

## **Verwaltungsgericht Dresden**

**Beschluss v. 06.07.2006**

**1 K 1186/06**

### **Leitsatz**

1. Durch die nachträgliche technische Veränderung eines (ursprünglich) gemäß § 33 c GewO zulassungspflichtigen Spielgeräts kann die ursprünglich formelle Zulassungspflichtigkeit entfallen, d.h. es besteht dann keine formelle Illegalität.

2. Es besteht keine Pflicht, eine Stellungnahme der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) in diesen Fällen beizubringen, zumal die PTB gesetzlich gar nicht befugt ist, solche Prüfungen vorzunehmen.

### **Tenor**

1. Soweit der Antrag hinsichtlich der in den angefochtenen Bescheiden vom 17. und 23.5.2006 jeweils unter Ziffer 3 verfügten Außerbetriebnahme und Beseitigung von Jackpot-Anlagen von der Antragstellerin zurückgenommen wurde, wird das Verfahren eingestellt. Im Übrigen wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens wiederhergestellt.

2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin zu 1/17 und der Antragsgegner zu 16/17.

3. Der Streitwert wird auf 32.500 Euro festgesetzt.

### **Entscheidungsgründe**

#### **I.**

Die Antragstellerin betreibt in (...) Spielhallen auf der (...).

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 17.5.2006 verfügte der Antragsgegner u.a. die Außerbetriebnahme und Entfernung der in der Spielhalle auf (...) aufgestellten Geräte des Typs „Royal Castle“, „Magic Games“, „Dark Castle“, „Captain Cook“ und „Funny Land“ (Ziffer 1) und der Jackpot-Anzeige (Ziffer 3).

Mit dem angefochtenen weiteren Bescheid vom 23.5.2006 verfügte der Antragsgegner u.a. die Außerbetriebnahme und Entfernung der in der Spielhalle auf der (...) 3 aufgestellten Geräte des Typs „Magic Games“, „Videomat“, „Asian Sun“, „Lucky Luke“ und „Funny Land“ (Ziffer 1) und des Typs „Mystery-Jackpot“ (Ziffer 3).

Zur Begründung gab er an, dass es sich bei den unter Ziffer 1 genannten Geräten um solche handele, die ihrer ursprünglichen Funktionsweise nach darauf ausgelegt seien, mit Geldmünzen oder Weiterspielmarken (Token) betrieben zu werden und mit einem Münzausgabefach versehen seien.

Diese seien nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zulassungspflichtige aber nicht zugelassene Geldspielgeräte, da sie über eine den Spielausgang beeinflussende technische Vorrichtung verfügen würden und dafür eingerichtet seien, über ein Ausgabefach Münzen oder Weiterspielmarken auszugeben, die einen Gewinn darstellen würden. Das Gerät werde auch dann nicht legal, wenn es seitens des Herstellers oder des Aufstellers z.B. durch Updates derart verändert worden sei, dass keine Ausgabe von Token mehr erfolge.

Die Feststellung, ob ein zulassungspflichtiges Gerät nach technischen Veränderungen noch der Zulassung bedürfe oder zulassungsfrei sei, liege allein in der Kompetenz der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB). Eine Veränderung aufgrund neuer Programmierung sei jederzeit rückgängig zu machen. Eine Umgehung der Bestimmungen der §§ 33c ff. GewO könne nur schwer verhindert werden. Der Erlass des Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 23.2.2006 fordere unter Punkt bb) die Abräumung von „rückbaufähigen“ Geräten. Das unter Ziffer 3 der Verfügung genannte Jackpot-System sei durch § 9 Abs. 2 SpielV grundsätzlich verboten, unabhängig davon, ob es an ein Geldspielgerät oder ein sonstiges Spielgerät gekoppelt sei, um der Gefahr der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs zu begegnen.

Der Antragsgegner ordnete in beiden Bescheiden hinsichtlich der Regelungen unter Ziffer 1 und 3 den Sofortvollzug an, da dieser im öffentlichen Interesse geboten sei und nicht verantwortet werden könne, dass unzulässige Spielgeräte bis zur Unanfechtbarkeit der Bescheide weiter betrieben würden. Der Sofortvollzug diene auch der Wahrung der Wettbewerbsgerechtigkeit gegenüber anderen Spielhallenbetreibern.

Die Antragstellerin trägt zur Begründung ihres am 7.6.2006 gestellten Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vor, die sog. Fun-Games seien von der Automatenindustrie mit Programmen ausgestattet worden, die der neuen Spielverordnung entsprechen würden. Aus der Software sei die Auszahlung von Geld bzw. die Rückgewähr herausgenommen worden. Gewonnen werden könnten nur noch Punkte bzw. Freispiele.

Mit den Updates seien die Geräte keine Fun-Games mehr, sondern Unterhaltungsspielgeräte mit Freispielgewinn (Schreiben vom 16.5.2006, AS 3 f.). Die Regelung der Zulässigkeit von sechs Freispielen sei auf Fun-Games in Form von Punktespielen nicht anwendbar, da diese keine Freispiele, sondern nur Punktgewinne ausloben würden (Schreiben vom 23.2.2006, AS 5 f.). Die Abschaltung der Spielmarkenabgabe bzw. die Rückgewähr am Wechsler bzw. Tokenmanager reiche zur Erfüllung der Anforderungen der neuen Spielverordnung aus. Die PTB habe schriftlich bestätigt, dass sie für umgebaute Fun-Games, die keine Gewinn- sondern Unterhaltungsspielgeräte seien, nicht zuständig sei, da jene keiner Bauartprüfung unterzogen werden müssten. § 9 SpielV beziehe sich nicht auf sog. Jackpot-Anlagen bei Fun-Games/Punktespielen, sondern nur auf gekoppelte Geldspielgeräte.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 19.6.2006 Widerspruch gegen die Bescheide vom 23.5. und 17.5.2006 eingelegt.

Mit Schriftsatz vom 3.7.2006 hat die Antragstellerin mitgeteilt, dass beide Jackpot-Anlagen zwischenzeitlich stillgelegt bzw. abgeräumt worden seien und der Punkt Jackpot-Anlagen unstrittig sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

## **II.**

### **1.**

Im Schriftsatz der Antragstellerin vom 3.7.2006 ist eine teilweise Rücknahme des Rechtsschutzantrags zu sehen, der sich ursprünglich auch auf die unter Ziffer 3 in den Bescheiden vom 17. und 23.5.2006 verfügte Stilllegung und Beseitigung der vorhandenen Jackpot-Anlagen bezog. Insoweit war das Verfahren gem. § 92 Abs. 3 VwGO analog einzustellen.

### **2.**

Der zulässige Antrag der Antragstellerin gem. § 80 Abs. 5 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 19.6.2006 gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 17. und 23.5. 2006, der sich nunmehr noch auf die unter Sofortvollzug gesetzten Regelungen in Ziffer 1 der Bescheide bezieht, hat in der Sache Erfolg.

Die Anordnung des Sofortvollzugs ist in den angefochtenen Bescheiden i.S.v. § 80 Abs. 3 VwGO hinreichend begründet worden.

Jedoch bestehen an der materiellen Rechtmäßigkeit der hier gegenständlichen Stilllegungs- und Beseitigungsverfügungen nach summarischer Prüfung ernstliche Zweifel.

Die Regelungen beruhen auf § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO, wonach die Erlaubnis nach Satz 1 für das gewerbsmäßige Betreiben einer Spielhalle oder das gewerbsmäßige Aufstellen von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit auch nachträglich mit Auflagen verbunden werden kann, soweit dies u.a. zum Schutz der Allgemeinheit oder der Gäste vor Gefahren erforderlich ist.

Der Antragsgegner hat mit den angefochtenen Bescheiden nachträglich Auflagen für die der Antragstellerin am 28.6.2004 (...) und am 27.10.2005 (...) erteilte Erlaubnisse für den Betrieb der Spielhallen in Großröhrsdorf erlassen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 23.11.2005 (GewArch 2006, 123) diese Vorgehensweise zur Durchsetzung der Regelungen der Spielverordnung bezüglich (nicht)zugelassener Spielgeräte als rechtens gebilligt, so dass von weiteren Ausführungen zur Ermächtigungsgrundlage abgesehen wird.

Der Antragsgegner beruft sich zur Begründung auf die Regelung in § 6a der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit - Spielverordnung (SpielV) - i.d.F. der Bekanntmachung vom 27.1.2006 (BGBl. I S. 280). Danach ist die Aufstellung und der Betrieb von Spielgeräten, die keine Bauartzulassung oder Erlaubnis nach den §§ 4, 5, 13 oder 14 erhalten haben oder die keiner Erlaubnis nach § 5a bedürfen, verboten, a) wenn diese als Gewinnberechtigungen zum Weiterspielen sowie sonstige Gewinnberechtigungen oder Chancenerhöhungen anbieten oder b) wenn auf der Grundlage der Spielergebnisse Gewinne

ausgegeben, ausgezahlt, auf Konten, Geldkarten oder ähnliche zur Geldauszahlung benutzbare Speichermedien aufgebucht werden. Nach Satz 2 ist die Rückgewähr getätigter Einsätze unzulässig. Nach Satz 3 ist die Gewährung von Freispielen nur zulässig, wenn sie ausschließlich in unmittelbarem zeitlichen Anschluss an das entgeltliche Spiel abgespielt werden und nicht mehr als sechs Freispiele gewonnen werden können.

Die verfahrensgegenständlichen Spielgeräte „Magic Games“, „Videomat“, „Asian Sun“, „Lucky Luke“, „Funny Land“, „Royal Castle“, „Dark Castle“ und „Captain Cook“ haben unstrittig keine Bauartzulassung oder Erlaubnis nach den §§ 4, 5, 13 oder 14 erhalten und unterfallen nicht der Regelung des § 5a. Sie unterfallen damit der Regelung nach § 6a SpielV und sind auf ihre Übereinstimmung mit dieser Norm zu prüfen. Zur Klarstellung wird darauf hingewiesen, dass nach der in dieser Regelung zum Ausdruck kommenden Wertung des Ordnungsgebers Spielgeräte, die aufgrund des Spielergebnisses sechs Freispiele zum sofortigen Abspielen als „Gewinn“ anbieten, keine Spielgeräte i.S.v. § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO darstellen, die dann nämlich nach Satz 2 eine Bauartzulassung durch die PTB erfordern würden, sondern sonstige Spielgeräte im Sinne des § 6a SpielV.

Der Antragsgegner stützt seine Beseitigungsverfügung nunmehr - ohne die Voraussetzungen der Verbotsregelung des § 6a SpielV im Einzelnen zu prüfen und den Vortrag der Antragstellerin, dass die Geräte aufgrund von ihr vorgenommenen Veränderungen den Voraussetzungen des § 6a SpielV entsprechen würden, zu überprüfen - allein darauf, dass aufgrund der ursprünglichen baulichen Gegebenheiten, nämlich des vorhandenen Ausgabeschachts, diese Geräte möglicherweise Gewinnspielgeräte sein könnten, die einer Zulassung durch die PTB benötigen. Er fordert von der Antragstellerin, durch die PTB (negativ) feststellen zu lassen, dass es sich nunmehr um Spielgeräte handelt, die keiner Bauartzulassung bedürfen.

Die PTB wiederum weigert sich, eine derartige Überprüfung vorzunehmen, und verweist darauf, dass sie nur berechtigt und verpflichtet ist, über die Zulassung von zulassungspflichtigen Spielgeräten i.S.v. § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO zu entscheiden, um die es sich dem Vortrag der Antragstellerin zufolge hier gerade nicht handelt.

Sie verweist in ihrer Stellungnahme vom 15.6.2006 darauf, dass es für erlaubnisfreie Unterhaltungsspielgeräte keine Prüfpflicht gebe und eine Kennzeichnung von Seriengeräten nicht vorgesehen sei. Auch sei die Feststellung, dass ein bestimmtes Einzelgerät unter Beachtung von § 6a SpielV ein Unterhaltungsspielgerät sei, nicht automatisch übertragbar auf andere, als baugleich angenommene Geräte. Es gebe bei erlaubnisfreien Geräten auch keine Verpflichtung, Seriengeräte tatsächlich identisch zu produzieren oder sie nicht nachträglich zu verändern.

Die Weigerung der PTB ist nicht zu beanstanden.

Für die Forderung des Antragsgegners, eine negative Feststellung im obigen Sinne bei der PTB einzuholen, gibt es keine Rechtsgrundlage.

Nach § 33c Abs. 1 Satz 2 GewO und den diese Vorschrift konkretisierenden Regelungen über die Zulassung von Spielgeräten in den §§ 11 ff. SpielV ist die PTB ausschließlich zuständig für die Prüfung der Zulassung von danach zulassungspflichtigen Spielgeräten, um die es sich bei Spielgeräten nach § 6a SpielV gerade nicht handelt.

Spielgeräte, die vom Hersteller und/oder Aufsteller nachträglich der neuen Rechtslage angepasst und so verändert wurden, dass sie nunmehr solche nach § 6a SpielV darstellen, sind daher auch nicht „formell illegal“, wenn sie kein negatives Prüfverfahren bei der PTB durchlaufen haben (anders wohl HessVGH, Beschl. v. 23.3.2005, Az. 11 TG 175/05 , und OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 8.5.2006, Az. 6 B 10359/06 , zit. nach Juris, die sich allerdings nur mit einer technischen Veränderung durch den Aufsteller bzw. nur mit Änderungen des Softwareprogramms beschäftigen, die für sich genommen auch nach hiesiger Auffassung - vgl. nachfolgend zu den hier problematischen Auswurfschächten - nicht ausreichen und denen die obige Stellungnahme der PTB bei der Entscheidungsfindung nicht vorlag). Denn für solche Spielgeräte hat weder der Gesetz-, noch der Verordnungsgeber eine vorherige formelle Prüf/Zulassungsentscheidung durch den PTB vorgesehen.

Letztlich führt der Antragsgegner zur Begründung seiner Forderung und seiner Beseitigungsentscheidung an, dass er selbst keine Möglichkeit sieht, zuverlässig und nachhaltig zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 6a SpielV bei den einzelnen Geräten auch tatsächlich eingehalten wurden und bei weiterem Betrieb zukünftig eingehalten werden.

On der Tat begegnet die Überprüfung der Einhaltung der Verbote des § 6a SpielV in der Praxis Schwierigkeiten. Dies gilt jedoch nicht nur für umgebaute, vormals zulassungspflichtige Gewinnspielgeräte sondern für sämtliche sonstigen zulassungsfreien Unterhaltungsspielgeräte gleichermaßen. Denn eine nachträgliche Veränderung des Softwareprogramms ist von Gesetzes wegen bei jenen Geräten nicht verboten.

Dies hat zur Folge, dass z.B. die nach § 6a Satz 1 Buchst. a SpielV verbotenen Berechtigungen zum Weiterspielen jederzeit nachträglich eingefügt werden könnten. Wie diese Schwierigkeiten zu lösen sind, hat der Verordnungsgeber nicht geklärt. Es ist jedoch nicht Aufgabe von Behörden oder Gerichten, diesen Mangel zu Lasten von Aufstellern derartiger Geräte durch rechtlich nicht gedeckte formelle Prüfanforderungen (wie einer Feststellung durch die PTB) auszugleichen und damit ohne gesetzliche Grundlage in deren geschützte Grundrechte einzugreifen.

Soweit der Antragsgegner insbesondere auf die Ausgabeschächte für Münzen oder Weiterspielmarken (sog. Token) verweist, deren Ausgabe bei Geräten nach § 6a SpielV verboten ist, wird die von der Antragstellerin vorgetragene bloße Abstellung der Funktion dieser Auswurfschächte zwar nicht genügen. Es ist eine dauerhafte Versiegelung dieser Schächte zu fordern, die jedoch auch möglich ist (z.B. durch Zulöten oder eine fest am Gerät befestigte Verschlussplatte). Insofern würde eine Beseitigungsverfügung gegen das Übermaßverbot verstoßen.

Der Prüfung, ob das Softwareprogramm so verändert wurde, dass der Spielverlauf nunmehr den Voraussetzungen des § 6a SpielV entspricht, ist der Antragsgegner nicht enthoben. Insoweit steht er jedoch, wie oben bereits ausgeführt, vor denselben Problemen wie bei jedem neuen Spielgerät, dass vom Hersteller als zulassungsfrei vertrieben wird. Insoweit hätte der Antragsgegner dem Vortrag der Antragstellerin nachgehen müssen, dass die nunmehr betriebenen Softwareprogramme mit § 6a SpielV übereinstimmen. Über den Spielverlauf und die Spielergebnisse hat der Antragsgegner nach Aktenlage jedoch bislang keine Informationen

eingeholt und auch keine Nachweise über Herstellerangaben zu denselbigen angefordert. Die Kammer kann daher hierzu keine abschließende Entscheidung treffen.

Im Widerspruchsverfahren besteht für den Antragsgegner die Möglichkeit, diese Prüfung vorzunehmen und mit der Antragstellerin im Hinblick auf jedes einzelne Geräte dauerhafte Verschlüsse für die Ausgabeschächte zu besprechen.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich des zurückgenommenen Teils auf § 155 Abs. 2 VwGO, im Übrigen auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Bei der Festlegung der Kostenquote wurde berücksichtigt, dass es sich insgesamt um 13 betroffene Spielgeräte einschließlich Jackpotanlagen handelt und dass hinsichtlich des zurückgenommenen Teils (2 Jackpotanlagen) das Gerichtskostenverzeichnis einen Gebührensatz von 0,5, im Übrigen einen Gebührensatz von 1,5 vorsieht.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den § 63 Abs. 2 , § 53 Abs. 3 , § 52 Abs. 1 GKG. Für jedes betroffene Spielgerät wird ein Streitwert von 5.000 Euro als angemessen angesehen, der angesichts der Vorläufigkeit der Entscheidung in diesem Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO halbiert wird.