



Abteilung II
B-6746/2012

Urteil vom 15. Januar 2013

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Frank Seethaler, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Patricia Egli.

Parteien

X. _____,
X. _____ Einzelfirma,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Martin Tobler,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,
Vorinstanz.

Gegenstand

Qualifikation der Geldspielautomaten Sputnik –
superprovisorisch verfügte vorsorgliche Massnahmen.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK (Vorinstanz) in der Vergangenheit mehrere Geräte des Typs Sputnik in verschiedenen Modellen als Geschicklichkeitsspielautomaten im Sinne von Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken vom 18. Dezember 1998 (Spielbankengesetz [SBG], SR 935.52) qualifizierte (vgl. dazu die Übersicht beurteilter Spielautomaten, abrufbar unter www.esbk.admin.ch > Dokumentation > Geschicklichkeitsspielautomaten),

dass die entsprechenden im Bundesblatt publizierten Verfügungen im Dispositiv die Pflicht enthalten, jede Änderung der Geräte vorgängig der Vorinstanz zur Prüfung und Bewilligung zu unterbreiten,

dass die Vorinstanz am 20. Dezember 2012 eine Kontrolle mehrerer Geräte des Typs Sputnik in der Spielbar "Y._____" in Z._____ vorgenommen und dabei festgestellt hat, dass bei einem Gerät eine Spielphase deaktiviert und bei anderen Geräten zusätzliche Spiele integriert worden waren,

dass die Vorinstanz gemäss Art. 48 SBG die Einhaltung der glücksspiel- und spielbankenrechtlichen Vorschriften überwacht und die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen erlässt,

dass die Vorinstanz bei Missständen oder Gesetzesverletzungen die Massnahmen anordnet, die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendig sind, wobei sie für die Zeit der Untersuchung auch vorsorgliche Anordnungen treffen kann (Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 SBG);

dass, wer einen Geschicklichkeits- oder einen Glücksspielautomaten (Geldspielautomaten) in Verkehr setzen will, ihn vor Inbetriebnahme der Vorinstanz vorführen muss (Art. 61 Abs. 1 der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken vom 24. September 2004 [Spielbankenverordnung, VSBG], SR 935.521)

dass die bei der Kontrolle vom 20. Dezember 2012 festgestellten Versionen der Geräte des Typs Sputnik auf Grund des veränderten Spielablaufes nicht den ergangenen Qualifikationsverfügungen entsprechen,

dass X._____, resp. die X._____ Einzelfirma, die kontrollierten Geräte in der Spielbar "Y._____" in Z._____ aufgestellt und damit in Ver-

kehr gebracht hat und ihn als Inverkehrsetzer daher die Pflicht trifft, die Geldspielautomaten vor deren Inbetriebnahme der Vorinstanz vorzuführen,

dass die Vorinstanz zur Sicherung des Verfahrens und der durch die Spielbankengesetzgebung geschützten öffentlichen und privaten Interessen mit superprovisorischer Verfügung vom 20. Dezember 2012 X._____ und der X._____ Einzelfirma unter Androhung einer Busse bis zu Fr. 500'000.– untersagte, während der Dauer des Verfahrens bis zum formell rechtskräftigen Entscheid Geldspielautomaten aller Typen Sputnik, unabhängig von Modell und Version, die noch nicht Gegenstand eines Qualifikationsverfahrens waren, zu betreiben, wobei das Verbot auch das Aufstellen und Betreiben lassen der Geräte durch Dritte namens und im Auftrag von X._____ und der X._____ Einzelfirma erfasst,

dass die Vorinstanz der Beschwerde gegen die superprovisorische Verfügung vom 20. Dezember 2012 die aufschiebende Wirkung entzog,

dass X._____ und die X._____ Einzelfirma mit Beschwerde vom 29. Dezember 2012 beim Bundesverwaltungsgericht beantragten, es sei die Nichtigkeit der von der Vorinstanz erlassenen Verfügung vom 20. Dezember 2012 festzustellen, eventualiter sei die Verfügung vollständig aufzuheben, subeventualiter sei die Verfügung insofern zu ändern, als die angedrohte Busse ersatzlos zu streichen sei,

dass in prozessualer Hinsicht beantragt wurde, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren und dem Rechtsvertreter sei Akteneinsicht zu gewähren und Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme einzuräumen,

dass X._____ den eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– fristgerecht am 10. Januar 2013 einbezahlt hat,

dass vor dem Bundesverwaltungsgericht nur diejenigen Personen, Organisationen und Behörden zur Beschwerde berechtigt sind, welche die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG erfüllen und darüber hinaus partei- und prozessfähig sind (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N 6),

dass die X. _____ Einzelfirma als Einzelfirma nicht partei- und prozessfähig ist, und insoweit die vorliegende Beschwerde im Namen der Einzelfirma erhoben worden sein sollte, darauf nicht einzutreten ist,

dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 des Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 beurteilt (VwVG, SR 172.021),

dass auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen als anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG gelten, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG),

dass eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde nicht geeignet wäre, sofort einen Endentscheid im Untersuchungsverfahren betreffend Qualifikation der Geldspielautomaten des Typs Sputnik herbeizuführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten zu ersparen, womit die Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG nicht gegeben sind,

dass auf die vorliegende Beschwerde daher nur einzutreten ist, falls dem Beschwerdeführer aus der angefochtenen superprovisorisch erlassenen Zwischenverfügung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG erwächst,

dass sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung bereits eingehend dazu geäussert hat, wann eine superprovisorische Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken kann und daher mit Beschwerde anfechtbar ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.4),

dass diesbezüglich in erster Linie entscheidend ist, ob bzw. innert welcher Frist die Vorinstanz im konkreten Einzelfall nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs über die Bestätigung, Modifizierung oder Aufhebung der superprovisorisch verfügten Massnahmen verfügen sollte, und ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie dies nicht zeitgerecht

tun wird oder gar bereits im Verzug ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.6),

dass über die Bestätigung von superprovisorischen Massnahmen unmittelbar nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. nach Eingang der Einwände der Betroffenen zu verfügen ist (vgl. das ähnlich gelagerte Urteil des Bundesgerichts 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004 E. 1.3.2),

dass die mit diesem Vorgehen verbundene vom Beschwerdeführer geltend gemachte kurzfristige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit nicht geeignet ist, den Beschwerdeführer in nicht wieder gutzumachender Weise zu benachteiligen,

dass darin allein, dass der Beschwerdeführer seine Einwände zuerst bei der Vorinstanz vorbringen muss und erst die dadurch erwirkte Verfügung – falls noch erforderlich – beim Bundesverwaltungsgericht anfechten kann, kein nicht wieder gutzumachender Nachteil gesehen werden kann, sofern keine Anhaltspunkte vorliegen, dass die Vorinstanz ihre Verfügung nicht zeitgerecht erlassen wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.8),

dass im vorliegenden Fall – insbesondere unter Berücksichtigung des schnellen Vorgehens der Vorinstanz am 20. Dezember 2012 und den nachfolgenden Feiertagen – keinerlei Anhaltspunkte dargetan oder ersichtlich sind, dass die Vorinstanz über die Bestätigung oder Nichtbestätigung ihrer superprovisorischen Massnahmen nicht unmittelbar nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs resp. nach Eingang der Einwände des Betroffenen verfügen wird,

dass sich nach dem Gesagten die angefochtene superprovisorische Zwischenverfügung als nicht selbständig anfechtbar erweist und auf die Beschwerde daher nicht einzutreten ist,

dass damit offen gelassen werden kann, ob ein nicht wieder gutzumachender Nachteil auch deshalb zu verneinen wäre, weil die angefochtene Verfügung – mit Ausnahme der Sanktionsandrohung im Widerhandlungsfall – lediglich die im Bundesblatt publizierte Qualifikationsverfügung der fraglichen "Sputnik"-Automaten vollzieht und keine neuen Pflichten aufstellt,

dass vorliegend die Einholung einer Vernehmlassung der Vorinstanz und der Beizug der Vorakten lediglich eine leere Formalität darstellen würden,

die im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot steht, weshalb darauf verzichtet wird (Art. 57 Abs. 1 VwVG),

dass die Beschwerdeschrift aber nach dem Gesagten an die Vorinstanz zu überweisen ist, damit sie die darin vorgebrachten Einwände des Beschwerdeführers prüfe und unverzüglich über die Bestätigung oder Nichtbestätigung ihrer bisher erst superprovisorisch verfügten Massnahme entscheide,

dass sich damit auch die Beurteilung der prozessualen Anträge des Beschwerdeführers erübrigt,

dass bei diesem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind, die gestützt auf Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG und Art. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.– festgelegt und mit dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– verrechnet werden,

dass angesichts des Verfahrensausgangs dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE) und der Vorinstanz kein Anspruch auf Parteientschädigung zusteht (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. Die Eingabe wird an die Vorinstanz überwiesen zur Fortführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen.

2.

Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde, vorab per Fax; Beilage: Doppel der Beschwerde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

Patricia Egli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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: 15. Januar 2013