

Beschluss Az. 1 Bf 318/05*

Hamburgisches OVG

21. November 2006

Leitsätze

Fun Spielautomaten mit Hinterlegungsspeicher sind auch dann Geldspielgeräte, wenn der Spieler nicht nachmünzen kann. Münzschieber, die in Spielhallen aufgestellt sind, sind Geldspielgeräte.

Tenor

- 1 Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Juni 2005 wird zurückgewiesen.
- 2 Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- 3 Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Berufungsverfahren auf 28.000,- Euro festgesetzt.
- 4 Hinsichtlich der Kosten des gesamten Verfahrens ist der Beschluss vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- 5 Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 6 Die Beklagte hat der Klägerin aufgegeben, aus ihrer Spielhalle sämtliche Unterhaltungsspielgeräte, an denen der Einsatz zurück gewonnen werden kann, sowie

*<http://openjur.de/u/85737.html> (= openJur 2011, 13990)

einen sog. Münzschieber, unverzüglich zu entfernen.

- 7 Die Klägerin betreibt an der ... in Hamburg eine Spielhalle mit einer Grundfläche von 60,59 m. Bei einer Überprüfung am 6. November 2002 befanden sich in der Spielhalle neben vier herkömmlichen Geldspielgeräten 8 Unterhaltungsspielgeräte (Funny Land 1000, Fun City 5000 und Fun Master). Bei diesen sog. Fun Games wird dem Spieler der Einsatz in Höhe bis zu 50,- Euro in Form von Spielpunkten auf einem Hinterlegungsspeicher gut geschrieben, die er nach Verlust durch den erfolgreichen Einsatz weiterer Spielpunkte zurückgewinnen und sich wieder in Form von Token oder Bargeld auszahlen lassen kann. Dabei konnte der Spieler nachmünzen, um die Chance des Rückgewinnes seines verspielten Einsatzes zu wahren. Ferner befand sich in der Spielhalle ein sog. Münzschieber (Twister). Dieses Gerät gibt dem Spieler nach Einwurf einer 1-Euro-Münze Token heraus, die durch Bewegungen einer sichtbaren Spielfläche über deren Rand in einen "Gewinnschacht" geschoben werden. Insoweit bestimmt die Wahl des Einwurfschlitzes, in den eine 1-Euro-Münze zu werfen ist, auf welchen Teil der Spielplatte die Münze fällt und dort unter Umständen die Lage der dort bereits befindlichen Token verändert und darüber den Eindruck erweckt, die Wahl des Münzschlitzes habe Einfluss auf den Wert der ausgespielten Token.
- 8 Mit Bescheid vom 8. November 2002 erteilte die Beklagte der Klägerin zu der ihr gemäß §33 i GewO erteilten Spielhallenerlaubnis die Auflage, sämtliche Unterhaltungsspielgeräte, an denen der Einsatz zurück gewonnen werden kann, sowie Warenspielgeräte (Münzschieber) ohne Zulassung durch die Physikalisch Technische Bundesanstalt (PTB) unverzüglich zu entfernen. Den dagegen gerichteten Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 25. Februar 2003 zurück: Die Auflage sei zum Schutz der Gäste gerechtfertigt, weil die fraglichen 8 Spielgeräte nicht von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) zugelassen seien, obwohl es sich um Geldspielgeräte handele und auch der Twister eine Gewinnmöglichkeit eröffne.
- 9 Mit ihrer am 25. März 2003 eingegangenen Klage hat die Klägerin vorgetragen: Im Hinblick auf den Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 31. März 2004 habe sie die Funktionsweise des Hinterlegungsspeichers derart eingeschränkt, dass nunmehr ein Nachmünzen ausgeschlossen sei und der Spieler nur noch mit dem Geldeinwurf bis zu 50,- Euro und dessen Hinterlegung eine durch sein Punkteguthaben definierte Spielzeit erhalte. Damit schließe sie den Anreiz aus, sich aus übersteigter Gewinnerwartung einem Verlustrisiko auszusetzen, um bereits verspielte Einsätze zurück zu gewinnen. Da die Spieler nicht mehr nachmünzen könnten, sei das gesamte Spielgeschehen als eine Einheit zu betrachten und dürfe man nicht auf irgendwelche zwischenzeitlichen Punktestände abstellen. Gegen das Verbot, den Twister aufzustellen, wende sie sich nicht mehr, da dieses Gerät nicht mehr aufgestellt werde.
- 10 Die Klägerin hat beantragt,

- 11 den Bescheid vom 8. November 2002 und den Widerspruchsbescheid vom 25. Februar 2003 aufzuheben,
- 12 hilfsweise
- 13 festzustellen, dass Unterhaltungsspielgeräte, die über einen Hinterlegungsspeicher verfügen, an dem der Teilnehmer ohne Möglichkeit des Nachmünzens nur einmalig einen bestimmten Betrag als Einsatz hinterlegt, der nach Spielbeginn nicht weiter erhöht werden kann, sondern im günstigsten Fall nach Spielbeendigung ganz oder teilweise nicht als verbraucht erstattet wird, keine Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit im Sinne der §§33 c GewO sind,
- 14 weiter hilfsweise
- 15 den Auflagenbescheid vom 8. November 2002 unter Ziff. 1 sowie den Widerspruchsbescheid vom 25. Februar 2002 insoweit aufzuheben, als der Klägerin damit auch die Entfernung von Unterhaltungsspielgeräten mit Hinterlegungsspeicher, bei dem der Spieler durch einmaligen Einwurf eines bestimmten Geldbetrages von bis zu höchstens 50,- Euro hinterlegt, über den nach Beendigung des Spieles in der Weise abgerechnet wird, dass der Spieler im günstigsten Fall den von ihm hinterlegten Geldbetrag zurückerhält und bei dem nicht die Möglichkeit des sog. "Nachmünzens", also der Erhöhung des einmal eingeworfenen Geldbetrages durch weitere Geldeinwürfe besteht, untersagt wird.
- 16 Die Beklagte hat den Antrag gestellt,
- 17 die Klage abzuweisen.
- 18 Mit ihrer Auflage untersage sie den Betrieb der "Fun Games" mit Hinterlegungsspeicher. Die Abrechnung der Spiele über den Hinterlegungsspeicher hebele die Abrechnungsvorschriften für Gewinnspielgeräte aus und eröffne Missbrauchsmöglichkeiten.
- 19 Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2005 ergangenem Urteil zurückgewiesen: Gegenstand des Bescheides und des Widerspruchbescheides seien allein die ursprünglich in der Spielhalle vorhandenen 5 Geräte "Funny Land 1000" und die zwei Geräte "Fun City 5000" sowie das Gerät "Fun Master" sowie der Twister. Insoweit sei die Entfernungsanordnung rechtmäßig. Dies habe das Oberverwaltungsgericht in dem Parallelverfahren - 1 Bf 215/04 - mit Urteil vom 4. März 2005 - im Einzelnen ausgeführt. Dem schließe sich die Kammer an. Auch bei dem Twister handele es sich um ein Geldspielgerät, das nicht - wie erforderlich - zugelassen sei. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag, auf den sich die Beklagte eingelassen habe, sei unzulässig. Es fehle an einem konkreten Rechtsverhältnis. Die Geldspielgeräte der Klägerin wiesen nicht die fragliche technische Spezifikation auf. Hinsichtlich solcher Geräte (Geräte mit Ausschluss einer Nachmünzmöglichkeit)

seien auch zwischen den Beteiligten im Rahmen eines konkreten Sachverhaltes keine rechtlichen Beziehungen entstanden. Im Gegenteil trage die Klägerin vor, dass lediglich die Herstellerin der Spielgeräte mit Hinterlegungsspeicher inzwischen die Funktionsweise der Hinterlegungsspeicher geändert habe. Damit beziehe sich die Feststellungsklage auf ein zwischen Dritten bestehendes Rechtsverhältnis.

- 20 Mit ihrer von dem Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung trägt die Klägerin vor: Die Auflage der Beklagten beziehe sich nicht nur auf die in der Spielhalle vorgefundenen 8 Unterhaltungsspielgeräte sondern auf alle Unterhaltungsspielgeräte mit einem Hinterlegungsspeicher und damit auch auf solche Geräte, bei denen das Nachmünzen technisch ausgeschlossen sei. Nur wenn man die angegriffene Anordnung, die in ihrem Tenor ausdrücklich von sämtlichen Unterhaltungsspielgeräten spreche, in diesem weitem Sinne verstehe, mache es Sinn, dass die Beklagte die Anordnung im Wege einer dauerhaften Auflage zu der ihr - der Klägerin - erteilten Spielhallenerlaubnis erlassen habe. In diesem weiten Sinne habe auch die Beklagte ihre Auflage verstanden.
- 21 Hinsichtlich des Twisters habe das Verwaltungsgericht nicht dargelegt, dass es sich um ein Spielgerät im Sinne des §33 c GewO handle. Dies sei nicht der Fall. Vielmehr handle es sich um einen sog. Münzschieber, wie er auch auf Jahrmärkten eingesetzt werde. Insoweit fehle es an einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung. Auch seien die an diesem Gerät zu gewinnenden Spielmarken (Token) mit einem Freispiel zu vergleichen. Insoweit komme es nicht darauf an, dass das Freispiel mit Hilfe einer Spielmarke verkörpert werde. Entgegen den Befürchtungen der Beklagten bestünden nach ihren - der Klägerin - gemachten Beobachtungen keine Anhaltspunkte, dass die Spieler mit diesen Spielmarken, den Token, handelten und könnten diese die Token auch nicht in anderen Spielhallen einsetzen.
- 22 Auch verkenne das Verwaltungsgericht, dass der Ausschluss des Nachmünzens dem Spieler den Anreiz nehme, sich durch weitere Einsätze die Chance des Rückgewinnes zu eröffnen. Auf diesen Anreiz habe aber die Rechtsprechung des Berufungsgerichts und des Bundesverwaltungsgericht abgestellt, die Fun-Spielgeräte mit Nachmünzmöglichkeiten als Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit eingestuft hätten. Angesichts der Begrenzung des Einsatzes stelle die Möglichkeit im günstigsten Falle kostenlos spielen zu können keine Gewinnmöglichkeit im Sinne des §33 c GewO dar. Erst nach Beendigung des Spieles werde abgerechnet und erst dann erhalte der Spieler den nicht für die verbrauchte Spielzeit im Hinterlegungsspeicher hinterlegten Teil seines Einsatzes zurück. Die Spielverordnung solle den Spieler nicht davor schützen, ggf. unentgeltlich zu spielen.
- 23 Ihre hilfsweise gestellten Feststellungsanträge seien zulässig. Ähnlich wie der Streit über die Ausübung eines Gewerbes, das der jeweilige Kläger ohne die nach Ansicht der Behörde erforderliche Genehmigung ausüben wolle, ein konkretes Rechtsverhältnis begründe, bestehe auch hier ein konkreter Streit. Denn sie

- die Klägerin - wolle Unterhaltungsspielgeräte mit Hinterlegungsspeicher bei gleichzeitigem Ausschluss der Möglichkeit nachzumünzen aufstellen, ohne dass dafür auch nur die Möglichkeit einer Genehmigung bestehe. Da die Beklagte die Zulässigkeit der fraglichen Unterhaltungsspielgeräte mit Hinterlegungsspeicher bestreite und mit rechtlichen Maßnahmen drohe, falls sie - die Klägerin - sie aufstelle, bestehe auch das erforderliche Feststellungsinteresse.

- 24 Die Klägerin beantragt,
- 25 das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Juni 2005 abzuändern und entsprechend den zuletzt gestellten Anträgen zu entscheiden.
- 26 Die Beklagte stellt den Antrag,
- 27 die Berufung zurückzuweisen.
- 28 Die Beklagte entgegnet: Es sei nicht nachzuvollziehen, weshalb sich die Klägerin durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in ihrer Rechtsauffassung bestätigt sehe. Das Bundesverwaltungsgericht habe klar gestellt, dass bereits die Chance auf den (Rück-)Gewinn des Einsatzes es rechtfertige, das Spielgerät als Gewinnspielgerät anzusehen. Die von der Klägerin benutzten Spielgeräte "Funny Land" und "Cash of the Titan" seien Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht gewesen und das Gerät "Fun Master" sei mit dem Gerät "Funny-Land" baugleich. Auch habe es nie die "begrenzten" Hinterlegungsspeicher gegeben. Vielmehr hätten die Spieler die Hinterlegungsspeicher wieder auffüllen können, wie das Berufungsgericht bei dem in der Spielhalle der Klägerin in dem Beschwerdeverfahren 1 Bs 47/04 durchgeführten Ortstermin festgestellt habe. Auch kassierten die Spielgeräte den Einsatz sofort nach jedem Einzelspiel. Die Klägerin wolle Gewinnspielgeräte betreiben, die sich den Regeln des Spielerschutzes entzögen und die nach der Spielverordnung vom 27. Januar 2006 eindeutig verboten seien.

Gründe

- 29 Das Gericht entscheidet über die Berufung gemäß §130 a VwGO durch Beschluss, weil es sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung für nicht erforderlich hält. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Auflage, die 8 Fun-Spielautomaten und den Twister zu entfernen, ist nicht zu beanstanden. Das Verwaltungsgericht hat den Hauptantrag zutreffend zurückgewiesen (dazu unter 1.). Der von der Klägerin gestellte Hilfsantrag zu 1) ist zulässig, aber in der Sache ebenfalls unbegründet (dazu unter 2.). Der Hilfsantrag zu 2) ist unzulässig (dazu unter 3.).
- 30 1. Der angegriffene Auflagenbescheid vom 8. November 2002 in der Fassung des

Widerspruchbescheides vom 25. Februar 2003 ist rechtmäßig.

- 31 a. Die Auflage, die 8 Fun-Spielautomaten zu entfernen, ist nicht zu beanstanden.
- 32 a.a. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist das Verwaltungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass sich die angegriffene Auflage, sämtliche Unterhaltungsspielgeräte, an denen der Einsatz zurück gewonnen werden kann, unverzüglich zu entfernen, lediglich auf die damals in der Spielhalle der Klägerin vorgefundenen 8 sog. Fun-Spielgeräte bezieht. Diese waren - wie die Ortsbesichtigung in dem Beschwerdeverfahren 1 Bs 47/04, während derer ein Teil dieser Spielgeräte noch vorgefunden war, bestätigt hat - sämtlich mit einem Hinterlegungsspeicher ausgestattet bzw. mit einem solchen derart verbunden, dass die Spieler den hinterlegten Höchsteinsatz nach Verbrauch eines Teiles der verbuchten Spielpunkte durch den Einsatz weiteren Geldes oder weiterer Spielmarken (Token) wieder auffüllen konnten. Hingegen waren in der Spielhalle der Klägerin keine Fun-Spielgeräte aufgestellt, bei denen die Möglichkeit des sog. Nachmünzens technisch ausgeschlossen war. Dies stellt auch die Klägerin nicht in Abrede. Auf die Entfernung weder damals noch - soweit ersichtlich - heute in der Spielhalle aufgestellter Spielgeräte mit einem modifizierten Hinterlegungsspeicher, der ein Nachmünzen nicht ermöglicht, bezog sich der Tenor des Auflagenbescheides seinem Wortlaut nach nicht. Der Wortlaut des Bescheides spricht von der Entfernung und nicht dem Aufstellen der Geräte. Naturgemäß kann die Klägerin nur vorhandene und nicht etwa nicht vorhandene Spielgeräte entfernen. Auch zeigt die Begründung des Auflagenbescheides und des Widerspruchbescheides deutlich, dass es der Beklagten um die Entfernung der von ihr vorgefundenen 8 Fun-Spielgeräte ging.
- 33 Die weitere Frage kann dahin stehen, ob sich die Auflage angesichts der Wortwahl "sämtliche Unterhaltungsspielgeräte ..." auch auf die Entfernung weiterer mit den 8 vorgefundenen Spielgeräten baugleicher und etwa nur in der äußeren Aufmachung unterschiedlich gestalteter Spielgeräte bezieht, die die Klägerin gegen die von ihr ursprünglich zum Zeitpunkt des Erlasses aufgestellten Spielgeräte ausgetauscht hat oder austauschen will und an denen der Einsatz ebenfalls zurück gewonnen werden kann. Denn hierüber streiten die Beteiligten nicht. Der Klägerin geht es vielmehr darum, dass ihrer Auffassung nach die Entfernungsanordnung auch solche Fun-Games betrifft, die sie erst noch anschaffen will und die möglicherweise erst noch von den Herstellern entwickelt werden müssen und die sich nach ihrer Meinung durch den technischen Ausschluss der Möglichkeit des Nachmünzens gerade wesentlich von den in ihrer Spielhalle vorgefundenen Geräten unterscheiden sollen. Auf derartige Spielgeräte bezieht sich die Entfernungsanordnung nicht.
- 34 a.b. Das Verwaltungsgericht hat zutreffend unter Wiederholung der von dem Senat in seinem Urteil vom 4. März 2005 - 1 Bf 215/04 - GewArch 2005, 252 in einem ähnlichen Verfahren gemachten Ausführungen dargelegt, dass die Beklagte die angegriffene Auflage für die 8 vorgefundenen Fun-Spielgeräte gemäß

§33 i Abs. 1 Satz 2 GewO erlassen durfte. Auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts wird verwiesen. Die gegen das Urteil des Berufungsgerichts vom 4. März 2005 eingelegte Revision hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. November 2005 - GewArch 2006, 123-126 - zurückgewiesen und die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts bestätigt. Die Klägerin trägt nichts vor, was diese Auffassung in Frage stellt.

- 35 b. Die Berufung hat auch keinen Erfolg soweit sich die Klägerin gegen die ihr aufgegebene Entfernung des sog. Münzschiebers wendet.
- 36 b.a. Allerdings ist die Anfechtungsklage insoweit noch nicht deshalb unzulässig, weil die Klägerin mit Schriftsatz vom 7. Juni 2005 mitgeteilt hat, dass sie sich nicht mehr gegen das gegen den Twister (Münzschieber) ausgesprochene Verbot wende, da dieses Spielgerät nicht mehr aufgestellt werde. Die Klägerin hat ihre Ankündigung nicht wahr gemacht, ihre Klage insoweit in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht zurückzunehmen und das Verwaltungsgericht hat ihre Klage auch insoweit in der Sache als unbegründet zurückgewiesen. Dementsprechend greift die Klägerin mit ihrer Berufung auch ausdrücklich die Auflage an, den nicht durch die PTB zugelassenen Münzschieber zu entfernen. Da sie insoweit Adressat eines sie belastenden Verwaltungsaktes ist, entfällt ihr Rechtsschutzbedürfnis nicht deshalb, weil sie die Entfernungsanordnung befolgt hat.
- 37 b.b. In der Sache durfte die Beklagte der Klägerin nach §33 i Abs. 1 Satz 2 GewO i.V.m. §36 Abs. 3 HmbVwVfG zum Schutz der Spieler der Spielhallenerlaubnis der Klägerin nachträglich die Auflage beifügen, Warenspielgeräte (Münzschieber) zu entfernen, die nicht durch die PTB zugelassen sind. Auch insoweit betrifft die Auflage den bei der Überprüfung der Spielhalle am 6. November 2002 vorgefundenen Twister. Auch dabei handelt es sich um ein Spielgerät mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des §33 c GewO, für das keine Bauartzulassung vorliegt und dessen Aufstellung deshalb einen Versagensgrund nach §33 i Abs. 2 Nr. 3 GewO bildet (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.11.2005, GewArch 2006, 123).
- 38 - 1 - §33 c Abs. 1 Satz 1 GewO unterwirft nur Spielgeräte, die die Möglichkeit eines Gewinns bieten, der Erlaubnispflicht, wenn sie mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind. Es kommt darauf an, ob in das Spielgerät eine technische Vorrichtung eingebaut ist, die neben den allgemeinen physikalischen Gesetzen einen eigengesetzlichen Spielablauf bewirkt und damit ihrerseits selbstwirkend den Spielerfolg ausschlaggebend zu beeinflussen vermag (vgl. BVerwG, Urt. v. 9.6.1960, GewArch 1961, 34 und v. 27.10.1966, BVerwGE 25, 204/205). Das Spielergebnis muss wesentlich von dem technisch gesteuerten Zufall abhängen und nicht von dem Geschick des Spielers (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.9.1982, GewArch 1983, 60; Hahn in Friauf GewO, §33 c Rdnr. 5). Ersteres ist hier der Fall.
- 39 Wie die in der Sachakte befindliche Fotoaufnahme und der Besichtigungsver-

merk vom 15. November 2002 erweisen, werden die auf einer in dem Automaten sichtbaren Spielfläche liegenden Münzen oder Spielmarken durch die Hin- und Herbewegung der Spielflächen bewegt und wird ein Gewinn ausgezahlt, wenn eine bestimmte Anzahl von Münzen oder Spielmarken über den Rand der Spielfläche in einen "Gewinn-" Schacht fällt. Die durch den Spielvorgang ausgelöste Bewegung der Spielflächen stellt eine technische Vorrichtung dar, die den Spielausgang maßgeblich beeinflusst. Insoweit hat der Spieler nur geringen Einfluss auf das Spielgeschehen. Er kann lediglich durch die Wahl eines der vier Einwurfschlitze bestimmen, auf welchen Bereich der Spielfläche die von ihm eingeworfene Münze fällt. Nur dadurch kann er die Lage der bereits auf der Spielfläche befindlichen Münzen geringfügig verändern und seine Chance beeinflussen, dass durch die Bewegung der Spielflächen möglichst viele der Münzen oder Token in den Gewinnschacht fallen. Auch die Klägerin behauptet nicht, dass die Gewinnchance überwiegend von dem Geschick eines Durchschnittsspielers bestimmt wird. Die Funktionsweise des Gerätes verdeutlicht, dass der Hin- und Herbewegung der Spielflächen ein größeres Gewicht zu kommt als dem Ort, auf dem die eingeworfene Münze auf die auf der Spielfläche befindlichen Münzen bzw. Spielmarken trifft.

- 40 Der Twister bietet den Spielern auch eine Gewinnmöglichkeit im Sinne des §33 c Abs. 1 GewO. Die von ihm ausgespielten Spielmarken verkörpern einen wirtschaftlichen Wert. Denn sie erlauben es an den übrigen Geldspielgeräten in der Spielhalle der Klägerin weiterzuspielen und ersetzen insoweit den Preis für das Spielen an diesen Geräten. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann nicht die Rede davon sein, dass diese Spielmarken lediglich Freispiele verkörpern. Sie verkörpern das Entgelt und den Spieleinsatz für die Spiele an den Geldspielautomaten. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob - wofür viel spricht - die Spieler mit den Spielmarken (Token) handeln und ob die Spieler die Token auch in anderen Spielhallen einsetzen können.
- 41 - 2 - Das Vorbringen der Klägerin überzeugt nicht, bei dem Twister handele es sich um ein Jahrmarktsspielgerät, welches schon aus Rechtsgründen kein Spielgerät im Sinne des §33 c GewO darstelle. Die Klägerin spielt damit auf §5 SpielVO - a.F. - in der bis zum Inkrafttreten der Neufassung vom 27. Januar 2006 (BGBl. I S. 280) geltenden Fassung an. Danach darf die Erlaubnis für die Veranstaltung eines anderen Spieles im Sinne des §33 d GewO, bei dem der Gewinn in Waren besteht, nur erteilt werden, wenn das Spiel u.a. auf Jahrmärkten - und nicht in Spielhallen - veranstaltet werden soll. Ferner will sie sich anscheinend auf die Befreiungsvorschrift des §5 a SpielVO - a.F. - berufen. Hiernach bedarf es für die Veranstaltung eines anderen Spieles nicht der in §33 d Abs. 1 Satz 1 GewO vorgeschriebenen Erlaubnis, wenn das Spiel die Anforderungen der Anlage zur Spielverordnung erfüllt und der Gewinn in Waren besteht. Dies ist aber bei dem in einer Spielhalle aufgestellten Twister nicht der Fall. Denn gemäß Ziff. 1 a der Anlage zu §5 a SpielV a.F. sind lediglich Jahrmarktsspielgeräte für Spiele begünstigt, die auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnlichen Veranstaltungen, Jahrmärkten oder Spezialmärkten veranstaltet werden. Überdies sind die Spiel-

marken keine Waren. Vielmehr handelt es sich um einen bloßen Geldersatz. Sie stellen lediglich ein Zahlungsmittel dar, mit dem der Spieler in der Spielhalle der Klägerin die Geldspielgeräte an der Stelle von Bargeld bedienen und seine Spiele bezahlen kann. Jahrmarktspielgeräte dürfen überdies gemäß Ziff. 5 der genannten Anlage zu §5 a SpielV keine ausgewiesenen Gewinne zum Weiterspielen anbieten. An dieser Einschätzung, dass es sich nicht um ein Warenspielgerät handelt, ändert nichts, dass die Klägerin den Twister als Warenspielgerät bezeichnet hat. Anders als bei baugleichen oder ähnlichen auf Jahrmärkten eingesetzten Spielautomaten besteht der Gewinn nicht in den dort zu gewinnenden Waren.

- 42 2. Der von der Klägerin gestellte Hilfsantrag zu 1) erfüllt zwar die Anforderungen an eine Feststellungsklage nach §43 VwGO. Er hat aber ebenfalls in der Sache keinen Erfolg.
- 43 a. Zwischen den Beteiligten besteht Streit über ein konkretes Rechtsverhältnis. Die Klägerin behauptet, Fun-Spielgeräte mit einem den Höchsteinsatz begrenzenden Hinterlegungsspeicher aufstellen zu dürfen, wenn der Spieler den Hinterlegungsspeicher nicht "nachmünzen" kann. Die Beklagte bestreitet dieses Recht. Sie ist der Auffassung, derartige Spielgeräte seien unzulässig. Der Streit bezieht sich auch auf einen überschaubaren, konkreten Lebenssachverhalt und nicht nur eine erdachte Rechtsfrage. Die Klägerin will derartige Geräte in ihrer Spielhalle aufstellen und sieht sich daran u.a. durch den Hinweis in dem Bescheid vom 8. November 2002 gehindert, dass die Dienststelle weitergehende Maßnahmen wie z.B. den Widerruf der Spielhallenerlaubnis nach §33 i GewO prüfen und ergreifen werde, wenn sie den Auflagen zuwider handle. Nachdem die Beklagte unmissverständlich erklärt hat, dass sie auch Fun-Spielgeräte mit Hinterlegungsspeicher ohne Nachmünzmöglichkeit für unzulässig und nicht genehmigungsfähig hält, kann der Klägerin nicht zugemutet werden, erst derartige Geräte anzuschaffen und die dafür erforderlichen Investitionen zu tätigen sowie darüber hinaus den Widerruf ihrer Spielhallenerlaubnis zu riskieren, um sodann erst nachträglich Rechtsschutz zu erlangen. Die fraglichen Spielgeräte sind auch hinreichend konkret beschrieben. Evident ist es sich um Fun-Games in der Art der in der Spielhalle vorgefundenen Geräte handeln, deren Hinterlegungsspeicher lediglich modifiziert werden soll.
- 44 An der Ernsthaftigkeit ihres Planes, nicht zugelassene Fun Games mit Hinterlegungsspeicher ohne Nachmünzmöglichkeit aufzustellen, besteht kein Zweifel, nachdem sie ihre Fun-Spielgeräte mit Hinterlegungsspeicher, die die Möglichkeit des Nachmünzens nicht ausschließen, auf Grund der für sofort vollziehbar erklärten Auflage der Beklagten hat entfernen müssen. Auch streiten die Beteiligten nicht deshalb um eine lediglich erdachte Rechtsposition, weil möglicherweise Fun-Spielgeräte mit Hinterlegungsspeicher ohne Möglichkeit des Nachmünzens zur Zeit von den Herstellern nicht angeboten werden. Das Marktangebot muss nicht aufgeklärt werden. Das Gericht hat keinen Zweifel, dass die Automatenindustrie angesichts der Marktchancen jedenfalls binnen kurzer Zeit derartige

Geräte den Spielhallenbetreibern und damit auch der Klägerin anbieten würde, wenn deren Zulässigkeit obergerichtlich festgestellt würde.

- 45 Die Klägerin begehrt auch nicht die - nicht ohne weiteres zulässige - Feststellung eines zwischen Dritten, nämlich einem Hersteller der Fun-Spielgeräte und der Beklagten eventuell bestehenden Rechtsverhältnisses (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 27.6.1997, NJW 1997, 3257). Sie will die streitigen Spielgeräte selbst in ihrer eigenen Spielhalle aufstellen und macht damit ein eigenes subjektives Recht geltend. Nach allem ist auch das erforderliche berechnigte Feststellungsinteresse gegeben.
- 46 b. Bei den fraglichen Fun-Games handelt es sich auch dann um Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des §33 c Abs. 1 Satz 1 GewO (Geldspielgeräte), wenn die Spieler nicht die Möglichkeit haben, den hinterlegten Höchsteinsatz nach dem Verbrauch eines Teiles ihres Punktekontos wieder aufzufüllen. Auch ein solches Gerät bietet dem Spieler die Möglichkeit, seine Vermögenslage durch ein erfolgreiches Spiel zu verbessern. Anders als bei reinen Unterhaltungsspielgeräten, bei dem mit dem Einsatz das "Spielendürfen" bezahlt wird und der Spieler abgesehen von Freispielen keinen weiteren Vorteil erzielt, erwirbt der Spieler bei Gewinnspielgeräten auch die Chance, sein Vermögen gegenüber dem Zeitpunkt unmittelbar nach Erbringung des Einsatzes zu vermehren. Insoweit genügt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Urt. v. 23.11.2005, a.a.O.), dass der getätigte Einsatz ganz oder teilweise wieder ausgeglichen wird. Hingegen ist für einen Gewinn im Sinne des §33 c GewO nicht erforderlich, dass dem Spieler nach einer wie auch immer zu definierenden Zeitspanne ein Nettogewinn im Sinne eines Überschusses addierter Einsätze verbleiben muss. Dabei muss der Einsatz die/der das Spiel auslösenden Geldmünze, Token oder Speicherchip sein. Erzielt der Spieler einen Punktgewinn, mit dem er sich seinen Einsatz wieder in bar auszahlen lassen kann, so hat er den eingesetzten Geldbetrag, der ansonsten verloren gewesen wäre, wieder zurück gewonnen. Gerade weil der Spieler motiviert werden soll, nach jeder Spielentscheidung weiter zu spielen, um seine durch den Punktestand ersichtliche Vermögenslage zu verbessern, wird um Geld gespielt. Dies gilt jedenfalls, wenn nicht nur um den Einsatz für das einzelne Spiel sondern wie bei den Spielgeräten mit Hinterlegungsspeicher auch um die Rückgewähr der vorher bei den einzelnen Spielen verlorenen Einsätze gespielt wird (vgl. BVerwG, a.a.O.). Deshalb ändert an der Unzulässigkeit der nicht zugelassenen hier fraglichen Fun-Games nichts, dass der zusätzliche Anreiz und das zusätzliche Risiko für den Spieler ausgeschlossen wird, weiteres Geld zur Auffüllung des Hinterlegungsspeichers einzusetzen, um sich die Chance zu erhalten, bereits verspielte Gelder zurück zu gewinnen.
- 47 Entgegen der Auffassung der Klägerin ist als ein Spiel auch nicht die Gesamtzahl der durch den Höchsteinsatz auf dem Hinterlegungsspeicher erkauften Einzelspiele anzusehen. Vielmehr setzt sich das Spielgeschehen an den mit einem Punktespeicher versehenen Fun Games aus mehreren Einzelspielen zusammen. Dieses Verständnis entspricht zum einen natürlicher Betrachtungsweise, wie der Senat

bei der im Verfahren 1 Bs 47/04 durch geführten Besichtigung der Spielhalle der Klägerin festgestellt hat. Zum anderen bestätigen diese Betrachtungsweise die Bewertungen der Spielverordnung (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 4.3.2005 - 1 Bf 214 -, GewArch 2005, 252). Der Umstand, dass der Spieler seinen Punktestand auf dem Hinterlegungsspeicher nicht im Wege des "Nachmünzens" wieder auffüllen kann, rechtfertigt es nicht, das gesamte Spielgeschehen zu einem einzigen Spiel zusammen zu ziehen. Vielmehr setzt der Spieler jeweils einen Teil seines Punktekontos als Einsatz eines einzelnen Spieles mit jeweils einer Gewinn- und Verlustchance ein. Angesichts dieser Rechtslage kann dahinstehen, ob die Geräte noch aus weiteren Gründen unzulässig sind (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 23.11.2005 a.a.O.), insbesondere wegen eines Verstoßes gegen §6 a Spielverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Januar 2006 (BGBl. I S. 280).

- 48 3. Auch der weitere Hilfsantrag hat keinen Erfolg, die Auflage insoweit aufzuheben, wie sie Fun-Games mit Hinterlegungsspeicher ohne Möglichkeit nachzumünzen betreffe. Wie oben unter 1.a.a. ausgeführt, hat das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen, dass die angegriffene Auflage eine derartige Anordnung nicht beinhaltet.
- 49 Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 2 VwGO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§167 VwGO i.V.m. 708 Nr. 11, 711 ZPO. Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus §52 Abs. 1 Nr. 1 GKG. Insoweit wird auf den Streitwertbeschluss des Verwaltungsgerichts vom 6. Juli 2005 Bezug genommen. Die Revision war nach §132 VwGO nicht zuzulassen.