



## **Urteil vom 6. September 2013**

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger,  
Richter Philippe Weissenberger,  
Gerichtsschreiber Alexander Schaer.

---

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
2. **B.** \_\_\_\_\_ **GmbH**,  
beide vertreten durch Dr. iur. René Müller, Fürsprecher,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK**,  
Eigerplatz 1, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Vorführungspflicht und vorsorgliche Massnahmen im  
Qualifikationsverfahren des Geldspielautomaten "Hot Time".

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 12. März 2013 stellte die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK (Vorinstanz) fest, dass der Geldspielautomat "Hot Time" vom im Straf- bzw. Einziehungsverfahren (...) beschlagnahmten Typ der Vorführungspflicht nach Art. 61 der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken vom 24. September 2004 (Spielbankenverordnung, VSBG, SR 935.521) unterliegt (Dispositiv-Ziff. 1). Sie untersagte A. \_\_\_\_\_ sowie der B. \_\_\_\_\_ GmbH (Beschwerdeführende) bzw. den Organen Letzterer unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall, während der Dauer des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid Geräte des Typs "Hot Time" aufzustellen und zu betreiben, sei es durch sie selbst oder durch Dritte (Dispositiv-Ziff. 2). Im Weiteren wurden die Beschwerdeführenden aufgefordert, der Vorinstanz einen Geldspielautomaten "Hot Time" vom im Strafverfahren (...) beschlagnahmten Typ sowie die Unterlagen gemäss Art. 2 der Verordnung des EJPD über Überwachungssysteme und Glücksspiele vom 24. September 2004 (Glücksspielverordnung, GSV, SR 935.521.21) einzureichen (Dispositiv-Ziff. 3). Einer Beschwerde gegen die Verfügung, deren Kosten im Endentscheid festgelegt werden (Dispositiv-Ziff. 4), wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositiv-Ziff. 5).

**B.**

Mit Beschwerde vom 2. April 2013 gelangten die Beschwerdeführenden an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass der entsprechende Geldspielautomat aufgrund von Art. 62 lit. b VSBG nicht der Vorführungspflicht unterliegt und im Weiteren unklar sei, wer Adressat der angefochtenen Verfügung sei. Daher müsse die Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz für nichtig erklärt werden.

**C.**

Mit Vernehmlassung vom 16. Mai 2013 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde und deren Anträge, soweit darauf einzutreten sei, abzuweisen. So entspreche der betreffende Geldspielautomat nicht dem bereits vorgeführten und mit Feststellungsverfügung vom 13. Dezember 2005 qualifizierten Geschicklichkeitsautomaten. Vielmehr handle es sich um ein noch nicht vorgeführtes, ungeprüftes Gerät, wodurch Art. 62 lit. b VSBG keine Anwendung finde. Auch hätten die Beschwerdeführenden den Nachweis der Typen- und Softwareidentität nicht erbringen können. Schliesslich

komme beiden Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu, es seien die entsprechenden Schriftstücke (inkl. der angefochtenen Verfügung) jeweils an beide Adressaten gerichtet gewesen und es seien daher auch beide Beschwerdeführende kumulativ zur Beschwerde berechtigt.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, dass der entsprechende Geldspielautomat aufgrund von Art. 62 lit. b der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken vom 24. September 2004 (Spielbankenverordnung, VSBG, SR 935.521) nicht der Vorführungspflicht unterliegt und im Weiteren unklar sei, wer Adressat der angefochtenen Verfügung sei. Daher müsse die Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz für nichtig erklärt werden.

**1.2** Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund kommt namentlich die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in Betracht. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (BGE 132 II 342 E. 2.1 mit Hinweisen). Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkung und kann daher auch nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sein. Auf eine Beschwerde wäre daher in einem solchen Fall nicht einzutreten, die Nichtigkeit der Verfügung jedoch im Dispositiv festzustellen (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.3 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden keinerlei Nichtigkeitsgründe ersichtlich. So ist hinsichtlich der Adressaten der Verfügung anzumerken, dass gemäss eigenen Aussagen (vgl. Schlussprotokolle im Einziehungsverfahren [...]) A. \_\_\_\_\_ Aufsteller und die B. \_\_\_\_\_ GmbH, deren Geschäftsführer A. \_\_\_\_\_ ist, Eigentümerin des betreffenden Geldspielautomaten ist. Die Vorführungspflicht im Sinne von Art. 61 Abs. 1 VSBG traf denn auch beide: A. \_\_\_\_\_ als diejenige natürliche Person, die den betreffenden Geldspielautomaten als Aufsteller physisch in Verkehr setzte und die B. \_\_\_\_\_ GmbH, welche

die Inverkehrsetzung ihres Eigentums durch ihr geschäftsführendes Organ zumindest duldete und daraus gemäss eigenen Aussagen in der Form einer Ertragsteilung mit dem Geschäftsführer des betreffenden Spielsalons einen materiellen Vorteil erzielte (vgl. Schlussprotokolle im Einziehungsverfahren [...]; vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Bundesgerichts 6B\_770/2010 vom 28. Februar 2011 E. 2.3.3). Die angefochtene Verfügung – wie im übrigen auch bereits der Verfügungsentwurf vom 5. Februar 2013 (vgl. act. [...]) – richtete sich zudem offenkundig an beide Beschwerdeführenden (vgl. auch Dispositiv-Ziff. 6) wodurch denn auch beiden Beschwerdeführenden Parteistellung zukommt.

Auch war die Vorinstanz zuständig für den Erlass der angefochtenen Verfügung: Gemäss Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken vom 18. Dezember 1998 (Spielbankengesetz, SBG, SR 935.52) i.V.m. Art. 61 ff. VSBG ist die Vorinstanz unter anderem für die Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Bereich der Geldspielautomaten sowie für deren Bewilligung zuständig. Sie hat bei Verletzungen des Spielbankengesetzes oder sonstigen Missständen die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Massnahmen zu ergreifen und kann in diesem Zusammenhang insbesondere auch für die Zeit der Untersuchung vorsorgliche Massnahmen anordnen (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 2 SBG, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8248/2008 vom 4. Juni 2009 E. 3.2.2). Auch der Entscheid, ob es sich beim betreffenden Geldspielautomaten um ein bereits vorgeführtes Gerät handelt, obliegt der Vorinstanz (vgl. Art. 64 Abs. 1 Satz 1 VSBG). Sie hat in diesem Zusammenhang von Amtes wegen eine Überprüfung des Geldspielautomaten sowie der eingereichten Unterlagen anzuordnen, wenn genügend Hinweise dahingehend gegeben sind, dass eine Rechtsverletzung vorliegen könnte (vgl. Art. 64 Abs. 1 Satz 2 VSBG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 und 2 SBG; vgl. nachfolgend auch E. 2.2.3).

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Bei der Verfügung vom 12. März 2013 handelt es sich um eine selbstständig eröffnete Zwi-

schenverfügung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.1). Selbstständig eröffnete Zwischenverfügungen gelten vorbehaltlich Art. 45 Abs. 1 VwVG nur dann als anfechtbare Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. Art. 46 Abs. 1 VwVG), was nachfolgend zu prüfen ist.

## **2.2**

**2.2.1** Eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde wäre nicht geeignet, sofort einen Endentscheid im Qualifikationsverfahren herbeizuführen, da die Qualifikation des betreffenden Geldspielautomaten, für welche die Vorinstanz erstinstanzlich zuständig ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.4), nach wie vor offen bliebe (vgl. E. 1.2). Es ist somit zu prüfen, ob die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirkt. Dieser muss nicht zwingend rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein. Das schutzwürdige Interesse kann namentlich wirtschaftlich begründet sein sowie der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entsprechen, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 46 Rz. 6 f. mit Hinweisen, ANDRÉ MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.47 mit Hinweisen, MARTIN KAYSER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 46 Rz. 11 mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die beschwerdeführende Partei substantiiert darzulegen hat, inwieweit ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, andernfalls auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. BGE 137 III 324 E. 1.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3 mit Hinweisen).

**2.2.2** Die Dispositiv-Ziff. 1 und 3 wenden die in Art. 61 Abs. 1 VSBG verankerte Pflicht, Geldspielautomaten der Vorinstanz vorzuführen, sowie

die in Art. 61 Abs. 2 und 3 VSBG i.V.m. Art. 2 der Verordnung des EJPD über Überwachungssysteme und Glücksspiele vom 24. September 2004 (Glücksspielverordnung, GSV, SR 935.521.21) vorgesehenen Massnahmen zur Verwirklichung der Vorführungspflicht auf den konkreten Fall an, ohne dass der Vorinstanz in diesem Zusammenhang ein Ermessensspielraum geblieben wäre (vgl. E. 1.2 sowie nachfolgend E. 2.2.3). Daraus entsteht den Beschwerdeführenden kein nicht wieder gutzumachender Nachteil (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3.2).

**2.2.3** Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung untersagt den Beschwerdeführenden bzw. ihren Organen unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall, während der Dauer des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid Geräte des Typs "Hot Time" aufzustellen und zu betreiben, sei es durch sie selbst oder sei es durch Dritte.

Zwischenentscheide über vorsorgliche Massnahmen sind grundsätzlich geeignet, einen nicht wieder gutzumachenden (insbesondere wirtschaftlichen) Nachteil zu bewirken, doch ist dies jeweils im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Vorliegend bringen die Beschwerdeführenden keinerlei Argumente dahingehend vor, dass ihnen durch das Aufstell- und Betriebsverbot ein nicht wieder gutzumachender (wirtschaftlicher) Nachteil droht, wodurch auf diesen Punkt, wie bereits ausgeführt, nicht einzutreten ist (vgl. E. 2.2.1).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-8248/2008 vom 4. Juni 2009 festgestellt hat, dass das öffentliche Interesse daran, dass Glücksspiele ausschliesslich in konzessionierten Spielbanken angeboten und Geldspielautomaten durch die Vorinstanz geprüft würden, als hoch einzustufen sei und allfälligen (wirtschaftlichen) Interessen von Beschwerdeführenden vorgehe (E. 4.1 f. sowie E. 3 des Zwischenentscheids vom 26. Februar 2009 im gleichen Verfahren; vgl. in diesem Zusammenhang auch den klar geäusserten Willen des Gesetzgebers, publiziert in der Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken vom 26. Februar 1997 [Spielbankengesetz, SBG], BBl 1997 III 145, 169 f.). So könne es nicht angehen, dass Beschwerdeführende einen Geldspielautomaten, der bis anhin noch von keiner Behörde geprüft worden sei, betrieben und dadurch unter Umständen Spiele anbieten würden, die ausserhalb von konzessionierten Spielbanken nicht erlaubt wären. Im Rahmen des hängigen Straf-

bzw. Einziehungsverfahren (...) sind die zuständigen Untersuchungsbeamten zum Schluss gekommen, dass das beschlagnahmte Gerät *nicht* dem mit Verfügung vom 13. Dezember 2005 als Geschicklichkeitsspiel qualifizierten Gerät entspreche (vgl. act. [...] bzw. Schlussprotokolle im Einziehungsverfahren [...]). Der Vorinstanz lagen damit genügend Anhaltspunkte vor, die es rechtfertigten, den entsprechenden Geldspielautomaten von Amtes wegen einer Überprüfung zu unterziehen. So verlangt nämlich die vorliegend einschlägige Ausnahme von der Vorführungspflicht, dass *derselbe* Geldspielautomat bereits vorgeführt wurde und die Betreiberin die Typen- und Softwareidentität mit dem vorgeführten Geldspielautomaten nachweisen kann (vgl. Art. 62 lit. b VSBG). Vorliegend berufen sich die Beschwerdeführenden unter Verweis auf das entsprechende Internetverzeichnis der Vorinstanz lediglich pauschal darauf, dass der betreffende Geldspielautomat bereits vorgeführt wurde, erbringen dabei aber insbesondere keine Nachweise für die Typen- und Softwareidentität. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich eine Qualifikationsverfügung stets auf ein bestimmtes Modell eines Geldspielautomaten bezieht und denn auch im Rahmen der Qualifikationsverfügung des Geldspielautomaten "Hot Time" festgehalten wurde, dass jede Änderung des Gerätes der Vorinstanz zur Prüfung und Bewilligung unterbreitet werden muss (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.2, Ziff. 4 der Feststellungsverfügung betreffend den Geldspielautomaten "Hot Time" vom 13. Dezember 2005, BBl 2005 7511). Aus dem Internetverzeichnis der Vorinstanz, in welchem nur Angaben zum Namen, zur Version sowie ein Photo des betreffenden Geldspielautomaten aufgeführt werden, kann denn auch mangels technischer Angaben nicht abgeleitet werden, dass bei einer Namensübereinstimmung auch eine vollständige Geräteübereinstimmung vorliegt.

**2.2.4** Auf die in Dispositiv-Ziff. 4 festgelegte Kostenregelung mit dem Endentscheid ist ebenfalls nicht einzutreten, da die Kostenregelung mit dem Endentscheid eine Folge des getroffenen Zwischenentscheids ist, zur Zeit keine Kosten auferlegt werden und die Kosten mit dem durch die Vorinstanz zu treffenden Endentscheid hiernach angefochten werden können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3.3).

**2.2.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Zwischenverfügung keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirkt und daher nicht selbstständig anfecht-

bar ist. Es liegt somit kein zulässiges Beschwerdeobjekt vor und auf die Beschwerde ist demnach nicht einzutreten.

### 3.

**3.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich die Prüfung einer allfälligen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

**3.2** Der Beweisantrag der Beschwerdeführenden auf Aktenbeizug aus dem Strafverfahren (...) ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da sich aus den Straf(verfahrens)akten von vornherein nichts entnehmen lassen könnte, das für die Frage der Beschwerdebefugnis vor Bundesverwaltungsgericht von Belang wäre.

### 4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten von Fr. 1'400.- den Beschwerdeführenden je zur Hälfte aufzuerlegen und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von je Fr. 2'000.- zu verrechnen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der die Verfahrenskosten übersteigende Betrag von je Fr. 1'300.- ist den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### 1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

#### 2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.- werden den Beschwerdeführenden je zur Hälfte auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von je Fr. 2'000.- verrechnet. Der die Verfahrenskosten übersteigende Betrag von je Fr. 1'300.- wird den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilagen: Rückerstattungsformulare)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Alexander Schaer

**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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift 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: 10. September 2013