

## I. AUFSätze

## Das Spiel an den Geldspielgeräten der Spielhallen

Von Prof. Dr. Frank Peters, Hamburg\*

*Suchtexperten schätzen das Suchtpotential der Spielhallen als besonders hoch ein. Der Beitrag untersucht die Zulässigkeit des dort betriebenen Spiels und denkt über Möglichkeiten der Abhilfe nach.*

## I. Glücksspiel in Spielhallen

In den Spielhallen, wie sie auf der Basis der §§ 33c ff. GewO, insbesondere des § 33i, betrieben werden, findet Glücksspiel statt. Das ist eine nahe liegende und auch allgemein konsentiertere<sup>1</sup> Feststellung, die zu treffen gleichwohl nicht überflüssig ist. Denn die §§ 33c ff. GewO versuchen dies in Abrede zu stellen. § 33c I 1 GewO spricht verharmlosend von Spielgeräten, die die Möglichkeit eines Gewinns bieten, und § 33h Nr. 3 GewO schließt die Anwendbarkeit jedenfalls der §§ 33c bis 33g GewO auf „Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB“ sogar ausdrücklich aus.

Demgegenüber wird aber doch gerade an den Geldspielgeräten der Spielhallen Glücksspiel im Sinne jenes Begriffs betrieben, den § 284 StGB zugrunde legt.

Versteht man nämlich unter Glücksspiel ein Spiel, bei dem der Ausgang nicht von Geschicklichkeit, Wissen oder Können des Spielers abhängt, sondern vom Zufall<sup>2</sup>, sind die Merkmale dieser Begriffsbestimmung hier gegeben. Letzte Zweifel beseitigt § 12 II lit. B SpielV,<sup>3</sup> nach dem die Bauart eines Geräts nur dann zulassungsfähig ist, wenn „die Gewinnaussichten zufällig sind und für jeden Spieler gleiche Chancen eröffnet werden“.

## II. Gefahrenpotential dieses Spiels

Das Spiel an den Geldspielgeräten der Spielhallen ist in hohem Maße gefährlich. Es hat ein erhebliches Suchtpotential (1), und die typische Folge von Spielsucht ist es wiederum, dass der Spieler seine wirtschaftliche Existenz gefährdet (2).

## 1. Das Suchtpotential

## a) Die Geräte

Suchtpotential hat letztlich jede Form des Glücksspiels.<sup>4</sup> Bei den Geldspielgeräten der Spielhallen wirkt es sich suchtfördernd aus<sup>5</sup>, daß

- eine rasche Spielabfolge möglich ist, im Sekundentakt<sup>6</sup>, nicht nur mit Intervallen von mehreren Tagen wie bei Lotto und Toto,

- die Belohnung durch einen Gewinn unmittelbar erfolgt, so dass seine schnelle Reinvestition möglich ist,  
- kleine Einsätze<sup>7</sup> die Hemmschwelle für eine Teilnahme am Spiel senken, was zu einer geringeren Einschätzung von Verlusten führt und damit zu einem risikoreicheren Spiel,  
- Gewinne und Verluste geschickt vermischt werden. Viele kleinere Gewinne am Gerät können die Tatsache permanenter Verluste aus dem Bewusstsein verdrängen,  
- der Spieler aktiv in den Spielablauf einbezogen wird (Betätigung von Start-, Stopp- und Risikotasten), was den Eindruck suggeriert, das Ergebnis beeinflussen zu können, und so einen Anreiz setzt, die Fähigkeiten zu verbessern.

Hinzu tritt natürlich die nahezu ubiquitäre Verfügbarkeit von Geldspielgeräten in der Bundesrepublik. Die Zahl der Spielhallen wird auf 12.300 geschätzt, die Zahl ihrer Geldspielgeräte auf 225.000.<sup>8</sup> Und wenn die Spielbanken die ihnen nach § 20 GlüStV<sup>9</sup> obliegenden Einlasskontrollen konsequent durchführen, steht zu vermuten, dass gerade pathologische Spieler von dort in Spielhallen abgedrängt werden, zu denen der Zutritt ja unkontrolliert frei ist – ein paradoxer Effekt des Sperrsystems der Spielbanken, der dessen Wirksamkeit nachhaltig zu konterkarieren geeignet ist.

## b) Süchtiges Verhalten der Spieler

So bleibt dann gerade auch bei den Besuchern von Spielhallen typisch süchtiges Verhalten nicht aus.<sup>10</sup> Das Spiel wird zu ihrem zentralen Lebensinhalt, der Familie, Beruf und anderweitige Interessen und Aufgaben in den Hintergrund drängt und den Spieler so zum Rückzug aus seinem sozialen Umfeld veranlasst. Er erleidet einen Kontrollverlust in der Weise, dass der Entschluss, nur einen bestimmten Betrag zu riskieren, nicht durchgehalten wird. Stehen einsetzbare Geldmittel nicht zu Verfügung, kommt es zu entzugsähnlichen Erscheinungen wie innerer Unruhe und Reizbarkeit.

## c) Das Ausmaß des Phänomens

Die aktuelle Zahl der Spielhallen wurde bereits genannt. Mittlerweile haben sie mit ihren Umsätzen die Spielbanken überholt,<sup>11</sup> deren Suchtpotential unstrittig ist.

Schaut man auf die Spieler, die ihre Lage als so besorgniserregend empfinden, dass sie sich veranlasst sehen, fachkundige

\* Der Autor war Richter am OLG Hamburg und ist Professor an der Universität Hamburg.

1 Vgl. BVerfGE 115, 276, 305; BVerwG GewArch 1983, 60; Hahn GewArch 2007, 89, 90; Hayer SuchtAktuell 2010, 47 ff.; Meyer/Bachmann, Spielsucht, 2000, 13 ff.; pass.

2 Vgl. nur v. Bubnoff, in: Leipziger Kommentar zu StGB, 11. Aufl. 1998, § 284 Rdnr. 7; Fischer StGB, 55. Aufl. 2008, § 284 Rdnr. 4.

3 Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit i.d.F. der Bekanntmachung vom 27.1.2006, BGBl. I S. 280.

4 Wenn auch in unterschiedlicher Intensität, vgl. speziell zu Sportwetten BVerfGE 115, 277.

5 Das Folgende nach Meyer/Bachmann (Fn. 1) 66 ff.

6 Dazu noch näher u. bei Fn. 18.

7 Nach § 13 I Nr. 1 SpielV darf der Einsatz 20 Cent nicht übersteigen, vgl. dazu aber auch noch näher u. IV. 2.

8 Hayer SuchtAktuell, 2010, 47, zum Stand Anfang 2008.

9 Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland, unterzeichnet von den Ministerpräsidenten der Länder bis zum 31.7.2007, in Kraft getreten zum 1.1.2008, wiedergegeben jeweils als Anlage zu den Zustimmungsgesetzen der Länder, vgl. z.B. für Nordrhein-Westfalen GVBl. NRW 2007, 445, 454.

10 Das Folgende wiederum nach Meyer/Bachmann (Fn. 1) 29 ff.

11 Im Jahre 2008 betrugen die Umsätze der Spielbanken 8.030 Mrd. Euro, die der Spielhallen 8.125 Mrd. Euro. In letzterer Zahl eingeschlossen sind die Geldspielautomaten in Gaststätten nach § 1 I Nr. 1 SpielV. - Zahlen nach Meyer Jahrbuch Sucht 2010, 120, 122.

Beratung in Anspruch zu nehmen, steht die Nennung der Spielhallen mit Abstand an der Spitze jener Glücksspielarten, die ihnen Sorge bereitet.<sup>12</sup> Entsprechend ist dann auch der Anteil der Spielhallenkunden unter den Patienten der Suchtkliniken hoch.

So konnte dann das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2006 in seinem Sportwettenurteil feststellen,<sup>13</sup> nach derzeitigem Erkenntnisstand spielten die meisten Spieler mit problematischen oder pathologischem Spielverhalten an den Automaten der Spielhallen. Daran hat sich seither nichts geändert.<sup>14</sup>

## 2. Finanzielle Gefährdung der Spieler

Die Spieler werden in den Spielhallen massiv finanziell gefährdet. Wenn § 13 I Nr. 3 SpielV den innerhalb einer Stunde an einem Gerät möglichen Verlust auf 80 Euro "beschränkt", ergibt sich die Möglichkeit enormer Verluste. Dass die aufgestellten Geräte diese Marge ausschöpfen, steht zu vermuten. Dabei sind sie aber weithin so angebracht, dass der Spieler zwei Geräte gleichzeitig bedienen kann.<sup>15</sup> Außerdem und vor allem steht weder mehrstündigem Spiel etwas im Wege noch auch wiederholtem Spiel an mehreren Tagen.

Die so mögliche finanzielle Ausblutung trifft jene Spieler voll, deren Spielverhalten pathologisch ist. Es können sich Schuldenberge ergeben, die nicht mehr abgetragen werden können, zumal der Verlust des Arbeitsplatzes eine durchaus typische Folge von Spielsucht ist.

Damit sind dann aber auch Dritte massiv betroffen. Außer an die Inhaber der eben angesprochenen uneinbringlichen Forderungen ist da vor allem an Angehörige des Spielers zu denken, denen gegenüber er unterhaltspflichtig ist.

Bei anderen Spielern ist zu bedenken, dass sich die Spielhallen mit ihrem Angebot gerade an Minderbemittelte, gar Arbeitslose wenden. Wenn man sich z.B. die Topographie von Hamburg anschaut, sind Spielhallen in jenen Gegenden rar gesät, in denen die Wohlhabenden wohnen, und häufen sich dort, wo die Kaufkraft typischerweise gering ist. Das so angesprochene Publikum kann sich recht eigentlich auch schon den Verlust der genannten 80 Euro nicht leisten.

## III. Die Spielverordnung

Das Detail des Spielgeschehens an den Automaten der Spielhallen regelt die Spielverordnung, wie sie auf der Basis des § 33f I GewO<sup>16</sup> Anfang des Jahres 2006 durch den Bundesminister für Wirtschaft neu gefasst und neu bekanntgemacht worden ist.<sup>17</sup>

Die Spielverordnung enthält namentlich Bestimmungen über die Aufstellung von Geldspielgeräten (§§ 1-3a), die Pflichten des Betreibers einer Spielhalle (§§ 6-10) sowie über die Zulassung von Spielgeräten (§§ 11-17) - hier sind von Interesse die Änderungen, die es insoweit im Jahre 2006 gegeben hat.

Über die Zulassung der Bauart eines Spielgeräts entscheidet nach den § 11 ff. SpielV die Physikalisch-Technische Bundesanstalt.

### 1. Die heute zulässigen Geräte

Die heute zulässigen Geräte unterscheiden sich in dreierlei Hinsicht von den zuvor zulässigen.

#### a) Die Mindestspieldauer

Nach § 13 I Nr. 1 SpielV beträgt die Mindestspieldauer fünf Sekunden gegenüber den zwölf Sekunden des früheren Rechts<sup>18</sup>.

Diese massive Beschleunigung des Spiels wird noch nachhaltig verstärkt durch die Berechnung der Mindestspieldauer. Diese rechnet nämlich nicht ab Spielbeginn bis zu jenem Zeitpunkt, in dem das Spiel in dem Sinne beendet ist, dass sein Ergebnis endgültig feststeht, sondern maßgeblich ist der zeitliche Abstand zwischen zwei Einsatzleistungen, wie § 13 I Nr. 2 SpielV ergibt.<sup>19</sup> Das ist so, als wollte man ein Fußballspiel mit 105 statt 90 Minuten veranschlagen bzw. die unvermeidliche Pause, die sich ergibt, wenn auf einem Fußballplatz zwei Spiele unmittelbar nacheinander ausgetragen werden, dem einen bzw. dem anderen Spiel zuschlagen. - Tatsächlich beträgt die eigentliche, die Nettospieldauer dann nur etwa drei Sekunden.

#### b) Der mögliche Verlust

Gleichzeitig ist der innerhalb einer Stunde höchstmögliche Verlust durch § 13 I Nr. 3 SpielV auf 80 Euro - gegenüber vorher 60 Euro - heraufgesetzt worden.

#### c) Der mögliche Gewinn

§ 13 I Nr. 4 SpielV setzt den innerhalb einer Stunde möglichen Gewinn auf 500 Euro fest - gegenüber zuvor 600 Euro.<sup>20</sup>

#### d) Bewertung

Das Letztere mag und wird man begrüßen; geringere Gewinnmöglichkeiten verringern potentiell den Anreiz, den Versuchungen des Glücksspiels nachzugeben. Die um ein Drittel heraufgesetzten Verlustmöglichkeiten und insbesondere die Beschleunigung des Spiels um ein Mehrfaches weisen aber doch in die gegenteilige Richtung einer erhöhten Gefährdung der Spieler und haben dabei einen deutlich höheren Anteil am Paket der Maßnahmen.

## 2. Die Ermächtigungsgrundlage des § 33f I GewO

Die Ermächtigungsgrundlage des § 33f I GewO erlaubt Regelungen "zur Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs,

12 Nach Meyer Jahrbuch Sucht 2010, 120, war dies bei 72,8 % der pathologischen Spieler der Fall, die Betreuungsangebote in Anspruch genommen haben.

13 BVerfGE 115, 276, 305.

14 Hayer SuchtAktuell 2010, 47; Meyer Jahrbuch Sucht 2010, 120.

15 § 5 II 2 SpielV lässt Zweiergruppen von Geräten zu. Die dort vorgeschriebene Sichtblende zwischen ihnen fehlt regelmäßig in den Spielhallen.

16 Soweit die Präambel zusätzlich noch auf § 60a II GewO Bezug nimmt, ist das für den vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung.

17 Vgl. den Nachweis o. Fn. 3.

18 Vgl. § 13 SpielV a.F. Noch früher hatte die Mindestspieldauer 15 Sekunden betragen.

19 So zutreffend Hahn GewArch 2007, 89, 91 f.

20 Vgl. jeweils § 13 SpielV a.F.

zum Schutze (der Allgemeinheit und) der Spieler (sowie im Interesse des Jugendschutzes)".<sup>21</sup>

a) Die finalen Elemente dieser Ermächtigung

Diese Ermächtigung gibt eindeutig die Richtung der zutreffenden Regelungen vor. Das ist besonders deutlich beim "Spieltrieb", dessen Betätigung eben eingedämmt werden soll, aber doch auch nicht anders beim Schutz der Spieler. "Zum" Schutz der Spieler können Regelungen getroffen werden - sie sollen ihn nicht nur "betreffen" oder gar - wie es hier geschehen ist - abbauen. Letzteres wäre nur zulässig wenn anderer gleichwertiger oder gar effektiverer Schutz geschaffen würde. Von letzterem ist aber nichts ersichtlich.<sup>22</sup> Dieses schon sprachlich auf der Hand liegende Ergebnis wird bestätigt durch den Blick auf höherrangiges Recht.

Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 2 II 1 GG abgeleitet, dass "die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren ... ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel" sei.<sup>23</sup>

Das wird sich ergänzen lassen. Denn wenn aus Art. 1 I GG i.V. mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gefolgert werden kann,<sup>24</sup> dürften Regelungen nicht hinzunehmen sein, die es ermöglichen, dass jemand durch pathologisches Glücksspiel sein menschenwürdiges Existenzminimum gefährden kann - an ihm und seinem Hang zur "Geldverbrennung" müssten ja überhaupt staatliche Maßnahmen vorbeigehen, die ihn aus den ärgsten finanziellen Nöten befreien sollen.

b) Konsequenzen

Es dürfte nur schwer zu ermitteln sein, welche Vorgaben für die in Spielhallen zu verwendenden Automaten optimal sind, so dass dem Ordnungsgeber der Spielverordnung ein breiter Ermessensspielraum zuzubilligen ist. Die drei genannten Änderungen lassen sich aber schon wegen ihrer Richtung eindeutig beurteilen. Den möglichen Gewinn herabzusetzen zielt in die richtige Richtung und ist deshalb nicht zu tadeln, mag man sich hier vielleicht auch ein Mehr wünschen. Dagegen verfehlen die Herabsetzung der Mindestspieldauer und die Erhöhung der möglichen Verluste den Zweck der Ermächtigungsgrundlage des § 33f I GewO.

Diese beiden letzteren Neuregelungen sind damit von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt und deshalb nichtig.<sup>25</sup> Es ist nach wie vor bei der Mindestspieldauer von zwölf Sekunden verblieben sowie bei dem maximal möglichen Verlust von 60 Euro pro Stunde bei dem einzelnen Gerät.

#### IV. Die Zulassungspraxis der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt

An dem eben Gesagten wird sich die Physikalisch-Technische Bundesanstalt bei ihrer künftigen Zulassungspraxis auszurichten haben.

Was die auf der Basis der aktuellen Fassung der Spielverordnung erteilten Zulassungen von Gerätetypen betrifft, stellt sich die Frage nach ihrer Wirksamkeit; es könnte nämlich ein Fall des § 44 VwVfG vorliegen. Dabei ist primär bei § 44 II VwVfG anzusetzen, und zwar konkret bei dessen Nr. 6.

##### 1. Die Mängel der Bauartzulassungen

a) Mindestspielzeit und möglicher Verlust

Soweit im Vorstehenden die Neuregelungen des Jahres 2006 in Bezug auf die Mindestspieldauer und den innerhalb einer Stunde Spielzeit an einem Gerät möglichen Verlust als nicht vereinbar mit der Ermächtigungsgrundlage des § 33f I GewO gekennzeichnet worden sind, geht es nur auf den ersten und allzu oberflächlichen Blick um einen bloßen formalen Mangel der entsprechenden Regelungen der Spielverordnung. Tatsächlich handelt es sich um einen unerhörten und - soweit ersichtlich - einmaligen Vorgang, dass der klar zum Ausdruck gebrachte Wille des ermächtigenden parlamentarischen Gesetzgebers nicht nur verfehlt wird, sondern der Ordnungsgeber ihm diametral zuwiderhandelt. Versucht man, dies mit den Kategorien des Zivilrechts zu erfassen so hat es dem Ordnungsgeber nicht nur an der Vertretungsmacht gefehlt, sondern er hat auch gröblich dem ihm erteilten Auftrag zuwidergehandelt. Und dabei ging es nicht um Fragen, die nach reinen Aspekten der Zweckmäßigkeit zu beurteilen wären und die man dann vertretbar in dem einen oder dem anderen Sinne beantworten könnte, sondern um die Verfolgung eines "überragend wichtigen Gemeinwohlziels",<sup>26</sup> nämlich den Schutz der Gesundheit der Bürger, die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren. Da würde der Zivilrechtler dann nicht nur mit dem Fehlen der Vertretungsmacht argumentieren, dem hier letztlich der Verstoß gegen Art. 80 I 2 GG entspricht, sondern er würde zusätzlich § 138 I BGB heranziehen - es schließt der formale Mangel der fehlenden Kompetenz nicht die materielle Würdigung der da getroffenen Regelung aus. Man hat es eben nur bisher noch nicht erlebt, dass ein Ordnungsgeber die wichtigste Vorgabe des Art. 80 I 2 GG, den Zweck der Ermächtigung, verfehlt, sondern dabei gleichzeitig in der Sache - salopp gesprochen, *sit venia verbo* - "Mist baut".

Diese materielle Bewertung der Verkürzung der Mindestspielzeit und der Erhöhung der Verlustmöglichkeiten muss dann auf die auf dieser Basis erteilten Bauartzulassungen nach § 44 II Nr. 6 VwVfG durchschlagen. Denn mit ihnen werden die Spieler ja unmittelbar den erhöhten Gefahren dieses Spiels ausgesetzt, eine Gefahrerhöhung, die der parlamentarische Gesetzgeber des § 33f I GewO jedenfalls nicht gewollt hat - dies aus gutem Grunde.

##### 2. Geldeinsatz und Geldeingabe

Die Mängel der Spielverordnung "weiterzureichen" ist freilich nicht der einzige gravierende Mangel der aktuellen Bauartzulassungen der Physikalisch-Technischen

21 Damit wird dem Gebot des Art. 80 I 1 GG Rechnung getragen, insbesondere den Zweck der Ermächtigung im ermächtigenden Gesetz zu bestimmen.

22 Insofern wäre an ein Sperrsystem nach dem Vorbild des Glücksspielstaatsvertrages zu denken, das es dann - konsequent in der Praxis durchgeführt - in der Tat erlauben könnte, für die verbliebenen nicht pathologischen Spieler die Gefährlichkeit des Automatenspiels heraufzusetzen.

23 BVerfGE 115, 276, 304 f.

24 So der Leitsatz von BVerfGE JZ 2010, 515.

25 Vgl. Bauer, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 80 Rdnr. 55. Es kann hier nichts anderes gelten, als wenn die Verordnung die Grenzen ihrer Ermächtigung überschreitet, vgl. zu der sich dann ergebenden Nichtigkeit BVerfGE 13, 248, 254 ff; 101, 1, 37.

Bundesanstalt. Bei näherer Betrachtung stehen diese in einem wichtigen Punkt nicht einmal im Einklang mit der Spielverordnung selbst.

Im Ansatz ist durchaus zu unterscheiden zwischen dem möglichen Einsatz pro Spiel und der möglichen Eingabe in das Gerät. Eine unmittelbare Aussage enthält die Spielverordnung nur zu ersterem, wenn sie ihn in ihrem § 13 I Nr. 1 auf 20 Cent limitiert. Unmittelbar ausgeschlossen ist es danach nicht, dass der Spieler auf einmal den Einsatz für mehrere Spiele eingeben kann, also gegenwärtig mit zwei Euro für deren zehn. Soweit ersichtlich ist dies die übliche Bauart der auf dem Markt befindlichen Geräte, die es sogar gestatten, dass diese Spiele vermittle der Bedienung einer Taste - der sog. Risikotaste - gleichzeitig abgerufen werden; die Geräte wickeln sie dann nur nacheinander ab. Der Spieler braucht seinen Entschluss zu spielen also nicht einmal zehnmal mit der Bedienung der Starttaste umzusetzen. - Aus dem "Groschengrab" herkömmlicher Prägung wird so unversehens ein "Eurograb".

Dabei hat nun aber die Beschränkung des möglichen Höchsteinsatzes je Spiel auf den geringen Betrag von 20 Cent ersichtlich das Ziel, die Vorgabe des § 33f I GewO umzusetzen, für die "Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs" zu sorgen - je höher der mögliche Einsatz und damit die Gewinnmöglichkeit, desto kräftiger wird sich der Spieltrieb gerade bei einem pathologischen Spieler auswirken.

Vor dem Hintergrund dieses Ziels ist es kontraproduktiv, wenn der Spieler zehn Spiele mit einem Tastendruck abrufen kann. Er wird sie nachvollziehbar als ein Spiel betrachten - das dann einen Einsatz von zwei Euro hat. Und daran ändert es auch nicht nachhaltig etwas, wenn er die Starttaste zehnmal bedient; auch dann geht es der Sache nach immer noch um zwei Euro, und nicht nur um 20 Cent.

Um die jetzigen Verhältnisse ad absurdum zu führen: Weder die Gewerbeordnung, noch die Spielverordnung untersagen es ausdrücklich, die Automaten für die Bedienung mit Geldscheinen oder gar Bankkarten zugänglich zu machen, wie man dies von den Fahrkartensautomaten des ÖPNV kennt. Dann aber würde die Restriktion des möglichen Einsatzes durch § 13 I Nr. 1 SpielV vollends verpuffen.

Um § 13 I Nr. 1 SpielV wirkungsvoll sein und bleiben zu lassen, muss die Bestimmung vielmehr entsprechend auf die mögliche Geldeingabe angewendet werden. Die Gewöhnung an die eingerissenen Umstände darf den Blick auf die Notwendigkeit dieser Analogie nicht verstellen.

Sie ist von äußerster Wirksamkeit, wenn man - im Einklang mit § 33f I GewO - eine Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs erreichen will. Pathologische Spielsucht könnte schwerlich aufkommen - oder sich ausleben -, wenn der Spieler jede weiteren 20 Cent neu eingeben müsste. Ganz praktisch gesehen, müsste er dazu ja schon einen großen Vorrat kleiner Münzen bereithalten und würde im Falle des Gewinnens mit einem Schwall von Kleingeld beglückt.

Immerhin lässt sich bei dieser Analogie noch im Sinne des § 33c I GewO von einem Spielgerät mit Gewinnmöglichkeit reden und wird gleichzeitig jenes Gebot des Abstandes zwischen Spielhallen und Spielbanken gewahrt, das sich aus § 33h Nr. 3 GewO herleiten lässt. Mit der Zulassung von Geräten, die die Eingabe von zwei Euro ermöglichen und damit de facto auch einen Einsatz in dieser den Betrag des § 13 I Nr. 1 SpielV zehnfach übersteigenden Höhe nimmt die Physikalisch-Technische Bundesanstalt die von § 33e I I GewO beschworene Gefahr in Kauf, dass „der Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit erleidet“ - die Verkürzung der Mindestspieldauer im Jahre 2006 verstärkt diese Gefahr. Auch diese Erhöhung des möglichen Einsatzes muss wegen der nachhaltigen Steigerung des Suchtpotentials der Geldspielgeräte zu § 44 II Nr. 6 VwVfG führen, dies schon für sich genommen, erst recht aber in der gebotenen Zusammenschau mit eben der Verkürzung der Mindestspieldauer und der Heraufsetzung der Verlustmöglichkeiten.

### 3. Die Interessen der Spielhallenbetreiber

Wenn das Gesagte richtig, also namentlich die Anwendung des § 44 II Nr. 6 VwVfG auf die erteilten Bauartzulassungen geboten ist, wirkt sich das fatal auf die Interessen der Betreiber der Spielhallen aus. Einerseits gibt es keinen Schutz des Vertrauens, wenn ein Verwaltungsakt nichtig ist,<sup>27</sup> andererseits dürften sie sich zwar nicht nach § 284 StGB strafbar machen, wenn sie Geräte der „modernen“ Art vorhalten,<sup>28</sup> wohl aber ist mit massiven Umsatzrückgängen zu rechnen, wenn insbesondere die Mindestspielzeit wieder heraufgesetzt und der Einsatz je Spiel tatsächlich auf 20 Cent beschränkt wird. Es steht zu vermuten, dass sich der Betrieb so mancher Spielhalle nicht mehr verlohnt, vielleicht sogar die ganze Branche in ihrer Existenz gefährdet wird.

Durchgreifende Bedenken aus Art. 12 I GG ergeben sich gleichwohl nicht. Denn es geht ja um die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren und damit um ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel,<sup>29</sup> wobei das Suchtpotential gerade der Spielhallen eben nicht nur marginal ist, sondern als besorgniserregend hoch eingeschätzt wird.<sup>30</sup>

## V. Konsequenzen

### 1. Öffentlichrechtlich

#### a) Allgemeines

Die Ordnungsbehörden sind gehalten einzuschreiten. Das nötige Rüstzeug liefern § 15 II GewO einerseits, die allgemeine polizeirechtliche Generalklausel andererseits. Dabei dürfte ihr Ermessenspielraum eingeschränkt sein, wenn es denn um das überragend wichtige Gemeinwohlziel einer Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren geht. Angesichts der Größenordnung der Probleme dürften da allenfalls taktische Erwägungen zulässig sein, z.B. dahin, zunächst nur

27 Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 44 Rdnr. 2.

28 Die für § 284 StGB maßgebliche behördliche Erlaubnis dürfte die der Spielhalle nach § 33i I 1 GewO sein, nicht die Zulassung der Geräte nach den §§ 11 ff SpielV.

29 BVerfGE 115, 276, 304 f.

30 Vgl. außer dem Bundesverfassungsgericht (vor. Fn.) Hayer, SuchtAktuell 2010 47; Meyer, Jahrbuch Sucht 2010, 120.

exemplarisch vorzugehen, um sich auf Grund der unmittelbar zu erwartenden Rechtsmittel „Rückendeckung“ in der Rechtsprechung zu verschaffen.

#### b) Die Gravamina

Mit der Verkürzung der Mindestspielzeit, der Heraufsetzung der Verlustmöglichkeiten und der Zulassung einer Geldeingabe von mehr als 20 Cent sind die Gegenstände eines ordnungsrechtlichen Vorgehens noch nicht vollständig dargestellt worden.

Hinzu tritt das „hausgemachte“ Problem, dass die Ordnungsbehörden Zustände dulden, die § 3 SpielV widersprechen. Nach § 3 II 2 SpielV dürfen die Geräte zwar in Zweiergruppen aufgestellt werden, was auch durchweg geschieht. Insoweit schreibt die Bestimmung dann aber eine Sichtblende einer Tiefe von mindestens 0,80 Meter zwischen den beiden Geräten vor. Diese fehlt regelmäßig. Dabei kommt ihr hohe Bedeutung zu. Vordergründig betrachtet dient sie zwar „nur“ der Diskretion - immerhin damit dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Deutlich wichtiger ist es, dass sie die gleichzeitige Sicht auf ein zweites Gerät hindert, wenn ein Spieler eines bespielt, und es damit (nahezu) unmöglich macht, nun auch noch parallel dieses Gerät zu bespielen. Zwei Geräte nebeneinander in Betrieb nehmen zu können läßt aber alle Restriktionen verpuffen, die in Bezug auf das Spiel an einem Gerät bestehen.

#### c) Rechtsschutz gegenüber den Behörden

Die Ordnungsbehörden haben sich mit finanzmächtigen Gegnern auseinanderzusetzen, die sich in ihrer Existenz bedroht sehen werden. Das kann eine gewisse Scheu auslösen, die Auseinandersetzung aufzunehmen. Umso wichtiger ist damit die Frage, ob sie dazu angehalten werden können.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass dafür die Verbraucherschutzverbände der §§ 4 UKlaG, 8 III Nr. 3 UWG ausscheiden, wenn denn eine Verbandsklage insoweit im öffentlichen Recht nicht als zulässig anerkannt ist.

Wohl aber hat der einzelne Spieler die Möglichkeit des Vorgehens. Ihm steht die Klagebefugnis des § 42 II VwGO zu, wenn denn § 33f I GewO deutlich genug sagt, dass es um den Schutz der Spieler geht. Es wird pathologische Spieler geben, die ihre Lage erkannt haben und an sich daran interessiert sind gesperrt zu werden. Für diese muss es eine bedenkenwerte Alternative sein darauf zu dringen, dass die Behörden die aktuellen Gefahren des Spiels in Spielhallen nachhaltig beschneiden.

Für den Spieler, der sich durch die aktuellen Möglichkeiten des Spiels ruiniert hat, kommen Amtshaftungsansprüche aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ernsthaft in Erwägung, wie sie dann jedenfalls mittelbar die Ordnungsbehörden zum Handeln veranlassen können und werden. In der Duldung der gegenwärtigen Zustände in den Spielhallen liegt die Verletzung

einer drittbeschützenden Amtspflicht.<sup>31</sup> Dass die gebotenen Möglichkeiten des Spiels zur Glücksspielsucht und dann in der weiteren Folge zum Ruin geführt haben, sollte möglich sein zu beweisen. Als offen bezeichnet werden muss die Frage des Verschuldens der zuständigen Beamten. Auf der einen Seite liegen - jedenfalls äußerlich betrachtet - Bauartzulassungen der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt vor und sind auch - soweit ersichtlich - in der juristischen Literatur die hier erhobenen Einwände gegen das aktuell praktizierte Spiel noch nicht so deutlich artikuliert worden, auf der anderen Seite hätten aber doch BVerfGE 115, 276 sowie die scharfe Kritik an den Spielhallen im suchtspezifischen Schrifttum<sup>32</sup> Anlaß geben können und müssen, der Frage näherzutreten, ob denn in den Spielhallen alles mit rechten Dingen zugeht. Nimmt man dies an, dann stellt sich nur noch die weitere Frage, ob denn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit i.S.d. § 839 I 2 BGB gegenüber den Betreibern der Spielhallen besteht.<sup>33</sup>

## 2. Zivilrechtlich

### a) Verbraucherschutzverbände

Das Ziel der §§ 33c ff. GewO und der Spielverordnung ist sicherlich primär der Schutz der Spieler, wie sie Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sind. Neben diesem Verbraucherschutz steht aber doch auch das weitere Ziel, das Marktverhalten der einzelnen Betreiber von Spielhallen zu regeln.<sup>34</sup> Es werden bestimmte Standards für das zulässigerweise angebotene Spiel aufgestellt. Jeder Betreiber einer Spielhalle, der sie nicht einhält, bietet ein für das Publikum offenbar attraktiveres Spiel an und verschafft sich dadurch einen Vorteil im Wettbewerb gegenüber seinen korrekt handelnden Mitbewerbern. Das ist dann der Wettbewerbsvorteil durch Rechtsbruch des § 4 Nr. 11 UWG, den die Verbraucherschutzverbände der §§ 4 UKlaG, 8 III Nr. 3 UWG mit den Unterlassungsansprüchen des § 8 I UWG aufgreifen können.

Demgegenüber wird der Einwand des einzelnen Spielhallenbetreibers nicht verfangen, sein Spielangebot befinde sich im Einklang mit dem seiner Konkurrenz. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht kann auch hier nicht anerkannt werden.

### b) Süchtige Spieler

Glücksspielsucht ist eine anerkannte Krankheit.<sup>35</sup> Da kann es jedenfalls im gedanklichen Ansatz nicht zweifelhaft sein, dass bei ihrer Verursachung Schadensersatzansprüche wegen Gesundheitsverletzung ernsthaft in Betracht kommen, herzu-leiten einmal aus § 823 I BGB, zum anderen - wegen § 280 I 2 BGB beweismäßig ein wenig günstiger - aus den §§ 280 I 1,

31 Sollte es zur Glücksspielsucht des Spielers kommen, ist außerdem die Amtspflicht verletzt, die Rechte des § 823 I BGB zu wahren, hat doch die Weltgesundheitsorganisation die pathologische Spielsucht in die internationale Klassifikation psychischer Störungen (ICD-10) aufgenommen, vgl. näher zum pathologischen Glücksspiel als Suchtkrankheit Mayer/Bachmann (Fn. 1) 44 ff.

32 Vgl. nur die Nachweise in Fn. 30.

33 Dazu alsbald im Text.

34 Es geht um die Sicherheit und Unbedenklichkeit der angebotenen Dienstleistungen. Diesbezügliche Normen sind mit § 4 Nr. 11 UWG zu erfassen, vgl. Köhler, in Köhler/Bohnkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 4 Rdnr. 11, 49. Schon die Marktzutrittsregeln der §§ 34c, 34i GewO führen zu dieser Bestimmung, vgl. Köhler aaO. § 4 Rdnr. 11, 82.

35 Vgl. Fn. 31.

311 II, 241 II BGB.

Die Betreiber der Spielhallen, die der Spieler aufgesucht hat, haben mit ihrem Angebot einen nicht hinwegzudenkenden Beitrag zur Entstehung der Sucht geleistet. Diese Kausalität läßt sich auch nicht mit dem Argument bestreiten, dass schon eine Disposition des Spielers bestanden habe<sup>36</sup>. Ihre Annahme scheidet auch nicht daran, dass im konkreten Fall zwar zahlreiche Spielhallen zur Manifestation der Sucht beigetragen haben werden; die Figur der sog. Gesamtkausalität bzw. kumulierenden Kausalität ist geläufig. Die Kausalität des einzelnen Schädigers kann schwerlich dadurch entfallen, dass jeder auf die Kausalitätsbeiträge der jeweils anderen verweist, so dass letztlich kein Schädiger mehr übrig bleibt.<sup>37</sup>

Die Rechtswidrigkeit der Schädigung wird jedenfalls nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Spieler die Spielbank von sich aus aufgesucht hat. Wenn es das Wesen der Suchtgefährdung ist, den Verführungen der Spielhallen nicht hinreichend widerstehen zu können, kann darin allein noch kein hinreichendes Einverständnis gesehen werden.<sup>38</sup> Ein solches könnte auch überhaupt nur dann angenommen werden, wenn das Spiel korrekt angeboten würde und nicht mit den gegenwärtig zu konstatierenden gravierenden Mängeln.

Auch die behördliche Erlaubnis nach § 33i I 1 GewO nimmt dem Tun des Spielhallenbetreibers nicht die Rechtswidrigkeit. Sie kann schon nicht den Einsatz nicht genehmigungsfähiger Geräte legitimieren und gestattet primär nur öffentlichrechtlich den Betrieb der Spielhalle, kann aber doch nicht jene Pflichten ihres Betreibers modifizieren, die aus dem Zivilrecht abzuleiten sind.

Insoweit trifft diesen sicherlich eine Verkehrssicherungspflicht, wenn er denn eine Gefahrenquelle eröffnet hat.<sup>39</sup> Da hat er es etwa aufzugreifen, wenn ihm ein Spieler von seiner Spielsucht oder auch nur Spielsuchtgefährdung Mitteilung macht, und diesen Spieler dann vom Spielbetrieb auszuschließen. Außerdem hat er das Verhalten der Spieler im Hinblick auf Verdachtsmomente zu beobachten. Wie intensiv diese Pflichten wahrgenommen werden müssen, bedarf zum gegenwärtigen Zeitpunkt keiner Klärung, wenn denn heute auf Seiten der Betreiber von Spielhallen offenkundig jede Bereitschaft fehlt, auch nur einer bekannten Spielsucht Rechnung zu tragen. Dass es an Maßnahmen zum Ausschluss pathologischer Spieler überhaupt fehlt, muss zum Nachteil des Spielhallenbetreibers ausschlagen. Und sollte es solche Maßnahmen geben, wird der Spielhallenbetreiber konkret darzulegen haben, wie sie aussehen und ob sie das Maß des

Möglichen und Zumutbaren ausgeschöpft haben. Jedenfalls trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass auch zumutbare Maßnahmen dieses Spiel des pathologischen Spielers nicht verhindert hätten.

Was die liquidierbaren Schäden angeht, werden sich die konkreten Verluste kaum nachweisen lassen. Leichter wird es da fallen, die Folgeschäden zu beweisen, namentlich den finanziellen Zusammenbruch. Für einen gewichtigen Teil seiner Schäden wird es dem Spieler freilich an der Aktivlegitimation fehlen. Sollte eine - gar klinische - Behandlung notwendig werden und Versicherungsschutz bestehen, ist die *cessio legis* zugunsten des Versicherungsträgers zu beachten.

## VI. Ergebnisse

1. Die Spielverordnung ist in ihrer aktuellen Fassung nicht durch ihre Ermächtigungsgrundlage in § 33f I GewO gedeckt, soweit sie die Mindestspieldauer herab- und die Verlustmöglichkeiten heraufsetzt.

2. Diese Mängel sind nicht nur formeller Art, sondern beschneiden den Schutz der Spieler vor Suchtgefahren als einem überragend wichtigen Gemeinwohlziel. Das muss als Verstoß gegen die guten Sitten nach § 44 II Nr. 6 VwVfG auf die auf dieser Basis erteilten Bauartzulassungen der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt durchschlagen.

Und diese Bestimmung ist auch deshalb anwendbar, weil die aktuellen Spielgeräte den zulässigen Höchsteinsatz des § 13 I Nr. 1 SpielV dadurch konterkarieren, dass sie die Eingabe des zehnfachen Geldbetrages in das Gerät zulassen und so letztlich den zehnfachen Einsatz.

Die Liste der schweren Mängel des gegenwärtigen Spiels ist damit nicht erschöpft. Es ermöglicht nämlich das Fehlen der Sichtblenden des § 3 II 2 SpielV das gleichzeitige Bespielen zweier Geräte durch einen Spieler.

3. Die Ordnungsbehörden sind dringend zum Einschreiten gegen diese Zustände aufgerufen. Es ist nicht auszuschließen, dass ihre Untätigkeit zu Amtshaftungsansprüchen geschädigter pathologischer Spieler führt.

4. Jedenfalls können die Verbraucherschutzverbände des § 4 UKlaG nach § 8 III Nr. 3, I UWG Unterlassungsansprüche gegen Betreiber von Spielhallen geltend machen.

5. Und jedenfalls stehen Spielern Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht gegen die Betreiber von Spielhallen zu, wenn diese sie trotz bekannter oder erkennbarer Sucht oder Suchtgefährdung nicht vom Spiel ausgeschlossen haben.

36 Vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, Rdnr. 34 vor § 249.

37 Vgl. BGH NJW 1988, 2880, 2882; 2004, 2526.

38 Auch nicht ein Mitverschulden i.S.d. § 254 I BGB.

39 Vgl. dazu allgemein Palandt/Sprau (Fn. 36) § 823 Rdnr. 46.