



Hessischer Verwaltungsgerichtshof

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Firma

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwälte Horst Riemer und Kollegen,
Untere Königsstraße 50 A, 34117 Kassel,

gegen

die Stadt Kassel
vertreten durch den Magistrat - Rechtsamt -,
Rathaus, 34117 Kassel,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

wegen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die
Anordnung der sofortigen Vollziehung der Entfernung von Spielgeräten

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 11. Senat - durch

Richter am Hess. VGH Dr. Dyckmans,
Richter am Hess. VGH Schröder,
Richter am Hess. VGH Igstadt

am 23. März 2005 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des
Verwaltungsgerichts Kassel vom 29. Dezember 2004 - 2 G 2879/04 -
wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens
zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 1.250,-- € festgesetzt.

Gründe

Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte und gemäß § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO rechtzeitig begründete Beschwerde gegen den im Tenor genannten Beschluss des Verwaltungsgerichts Kassel ist nicht begründet. Die Beschwerde kann aus den von dem Bevollmächtigten der Antragstellerin dargelegten Gründen, die der Senat allein zu prüfen hat (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), keinen Erfolg haben.

Das Verwaltungsgericht hat die Rechtmäßigkeit der streitbefangenen Verfügung der Antragsgegnerin vom 18. November 2004 - 3231 SpH. 58 -, mit der die Antragstellerin u. a. aufgefordert worden ist, die in ihrem Betrieb aufgestellten Spielgeräte mit Ausgabe von Weiterspielmarken (Token) zu entfernen und ihr gleichzeitig untersagt wurde, weitere derartige Spielgeräte in ihrer Spielhalle aufzustellen, entgegen der Auffassung der Antragstellerin zu Recht bejaht. Bei diesen Spielgeräten handelt es sich um "Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit" im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 Gewerbeordnung - GewO -. Dem steht anders als nach Auffassung der Beschwerde nicht entgegen, dass die "Weiterspielmarken" nicht in Geld umgetauscht werden könnten. Bei der Ausgabe von Weiterspielmarken handelt es sich nicht um die bloße Gewährung von "Freispielen", die keinen Gewinn darstellen. Zwar ist die Einräumung eines "Freispiels" mit der bloßen Möglichkeit, das begonnene Spiel ohne neuen Einsatz unmittelbar fortzusetzen, nicht als "Gewinn" im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO zu qualifizieren (vgl. Hahn in: Friauf, Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand: 194. Ergänzungslieferung, Februar 2005, § 33c Rdnr. 6; Marcks in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 46. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2004, § 33c Rdnr. 6). Anderes gilt aber, wenn durch Ausgabe einer Weiterspielmarke die Möglichkeit besteht, gewonnene Freispiele an Dritte zu übertragen. Die Möglichkeit, das in der Weiterspielmarke verkörperte Freispiel an Dritte durch Verkauf, Tausch oder Schenkung zu übertragen, macht diese zu einem handelbaren Vermögenswert und stellt damit einen "Gewinn" im Sinne des § 33c Abs. 1 Nr. 1 GewO dar (VG Freiburg, U. v. 07.11.2002 - 4 K 587/00 - GewArch. 2003, 32 [33]). Es gibt auch durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass mit Token tatsächlich gehandelt wird, wie das Oberverwaltungsgericht Hamburg im Hinblick auf Ebay-Angebote im Internet festgestellt hat. Insoweit ist es unerheblich, ob die Aufstellerin der Spielgeräte

selbst die Token in Geld oder Waren tauscht; maßgeblich ist, dass Token tatsächlich für finanzielle Gegenleistungen an Dritte weitergegeben werden und damit einen nicht unerheblichen Vermögenswert darstellen (OVG Hamburg, B. v. 01.10.2003 - 4 Bs 370/03 - NVwZ-RR 2004, 744 [745]).

Es kann dahingestellt bleiben, ob durch die Ausgabe von Token die Einstufung als Geldspielgerät "umgangen" wird, um damit die Bewertung als "zulassungsfreies" Unterhaltungsspielgerät zu erreichen. Dazu wird darauf verwiesen, dass es sehr ausdifferenzierte Systeme gebe, um die in den Token verkörperten Vermögenswerte verschleiern und letztlich durch Aufbuchen auf Geld- oder Telefonkarten, Umbuchung über eine Blindkarte, die wiederum in Bargeld eingetauscht werde, bis hin zur Buchung auf ein Konto letztlich in Geld umzutauschen (Schönleiter/Kopp, Herbstsitzung 2001 des Bund-Länder-Ausschusses "Gewerberecht", GewArch. 2002, 56 [58]). Soweit Unterhaltungsspielgeräte Token auswerfen, die an Dritte übertragbare Vermögenswerte verkörpern, eröffnen sie eine "Gewinnmöglichkeit" im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO unabhängig davon, ob der "Einsatz von Geldersatzmitteln" wie Token als Versuch zu werten ist, durch die Möglichkeit der Geldauszahlung die FUN GAMES als Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit im Sinne von Geldspielgeräten zu behandeln und diese damit "in unzulässiger Weise umzuwidmen und missbräuchlich zu benutzen" (Pauly/Brehm, Aktuelle Fragen des Gewerberechts, GewArch. 2003, 57 [61]).

Für diese Qualifizierung der Token als "vermögenswertem Vorteil" und damit als "Gewinn" im Sinne des § 33c Abs. 1 Nr. 1 GewO kommt es nicht darauf an, ob die Ausgabe von Token auf die Höhe des ursprünglichen Spieleinsatzes begrenzt ist. Der Spieler erlangt durch die Ausgabe von Token auch deshalb einen vermögenswerten Vorteil, weil er trotz des "verspielten" Einsatzes die Möglichkeit zu weiteren Spielen erhält, für die er, wenn er durch erfolgreiches Spiel nicht Token gewonnen hätte, einen neuen Geldeinsatz leisten müsste (VG Hamburg, U. v. 04.05.2004 - 5 K 1508/03 -, GewArch. 2004, 343 [344]). Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob diese Bewertung auch deshalb gilt, weil sonst Geldspielgeräte, die erfahrungsgemäß im tatsächlichen Spielverlauf weniger Gewinne zurückerstatten als der Einsatz ausmache, nicht als Gewinnspielgeräte, sondern als Unterhaltungsgeräte einzustufen wären (Meier, Zur vergnügungssteuerlichen Erfassung von Spielgeräten mit Abgabe von Weiterspielmarken ("Token"), KStZ 2002, 27 [28]).

Für die Frage, ob ein vermögenswerter Vorteil im Verhältnis zu dem eingesetzten Geldbetrag erzielt wird, ist dabei - wie das OVG Hamburg in seinem oben genannten Beschluss vom 31.03.2004 (- 1 Bs 47/04 -, a. a. O.) ausgeführt hat - auf das einzelne Spiel, für das der Geldeinsatz zu leisten ist, und nicht auf den gesamten, von dem Spieler willkürlich zu bestimmenden Spielvorgang vom Beginn des Spielens durch den Geldeinsatz bis zur Beendigung des Spielens an einem bestimmten Gerät abzustellen. Diese Betrachtung zerreißt entgegen der Auffassung des Landgerichts Krefeld (U. v. 10.03.2003 - 26 StK 7/03 -, GewArch. 2003, 94 [95]) das Geschehen nicht in künstliche Abschnitte. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit dies dem Sinn der Strafvorschrift des § 284 StGB entspricht. Für die Qualifizierung des übertragbaren Gewinns von Freispielen durch die Ausgabe von Token im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO als "Gewinn" kommt es auf das Verhältnis zwischen Geldeinsatz und den für diesen Geldeinsatz möglichen Spielen an. Insoweit ist nicht ersichtlich, weshalb es für die gewerberechtliche Bewertung maßgeblich sein sollte, dass "für keine der Vertragsparteien (rechts-) verbindliche "Zwischenstände" sich wegen ihrer Vorläufigkeit "nicht wirklich" zu einer Saldierung eignen sollten (so Wallau, Anmerkung zu OVG Hamburg, B. v. 31.03.2004 - 1 Bs 47/04 -, a. a. O., GewO 2004, 301).

Bei sachgemäßer Betrachtungsweise ist festzustellen, wie sich der ursprüngliche Spieleinsatz durch einzelne Spiele verringert, gegebenenfalls bis zum völligen Verbrauch des Einsatzes, so dass damit das Vermögen des Spielers durch den verlorenen Einsatz vermindert ist, wenn er zu einem bestimmten Zeitpunkt den gesamten Vorgang des Spielens an einem bestimmten Gerät beendet. Soweit er durch Spiele zusätzliche Punkte gewinnt, die zu dem von dem Spieler als Ende des Spielens bestimmten Zeitpunkt zum Auswurf von Token führt, wird sein Vermögen wieder vermehrt. Für das Verhältnis zwischen Geldeinsatz für eine bestimmte Zahl von Spielen und der Durchführung dieser Spiele und den damit bei dem Spieler eintretenden Vermögensverlust ist deshalb nicht auf die Abläufe einer "einheitlichen Spielsequenz" abzustellen (so Lesch/Wallau, Glücksspiel trotz fehlender Gewinnmöglichkeit?, GewArch. 2002, 447 [448]), die für das maßgebliche Verhältnis zwischen Einsatz und dafür möglichen Spielen nicht von Bedeutung ist. Insoweit kommt es auch nicht auf den zivilrechtlichen Rechtsgrund des Spielvertrages im Hinblick auf die "abschließende" Entscheidung über das Schicksal der hinterlegten Geldsumme an. Entscheidend ist, dass der Spieler einen verlorenen Einsatz und damit einen Vermögensverlust durch Erlangung weiterer, in der Form der

übertragbaren Token verkörpertem Freispiele wieder ausgleichen und damit einen vermögenswerten Vorteil erlangen kann. Insgesamt ist deshalb festzustellen, dass Spielgeräte, die die Ausgabe von Token ermöglichen, Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO darstellen, deren Aufstellung der Erlaubnis durch die zuständige Behörde bedarf. Diese Erlaubnis berechtigt gemäß § 33c Abs. 1 Satz 2 GewO nur zur Aufstellung von Spielgeräten, deren Bauart von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassen ist. Da diese Zulassung für die streitbefangenen Spielgeräte der Antragstellerin unstreitig nicht vorliegt, ist die Aufstellung und der Betrieb dieser Spielgeräte in der in der Verfügung der Antragsgegnerin genannten Spielhalle der Antragstellerin illegal.

Auf dieser Grundlage konnte die Antragsgegnerin die Antragstellerin auch auffordern, diese Spielgeräte zu entfernen. Einschlägige Rechtsgrundlage dafür dürfte aber entgegen der in der Verfügung der Antragsgegnerin vom 18. November 2004 genannten Norm des § 11 HSOG die speziellere Rechtsgrundlage des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO sein. Danach kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden, soweit ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis erforderlich ist, ohne diese Erlaubnis betrieben wird. Die polizeiliche Generalklausel kann als Rechtsgrundlage für Maßnahmen nach der Gewerbeordnung nur subsidiär herangezogen werden (vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 11.04.2003 - 14 S 2251/02 -, GewArch. 2003, 248 [249]). Die Anordnung der Entfernung von Spielgeräten stellt eine teilweise Untersagung des Betriebes der Spielhalle im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO dar. Die zuständige Behörde kann eine Verfügung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO darauf beschränken, dem Gewerbetreibenden die Fortsetzung des Betriebes nur insoweit zu untersagen, wie die erforderliche Erlaubnis fehlt (Bay. VGH, B. v. 14.12.2004 - 22 ZB 04.3136 -, GewArch. 2005, 119 [120]). § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO ist somit auch Rechtsgrundlage für die Teilschließung eines Betriebes, z. B. im Hinblick auf die Anordnung der Entfernung einzelner Spielgeräte aus einem Betrieb (Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 15 Rdnr. 25; Heß in: Friauf, Gewerbeordnung, a. a. O., § 15 Rdnr. 42; für "analoge" Anwendung des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO: VG Darmstadt, B. v. 8.12.2003 - 3 G 2459/03(3) -, GewArch 2004, 124).

Diese Rechtsgrundlage kann auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei den Entscheidungen nach § 11 HSOG und § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO um Ermessensentscheidungen handelt, als Rechtsgrundlage für die streitbefangene Verfügung

der Antragsgegnerin herangezogen werden. Denn dadurch tritt keine Wesensänderung des Verwaltungsaktes ein (vgl. zu diesem Kriterium: Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2004, § 113 Rdnr. 65). Es handelt sich dabei nicht um einen Verwaltungsakt mit einem anderen Regulationsgegenstand, da mit der Heranziehung des § 11 HSOG kein anderer als der § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO zugrunde liegende Zweck verfolgt wird, im Hinblick auf einen der Gewerbeordnung unterliegenden Betrieb gesetzmäßige Zustände zu gewährleisten. Da für beide Ermessens-Verwaltungsakte auch die gleichen ermessensleitenden Gesichtspunkte maßgeblich sind (vgl. zu diesem Kriterium: Kopp/Schenke, a. a. O., § 113 Rdnr. 67), kann die streitbefangene Verfügung auch unter dem Gesichtspunkt der Heranziehung der spezielleren und damit einschlägigen Rechtsgrundlage des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO als rechtmäßig beurteilt werden.

Dies gilt auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Magistrat der Antragsgegnerin gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung über Zuständigkeiten nach der Gewerbeordnung und dem Gaststättengesetz sowie über den Betrieb von Straußwirtschaften vom 20. Juni 2002 (GVBl. I S. 395) für den Erlass der Verfügung zuständig ist. Nach § 1 Abs. 5 dieser Verordnung ist zuständige Behörde für die Verhinderung der Fortsetzung eines nicht zugelassenen Betriebes nach § 15 Abs. 2 Satz 1 der Gewerbeordnung die für die Erteilung der Zulassung zuständige Behörde. Da der Magistrat der Antragsgegnerin für die Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i Abs. 1 GewO zuständig ist, ist er auch für die hier einschlägige Maßnahme nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO zuständig und auch insoweit rechtmäßig tätig geworden.

Die Anordnung der Entfernung der streitbefangenen Spielgeräte ist auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO entgegen der Auffassung des Bevollmächtigten der Antragstellerin auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtmäßig. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf abgestellt, dass nach § 7 SpielVO Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit unverzüglich aus dem Verkehr zu ziehen sind, wenn sie in ihrer ordnungsgemäßen Funktion gestört sind. Mit dieser Argumentation unterliegt das Verwaltungsgericht auch keinem "Zirkelschluss", wie die Antragstellerin meint. Die von der Antragstellerin aufgestellten, hier streitbefangenen Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bedürfen der Zulassung der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt. Diese Zulassung kann nicht dadurch umgangen werden, dass diese Geräte so verändert werden, dass sie dann nach Auffassung der Antragstellerin nicht mehr zulassungspflichtig sein sollen. Durch die Veränderung zulassungspflichtiger Geräte kann ihre formelle Zu-

lassungspflichtigkeit nicht entfallen. Entscheidend ist, dass die Aufstellung solcher Geräte formell illegal ist. Die nach § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO zuständigen Behörden sind nicht befugt, materielle Feststellungen zur Legalität eines gemäß § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO ursprünglich erlaubnispflichtigen, in seiner Funktionsfähigkeit veränderten Spielgerätes zu treffen. Die Feststellung, ob ein zulassungspflichtiges Spielgerät nach technischen Veränderungen des Geräts noch der Zulassung bedarf oder zulassungsfrei ist, liegt allein in der Kompetenz der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt. Der Betrieb eines zulassungspflichtigen Spielgerätes, das vom Aufsteller technisch verändert worden ist, bleibt ohne diese Feststellung der Bundesanstalt formell illegal.

Diese Wertung wird durch die gesetzliche Regelung des § 33e Abs. 2 GewO bestätigt. Danach ist die Zulassung der Bauart eines Spielgerätes zurückzunehmen bzw. zu widerrufen, wenn zugelassene Spielgeräte an den in dem Zulassungsschein bezeichneten Merkmalen verändert werden. Die Ausgabe von Wertmarken (Token) gehört zu den maßgeblich zur Qualifizierung als zulassungspflichtiges Spielgerät führenden Merkmalen des Spielgerätes; die Zulassung der Bauart eines solchen Spielgerätes wäre deshalb zu widerrufen, wenn das Spielgerät im Hinblick auf die Ausgabe von Token verändert würde. Da die Zulassung für solche Spielgeräte bei Veränderung der Möglichkeit der Ausgabe von Token zwingend zu widerrufen und somit die Aufstellung solcher Geräte gemäß § 33c Abs. 1 GewO nicht zulässig wäre, kann anderes erst recht nicht gelten, wenn solche zulassungspflichtigen Spielgeräte mit der Ausgabe von Token nicht zugelassen sind und dann im Hinblick auf die Ausgabe von Token verändert werden. Eine andere rechtliche Betrachtungsweise führte dazu, dass derjenige Aufsteller, der illegal nicht zugelassene Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit betriebe, gegenüber dem Aufsteller, der zugelassene Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeiten betriebe, privilegiert würde. Da der Betrieb veränderter, grundsätzlich zulassungspflichtiger Spielgeräte somit formell illegal ist, kann der gewerberechtlich rechtmäßige Zustand nur dadurch herbeigeführt werden, dass die streitbefangenen Spielgeräte aus der Spielhalle der Antragstellerin entfernt werden.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, weil ihre Beschwerde ohne Erfolg bleibt (§ 154 Abs. 2 VwGO). Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 2, 47 Abs. 2 Satz 1 GKG. Der Senat nimmt insoweit zur Begründung Bezug auf den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 66 Abs. 3 Satz 3, § 68 Abs. 1 Satz 5 GKG).

Igstadt

Schröder

Dr. Dyckmans