

BVerwG, 28.09.1982 - BVerwG 1 C 139.80

Amtlicher Leitsatz:

1. 1.

Zur Unterscheidung zwischen Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel (§ 33 h Nr. 3 GeWO) sowie zur Verlustgefahr (§ 33 e Satz 1 GeWO) bei einem anderen Spiel mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33 d GeWO.

2. 2.

Bei einem anderen Spiel mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33 d GeWO kann sich die Gefahr unangemessen hoher Verluste in kurzer Zeit nicht aus der Voraussage ergeben, das betreffende Spiel werde in der Praxis abweichend von den zur Genehmigung vorgelegten Spielregeln betrieben werden.

Der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat

...

auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1982

durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heinrich und

die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Barbey, Dr. Dickersbach, Meyer und Dr.

Diefenbach

für **Recht** erkannt:

Tenor:

Das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 21. Februar 1978 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlußentscheidung vorbehalten.

Gründe

I.

Der Kläger beabsichtigt, einen Spielsalon in H. zu eröffnen, um dort das Spiel "Roulette Opta I" - RO I - zu veranstalten. Das Spiel besteht aus einem in eine Umwandlung versenkten Spielkessel von etwa 1 m Durchmesser. In der Mitte dieses Spielkessels befindet sich ein Kreisabschnitt von 40 cm Durchmesser, in dem ein fest verankerter Zahlenkranz mit 26 gleich großen Fangnischen eingelassen ist. Die Fangnischen sind in arithmetisch fortlaufender Reihenfolge mit den Zahlen 0-24 und dem Buchstaben X gekennzeichnet. In die Lauffläche des Spielkessels sind zwei gut sichtbare Ringe geprägt, von denen der obere als Beobachtungs- oder Ansagering, der

untere als Absagering dienen soll; der Abstand der Ringe zum Kreisabschnitt beträgt 18 bzw. 6 cm. Um die Kesselumrandung herum sind in Form eines offenen Rechtecks drei Spieltische mit je einem Setzfeld (Tableau) angeordnet. Nach den Spielregeln ist es Aufgabe der Spieler, eine vom Spielleiter eingeworfene, die Bande mindestens einmal umlaufende Kugel zu beobachten und ihren sieben Fangnischen umfassenden Einfallssektor vorherzusagen. Gesetzt werden darf in der Zeit vom Ablösen der Kugel von der Bande bis zu ihrer Berührung mit dem Absagering. Ein Spieler gewinnt, wenn die Kugel in dem von ihm gesetzten Sektor zum Liegen kommt. Gespielt werden kann als Turnierspiel - die zwei bis zwölf Spieler jedes Spieltisches spielen gegeneinander - und als Bankspiel - höchstens zehn Spieler eines Spieltisches spielen gegen einen als Bankhalter fungierenden Spieler -. Der jeweils nur einfach zulässige Höchsteinsatz pro Spiel und Spieler beträgt beim Turnierspiel 7 DM, beim Bankspiel 5 DM.

Den Antrag auf Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung lehnte das Bundeskriminalamt ab. Der Widerspruch blieb ohne Erfolg, aber der Verpflichtungsklage des Klägers gab das Verwaltungsgericht statt, wogegen sich die Beklagte in der Berufungsinstanz durchsetzte. In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ist im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Wesentlich für die Glücksspieleigenschaft sei die Ungleichartigkeit der Kugelläufe. Wie die Demonstration des Spielablaufs in der mündlichen Verhandlung gezeigt habe, nehme die Kugel mitunter einen spiralförmigen, aber auch einen ellipsenförmigen Kurs; dabei würden der Absage- und der Beobachtungsring gelegentlich mehrfach geschnitten. Eine Gesetzmäßigkeit des Kugelaufes gebe es mithin nicht. Allerdings habe sich gezeigt, daß bei genauer Beobachtung des Ablösepunkts der Kugel vom Beobachtungsring ihr Einfall in einen bestimmten Sektor vorausgesagt werden könne. Darauf dürfe aber nicht abgestellt werden, weil das Spiel dem Publikum eröffnet werde, ohne ihm zugleich mitzuteilen, daß es auf den Ablösepunkt ganz entscheidend ankomme. Der Durchschnittsspieler, auf den abzustellen sei, vermöge jedoch ohne Kenntnis des Ablösepunktes den Einfall der Kugel in einen bestimmten Gewinnsektor nicht durch Beobachtung vorherzusagen. Da sich das Ablösen der Kugel vom Absagering zudem in Sekundenschnelle vollziehe, sei die Beobachtung einerseits erschwert, falls sie nicht infolge ungünstiger Platzierung des Spielers gänzlich ausgeschlossen sei; andererseits erfasse der Durchschnittsspieler zumindest bei den ersten Spielen noch nicht, daß er, um zu gewinnen, allein den Ablösepunkt beobachten müsse. Mache aber die eine oder andere Spielmöglichkeit, die jedem Teilnehmer offenstehe, das Spiel zu einem Glücksspiel, dann komme es nicht mehr darauf an, welche Möglichkeit die Spieler überwiegend benutzten. Das Spiel sei vielmehr einheitlich als Glücksspiel zu bewerten. Zudem könnten die Zufallstreffer von den durch Geschicklichkeit erzielten Treffern nicht unterschieden werden, was zu Lasten dessen gehe, der die Unbedenklichkeitsbescheinigung begehre. Die Erwägungen, die in diesem Zusammenhang dem Bundesverwaltungsgericht Veranlassung gegeben hätten, das sogenannte Sektorenspiel als Glücksspiel einzustufen (Urteil vom 9. Juni 1960 - BVerwG 1 C 137.57 -, NJW 1960, 1684), beanspruchten im vorliegenden Falle noch in einem verstärkten Maße Geltung; denn infolge des gegenüber dem Sektorenspiel erweiterten Umfangs des jeweiligen Gewinnsektors sei beim Roulette Opta I die Zahl der Zufallstreffer größer als beim Sektorenspiel. Schließlich bestehe auch im Sinne des § 33 e Abs. 1 GewO die Gefahr, daß der Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit erleide. Ein Spieler könne im für ihn ungünstigsten Fall innerhalb einer Stunde - bei bis zu 30 Spielen - gemäß den Spielbedingungen beim Turnierspiel bis zu 210 DM und beim Bankspiel bis zu 1.500 DM verlieren.

Der Kläger hat gegen dieses Urteil die vom Senat zugelassene Revision eingelegt und die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt. Im einzelnen trägt er vor: Verfahrensrechtlich habe das Berufungsgericht seine Aufklärungspflicht verletzt, da es den klägerischen Beweisanspruch mißachtet habe, ein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob die Zufallstreffer erkennbar und infolgedessen von den durch Geschicklichkeit erzielten Treffern abgezogen werden könnten; auch das zu dieser Frage vorgelegte Privatgutachten von Prof. Dr. Rebkes habe das Gericht unter Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht nicht verwertet. Bei pflichtgemäßer Aufklärung hätte das Berufungsgericht die Glücksspieleigenschaft verneinen und die Berufung zurückweisen müssen. Das Berufungsgericht habe zudem die Beweislastregeln verkannt; denn da die Trefferquote jedenfalls über 50 % liege, hätte die Beklagte und nicht der Kläger nachweisen müssen, daß darin abgrenzbare Zufallstreffer enthalten seien. Außerdem verstoße die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, bei vergrößertem Trefferfeld steige auch der Zufallsanteil an, gegen die Denkgesetze.

In materieller Hinsicht verstoße das Verbot gewerblichen Glücksspieles gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, da Spiele mit mechanischen Glücksspielgeräten und Glücksspiele in Spielbanken erlaubnisfähig seien. Ferner habe das Berufungsgericht den Glücksspielbegriff in § 33 h Nr. 3 GewO unzutreffend ausgelegt. Es stelle entgegen gefestigter Rechtsprechung darauf ab, ob dem Zufall wesentliche - statt alleinige oder hauptsächliche - Bedeutung für den Spielausgang zukomme. Auch habe das Berufungsgericht übersehen, daß das RO I gegenüber dem vom Bundesverwaltungsgericht als Glücksspiel angesehenen sogenannten Sektorenspiel nach Bauart und Spielbedingungen entscheidende Unterschiede aufweise; beim RO I dürfe weder bereits vor Ablösung der Kugel von der Bande gesetzt werden noch sei bei diesem Spiel die Setzart "plein" zulässig noch könne die Kugel auf den Zahlenkranz auflaufen. Für den Geschicklichkeitscharakter des RO I spreche eindeutig, daß entsprechend dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme bei entsprechender Aufmerksamkeit der Spieler eine überwältigende Trefferquote erzielen könne. Die vom Berufungsgericht gebilligte sogenannte Abzugsmethode sei unrichtig. Selbst wenn man jedoch eine Zufallstrefferquote von 26,9 % zugrunde lege, könne diese Quote durch Geschicklichkeit wesentlich, nämlich auf 50,6 % nach Meinung der Beklagten und auf 60 % nach Meinung des Verwaltungsgerichts, erhöht werden. Der Zufall habe mithin auf den Spielausgang jedenfalls keinen entscheidenden Einfluß. Ein Durchschnittsspieler könne den Spielausgang erkennen, ohne komplizierte mathematische Rechnungen anstellen zu müssen; er brauche lediglich den Ablösepunkt von der Bande und den Schnittpunkt mit der Beobachtungslinie zu beobachten; auf diese Merkmale werde durch die im Spiellokal deutlich sichtbar aufzuhängenden Spielbedingungen besonders hingewiesen. Letztlich habe das Berufungsgericht verkannt, daß nur solche Glücksspielvarianten dem ganzen Spiel ihren Charakter aufprägen könnten, die nach den Regeln zugelassen seien, da andernfalls jedes Spiel wegen der Möglichkeit entsprechender Regelverstöße als Glücksspiel zu bewerten sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 21. Februar 1978 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 12. Februar 1976 zurückzuweisen, hilfsweise, die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Berufungsurteil und weist ergänzend darauf hin, daß sich nach ihrer Meinung die Bedenklichkeit des RO I bereits daraus ergibt, daß es aus der Sicht des Spielers wie auch des Veranstalters attraktiv nur als reines Glücksspiel betrieben werden könne.

II.

Die Revision ist begründet und mußte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führen.

Allerdings hat der Kläger zu Unrecht das Berufungsverfahren beanstandet. Entgegen der Auffassung des Klägers kann kein erheblicher Verfahrensmangel darin gesehen werden, daß das Berufungsgericht nicht nach Maßgabe der Beweisangebote des Klägers der Frage nachgegangen ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange in der Quote der richtigen Voraussagen Zufallstreffer enthalten sind. Die Ausführungen im Berufungsurteil, die sich mit dem Verhältnis von Zufallsanteil und Geschicklichkeitsanteil bei der Gesamttrefferquote befassen, sollen nach der materiellrechtlichen Auffassung des Berufungsgerichts erkennbar keine entscheidungserhebliche Bedeutung haben, vielmehr handelt es sich dabei lediglich um beiläufige Hinweise, wogegen für das Berufungsurteil tragend die Erwägung ist, daß ein Durchschnittsspieler mangels Kenntnis der zu beobachtenden Punkte seine Geschicklichkeit nicht einzusetzen vermöge und daß die Glücksspieleigenschaft nach dem Grundsatz der einheitlichen Betrachtungsweise schon deshalb bejaht werden müsse, weil die Spielregeln mindestens eine Glücksspielvariante zuließen. Da somit die begehrte Aufklärung einen Sachverhalt betrifft, auf den das Berufungsurteil seine Entscheidung nicht maßgeblich gestützt hat, ist es ausgeschlossen, daß das Berufungsurteil auf dem gerügten Aufklärungsmangel beruhen kann. Auf diesen entscheidungsunerheblichen Fragenkreis der Trennung von Zufallstreffern und Geschicklichkeitstreffern bezieht sich auch die Kritik, die der Kläger an der vom Berufungsgericht vorgenommenen Beweislastverteilung sowie daran geübt hat, daß das Berufungsgericht unter angeblichem Verstoß gegen die Denkgesetze die Höhe des jeweiligen Zufallsanteils von der Größe des Gewinnfeldes abhängig gemacht hat; deshalb gehen auch die diesbezüglichen Revisionsangriffe ins Leere, ohne daß es darauf ankommt, ob und inwieweit die betreffenden Fragenkreise überhaupt dem formellen Recht zuzuordnen sind.

Entgegen der Auffassung der Revision begegnet die gewerberechtliche Regelung über die Unbedenklichkeitsbescheinigung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere verstößt es nicht gegen den in Art. 3 GG niedergelegten Grundsatz der Gleichbehandlung, daß im Unterschied zur Regelung des § 33 h Nr. 3 GewO die Aufstellung mechanischer Glücksspielgeräte gemäß § 33 c Abs. 1 GewO grundsätzlich erlaubnisfähig ist und ferner nach Landesrecht auch das Glücksspiel in Spielbanken betrieben werden darf. Was zunächst die unterschiedliche Behandlung der mechanischen Glücksspielgeräte einerseits und der anderen Glücksspiele mit Gewinnmöglichkeit andererseits anbetrifft, so liegt ihr offensichtlich die Erwägung zugrunde, daß die Gefahr einer unerwünschten Ausuferung und Ausbeutung der Spielleidenschaft bei den Geräten, bei denen der Spielerfolg durch eine selbstwirkende konstruierte Vorrichtung entscheidend beeinflußt wird, geringer ist als bei anderen Glücksspielen, bei denen der Spieler den Spielablauf

durch eigene Handlungen unmittelbar bestimmt; diese Erwägung hält sich nach der Überzeugung des Senats im Rahmen eines Differenzierungsermessens, das Art. 3 GG dem Gesetzgeber einräumt. Soweit der Kläger eine angebliche Benachteiligung gewerblicher Glücksspielveranstalter gegenüber den staatlich konzessionierten Spielbanken beanstandet, übersieht er, daß das Spielbankenrecht als Teil des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der ausschließlichen Zuständigkeit des Landesgesetzgebers unterfällt und damit als Vergleichstatbestand für eine bundesgesetzgeberische Entscheidung ausscheidet. Im übrigen hat das vom Kläger geltend gemachte Verpflichtungsbegehren die Rechtsgültigkeit der Regelung über die vom Kläger beanspruchte Unbedenklichkeitsbescheinigung zur Voraussetzung, so daß eine etwaige Verfassungswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung dem Prozeßbegehren des Klägers nicht zum Erfolg verhelfen könnte.

Das Berufungsurteil kann indes deshalb nicht aufrechterhalten bleiben, weil in ihm aus unzutreffenden Erwägungen der sachlich-rechtliche Anspruch des Klägers auf Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung verneint wird. Die Erteilung der vom Kläger begehrten Unbedenklichkeitsbescheinigung für ein anderes Spiel im Sinne des § 33 d Abs. 1 Satz 1 GewO hätte nur versagt werden dürfen, wenn das Spiel Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB wäre (§ 33 h Nr. 3 GewO) oder die Gefahr bestände, daß der Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit erleide (§ 33 e Satz 1 GewO). Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen weder den einen noch den anderen Versagungsgrund.

Ein Glücksspiel liegt dann vor, wenn die Entscheidung über Gewinn oder Verlust des Spieles nach den Spielbedingungen allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängt. In den Spielregeln, auf die sich die erstrebte Unbedenklichkeitsbescheinigung beziehen soll, heißt es:

"Die Kugel wird vom Kesselrand eingeworfen und muß mindestens einen vollen Umlauf an der Bande machen. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, muß der Einwurf wiederholt werden.

Gesetzt werden darf nur aufgrund vorheriger Beobachtung.

Das Spiel beginnt nach dem Lösen der Kugel von der Bande. Vorher getätigte Einsätze sind zurückzuweisen.

Neben dem Lösungspunkt von der Bande dient auch der obere Beobachtungsring als Anhaltspunkt für die Beobachtung.

Der Spielleiter sagt das Spiel ab, sobald die Kugel die untere Linie (Absagering) berührt. Nach der Absage getätigte Einsätze werden zurückgewiesen.

Entsprechend seiner Beobachtung setzt der Spieler auf den vorausberechneten Einfallsektor."

Bei dieser Sachlage hängt die Zufallsbestimmtheit des Spieles ganz wesentlich von der Frage ab, in welchem Ausmaß zwischen dem Durchlauf der Kugel durch die in den Spielregeln bezeichneten Beobachtungspunkte einerseits und dem Einfall der Kugel in den Gewinnsektor andererseits ein deterministisch-physikalischer Zusammenhang besteht. Diese Frage wird im Berufungsurteil widersprüchlich und unzulänglich beantwortet. Es heißt im Berufungsurteil:

"Wie die Demonstration des Spielablaufs im Termin am 21. Februar 1978 gezeigt hat, nimmt die in den Spielkessel eingeworfene Kugel nicht immer den gleichen Lauf. Der Verlauf ist vielmehr mitunter spiralförmig aber auch ellipsenförmig; dabei werden Absage- und Ansage- oder Beobachtungsring gelegentlich mehrfach geschnitten. Eine Gesetzmäßigkeit des Kugeleinfalles gibt es mithin nicht."

Diese Ausführungen legen den Schluß nahe, daß die Kugelbahn ein zufallsgesteuerter Prozeß ist und der Gewinnsektor zu den Beobachtungspunkten nicht in einer funktionalen Beziehung im deterministisch-physikalischen Sinne steht. Indessen fährt das Berufungsgericht dann wie folgt fort:

"Allerdings hat sich gezeigt, daß sich bei genauer Beobachtung des Ablösepunktes der Kugel von dem Ansage- oder Beobachtungsring der Einfall der Kugel in einen bestimmten Einfallssektor voraussagen läßt."

Diese Feststellung ist nicht vereinbar mit den vorerwähnten Ausführungen zur Frage der "Gesetzmäßigkeit des Kugeleinfalles"; denn hat ein Spieler, der die Beobachtung eines Punktes zur Grundlage seines Spielverhaltens macht, die im Berufungsurteil erwähnte hohe Treffererwartung, so rechtfertigt dies mangels gegenteiliger Erläuterungen die Annahme, daß aus physikalischen Gründen in der Regel nur ein Gewinnfeld in Betracht kommt, wenn sich die Kugel an dem betreffenden Punkt befindet, daß also zwischen dem Beobachtungspunkt und dem Gewinnfeld gerade der Zusammenhang besteht, der durch die vorhergegangenen Feststellungen des Berufungsgerichts über das Kugelverhalten in Abrede gestellt worden ist. Zu berücksichtigen ist zudem, daß nach den Spielregeln das Spiel bereits "nach dem Lösen der Kugel von der Bande" beginnt, daß also gesetzt werden darf, bevor die Kugel den Ansage- oder Beobachtungsring schneidet. Für die Frage der Zufallsabhängigkeit des Spieles kommt es deshalb nicht nur auf den Zusammenhang zwischen Zielpunkt und dem im Berufungsurteil erwähnten "Ablösepunkt der Kugel von dem Ansage- oder Beobachtungsring" an, vielmehr ist von mindestens gleicher Bedeutung, inwieweit die Fangnischen durch den Ablösepunkt der Kugel von der Bande determiniert sind. Dazu entbehrt das Berufungsurteil jedoch jeglicher Feststellung.

Die Frage nach dem Zusammenhang zwischen den Beobachtungspunkten und den Gewinnfeldern könnte allerdings unbeantwortet bleiben, wenn die gegebenenfalls in Betracht kommende physikalische Gesetzmäßigkeit für einen Durchschnittsspieler nicht erkennbar oder jedenfalls unter den Bedingungen des Spieles nicht verwertbar wäre. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist nämlich der Spielausgang nicht erst dann zufallsabhängig, wenn er von niemandem vorausberechnet werden kann, vielmehr ist auf die Erkennbarkeit und Berechenbarkeit des Spielergebnisses für einen Durchschnittsspieler abzustellen. Die im Berufungsurteil enthaltenen Feststellungen gestatten indes nicht die Wertung, auch bei einem deterministisch-physikalischen Zusammenhang zwischen den Beobachtungspunkten und dem Gewinnsektor habe es der Durchschnittsspieler nicht in der Hand, über Verlust und Gewinn zu entscheiden. Die gegenteilige Meinung des Berufungsgerichts beruht auf unzutreffenden Prämissen. Dies gilt zunächst einmal in tatsächlicher Hinsicht für die Darlegung des Berufungsgerichts, das Spiel werde dem Publikum eröffnet, "ohne ihm zugleich mitzuteilen, daß es auf den Ablösepunkt ganz entscheidend ankommt", der Durchschnittsspieler vermöge "ohne Kenntnis des Ablösepunktes den Einfall der Kugel in einen bestimmten Gewinnsektor nicht durch Beobachtung vorherzusa-

gen" und der Durchschnittsspieler erfasse "zumindest bei den ersten Spielen noch nicht, daß er, um zu gewinnen, allein den Ablösepunkt beobachten muß". Die Spielregeln, die nach den üblichen - auch in den früheren Unbedenklichkeitsbescheinigungen für das Spiel RO I enthaltenen - Auflagen des Bundeskriminalamtes vom Veranstalter am Veranstaltungsort deutlich sichtbar anzubringen sind, weisen ausdrücklich darauf hin, daß "neben dem Lösungspunkt von der Bande" auch "der obere Beobachtungsring als Anhaltspunkt für die Beobachtung" dient. Von einem Durchschnittsspieler muß selbstverständlich erwartet werden, daß er vor Spielbeginn die deutlich sichtbar angebrachten Spielregeln liest und auf diese Weise bei Spieleröffnung die Bedeutung der Beobachtungspunkte kennt. Außerdem dürfen nach dem Spielplan zum Spiel nur Personen zugelassen werden, denen die Spielbedingungen, zu denen auch die Spielregeln gehören, bekannt sind. Ohne tatsächliche Grundlage ist auch die Andeutung im Berufungsurteil, "infolge ungünstiger Platzierung eines Spielers" könne die Beobachtung "gänzlich ausgeschlossen" sein. Der Kläger begehrt die Unbedenklichkeitsbescheinigung für ein Spiel, bei dem nach den Spielregeln "entsprechend seiner Beobachtung" der Spieler "auf den vorausberechneten Einfallsektor" setzt. Daraus folgt zwingend, daß nur eine solche Anordnung der Tische und Sitze den für die Unbedenklichkeitsbescheinigung maßgeblichen Spielbedingungen entspricht, die es jeder am Spiel zulässigerweise beteiligten Person ermöglicht, den Spielkessel einzusehen und den Kugellauf zu beobachten. Entscheidungserhebliches Gewicht fehlt schließlich dem Hinweis des Berufungsgerichts, die Beobachtung sei "erschwert", "da sich das Ablösen der Kugel vom Ansage- oder Beobachtungsring zudem in Sekundenschnelle vollzieht". Nach dem argumentativen Zusammenhang soll dieser Hinweis offensichtlich in erster Linie die Auffassung des Berufungsgerichts stützen, wonach der Durchschnittsspieler "zumindest bei den ersten Spielen" noch nicht erkennen könne, worauf es ankomme; insoweit verfehlt der Hinweis indes sein Ziel, weil - wie oben dargetan - die Kenntnis der Beobachtungspunkte und ihrer Bedeutung zu den Teilnahmebedingungen des Spieles gehört und nicht erst durch Spielerfahrung vermittelt zu werden braucht. Falls das Berufungsgericht allerdings mit diesem Hinweis auch zum Ausdruck hat bringen wollen, daß der Durchschnittsspieler unabhängig von seinem etwaigen Wissen um die Bedeutung der Beobachtungspunkte wegen des schnellen Ablaufs des zu beobachtenden Vorganges bei dessen optischer Fixierung und spielbeeinflussender Verwertung überfordert sei, so steht diese Aussage im Widerspruch zu den vorausgegangenen Angaben des Berufungsgerichts, nach denen die Voraussagesicherheit und die Treffererwartung des Durchschnittsspielers lediglich dadurch beeinträchtigt werden, daß dem Spieler die Bedeutung des Ablösepunktes nicht bekannt sei. An widerspruchsfreien Feststellungen fehlt es deshalb auch für die etwaige Meinung, ein Durchschnittsspieler könne wegen der Schnelligkeit des Kugellaufes seine Gewinnerwartung auch dann nicht wesentlich steigern, wenn er sich an den Beobachtungspunkten zu orientieren versuche.

Das Berufungsgericht sieht sich mit seiner Entscheidung in Übereinstimmung mit dem in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der einheitlichen Betrachtungsweise, wonach ein Spiel schon dann als Glücksspiel anzusehen ist, wenn die Regeln des betreffenden Spieles auch nur eine selbständige Glücksspielvariante zulassen. Eine Möglichkeit, RO I regelgerecht als Glücksspiel zu betreiben, wird im Berufungsurteil aber nicht aufgezeigt, insbesondere wird - wie oben bereits dargetan - entgegen dem im Berufungsurteil erweckten Eindruck durch die Regeln keine Spielweise gedeckt, bei der der Spieler die Beobachtungspunkte nicht kennt oder nicht einsehen kann. Wie ebenfalls an anderer Stelle schon ausgeführt wurde, ist es allerdings nach den Spielregeln erlaubt, zu setzen, wenn die Kugel die Bande verlassen, den Beobachtungsring

aber noch nicht erreicht hat. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange der Spieler noch einen Geschicklichkeitsvorteil hat, der lediglich den Lösungspunkt von der Bande zur Grundlage seiner Setzentscheidung macht, ist bislang nicht geklärt. Die im Berufungsurteil enthaltenen tatsächlichen Feststellungen gestatten in dieser Hinsicht auch keine Schlußfolgerung in der einen oder anderen Richtung. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß ein Durchschnittsspieler durch die bloße Beobachtung des Lösepunktes von der Bande das Spielergebnis nicht so wesentlich zu seinen Gunsten zu beeinflussen vermag, daß der Zufall nicht mehr überwiegt; in diesem Falle würde die in den Spielregeln vorgesehene Möglichkeit, den Einsatz schon zu einem Zeitpunkt zu tätigen, in dem die Kugel den Beobachtungsring noch nicht berührt hat, das streitige Spiel zu einem nicht erlaubnisfähigen Glücksspiel machen.

Die Schlußausführungen im Berufungsurteil geben zu der Überlegung Anlaß, ob möglicherweise RO I unabhängig von allen anderen Fragen deshalb als Glücksspiel einzustufen ist, weil nach den Gesetzen statistischer Wahrscheinlichkeit angesichts der Größe der Gewinnfelder in jedem Falle die Zufallstreffer gegenüber den durch Geschicklichkeit erzielten Treffern überwiegen. Die Abgrenzung von Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel bestimmt sich indes danach, ob das Spielergebnis überwiegend von unberechenbaren Faktoren abhängt oder ob es wesentlich durch die Geschicklichkeit des Spielers verbessert werden kann, d.h. ob der Spieler bei Anwendung der ihm zu Gebote stehenden körperlichen und geistigen Gaben zu einer Gewinnsteigerung in der Lage ist. Demgemäß sind Wahrscheinlichkeitsberechnungen fehl am Platze, solange nicht geklärt ist, ob ein Spielergebnis auf einem für den Durchschnittsspieler erkennbaren Kausalverlauf beruht.

In Anbetracht der noch offenen Fragen im Zusammenhang mit der Bewertung von RO I, die sich aus den vorstehenden Ausführungen ergeben, hätte das Berufungsurteil im Ergebnis nur dann Bestand haben können, wenn die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Verlustgefahr im Sinne des § 33 e Satz 1 GewO und damit den zweiten in Betracht kommenden Versagungsgrund dartäten. Dies ist indes nicht der Fall.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts, das sich angesichts der Bejahung der Glücksspieleigenschaft von seinem Standpunkt aus mit dem zweiten Versagungsgrund nur beiläufig zu befassen brauchte, läuft ein Spieler Gefahr, je Spielstunde beim Turnierspiel 210 DM und beim Bankspiel 1.500 DM zu verlieren. Wie die dieser Aussage zugrunde liegenden Feststellungen erweisen, beruhen die vorgenannten Zahlen auf der unrealistischen Annahme, daß der Spieler während der Dauer einer Stunde keine einzige richtige Voraussage trifft. Zumindest bei einem Beobachtungsspiel der vorliegenden Art ist es aber verfehlt, auf der Grundlage eines einstündigen Spieles die Höhe der Verlustgefahr mit der Höhe des Einsatzes und damit mit dem theoretischen Maximalverlust gleichzusetzen. Unangemessen hoher Verlust im Sinne des § 33 e Satz 1 GewO droht nur in dem Umfange, in dem unter Berücksichtigung der Spielbedingungen der Eintritt eines solchen Verlustes für eine zulässigerweise am Spiel beteiligte Person, bei der unterdurchschnittliche spielerische Fähigkeiten zu unterstellen sind, möglich und nicht unwahrscheinlich ist, wobei sich die Frage der Unangemessenheit der Verlusthöhe nach der allgemeinen Verkehrsanschauung, nicht nach der Sicht einzelner Spielerkreise beurteilt. Für das vorliegende Spiel ergibt sich daraus die Notwendigkeit, die Treffer zu ermitteln, die ein Spielteilnehmer, bei dem unterdurchschnittliche spielerische Fähigkeiten zu unterstellen sind, im Durchschnitt einer Spielstunde mindestens zu erwarten hat. Da diese Merkmale auf den denkbar schlechtesten Spieler abstellen

und die Frage unberücksichtigt lassen, ob beim Spiel die Zufalls- oder die Geschicklichkeitskomponenten überwiegen, decken sie sich nicht mit den Kriterien, die für den Glücksspielcharakter eines Spieles maßgeblich sind. Einschlägige Feststellungen sind im Berufungsurteil nicht enthalten. Nach den Erkenntnissen, die durch die beigezogenen Gerichts- und Verwaltungsakten vermittelt werden, ist es unwahrscheinlich, daß ein Spielteilnehmer während der - vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler für ein casinomäßig betriebenes Beobachtungsspiel zugrunde gelegten - Spielzeit von einer Stunde keinmal auf den Gewinnsektor setzt. Dem Senat fehlen aber die tatsächlichen Anhaltspunkte, um erkennen zu können, welche Trefferquote jedem Spielteilnehmer mindestens zuzurechnen und welche Verlustquote folglich als möglich und nicht unwahrscheinlich anzusehen ist. Das gilt zunächst für das Turnierspiel. Der Senat stimmt dem Berufungsgericht zwar darin zu, daß jedenfalls die Gefahr eines Verlustes von 210 DM in einer Stunde die Gefahr unangemessen hoher Verluste in kurzer Zeit begründen würde. Indessen läßt sich wegen Fehlens einschlägiger tatsächlicher Feststellungen nicht beurteilen, welche Verlustgefahr einem Spieler bei einem Maximaleinsatz von 210 DM je Stunde tatsächlich droht. Damit fehlt es an dem tatsächlichen Grundlagen für die Beantwortung der Frage, ob dem Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit drohen.

Entsprechendes gilt auch hinsichtlich des Bankspieles. Bei diesem würde allerdings die Annahme der Bedenklichkeit des Spieles naheliegen, wenn entsprechend der Angabe im Berufungsurteil davon auszugehen wäre, daß ein Bankspieler in einer Stunde maximal 1.500 DM einsetzen kann; denn daß sich ein solcher theoretischer Höchstverlust durch die Berücksichtigung wahrscheinlicher Spielverläufe unter die Bedenklichkeitsschwelle reduziert, erscheint fraglich. Indes basiert die vorerwähnte Annahme im Berufungsurteil über die Höhe des im Laufe einer Stunde möglichen Spieleinsatzes beim Bankspiel nicht auf revisionsrechtlich hinzunehmenden Feststellungen. Dies ergibt sich aus folgendem: Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Bankspieler in jedem Spiel nicht nur - wie das Verwaltungsgericht meint - gegen einen, sondern gegen bis zu zehn Spieler gleichzeitig spielen kann. Zur Begründung wird auf die mit dieser Spielregelauslegung übereinstimmende Auffassung der Beklagten verwiesen. Worauf die Beklagte ihre diesbezügliche Auffassung stützt, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen. Die berufsgerichtliche Auslegung der Spielregeln ist zwar als tatsächliche Feststellung gemäß § 137 Abs. 2 VwGO grundsätzlich bindend, sie ist aber revisionsgerichtlich daraufhin überprüfbar, ob bei ihr alle wesentlichen Auslegungsgrundlagen Berücksichtigung gefunden haben. Daß letzteres geschehen ist, vermag der Senat nicht festzustellen, weil weder im Urteil selbst noch in dem in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten die dem Berufungsurteil zugrunde liegende Auslegung nachvollziehbar dargelegt worden ist und weil jedenfalls der Text der "Unbedenklichkeitsbescheinigung", den der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung zu den Akten gereicht hat und der nach seinen Angaben die maßgeblichen Spielbedingungen enthalten soll, eher gegen als für die dem Berufungsurteil zugrunde liegende Auslegung spricht. Das Bankspiel wird in dem vorgenannten Text wie folgt beschrieben:

"Der Spielleiter bietet die Bank vor jeder Partie an. Der sich zuerst meldende Spieler wird Bankspieler. Beim Bankspiel spielt ein Bankhalter gegen insgesamt höchstens zehn Gegenspieler. Beim Bankspiel bestimmt der Gegenspieler den Einsatz bis zum erlaubten Höchsteinsatz. Der Spielleiter wirft eine Kugel für alle Spieler.

Nach dem Beobachten des Kugellaufes setzen die Spieler auf einen Sektor. Es gewinnt derjenige Spieler, welcher auf den Gewinnsektor gesetzt hat. Er entrichtet die Spielabgabe.

Hat der Bank- und der Gegenspieler den Gewinn- oder Verlustsektor gesetzt, wird ein "Stechen" ohne neuen Einsatz durchgeführt. Der Spielleiter wirft dafür erneut eine Kugel ein.

Steht nach zweimaligem "Stechen" kein Gewinner fest, erhält jeder der Spieler den Einsatz zurück.

Dieser Spielablauf wiederholt sich im vorgenannten Falle gegen jeden Gegenspieler.

Der Bankspieler kann nach jedem abgeschlossenen Einzelspiel die "Bank" durch die Ansage "Ich passe" abgeben.

Das Bankspiel wird danach neu angeboten."

Während die Verwendung des Plurals an einigen Stellen ("Kugel für alle Spieler", "setzen die Spieler auf einen Sektor") die Richtigkeit der berufsgerichtlichen Auslegung zu bestätigen scheint, läßt sich mit dieser Auslegung der Satz, wonach sich der "Spielablauf" im "vorgenannten Falle gegen jeden Gegenspieler" wiederholt, nicht vereinbaren. Es kommt hinzu, daß nach den Angaben des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung das Bundeskriminalamt für das Spiel RO I früher bei identischen Spielbedingungen Unbedenklichkeitsbescheinigungen erteilt hat, was zu der Vermutung Anlaß gibt, daß jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt die Beklagte das Bankspiel nicht im Sinne der Auslegung des Berufungsgerichts gedeutet hat. Hat beim Bankspiel der Bankhalter aber nicht gleichzeitig bis zu zehn Gegenspieler, sondern jeweils nur einen Gegenspieler, so beträgt sein maximaler Gesamteinsatz in einer Stunde 150 DM und die Verlustgefahr liegt - zumal im Hinblick auf die in jedem Falle zu berücksichtigende Gewinnquote - unterhalb der Bedenklichkeitsschwelle. Sollte es bei der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf die Frage der Bedenklichkeit im Sinne des § 33 e Satz 1 GewO ankommen, so muß hinsichtlich des Bankspieles geklärt und dargelegt werden, welcher Regeltext dem klägerischen Begehren zugrunde liegt und wie dieser Regeltext zu verstehen ist. Dafür besteht nicht zuletzt deshalb Veranlassung, weil dem Berufungsgericht offensichtlich Spielregeln vorgelegen haben, in denen das Bankspiel anders dargestellt wird als in dem oben angeführten Text einer Unbedenklichkeitsbescheinigung. Jedenfalls befindet sich bei den Gerichtsakten der Entwurf einer Unbedenklichkeitsbescheinigung für RO I (vgl. Bl. 54 d.A.), in dem anstelle der Abs. 3, 4 und 5 des dem Senatüberreichten Textes ein einziger Absatz mit folgendem Inhalt steht:

"Hat der Bank- und der Gegenspieler den Gewinn- oder Verlustsektor gesetzt, so hat kein Spieler gewonnen bzw. verloren. Die Einsätze sind zurückzuzahlen."

Der Senat teilt nicht die Auffassung der Beklagten, im Sinne einer umfassenden Auslegung des § 33 e Satz 1 GewO könne sich die in dieser Vorschrift als Versagungsgrund statuierte Gefahr unangemessen hoher Verluste auch daraus ergeben, daß - wie gegebenenfalls hier - im Einzelfalle konkret feststellbare Tatsachen eine hinreichend sichere Prognose erlauben, wonach das betreffende Spiel in der Praxis abweichend von den zur Genehmigung vorgelegten Spielregeln - etwa als Glücksspiel - betrieben werde. Für die diesbezügliche Ansicht der Beklagten haben sich

literarisch vornehmlich mit dem Spielrecht befaßte Beamte des Bundeskriminalamtes eingesetzt (vgl. Ahlf Spielberger, GewArch 1977, 321 ff.; Ahlf, GewArch 1979, 84 f.). Sie hat in den Kommentaren zur Gewerbeordnung teilweise Zustimmung gefunden (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, § 33 e, Rdn. 3; Fröhler/Kormann, § 33 e, Rdn. 4; ablehnend: Edelmann, in: Fuhr, § 33 e, Anm. 3; Sieg-Leifermann, § 33 e, Anm. 1). Ihr liegt offensichtlich die jedenfalls unter verwaltungspraktischen Gesichtspunkten verständliche Erwägung zugrunde, daß die Unbedenklichkeit eines Spieles nicht bescheinigt werden dürfe, das nach den objektiven Gegebenheiten für Veranstalter und Spieler nur interessant sei, wenn die zur Genehmigung vorgelegten Spielregeln mit der Folge der Gefahr unangemessen hoher Spielverluste nicht eingehalten würden. Die Rechtsauffassung der Beklagten ist aber durch § 33 e Satz 1 GewO nicht gedeckt. Entgegen dem ersten Eindruck läßt sich allerdings die Meinung der Beklagten nicht durch Wortlaut und Systematik der §§ 33 d und 33 e GewO widerlegen. Unangemessen hoher Verlust kann begrifflich auch durch die Möglichkeit der Spieländerung drohen, und das Vorhandensein einer Widerrufregelung schließt nicht aus, daß dem voraussehbaren Eintritt von Tatsachen, die zum Widerruf berechtigen, präventiv Rechnung getragen wird. Bei gegenteiliger Meinung wäre zudem die auf §§ 33 f., 33 e GewO gestützte Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 SpielV unzulässig, wonach die Bauart eines Geldspielgerätes nur zugelassen werden darf, wenn die spielwichtigen Teile des Spielgerätes so gebaut und gesichert sind, daß sie mit einfachen Mitteln nicht verändert werden können. Diese Vorschrift, deren Verfassungsmäßigkeit nicht zu bezweifeln ist, hat zur zutreffenden Voraussetzung, daß zumindest bei der Bauartzulassung § 33 e Satz 1 GewO die Verlustgefahr durch Abänderungsmöglichkeit als Versagungsgrund statuiert. Ob dasselbe für die Spielgeräte gilt, die bei anderen Spielen mit Gewinnmöglichkeiten verwendet werden, kann hier dahinstehen, dürfte aber zu bejahen sein; entscheidend ist indes, daß § 33 e Satz 1 GewO bei zweckgerechter Auslegung nicht zuläßt, die Verlustgefahr mit einer Voraussage über zu erwartende Abweichungen von den Spielregeln zu begründen. § 33 e Satz 1 GewO will erkennbar die Spieler vor solchen Gefahren schützen, deren Quellen sich bereits bei der Zulassungsentscheidung beseitigen lassen. Dazu gehört zum einen die Verlustgefahr, die sich schon bei regelrechtem Spielablauf ergibt, zum anderen aber das vergleichbare Risiko, das in der leichten Abänderbarkeit eines Spielgerätes liegt. Die auf willkürlichmenschlichem Verhalten beruhenden Regelverstöße lassen sich demgegenüber nicht in einer dem Rechtsstaatsprinzip genügenden Weise vorbeugend erfassen. Außerhalb der Tatbestände, die zur Verneinung der Zuverlässigkeit des Veranstalters führen (§ 33 d Abs. 3 GewO), gibt es kein sachgerechtes Kriterium, um die Regelverstöße zu prognostizieren, die die Beklagte bekämpfen will. Die bloße Möglichkeit der Regelabweichung ist als Anknüpfungspunkt ungeeignet, weil sie bei jedem Spiel gegeben ist, und Erfahrungen mit den Regelverstößen anderer Veranstalter des gleichen Spieles rechtfertigen für sich genommen keinen Schluß auf das Verhalten des Antragstellers. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, die Verwaltung mit Abgrenzungsproblemen zu belasten, die sich rechtsstaatlich nicht lösen lassen. Jedenfalls soweit der Bereich der Spielregeln betroffen ist, hat das Verfahren der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nur dann eine tragfähige Basis, wenn dem Grundsatz strenger Spielregelbezogenheit nicht nur für die Abgrenzung von Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel, sondern auch für die Bewertung der Verlustgefahr Geltung eingeräumt ist. Zu Unrecht meint die Beklagte, die Richtigkeit ihrer Auffassung würde durch die Entstehungsgeschichte der §§ 33 d und 33 e GewO bestätigt. Für die Änderung der Gewerbeordnung war seinerzeit die Erkenntnis maßgebend, daß die illegale Veranstaltung von Glücksspielen mit den Mitteln des allgemeinen Polizeirechts nur unzureichend bekämpft werden kann (vgl. die Begründung des Bundesrates zum Vierten Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom

5. Februar 1960, BT-Drs. III/318, S. 39). Die Einführung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bezweckte daher, für jedes zu veranstaltende Gewinnspiel unabhängig von der Person des Veranstalters und dem Ort der Veranstaltung schon im Vorfeld durch eine sachkundige Stelle verbindlich klären zu lassen, ob es sich um ein erlaubtes Geschicklichkeitsspiel oder ein verbotenes Glücksspiel handelt. Die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluß darüber, in welchem Umfang nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers diese unstreitig präventive Aufgabenstellung sich nicht nur an den zur Genehmigung vorgelegten Spielbedingungen ausrichten, sondern auch prognostisch voraussichtliche Manipulationen ins Auge fassen sollte. Ohne in irgendeiner Weise zu den Motiven der Novellierung in Widerspruch zu geraten, konnte im Gesetz eine Lösung verwirklicht werden, die die Bekämpfung von Regelverstößen der behördlichen Überwachungstätigkeit überläßt.

Streitwertbeschluss:

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 15.000 DM festgesetzt.

Dr.
Prof.
Dr.
Meyer
Dr. Diefenbach

Dr.

Heinrich
Barbey
Dickersbach