sei generell zu beobachten, dass Lotteriespiele immer schneller und leichter verfügbar würden, höhere Auszahlungsquoten und Gewinne hätten und vermehrt auf bestimmte Nachfragesegmente ausgerichtet würden. Die verstärkte Nachfrage und die technologische Entwicklung hätten dazu beigetragen, dass zum Teil Spiele bewilligt worden seien, deren Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht zumindest fraglich erscheine. So sei beispielsweise beim Zahlenlotto mit seinen festen Quoten für drei oder vier richtige Tipps auf die "strikte Planmässigkeit" verzichtet worden. Falls in einem Spiel - zufallsbedingt - eine ungewöhnlich grosse Anzahl von Spielern drei oder vier richtige Tipps haben würden, wäre die Veranstalterin gezwungen, aufgrund ihrer angekündigten festen Quoten u.U. mehr auszuzahlen, als sie an

Spieleinsätzen insgesamt eingenommen habe. Diese Situation widerspreche - so die Expertenkommission - dem Wesen der Planmässigkeit, die eine exakte Berechenbarkeit bzw. den Ausschluss des Spielrisikos erfordere (EJPD, Erläuternder Bericht vom 25. Oktober 2002 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Lotterien und Wetten, Ziff. 1.3.2.2, S. 20).

3.2.3 Die Expertenkommission schlug vor, Lotterien neu als Glücksspiele im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG zu umschreiben, die (a.) ausserhalb von Spielbanken durchgeführt werden, (b.) die innerhalb eines bestimmten Zeitraums stattfinden, (c.) an denen mehrere Spielerinnen und Spieler teilnehmen und (d.) bei denen mindestens ein Teil der Gewinne so aufgeteilt wird, dass der Gewinn einer Teilnehmerin oder eines Teilnehmers die Gewinnhöhe oder die Gewinnchancen der anderen reduziert oder reduzieren kann. Sie begründete die Neufassung der Definition damit, dass der bisherige Lotteriebegriff, welcher neben den konstitutiven Elementen des allgemeinen Glücksspielbegriffs (Einsatz, Zufall, Gewinn) vor allem auf die sog. Planmässigkeit abstelle, zu eng geworden sei. Einige der heute angebotenen Spiele von Grossveranstalterinnen erfüllten das Kriterium der Planmässigkeit (Faustformel: "Ausschluss des Spielrisikos der Veranstalterin durch vorheriges Festlegen eines genauen Gewinnplanes") nicht mehr. Die Planmässigkeit werde deshalb zugunsten des neuen Lotteriemerkmals der "wechselseitigen Abhängigkeit der Gewinnchancen oder -höhen für die beteiligten Spieler im Rahmen eines bestimmten Spiels aufgegeben. Die Spieler sollen mit ihren Einsätzen eine "Schicksalsgemeinschaft" bilden, wobei jenen Spielern, denen das Glück hold ist, nach der Ziehung oder Gewinnermittlung alle oder zumindest ein Teil der Gewinne zufliessen, "was die Gewinnchancen oder die Gewinnhöhe der verbliebenen Spieler schmälert oder ganz zu Null werden lässt" (EJPD, Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 30). Dieser Entwurf wurde in der Vernehmlassungsphase mehrheitlich kritisch aufgenommen, weshalb der Bundesrat am 18. Mai 2004 beschloss, die Arbeiten zur Revision des Lotteriegesetzes zu sistieren. Er ging damit auf ein Ersuchen der kantonalen Fachdirektorenkonferenz Lotteriemarkt und Lotteriegesetz ein, die im Gegenzug zusicherte, die bestehenden wichtigsten Missstände und Mängel im Lotterie- und Wettbereich mittels einer interkantonalen Vereinbarung rasch selber zu beheben (Bericht des EJPD vom 15. Mai 2008 über die Situation im Lotterie- und Wettbereich, S. 1).

3.3 Am 10. September 2009 ist die Volksinitiative "Für Geldspiele im Dienst des Gemeinwohls" eingereicht worden. Der Bundesrat will dieser einen direkten Gegenentwurf gegenüberstellen. Im Unterschied zur Initiative schlägt er neu eine umfassende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im gesamten Bereich der Geldspiele vor; zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Kantonen will er ein Koordinationsorgan schaffen. Die Kompetenzabgrenzung soll dadurch erleichtert werden, dass die Verfassung auf den Lotteriebegriff und das bislang die Lotterie "charakterisierende Kriterium der Planmässigkeit" verzichtet. Die Kantone werden auf Verfassungsebene für die Bewilligung und Beaufsichtigung jener Geldspiele zuständig erklärt, an denen eine unbegrenzte Zahl Personen teilnehmen können, die an mehreren Orten angeboten werden und die derselben Zufallsziehung oder einer ähnlichen Prozedur unterliegen. Dem Gesetzgeber wird es nach dem bundesrätlichen Gegenentwurf allerdings auch künftig freistehen, auf das Kriterium der Planmässigkeit abzustellen, "sollte sich dies als sinnvoll erweisen, was beispielsweise bei den 'Kleinlotterien' der Fall sein könnte" (Botschaft des Bundesrats vom 20. Oktober 2010 zur Volksinitiative "Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls", in: BBI 2010 7961 ff., dort 7999).

4.

4.1 Ob "Wingo" als "planmässig" organisierte Lotterie gelten kann oder nicht, ist im Rahmen des geltenden Rechts, an welches das Bundesgericht gebunden ist (vgl. Art. 190 BV), zu beantworten, auch wenn es gemäss dem Expertenbericht vorgekommen sein soll, dass die kantonalen Bewilligungsbehörden den Begriff der Planmässigkeit bei ähnlichen Spielen bereits bisher grosszügiger verstanden haben als das EJPD. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach der wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und hat nur dann allein auf den Wortlaut abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab. Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben

am besten berücksichtigt (vgl. BGE 136 II 149 E. 3 S. 154 mit Hinweisen).

4.2

4.2.1 Das Bundesgericht führte in BGE 99 IV 25 ff. unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Lotteriegesetzes aus, dass das Element der Planmässigkeit in Art. 1 Abs. 2 LG dazu diene, die Lotterie von den anderen Glücksspielen abzugrenzen. Da auch diese eine gewisse Planmässigkeit voraussetzten, müsse der Begriff "ein Mehreres enthalten, um als Merkmal zur Unterscheidung der Lotterie vom Glücksspiel zu wirken und zudem neben den anderen Tatbestandselementen des Art. 1 LG selbständige Bedeutung haben zu können" (E. 5a S. 32). In BGE 85 I 177 ff. habe das Bundesgericht das Wesen des Plans darin gesehen, dass er zum Voraus genau die Gewinne bestimme, die zuerkannt würden, was beim Glücksspiel nicht der Fall sei. Auch in den parlamentarischen Beratungen sei darauf hingewiesen worden, dass der Veranstalter einer Lotterie "genau" wissen müsse, dass im Endeffekt eben für ihn ein Gewinn resultiere. Die Chancen seien in einem "genau aufge-

stellten Plan" mit einem Resultat zu verteilen, welches das Gewinnergebnis "auf die Mühle des Veranstalters" leite. Sobald dieser sich ebenfalls dem unbedingten Zufall unterwerfe, sei das Spiel keine Lotterie mehr. Die Planmässigkeit der Lotterie liege deshalb - so BGE 99 IV 25 E. 5a S. 33 weiter - darin, dass der Veranstalter aufgrund exakter Berechnung sein eigenes Spielrisiko ausschliesse, sich also nicht dem Zufall unterwerfe, was mit Wahrscheinlichkeitsrechnungen nicht erreicht werden könne, da sie nur Versuche darstellten, "den Zufall so gut als möglich einzugrenzen".

4.2.2 In BGE 123 IV 175 ff. hielt das Bundesgericht fest, dass das Merkmal der Planmässigkeit "unter anderem und jedenfalls dann gegeben" sei, "wenn der Veranstalter Art und Umfang der in Aussicht gestellten Gewinne von vornherein festlegt und damit sein eigenes Risiko ausschliesst, sich also nicht dem Zufall unterwirft". Die Planmässigkeit betreffe nicht unmittelbar die Frage von Einnahmen und Ausgaben bzw. von Gewinn und Verlust, sondern die Frage des Spielrisikos, d.h. des Zufalls. Auf welche Art das Spielrisiko ausgeschlossen werde, hänge wesentlich auch "von der Art der Veranstaltung" ab. Bei einer wöchentlich veranstalteten Zahlenlotterie seien dazu andere Massnahmen erforderlich als bei einem Wettbewerb (BGE 123 IV 175 E. 2c). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht noch jüngst bestätigt: Nach BGE 132 IV 76

liegt die Planmässigkeit vor, "wenn der Veranstalter sein eigenes Spielrisiko ausschliesst, sich also nicht dem Zufall unterwirft" (E. 4.2.1; Urteil 6S.50/2005 vom 26. Oktober 2005 E. 3). Gemäss BGE 133 II 68 ff. ist die "Planmässigkeit" gegeben, wenn ein Plan besteht, der zum Voraus genau die Gewinne bestimmt, die vom Veranstalter zuerkannt werden, sodass dieser sein eigenes Risiko ausschliessen kann. Das sei der Fall, wenn er die Höhe der angebotenen Geldbeträge oder Waren begrenze; verspreche er jedem Teilnehmer einen Preis, ohne deren Zahl im Voraus bestimmen zu können, laufe er hingegen Gefahr, bedeutende Beträge entrichten zu müssen, ohne sie vorher festlegen zu können. In diesem Fall fehle es an der Planmässigkeit; ebenso wenn die Risikobestimmung lediglich aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung erfolge (E. 7.2).

4.3 Nach Auffassungen in der jüngeren Doktrin bezweckt das Kriterium der Planmässigkeit, in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung, das Risiko des Glücksspiels für den Veranstalter auszuschliessen, indem zum Vornherein "sicher" und "abschliessend" festgelegt wird, welche Leistungen er zu erbringen hat, sodass er kein Spielrisiko trägt. Der Plan soll das Risiko des Spiels, d.h. den Zufall, für den Veranstalter abschätzbar machen und die für ihn damit verbundenen finanziellen Risiken beschränken bzw. ausschliessen. Das wirtschaftliche Risiko, dass nicht alle Lose verkauft werden können, trägt er indessen weiter. Die zentrale planmässige Ziehung verschafft dem Spieler Klarheit und soll zu einer spielinhärenten Moderation der Spiellust beitragen: Der Lottospieler weiss zum Vornherein, dass die Gewinne festgelegt sind und niemand erhalten kann, was ein anderer bereits gewonnen hat. Es besteht in dem Sinn eine Spielgemeinschaft, als die Beteiligten sich an einem über eine bestimmte Zeit ablaufenden gemeinsamen Spiel beteiligen, über dessen Ausgang durch eine zentrale Ziehung entschieden wird, welche die Gewinne für alle plangemäss verteilt. Zwischen den Gewinnen der einzelnen Spieler besteht eine notwendige Interdependenz. Die doppelte Schutzwirkung (für Veranstalter und Teilnehmer) lässt die Lotterie als moderates Glücksspiel erscheinen (vgl. LÉONOR PERRÉARD, Monopole des loteries et paris en Suisse: état des lieux et perspectives, 2008, S. 16 ff.; CLAUDE ROUILLER, Jeux de loteries et paris sportifs professionnels, RDAF 2004 I S. 434).

4.4 Trotz der dargelegten veränderten Umstände (vgl. vorstehende E. 3) rechtfertigt es sich nicht, aufgrund einer geltungszeitlichen

Sicht von diesem Verständnis der Lotterie und des Begriffs der Planmässigkeit abzuweichen bzw. diesen hier weiterzuentwickeln: Das Kriterium der Planmässigkeit vermag den Lotteriebegriff von den anderen Glücksspielen um Geld mit Blick auf die Vielzahl der Spielmöglichkeiten nur so lange abzugrenzen, als es konstant und rechtssicher gehandhabt wird. Zwar wäre methodisch eine Abweichung von der bisherigen (auf Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck beruhenden) Auslegung möglich, doch müssten sich hierfür die gesellschaftlichen Realitäten derart geändert haben, dass sich der ursprüngliche Normsinn bei gleichbleibendem Verständnis nicht mehr verwirklichen liesse (BGE 125 II 192 E. 3g). Dies ist nicht der Fall: Bei der Unterscheidung der Lotterien von den (anderen) Glücksspielen aufgrund des Kriteriums der Planmässigkeit geht es um die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen, weshalb die veränderten Umstände dieses Verhältnis betreffen müssten, d.h. sie müssten die eine oder die andere Körperschaft nicht mehr als geeignet erscheinen lassen, die ihr vom Gesetzgeber anvertraute Aufgabe zu lösen. Solche veränderte Umstände sind hier nicht ersichtlich; verändert haben sich das spielerische Umfeld und die spielerischen Bedürfnisse, was die Kompetenzabgrenzung nicht berührt. Das Bedürfnis der Rechtssicherheit und der Transparenz gebietet deshalb, am bisherigen Abgrenzungsverständnis, wonach das Kriterium der Planmässigkeit den Ausschluss des eigenen Spielrisikos des Veranstalters verlangt, festzuhalten. Eine blosse Reduktion des (Geschäfts)Risikos genügt hierfür nicht, denn jeder Anbieter von Glücksspielen oder Buchmacherwetten trifft über Rückstellungen und aufgrund von Wahrscheinlichkeitsberechnungen geeignete Massnahmen, um sein Risiko zu minimieren und das Zufallselement auszugleichen. Das Spielrisiko kann im Rahmen des geltenden Rechts - eine andere gesetzliche Regelung vorbehalten, welche die vom Gesetzgeber allenfalls den heutigen Verhältnissen angepasste Wertentscheidung wiedergibt (vgl. BGE 136 II 291 E. 5.3.2) - nicht anderweitig beschränkt werden als durch einen detaillierten Gewinn- oder Trefferplan, d.h. eine klare Vorgabe der Preise, oder aber deren Beschränkung in einem auf dem Totalisatorenprinzip beruhenden Gewinnplan (gepoolte Einsätze pro Spiel und Gewinnausschüttung des Nettobetrags nach Abzug von Aufwand und Take- out). Der Gewinn des einen Lotteriespielers muss regelmässig die Chance des anderen auf einen solchen beeinflussen. Jackpotsysteme auf der Gewinnseite sind dabei aber nicht von vornherein

ausgeschlossen, soweit sie im Rahmen des Take-outs eines moderaten Glücksspiels auf eine nächste Spielrunde übertragen werden.

5.

5.1 "Wingo" sprengt - wie das EJPD zu Recht einwendet - diesen Rahmen: Es wird grundsätzlich zu festen Quoten gespielt, was eher dem Buchmacher- als dem Totalisatorenprinzip entspricht. Solche Glücksspiele und Wetten sind nach dem geltenden Lotteriegesetz unzulässig (vgl. Art. 33 und 34 LG) - dies unabhängig davon, ob, wie die Comlot und die Beschwerdegegnerin geltend machen, diese im Ausland angeboten werden dürfen oder nicht. Zwar hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die Art, in der das Spielrisiko ausgeschlossen wird, auch vom Typ der Veranstaltung abhängt; bei einer wöchentlich veranstalteten Zahlenlotterie könnten andere Massnahmen erforderlich sein als bei einem Wettbewerb (BGE 123 IV 175 E. 2c). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass das vorliegend zu beurteilende System, welches das Risiko begrenzt, jedoch nicht im Sinne der Rechtsprechung ausschliesst, den Anforderungen des Begriffs der Planmässigkeit genügt: "Wingo" sieht eine Ziehung alle fünf Minuten vor und dies an sieben Tagen pro Woche, womit wegen des Spielrhythmus nicht mehr gesagt werden kann, es sei moderat. Im Rahmen der einzelnen Ziehung (zufallsgesteuerte Ermittlung des Gewinns nach Einsatz der Leistung vor erneutem Einsatz), auf die es im Glücksspielbereich

regelmässig ankommt (vgl. BGE 136 II 291 E. 5.2.1; vgl. Art. 29 der Verordnung des EJPD vom 24. September 2004 über Überwachungssysteme und Glücksspiele [SR 935.521.21]), führen die festen Quoten dazu, dass die Veranstalterin ihr Risiko nicht mehr abschätzen kann. Sie ist unter Umständen verpflichtet, mehr auszuschütten, als sie als Spielsumme eingenommen hat. Der Ausgleich erfolgt gestützt auf eine Wahrscheinlichkeitsrechnung über die hohe Anzahl von Ziehungen. Die angegebenen Auszahlungsquoten beruhen als Durchschnittswerte auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen (”Gesetz der grossen Zahlen”). Dies genügt den in der Rechtsprechung festgelegten Voraussetzungen jedoch nicht, zumal an den einzelnen Ziehungen regelmässig nicht die gleichen Spieler beteiligt sind, womit das von der Expertenkommission ins Auge gefasste Kriterium der ”Schicksalsgemeinschaft” unter den Teilnehmern an den einzelnen Ziehungen weitgehend entfällt. Das Bundesgericht hat das geltende Recht anzuwenden; soll dieses geändert werden, weil es nicht mehr den heutigen Bedürfnissen oder ökonomischen Interessen entspricht,

hat dies unter Abwägung aller Aspekte im demokratischen Gesetzgebungsverfahren und nicht über eine Anpassung der Rechtsprechung zu geschehen (vgl. BGE 134 II 223 E. 4.2 S. 234).

5.2 Hieran ändert - entgegen der Ansicht der Vorinstanzen - auch Ziffer 12.5 des Spielreglements für ”Wingo” nichts: Danach wird ein allenfalls fehlender Gewinnbetrag dem Gewinnrückstellungsfonds von 2 Millionen Franken entnommen, sollte ein Ziehungsergebnis dazu führen, dass im Einzelfall nicht alle Gewinne aus den getätigten Einsätzen honoriert werden können. Reichen die Summe der Einsätze und der Gewinnrückstellungsfonds nicht aus, um alle Gewinne zu finanzieren, werden die Gewinnsummen angepasst, indem die auszubezahlenden Gewinnbeträge dem zur Verfügung stehenden Betrag (Summe aus getätigten Einsätzen und Gewinnrückstellungen) entsprechend proportional gekürzt werden. In beiden Fällen wird der Gewinnrückstellungsfonds anschliessend wieder mit einem Abzug von 5 % des Einsatzes jeder Ziehung bis zum Betrag von 2 Mio. Fr. geäufnet. Dies verändert indessen die Zufälligkeit des von der Veranstalterin eingegangenen Risikos nicht. Sie finanziert den Gewinnrückstellungsfonds vor, dessen Inhalt im schlimmsten Fall vollumfänglich für sie verlorengehen kann. Zwar soll der Fonds über ordentliche Abzüge von 5 % auf den Einsätzen aller Spieler finanziert bzw. refinanziert werden (vgl. Ziff. 12.2). Er entsteht damit aber erst über mehrere Ziehungen hinweg, was den zulässigen Rahmen des geltenden Rechts sprengt. Zwar können die Gewinnsummen in der einzelnen Ziehung auch reduziert werden; aber selbst in dieser Situation wurde der Anteil des verwendeten Ausgleichsfonds mit Geldern geäufnet, die nicht aus dem Spieleinsatz der konkreten Ziehung stammen. Das EJPD weist zu Recht darauf hin, dass in diesem Fall der Einsatz in zukünftigen Spielen zugunsten früherer übermässiger Gewinne reduziert werden muss, womit keine Verteilung des Einsatzes der tatsächlich an der konkreten nächsten Ziehung beteiligten Spieler erfolgt und die Gewinnausschüttungen dieses Spiels vom Ausgang der vorherigen Ziehungen abhängig gemacht werden. Bei ”Wingo” tritt der Einzelspieler bei einer Gesamtsicht deshalb nur noch indirekt gegen die anderen Spieler an. In erster Linie spielt er im Buchmachersystem gegen die Veranstalterin, die sich ihr Risiko im Umfang von 2 Mio. Fr. teilweise durch Dritte - die Teilnehmer an anderen Ziehungen - abgelten lässt. Dies ist mit dem historischen Begriff der Planmässigkeit und dessen Beschränkungswirkung für Veranstalter und Spieler nicht vereinbar. Es erscheint

auch zweifelhaft, ob bei einer Lottoveranstaltung mit Ziehungen alle fünf Minuten an sieben Tagen pro Woche bei einem möglichen Maximaleinsatz von Fr. 4’000.-tatsächlich noch von einem ”moderaten” Geldspiel

gesprochen werden kann.