Urteilskopf

95 I 70

11. Urteil vom 14. Februar 1969 i.S. Lüscher gegen Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Regeste (de):
Bundesgesetz über die Spielbanken.

1. Ein Spielapparat darf nicht aufgestellt werden, bevor er vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement oder auf Beschwerde hin vom Bundesgericht für zulässig erklärt worden ist (Erw. 1).

2. Die Bewilligung ist nur zu erteilen, wenn der Spielausgang in unverkennbarer Weise mindestens vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht. Wie ist der Kreis der Personen abzugrenzen, auf deren Erfolgsaussichten es ankommt? Präzisierung der Rechtsprechung (Erw. 2).

3. Das Departement hat vor dem Entscheid den Sachverhalt, insbesondere den Spielvorgang, vollständig und genau festzustellen (Erw. 3, 4).

Regeste (fr):
Loi fédérale sur les maisons de jeu.

1. Aucun appareil servant au jeu ne peut être installé avant d'avoir été déclaré admissible par le Département fédéral de justice et police ou, sur recours, par le Tribunal fédéral (consid. 1).

2. L'autorisation ne doit être accordée que si, de manière incontestable, l'issue du jeu dépend uniquement ou essentiellement de l'adresse du joueur. Cercle des personnes dont les chances de succès doivent être prises en considération. Précision apportée à la jurisprudence (consid. 2).

3. Le Département doit, avant de statuer, déterminer exactement et complètement l'état de fait, en particulier le déroulement du jeu (consid. 3, 4).

Regesto (it):
Legge federale sulle case da gioco.

1. Un apparecchio da gioco non può essere installato prima che il Dipartimento federale di giustizia e polizia o, su ricorso, il Tribunale federale, non l'abbiano dichiarato ammissibile (consid. 1).

2. L'autorizzazione deve essere accordata solo se l'esito della giocata dipende, incontestabilmente, almeno in misura preponderante dalla destrezza del giocatore. Come deve essere delimitata la cerchia delle persone delle cui possibilità di vincita bisogna tener conto? Precisazione della giurisprudenza (consid. 2).

3. Prima di statuire, il Dipartimento deve determinare esattamente e completamente lo stato di fatto, in particolare il modo in cui si svolge il gioco (consid. 3 e 4).

Sachverhalt ab Seite 71

A.- Mit Entscheid vom 17. Juli 1968 hat das eidg. Justiz- und Polizeidepartement das Aufstellen und Inbetriebsetzen des ihm von Hans Lüscher vorgeführten Spielapparates "STOP-FIT" gestützt auf Art. 3 des Bundesgesetzes über die Spiel banken vom 5. Oktober 1929 (SBG) verboten. Der Apparat und der Spielvorgang werden im Entscheid wie folgt beschrieben: "Der Spielapparat "STOP-FIT" ist ein Wandgerät und hat die Form eines Kastens von 73 cm Höhe, 48 cm Breite und 17 cm Tiefe. Die Frontseite besteht im wesentlichen aus einer rechteckigen bemalten Glasplatte. In der Mitte ist die Glasplatte durchsichtig und bildet eine Art Fenster. Dessen Rahmen besteht aus achtzehn auf einer gebrochenen Linie in gleichmässigen Abständen angeordneten kleinen, kreisrunden, verschiedenfarbigen, mehr oder weniger lichtdurchlässigen, auf die Platte gemalten Feldern. In jedem davon ist eine Zahl sichtbar. Die Folge dieser Zahlen lautet, im Uhrzeigersinn:
Farbe des
Feldes*: w r b gr g r b g gr w r gr g b w r gr g
6 2 5 1 4 3 6 2 5 0 4 3 6 2 5 1 4 3
r = rot, w = weiss, gr = grün, b = blau, g = gelb
Im Zentrum des Fensters hinter dem Glas ist auf einer drehbaren Achse eine kreisrunde, gelbe Scheibe von 15 cm Durchmesser befestigt, über deren Rand das Ende eines ebenfalls fest auf der Achse sitzenden Zeigers, welches die Form einer Pfeilspitze hat, hinausragt. Auf der Scheibe steht in schwarzen Buchstaben der Name "STOP-FIT". Auf dem

Frontglas ist ein schwarzer Kreis so aufgemalt, dass er für die dahinter befestigte drehbare Scheibe einen schwarzen Rand bildet. Unterhalb der Glasplatte befinden sich die Münzausgabeschale und auf beiden Seiten davon je ein Bedienungsknopf. Beide Knöpfe können wahlweise zum Stoppen verwendet werden. Nach Einwurf von 20 Rappen in die Münzöffnung auf der rechten Schmalseite des Kastens dreht die von hinten beleuchtete Scheibe samt der Pfeilspitze ca. 2,5 Sekunden lang. Währenddessen visiert der Spieler eine Zahl an und versucht, vom Augenblick an, da unten auf der Glasplatte das Wort "Stop" aufleuchtet, durch Druck auf einen der beiden Bedienungsknöpfe die Scheibe so zu stoppen, dass die Pfeilspitze, sobald die Scheibe stillsteht, auf die anvisierte Zahl zeigt. Die für das Stoppen verfügbare Zeit beträgt ungefähr 1,3 Sekunden. Dieser Vorgang wiederholt sich noch zweimal. Die Zahl, auf die die Pfeilspitze nach jedem Spieldrittel zeigt, wird automatisch registriert. Eine im obern Teil der Glasplatte aufgemalte Skala weist zwei waagrechte Reihen kleiner, rechteckiger Felder in weisser Farbe mit den roten Zahlen 1, 2, 3, 4, 5 bzw. 14, 15, 16, 17, 18 sowie zwei senkrechte Reihen kleiner rechteckiger Felder in gelber Farbe mit den schwarzen Zahlen 10, 11, 12, 13 bzw. 6, 7, 8, 9 auf. Nach dem ersten Gang wird auf der Skala die Zahl angezeigt, die registriert wurde. Nach dem zweiten Gang erscheint auf der Skala die Summe der beim ersten und zweiten Gang und nach dem dritten Gang die Summe der in den drei Gängen registrierten Zahlen. Wenn die Summe der in den drei Gängen erzielten Zahlen einer der Zahlen entspricht, die in den Feldern mit gelbem Grund angegeben sind, ist das Spiel verloren; andernfalls gewinnt der Spieler den Betrag, der unterhalb bzw. oberhalb der Zahlen in den Feldern mit weissem Grund angegeben ist. Der Gewinn beträgt bei einer Zahlensumme von
1 Fr. 2.- 14 Fr. -.20
2 Fr. 2.- 15 Fr. -.40
3 Fr. 1.60 16 Fr. -.80
4 Fr. -.80 17 Fr. 1.60
5 Fr. -.40 18 Fr. 2.- Bei ungünstiger Zahlenfolge in den zwei ersten Gängen hat der Spieler die Möglichkeit, im dritten Gang mit der Zahl

Null 40 Rappen zu gewinnen. Erzielt er dreimal die Null, erhält er Fr. 2.- ausbezahlt. Angesichts dieses Gewinnplans wird der Spieler versuchen, durch Auswahl geeigneter Zahlen in erster Linie zu erreichen, dass die Summe der drei Zahlen so hoch oder so tief als möglich ist." Das Departement führt zur Begründung seines Entscheids aus, der Spieler müsste, um ein von ihm vorausbestimmtes Ergebnis erzielen zu können, den sich drehenden Zeiger verfolgen und im geeigneten Augenblick zum Halten bringen können. Das sei aber selbst einem versierten, technisch begabten, rasch reagierenden Spieler nicht möglich, da der Zeiger sich "viel zu schnell" bewege. Jedermann sehe schon nach wenigen Spielversuchen ein, dass ihm auch grosse Aufmerksamkeit nicht helfe, und werde alsbald versucht sein, das Spiel blind zu betreiben. Unter diesen Umständen könne nicht gesagt werden, dass der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend von der Geschicklichkeit abhänge.

B.- Gegen diesen Entscheid erhebt Hans Lüscher Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, ihm das Aufstellen und den Betrieb des Spielapparates "STOP-FIT" zu bewilligen. Er macht geltend, der angefochtene Entscheid verletze Art. 3 SBG. Das Gerät "STOP-FIT" sei praktisch identisch mit dem Apparat "GO-AND-STOP", den das Bundesgericht im Urteil vom 1. März 1968 i.S. Polymat-Automaten AG für zulässig erklärt hat. Auf Grund dieses Urteils müsse auch im vorliegenden Fall die Bewilligung erteilt werden. Nach dem Gesetz habe das Departement (und auf Beschwerde hin das Bundesgericht) bloss festzustellen, ob ein bestimmter Spielvorgang zulässig sei oder nicht. Auf einen Entscheid, der diese Frage für einen Spielapparat bejahe, könne sich jedermann berufen, der ein im wesentlichen gleich funktionierendes Gerät aufstellen und in Betrieb setzen wolle. Es sei nicht der Sinn der gesetzlichen Ordnung, dass das Inbetriebsetzen eines Spielapparates auf jeden Fall solange verboten sei, als es nicht durch eine besondere Bewilligung (Polizeierlaubnis) zugelassen sei.

C.- Das Departement beantragt die Abweisung der Beschwerde.

D.- Der Apparat "STOP-FIT" ist dem Gerichtshof vorgeführt worden. Sodann hat das Departement auf Ersuchen

des Gerichts einen ergänzenden allgemeinen Bericht über die Prüfung und Beurteilung von Spielapparaten erstattet, zu dem der Beschwerdeführer hat Stellung nehmen können.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 35 BV und Art. 1 SBG sind die Einrichtung und der Betrieb von Spielbanken grundsätzlich verboten. Art. 2 SBG bestimmt, dass als Spielbank jede Unternehmung gilt, die Glückspiele betreibt (Abs. 1), d.h. Spiele, bei welchen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn in Aussicht steht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt (Abs. 2). Nach Art. 3 Abs. 1 SBG gilt das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten als Glückspielunternehmung, sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht. Gemäss Abs. 2 daselbst steht der Entscheid darüber, welche

Apparate unter diese Bestimmungen fallen, dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement zu. Gegen den Entscheid des Departements ist nach Art. 99 Ziff. VI lit. a OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. Das Departement legt diese Ordnung in ständiger Praxis in dem Sinne aus, dass ein Spielapparat erst aufgestellt werden dürfe, nachdem die Behörde ihn geprüft und für zulässig erklärt hat. Dagegen nimmt der Beschwerdeführer an, eine vorgängige amtliche Prüfung und Bewilligung sei nicht erforderlich; nach seiner Meinung hätte das Departement nur dann einen Entscheid zu fällen, wenn nach der Inbetriebsetzung eines Spielapparates dessen Zulässigkeit bestritten würde. Das Spielbankengesetz macht allerdings das Recht, einen Spielapparat aufzustellen, nicht ausdrücklich von einer vorgängigen Bewilligung der Behörde abhängig, doch muss nach seinem Sinn und Zweck angenommen werden, dass es in Art. 3 Abs. 2 eine solche Bewilligung verlangt. Es will das Publikum vor den Gefahren der Glückspiele schützen und verbietet daher grundsätzlich jede Unternehmung, die solche Spiele betreibt. Insbesondere untersagt es allgemein das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten, mit einer Ausnahme, die es in bestimmter Weise eng umschreibt (Art. 3 Abs. 1). Dürften irgendwelche Spielapparate ohne vorherige amtliche Bewilligung in Betrieb genommen werden, so könnte jedoch nicht verhindert werden, dass in vielen Fällen während geraumer Zeit mit Geräten gespielt würde, die den im Gesetz festgelegten Bedingungen

der Zulässigkeit nicht genügen. Dies will aber das Gesetz im Interesse der Allgemeinheit gerade verhüten, was erfordert, dass ein Spielapparat nur auf Grund einer vorgängigen amtlichen Bewilligung aufgestellt werden darf. Dass diese Bewilligungspflicht vom Gesetz gewollt ist, bestätigt die Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1929, wo ausgeführt wird, dass ein administrativer Entscheid über die Zulässigkeit eines Spielapparates vorgesehen werde, "damit im Zweifelsfalle die Interessenten sich danach richten und eine strafrechtliche Ahndung vermeiden können" (BBl 1929 I S. 374); denn damit wird vorausgesetzt, dass das amtliche Prüfungsverfahren der Inbetriebsetzung des Spielapparates vorauszugehen hat. Das Bundesgericht (Kassationshof) hat denn auch bereits im Sinne der Auffassung des Departements entschieden; es hat demgemäss festgestellt, dass schon das Aufstellen eines Spielapparates ohne vorherige amtliche Bewilligung als Übertretung des Spielbankengesetzes geahndet werden kann (Urteil vom 14. Mai 1934 i.S. Bundesanwaltschaft gegen Mathey und Zehfus, nicht publiziert). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten, da sie dem Sinn des Gesetzes entspricht. Die Meinung des Beschwerdeführers, dass ein Entscheid, der einen bestimmten Spielapparat für zulässig erklärt, auch für alle im wesentlichen gleich funktionierenden Apparate gelte, ist somit unbegründet; sie ist nicht vereinbar mit der gesetzlichen Ordnung, wonach ein Apparat nicht in Betrieb gesetzt werden darf, bevor er von der Behörde geprüft und zugelassen worden ist. Eine vom Departement oder auf Beschwerde hin vom Bundesgericht erteilte Bewilligung gilt zwar nicht nur für das geprüfte, sondern auch für andere Geräte, jedoch nur für solche, welche mit jenem im Bau, im Aussehen und in der Funktionsweise übereinstimmen.

2. Nach Art. 3 Abs. 1 SBG ist ein Spielapparat nicht immer schon dann zuzulassen, wenn die Geschicklichkeit des Spielers neben anderen Faktoren den Spielausgang beeinflusst oder beeinflussen kann. Vielmehr muss der Spielerfolg auf der Geschicklichkeit beruhen, sei es ganz oder wenigstens vorwiegend, und zwar in unverkennbarer Weise. Die übrigen Faktoren, besonders der Zufall, müssen ihr gegenüber zurücktreten. Verboten ist das Aufstellen aller Apparate, bei denen dies unverkennbar nicht zutrifft. Das ergibt sich klar aus der deutschen und italienischen Fassung des Art. 3 Abs. 1 SBG,

wonach das Aufstellen von Spielapparaten als verbotene Glückspielunternehmung gilt, "sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht", "se non risulta incontestabilmente che l'esito della giuocata dipende esclusivamente o in modo preponderante dalla destrezza del giuocatore". Die französische Fassung des Nebensatzes - "s'il est incontestable que l'issue du jeu ne dépend pas uniquement ou essentiellement de l'adresse" - ist ungenau und irreführend. Wörtlich verstanden, würde sie bedeuten, dass ein Spielapparat immer schon dann aufgestellt werden dürfte, wenn der Einfluss der Geschicklichkeit auf den Spielausgang zweifelhaft ("contestable") wäre. Das ist offensichtlich nicht der Sinn des Gesetzes. Der französische Text ist so zu verstehen, wie wenn er - entsprechend der deutschen und der italienischen Fassung - etwa lautete: "...si, d'une manière incontestable, l'issue du jeu ne dépend pas uniquement ou essentiellement de l'adresse." Das Bundesgericht hat von jeher angenommen, dass bei der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 SBG auf die Fähigkeit des "Durchschnittspublikums" zu erfolgreichem Spielen abzustellen sei (BGE 56 I 296ff., 303 ff., 308 ff., 386 f.;BGE 58 I 139f. und seitherige, nicht veröffentlichte Urteile). An dieser Auslegung ist grundsätzlich festzuhalten. Sie entspricht der Absicht des Gesetzgebers, der die "Durchschnittserfahrung des Lebens" in Betracht gezogen wissen will (Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1929, BBl 1929 I S. 370, 372, 373; StenBull 1929 StR S. 277, Votum Brügger), und ist sachlich gerechtfertigt. In der Tat muss für den Entscheid darüber, ob ein Spiel Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel sei, massgebend sein, wie es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vor sich geht (BGE 56 I 297). Hiezu hat das Bundesgericht in den letzten Urteilen ausgeführt: "Es kommt darauf an, ob für den Durchschnittsspieler, der auf einen Spielerfolg, also eine bestimmungsgemässe Verwendung des Apparates, eingestellt ist, in unverkennbarer Weise die Geschicklichkeit den Ausschlag gibt. Unerheblich ist, welche Aussichten auf Erfolg die Spieleinrichtung einem Spieler darbietet, der ungewöhnlich gewandt oder geübt ist oder mit Sachkenntnissen an den Apparat herantritt, welche beim Publikum im allgemeinen nicht vorausgesetzt werden können oder nicht vorhanden sind" (nicht publizierte Urteile

Stöckli vom 8. Oktober 1965 und 17. März 1967, Kobi vom 1. März 1968, Polymat-Automaten AG vom 1. März 1968). Diese Abgrenzung erweist sich indessen nicht als völlig befriedigend. Allerdings kann eine besondere Geschicklichkeit, die nur durch längeres Üben an dem Spielapparat erlangt werden kann, nicht massgebend sein; denn im allgemeinen ist der grössere, jedenfalls ein sehr grosser Teil des spielenden Publikums nicht in der Lage, diese Übung zu erwerben (BGE 56 I 303f.). Ebensowenig kann in Betracht kommen, welche Erfolgsaussichten ein Spieler hat, dem die Konstruktion und die Funktionsweise des Apparates von vornherein näher bekannt sind, wie dies für Personen, die das Gerät hergestellt haben oder es der Behörde vorführen, in der Regel zutreffen wird; denn das Durchschnittspublikum tritt an den Apparat ohne solche Kenntnisse heran. Ein Durchschnittsspieler ist weder ungewöhnlich geübt noch mit der Spieleinrichtung von vornherein besonders vertraut. Anderseits aber ist zu beachten, dass wohl die meisten Menschen einzelne oder alle Eigenschaften - Auffassungsgabe, Reaktionsfähigkeit, Selbstbeherrschung usw. -, die für ein geschicktes Handeln erforderlich sind, in mehr oder weniger hohem Masse besitzen. Der geschickte Spieler hat diese Qualitäten in einem überdurchschnittlichen Grade; das liegt im Begriff der Geschicklichkeit. Massgebend sind daher die Erfolgsaussichten von Spielern, welche die Eigenschaften, auf die es ankommt, in höherem Grade besitzen als die gewöhnlichen Spielliebhaber. Ausser Betracht zu lassen sind freilich die Chancen des eigentlichen "Spielkünstlers", d.h. eben des Spielers, der eine ausserordentliche Geschicklichkeit nur durch längeres Üben oder dank besonderer Vertrautheit mit der Spieleinrichtung hat erlangen können (vgl.BGE 56 I 297). Wenn auf die Erfolgsaussichten der nur wenig oder nur mittelmässig gewandten Spieler abzustellen wäre, könnte dies dazu führen, dass nur solche Spielapparate zuzulassen wären, deren Betrieb sich für die Veranstalter nicht lohnen würde, so dass die in Art. 3 Abs. 1 SBG vorgesehene Ausnahme keine Berechtigung mehr hätte. Die Rechtsprechung, welche die Chancen des "ungewöhnlich gewandten Spielers" als unerheblich erklärt, ist im Sinne dieser Ausführungen zu

präzisieren.

3. Bevor das Departement über die Anwendung des Art. 3 SBG entscheidet, muss es den Sachverhalt vollständig

BGE 95 I 70 S. 78

und genau feststellen. Andernfalls läuft es Gefahr, Irrtümer zu begehen oder das Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu verletzen, zwingt es im Falle der Weiterziehung seines Entscheides das Bundesgericht zu ergänzenden Untersuchungen oder zur Rückweisung der Sache und erschwert es die Aufgabe der Amtsstellen, welche zu prüfen haben, ob die in Betrieb gesetzten Spielapparate mit den für zulässig erklärten Geräten übereinstimmen. Zunächst ist das äussere Aussehen des Apparates zu beschreiben. Erforderlich sind insbesondere Angaben über die Sichtbarkeit der Bestandteile, auf die der Spieler sein Augenmerk zu richten hat (Anordnung der Zahlen, Farben der die Zahlen umgebenden Felder usw.). Sodann sind die Funktionsweise des Apparates und die Spielregeln festzuhalten. Namentlicht ist festzustellen, welche Reaktionszeit dem Spieler zur Verfügung steht und mit welcher Geschwindigkeit die Bestandteile (Pfeilspitzen, Walzen usw.), auf deren Drehung er zu achten hat, sich bewegen. Dafür genügen unbestimmte Bewertungen (”viel zu schnell” und dgl.) nicht, sondern es sind genaue ziffermässige Angaben notwendig; ist es doch nach den eigenen Erklärungen des Departementes leicht möglich, die Einrichtung eines Apparates so zu verändern, dass die Umlaufgeschwindigkeit herabgesetzt oder erhöht wird. Das Departement ist zweifellos in der Lage, die meisten dieser Feststellungen selber vorzunehmen. Wenn es die Reaktionszeit und die Umlaufgeschwindigkeit nicht selbst messen kann, so wird es einen technischen Dienst der Verwaltung, der dazu imstande ist, in Anspruch nehmen. Es wird seinen Entscheid auf die festgestellten Tatsachen und die Erfahrung des Lebens stützen. Ein Gutachten braucht es nicht einzuholen (BGE 56 I 297, 305 oben). Nötigenfalls wird es Durchschnittsspieler (im Sinne der Erw. 2 hiervor) beiziehen und sie mit dem Apparat im Beisein eines sachkundigen Beamten spielen lassen.

4. Im vorliegenden Fall sind die Feststellungen des angefochtenen Entscheids über die Funktionsweise des Spielapparates lückenhaft. Die dem Spieler zur Verfügung stehende Reaktionszeit ist nicht genau gemessen, sondern lediglich geschätzt worden. Auch die Annahme des Departements, die Pfeilspitze bewege sich ”viel zu schnell”, als dass die Geschicklichkeit des Spielers für den Spielverlauf ausschlaggebend

BGE 95 I 70 S. 79

sein könnte, stützt sich nicht auf eine genaue Messung, sondern beruht auf einem blossen Eindruck. Die erforderlichen Messungen sind nachzuholen. Die Angelegenheit ist daher an das Departement zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen und zur neuen Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen zurückzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.