

OVG Hamburg
Beschluss vom 31. 3. 2004
1 Bs 47/04

Zum Sachverhalt:

Die Ast. betreibt eine AutomatenSpielhalle, in der sie neben Geldspielautomaten u.a. vier von ihr als Unterhaltungsspielgeräte bezeichnete durch Geldeinsatz zu betätigende Geräte aufgestellt hat. Die Geräte unterscheiden sich gegenwärtig von zugelassenen Geldspielgeräten äußerlich und hinsichtlich der angebotenen Spiele nicht wesentlich ansonsten dadurch, dass mit höheren Maximaleinsätzen und deutlich kürzeren Spielzeiten Freispiele gewonnen werden können, die sich die Spieler auch als Bargeld ausbezahlen lassen können. Die Höhe der Auszahlung ist auf die Höhe der Einzahlung sowie einen gegenwärtig auf 50 Euro eingestellten Maximalbetrag begrenzt. Einzahlungen können auch darüber hinaus vorgenommen werden. Über den maximalen Auszahlungsbetrag hinaus gewonnene (Frei)Spiele können, nach Wahl des Spielers entweder als Freispiele im Automaten verbleiben und dort - auch - von anderen Spielern genutzt werden, oder auf elektronischen Speichermedien fixiert werden und zu einem späteren Zeitpunkt an demselben Automaten zu weiteren Spielen verwendet werden. Mit Bescheid vom 8. 11. 2002 erteilte die Ag. der Ast. die Auflage, in ihrer Spielhalle sämtliche Unterhaltungsspielgeräte, an denen der Einsatz zurückgewonnen werden kann, unverzüglich zu entfernen und ordnete insoweit die sofortige Vollziehung an. Ihr Widerspruch blieb erfolglos. Auf ihren Antrag hin stellte das VG die aufschiebende Wirkung der Klage wegen offener Erfolgsaussichten wieder her, soweit die Ast., nachdem sie die Möglichkeit, Gewinnmarken (Token) auszuspielen aus den Automaten entfernt hatte, ihren Antrag nicht zurückgenommen hatte.

Die Beschwerde der Ag. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Entgegen der Ansicht des VG geht der Senat, nachdem er die aufgestellten Spielgeräte, an denen der Einsatz zurückgewonnen werden kann, in Augenschein genommen und deren Funktionen, die zwischen den Bet. im Streit waren, mit dem oben dargestellten Ergebnis geklärt hat, davon aus, dass die so beschriebenen Geräte Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit i.S. des § GEWO § 33c GEWO § 33C Absatz I GewO sind, deren Aufstellung erlaubnispflichtig ist. Diese Erlaubnis kann mangels Bauartzulassung durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt nicht erteilt werden (§ GEWO § 33c GEWO § 33C Absatz I 2 GewO), so dass die Spielgeräte aus der Spielhalle der Ast. zu entfernen sind. Daran besteht, wie die Ag. mit Recht ausgeführt hat und von der Ast. auch nicht in Abrede genommen ist, ein besonderes öffentliches Vollzugsinteresse i.S. des § VWGO § 80 VWGO § 80 Absatz II Nr. 4 VwGO.

Bei der Beurteilung, ob die oben beschriebenen Spielgeräte solche mit Gewinnmöglichkeit i.S. des § GEWO § 33c GEWO § 33C Absatz I 1 GewO sind, hat der Senateinerseits Sinn und

Zweck der Vorschrift, der Förderung von Spielsucht und der Ausbeutung des Spieltriebes entgegenzuwirken zu beachten, andererseits aber auch zu berücksichtigen, dass Art. GG Artikel 2 GG Artikel 2 Absatz I und GG Artikel 12 GG die grundsätzliche Freiheit gewährleisten, nicht verbotene Spiele zu veranstalten und daran teilzunehmen. Dabei ist der Grad der Gefährdungen maßgeblich, der von den Spielgeräten dadurch ausgeht, dass durch übersteigerte Gewinnerwartung ein Anreiz geschaffen wird, sich mit unkontrollierter Risikobereitschaft einer großen Verlustgefahr auszusetzen (*BVerwG*, *GewArch* 1985, *GEWA* Jahr 1985 Seite 64 - zu § GEWO § 33i GewO). Der Grad der Gefährdung wiederum ist abhängig von der Spieldauer, sowie Art, Intensität und Maß des Anreizes zum Spieleinsatz, der von dem Gerät ausgeht. Solcher Spielanreiz kann vielfältige Ursachen haben. Stellt sich eine Gewinnmöglichkeit als eine der wesentlichen Ursachen dar, scheidet eine Anwendung des § GEWO § 33c GewO aus, wenn für jeden Nutzer von vornherein offenkundig ist, dass es sich nur um einzelne Gewinne von geringfügigem Wert handelt, so dass eine im wirtschaftlichen Sinne ausbeuterische Ausnutzung des Spieltriebes nicht zu befürchten ist. Unter Gewinn versteht der *Senat* mit dem *OLG Hamm* (*GewArch* 1970, *GEWA* Jahr 1970 Seite 41) einen Wert, der dem Vermögen des Spielers zufließt. Das können auch Freispiele sein, wenn die Spiele sonst nur gegen Geldzahlung zugänglich sind und der Spieler über sie verfügen kann, sei es dass er sich ihren Wert in Geld auszahlen lässt, sie (später) selbst verwendet oder verschenkt. Denn dann erspart er mit dem Gewinn von Freispielen Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen für eine (Unterhaltungs-)Dienstleistung, für die er ohne den Gewinn Zahlungen leisten und sein Vermögen mindern muss. Erspart er allerdings, wie in dem vom *OLG Hamm* entschiedenen Fall deshalb keine Aufwendungen, weil der Gewinn in einem unmittelbar anschließenden neuen (Unterhaltungs-)Spiel ohne Unterbrechung und ohne erneut zu bezahlen besteht, fließt dem Vermögen des Spielers nichts zu. Der *Senat* vermag sich der Auffassung des *LG Krefeld* (*GewArch* 2003, *GEWA* Jahr 2003 Seite 294 - zu § STGB § 284 StGB) nicht anzuschließen, dass der Rückerhalt des Einsatzes bei einem Spiel keinen Gewinn für den Spieler darstelle, da sein Vermögen vor und nach dem Spiel unverändert sei. Denn damit bleibt unberücksichtigt, dass es sich wirtschaftlich durchaus als Zuwachs des Vermögens darstellt, wenn eine in Anspruch genommene, zu bezahlende (Dienst-)Leistung nur deshalb nach ihrer Nutzung nicht zu einer Verminderung des Vermögens führt, weil sie im Wege eines Spieles (nachträglich) gewonnen und die bereits erfolgte Zahlung rückabgewickelt oder auf Zahlung ganz verzichtet wird.

Bei Anwendung dieser Grundsätze stellen sich die vom Ast. aufgestellten, oben beschriebenen Spielgeräte als solche mit Gewinnmöglichkeit i.S. des § GEWO § 33c GEWO § 33C Absatz I GewO dar.

Hauptanreiz der hier fraglichen Spielgeräte ist deren Gewinnmöglichkeit. Äußerlich und hinsichtlich des nicht variablen Spielinhalts und des nur geringfügig zu beeinflussenden Spielverlaufes entsprechen sie im Wesentlichen herkömmlichen Geldspielgeräten. Die Dauer eines Spiels von 3 bis 5 Sekunden beträgt weniger als die Hälfte der in § SPIELV § 13 Nr. 12 SpielV für Geldspielgeräte vorgesehenen Mindestdauer von 12 Sekunden. Besondere, zum fortgesetzten Spiel anreizende Attraktivität gehen daher weder von den Spielen selber noch von

ihrer Dauer aus. Im Vordergrund des Spielreizes steht vielmehr deutlich die Möglichkeit von Gewinn und Verlust.

Entgegen der Annahme des Ast. sind nicht alle Spiele von dem Beginn der Betätigung der Automaten bis zur endgültigen Beendigung der Bedienung durch den Spieler als ein einziges, einheitliches Spiel zu werten. Auch wenn, worauf der Ast. besonderen Wert legt, der in das Gerät eingeworfene Geldbetrag proportional sofort in „Punkte“ umgerechnet wird, repräsentieren diese „Punkte“ für den Spieler doch seinen Geldeinsatz, von dem er einen Teil für jedes neu anzustößende Spiel einsetzt und dabei zwischen Einsätzen von 5 bis 50 Cent bzw. 10 Cent bis 1 Euro für ein ca. 3 bis 5 Sekunden dauerndes Spiel wählen kann. Der Spieler hat die Möglichkeit, die Höhe des eingesetzten in Punkte umgerechneten Geldbetrages für jedes Spiel neu zu wählen. Er muss dem Automaten vor jedem Spiel einen neuen Befehl geben und bezahlt offenkundig jedes einzelne Spiel, sei es dadurch, dass von dem durch Vorauszahlung bewirkten Punktekonto der Einsatz abgebucht wird, sei es dass der Spieler unmittelbar Geld einwerfen muss. Dies charakterisiert, was zwischen den Beteiligten nach der Ortsbesichtigung auch unstrittig ist, die Aktionen des Automaten zwischen zwei Spielbefehlen als ein - zu bezahlendes - Spiel. Mithilfe dieses - einen - Spieles kann der Spieler eine Vielzahl von Freispielen gewinnen, deren Anzahl faktisch allerdings durch die „Gewinnquote“ und teilweise von der Höhe des aufgelaufenen „Jackpots“ begrenzt ist. Ihr Wert kann die Höhe der jeweils zugelassenen Bargeldauszahlung bei weitem überschreiten. Mithilfe dieses Gewinns von Freispielen und deren Umwandlung in Geldauszahlung kann der Spieler nicht nur seinen jeweils letzten Spieleinsatz zurückgewinnen, sondern auch bereits verspielte Beträge vorheriger Spiele bis zu einer vom Ast. einstellbaren Höhe (hier konkret 50 Euro). Zwar ist damit einerseits der Anreiz überhaupt einen solchen Spielautomaten zu bedienen wegen der auf den Betrag der Einzahlung und auch in der absoluten Höhe (hier auf 50 Euro) begrenzten Gewinnmöglichkeit im Verhältnis zu einem klassischen Geldspielautomaten, bei dem auch über den eingesetzten Betrag hinaus Bargeld gewonnen werden kann, anfänglich reduziert. Der Anreiz steigt allerdings mit jeder Zahlung, weil damit die absolute Höhe des in Bargeld realisierbaren Gewinnes an Freispielen erhöht wird und nähert sich mit zunehmendem Einsatz und damit zunehmender Spieldauer dem Charakter eines klassischen Geldspielgerätes. Die Begrenzung der Rückgewinnmöglichkeit reduziert den Spielanreiz und das daraus erwachsende Gefährdungspotenzial insgesamt nicht signifikant. Der mögliche Spielgewinn ist nicht begrenzt auf die Rückerstattung des konkreten Einsatzes für das konkret angestoßene Spiel mit geringem Einsatz. Durch die Möglichkeit des Gewinnes einer Vielzahl von Freispielen und deren Rückumwandlung in Geld können nicht unerhebliche Geldbeträge (hier bis 50 Euro) durch ein einziges Spiel (zurück-)gewonnen werden. Das bildet insbesondere bei steigenden Verlusten einen nicht unerheblichen Anreiz weiter zu spielen, selbst wenn sich durch weitere Geldzahlungen über den Maximalbetrag von 50 Euro hinaus die absolute Gewinnhöhe nicht weiter steigern lässt. Denn der Anreiz, durch einen Spieleinsatz von weiteren 5 bis 50 Cent oder 10 Cent bis 1 Euro eine („Rück“-)Zahlung von bis zu 50 Euro, also des fünfzig- bis fünfhundertfachen oder einhundert bis tausendfachen des Spieleinsatzes gewinnen zu können, ist

deutlich höher, als der Verordnungsgeber in der Spielverordnung als noch hinnehmbar angesehen hat. Nach § SPIELV § 13 Nr. 5 der Spielverordnung (i.d.F. des Art. EUROEG Artikel 9 Nr. 1b des 9. Euro-Einführungsg v. 10. 11. 2001, BGBl I, 2992, 296) darf die Bauart eines Geldspielgerätes nur zugelassen werden, wenn ein Spiel höchstens 0,25 Euro, der Gewinn höchstens 2 Euro betragen. Der möglich Spieleinsatz bei den hier fraglichen Geräten ist um das bis zu fünffache höher und das Verhältnis von Einsatz und Gewinnmöglichkeit ist um das 20- bis 100fache höher als nach der SpielV für Geldspielgeräte zulässig. Es entstehen durch die Automaten also zum einen übersteigerte Gewinnerwartungen und zum anderen mit hohen Einsätzen für geringe Spieldauer große Verlustgefahren, so dass das Gefährdungspotenzial ihrer Gewinnmöglichkeiten die Anwendungsschwelle des § GEWO § 33c GEWO § 33C Absatz I GewO überschreitet. Daran ändert nichts, dass nach dem Vorbringen der Ast. die Gewinnquote die ihrer Geldspielgeräte übersteigen soll.

Dies ist auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes schon so deutlich geworden, dass eine verlässliche Einschätzung nicht erst im Hauptsacheverfahren möglich ist.

Der Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist daher entgegen der Ansicht des VG nicht als offen zu bezeichnen, die angefochtenen Bescheide sind demnach rechtmäßig; die Klage dürfte bei unveränderter Sach- und Rechtslage kaum Aussicht auf Erfolg haben.

(Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des OVG)