



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 Volle Dose,
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 des Typs Volle Dose, u.a. gegen die X._____GmbH und A._____, eröffnet, bei deren Spiel gegen Leistung von finanziellen Einsätzen Gewinnmöglichkeiten angeboten werden. Die 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 erliess die Vorinstanz am 12. März 2013 eine Zwischenverfügung über ihre Zuständigkeit, stellte 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 sieben) Parteien das rechtliche Gehör dazu gewährt. Das Strafverfahren wurde am 24. Oktober 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 Volle Dose 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._____ hälftig einen Anteil von je Fr. 614.– von den Kosten für den im Verlaufe des Verfahrens ergangenen Zwischenentscheid, unter solidarischer Haftung für die Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 1'228.–, und von den Kosten für den Endentscheid je hälftig den Anteil von Fr. 2'333.90, unter solidarischer Haftung mit weiteren fünf Parteien für den Gesamtbetrag von Fr. 13'487.30, 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 20. 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 abzu-sehen, die Kosten des Zwischenentscheids sowie des Endentscheids an die Beschwerdeführenden auszufällen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen die Beschwerdeführenden die Wiederherstellung der auf-schiebenden Wirkung.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 23. Dezember 2013 hat das Bundesverwal-tungsgericht u.a. festgestellt, dass im Kostenpunkt die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen nicht entzogen werden könne. Ohne ge-genteilige Mitteilung der Beschwerdeführenden und der Vorinstanz innert Frist werde davon ausgegangen, dass Dispositiv-Ziff. 4 der angefochte-nen 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 Eingabe vom 23. Dezember 2013 haben die Beschwerdeführenden eine Verfügung der Vorinstanz vom 19. November 2013 eingereicht, mit welcher die angefochtene Verfügung im Kostenpunkt für den Endent-scheid (Dispositiv-Ziff. 3) wegen eines Schreibfehlers dahingehend be-richtigt worden ist, als ihnen in Korrektur des ursprünglichen Betrags je hälftig ein Anteil von Fr. 4'192.80 an den Verfahrenskosten auferlegt wor-den ist, unter solidarischer Haftung mit den übrigen fünf Parteien für den Gesamtbetrag von Fr. 13'487.30. Die Kosten für die neuerliche Verfügung würden zulasten des Bundes gehen. Die Beschwerdeführenden haben dagegen erneut Beschwerde erhoben und beantragt, die neue Dispositiv-Ziff. 3 sei aufzuheben und die Beschwerdeverfahren seien zu vereinigen.

F.

Mit Verfügung vom 27. Dezember 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die berichtigte Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung im vorliegenden Beschwerdeverfahren als mitangefochten gelte, weshalb der Antrag der Beschwerdeführenden auf Verfahrensvereinigung als gegenstandslos zu qualifizieren sei.

G.

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.

H.

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

I.

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 Verwaltungsgesetzes 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 rechtsgenügend 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 Kostenaufgabe im vorinstanzlichen Verfahren an die Beschwerdeführenden.

3.1 Die Beschwerdeführenden machen sinngemäss geltend, sie hätten kein Qualifikations- bzw. Unterstellungsverfahren angebeht bzw. veranlasst, seien stets der Auffassung gewesen, die Geräte würden der Lotteriesetzgebung unterstehen, und sie würden die Geräte seit Jahren nicht mehr betreiben, weshalb ihnen keine Kosten aufzuerlegen seien.

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.

3.3 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).

3.3.1 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).

3.3.2 Gemäss der eingereichten Kostenaufstellung verrechnete die Vorinstanz für das Verfahren bis zum Zwischenentscheid eine Arbeitszeit von 18,7 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 250.–. Das Verfahren betraf jedoch zu Beginn nebst dem Gerät des Typs Volle Dose auch einen anderen Gerätetyp (Hot Time). In das Verfahren betreffend den Gerätetyp Hot Time war eine dritte Partei involviert, so dass die Vorinstanz die Kosten, die ausschliesslich der dritten Partei zugeordnet werden konnten, den Beschwerdeführenden nicht berechnet und die Leistungen, die für beide Gerätetypen erbracht wurden, anteilmässig, d.h. hälftig, angerechnet hat. Dies ergibt einen Kostenanteil für die Beschwerdeführenden für das Verfahren betreffend beide Gerätetypen von Fr. 2'456.25. Mit Blick auf das gemeinsam für beide Gerätetypen geführte Zwischenverfahren wurden die Kosten für das Verfahren Volle Dose sodann halbiert (Fr. 1'228.13) und je hälftig unter den Beschwerdeführenden aufgeteilt (Fr. 614.06, gerundet Fr. 614.–). Die Aufstellung gibt im Übrigen detailliert Auskunft über den Zeitpunkt, den Urheber sowie die jeweils ausgeführte Arbeit und den dafür benötigten Zeitaufwand, weshalb sie den Anforderungen nach Art. 113 Abs. 1 VSBG i.V.m. Art. 2 ff. RKE standhält. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Leistungen der Vorinstanz und den erhobenen Gebühren von je Fr. 614.– ist nicht festzustellen.

3.3.3 Die Kosten für das Hauptverfahren werden von der Vorinstanz getrennt vom Verfahren betreffend den Gerätetyp Hot Time ausgewiesen. Demnach betrug der Zeitaufwand 52,05 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 250.–. Dies ergibt Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 13'012.50, welche auf sieben Parteien aufgeteilt worden sind (Kostenanteil von je Fr. 1858.90, gerundet). Den Beschwerdeführenden sind darüber hinaus Zusatzkosten für die von ihnen verursachte Korrespondenz bzw. deren Bearbeitung in der Höhe von Fr. 475.– berechnet worden. Dies ergibt für die Beschwerdeführenden zusammen einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 4192.80. Im Übrigen gilt dasselbe, wie bereits für das Zwischenverfahren Ausgeführte.

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

3.3.5 Die Verteilung der Verfahrenskosten unter den Beschwerdeführenden und im Verhältnis zu den weiteren fünf Parteien, die keine Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben haben, ist ferner nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführenden hätten als Inverkehrsetzer (Auf-

steller und Geräteeigentümerin) des Geldspielautomaten das Qualifikations- bzw. Unterstellungsverfahren einleiten müssen (vgl. E. 3.3.1), weshalb es sich rechtfertigt, ihnen die Kosten für das Zwischenverfahren je hälftig aufzuerlegen. Überdies ist den Beschwerdeführenden mit Zwischenverfügung vom 12. März 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.

3.4 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 die Verfahrenskostenaufgabe 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. 6a 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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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