

Kein Cafehaus-Gewinnspiel im Internet

Eigener Leitsatz:

Bei einem Internet-Gewinnspiel darf als Preis nicht ein Pachtvertrag über eine Gaststätte vermittelt werden. Bei dem Verkauf von mindestens zehntausend Gewinnspielchancen liegt zudem eine gewerbsmäßige Veranstaltung eines anderen Spiels mit Gewinnmöglichkeit im Sinne der Gewerbeordnung vor.

(§ 80 Abs. 5 VwGO, §§ 15 Abs. 2, 33d, 33f GewO)

Verwaltungsgericht Berlin

Beschluss vom 17.08.2009

Az.: 4 L 274.09

Tenor

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstands wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

Gründe

Der Antragsteller meldete zum 4. Februar 2008 einen Einzelhandel mit Getränken bzw. einen erlaubnisfreien

Gaststättenbetrieb in den Räumen der Friedrichstraße 226 an.
Auf seiner Internetseite warb er mit den Worten:

„Gewinnen Sie ein Cafehaus im Wert von 200.000,- €! Nehmen Sie bis zum 30.07.2009 an unserem Gewinnspiel teil und gewinnen Sie ein Cafehaus im Wert von 200.000 € mitten in Berlin. Folgendes erwartet Sie:

beste Lage – mitten in Berlin, Gesamtfläche 118,21 qm = Sitzplätze für 50 Gäste, Großes Kundenpotential dank dem Touristenweg, Cafehaus mit kompletter Ausstattung, keine Kosten während der Geschäftsübernahme“

In den ebenfalls im Internet veröffentlichten Teilnahmebedingungen für das Gewinnspiel ist sein Gegenstand näher bezeichnet. Der Gewinner sollte die Gelegenheit zum Abschluss eines Pachtvertrags bzw. Gewerberaummietvertrags über das Cafehaus zu einem monatlichen Zins von etwa 1.292 € erhalten. Im Weiteren wurde das Gewinnspiel näher beschrieben. Dazu heißt es etwa, dass die Registrierung (des Teilnehmers) mit Überweisungseingang des entsprechenden Betrags für die Teilnahme an dem Gewinnspiel auf dem Gewinnspielkonto wirksam werde. Daraufhin werde eine achtstellige Registrierungsnummer für das Gewinnspiel unverzüglich freigeschaltet. Diese Freischaltung gewähre dem Teilnehmer eine einmalige Gewinnspielchance. Der Preis für einen Gewinnspielschein betrage 9,99 €. Sollten bis zum 31. Juli 2009 weniger als 10.000 Gewinnspielteilnehmer registriert sein, so finde das Gewinnspiel nicht statt und die einbezahlten Beträge würden unter Einbehaltung einer Bearbeitungsgebühr von 5,99 € pro Gewinnspielschein erstattet. Der Gewinner sollte durch ein Online-Geschicklichkeitsspiel ermittelt werden, bei dem es darauf ankam, in möglichst kurzer Zeit eine kleinere Anzahl einfacher Rechenaufgaben möglichst fehlerfrei zu lösen. Der Gewinner sollte nach erfolgtem Spielablauf auf Grund des vorliegenden Spielprotokolls ermittelt und mit seiner Registrierungsnummer veröffentlicht werden. Als Zeitpunkt für die Übergabe (weitere Fortführung) des Cafehauses wurde der

Tag der Unterfertigung des Pachtvertrags bzw. Gewerberaummietvertrags festgelegt, wobei der derzeitige Eigentümer und Betreiber (Besitzer) des Cafehauses diesen ohne weiteren Verzug unterfertigen sollten. Vor allem aber sollte der Gewinner einen Anspruch gegen den Veranstalter auf die Übereignung und Übergabe sämtlicher dem Veranstalter gehörenden Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände des Cafehauses innerhalb von zwei Wochen nach Kontaktaufnahme des Gewinners mit dem Veranstalter. Später behielt sich der Antragsteller die Verlängerung des Gewinnspiels bis zum 31. August 2009 vor.

Über dieses Gewinnspiel wurde in Medien berichtet. Die Polizei erstattete darauf gegen den Antragsteller eine Ordnungswidrigkeitenanzeige und nahm wohl am 23. Juni 2009 Kontakt zum Antragsteller auf.

Mit Bescheid des Bezirksamts Friedrichshain-Kreuzberg von Berlin vom 15. Juli 2009 untersagte der Antragsgegner dem Antragsteller die Veranstaltung des Gewinnspiels, das er als unerlaubte gewerbsmäßige Veranstaltung eines anderen Spieles mit Gewinnmöglichkeit ansah und forderte ihn auf, das Spiel einzustellen. Er drohte ihm ein Zwangsgeld von 5.000 € an. Mit gesonderter Begründung ordnete er die sofortige Vollziehung an, weil die unerlaubte Durchführung eines Gewinnspiels eine Ordnungswidrigkeit darstelle und der dauernde Zustand der Ordnungswidrigkeit nicht hingenommen werden könne. In der Begründung des Bescheids heißt es, da dem Antragsteller die nötige Erlaubnis nicht erteilt werden könne und er vorsätzlich das unerlaubte Gewinnspiel fortsetze, könne er – der Antragsgegner – von dem ihm eingeräumten Ermessen Gebrauch machen und die Durchführung des Spiels untersagen.

Der Antragsteller hat dagegen im Juli 2009 Widerspruch erhoben.

Zur Begründung seines Eilantrags macht er geltend: Er habe ein eminentes wirtschaftliches Interesse, mit seinem Gewinnspiel,

das er mit der Vermieterin des Lokals abgestimmt habe, im Zeitplan zu bleiben. Er betreibe das Cafe seit mehreren Jahren und beabsichtige, dieses Gewerbe in diesem Jahr einzustellen und sich einer anderen Tätigkeit zuzuwenden. Die Anschaffungskosten für das Inventar hätten gut 200.000 € betragen. Er betreibe kein unerlaubtes Gewinnspiel, weil er insoweit nicht gewerbsmäßig tätig sei. Denn es fehle an der nötigen Dauerhaftigkeit bzw. Nachhaltigkeit. Sein Gewinnspiel sei jedoch eine einmalige Betätigung. Weitere Online-Spiele wolle er nicht veranstalten. Es sei bereits denklogisch ausgeschlossen, dass er dieses Spiel wiederhole, weil er nach dessen Abschluss über den Gewinn nicht mehr verfüge, sondern ihn dem Gewinner übergeben haben werde. Die von ihm angestrebte Teilnehmerzahl begründe die Dauerhaftigkeit nicht, weil der Spielablauf lediglich einen denkbaren Zeitpunkt eines einzelnen Erwerbsakts vorsehe. Erst an diesem Tag entscheide sich, ob er einen eventuellen Überschuss aus den verkauften Gewinnspielchancen für sich behalten könne oder ob er mangels genügender Teilnehmer die eingezahlten Gelder erstatten müsse. Das von ihm veranstaltete Spiel stelle keine Mehrzahl von Spielen dar. Praktisch verkaufe er in einem einmaligen Akt sein Inventar. Der Unterschied zu üblichen Verkaufsgeschäften liege darin, dass der Gegenwert nicht von einem einzelnen Käufer entrichtet werden müsse, sondern ähnlich wie bei einer englischen Auktion von einer großen Anzahl von Teilnehmern. Der Antragsgegner trachte danach, aus einer vagen und unsubstantiierten Vermutung bloßer Missbrauchsmöglichkeiten ohne Ermächtigungsgrundlage etwas Unverbotenes dennoch zu verbieten.

Er sei sich bewusst gewesen, dass er auf eine Unbedenklichkeitsbescheinigung verzichten könne, da er insoweit nicht gewerblich tätig sei. Überdies sehe die Spielverordnung gewerbliche Spiele im Internet nicht vor, weshalb das Bundeskriminalamt für solche Spiele keine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteile.

Verbraucherschutz spiele hier keine Rolle, da sich sein Angebot an Unternehmer richte.

Der Antragsteller beantragt,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die die Untersagungsverfügung vom 15. Juli 2009 wiederherzustellen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er macht geltend: Sein Einschreiten sei hier insbesondere deshalb gerechtfertigt gewesen, weil an der Erlaubnisfähigkeit des Spiels erhebliche Zweifel bestünden. Der Antragsteller beabsichtige, durch die Veranstaltung des Gewinnspiels über einen längeren Zeitraum hinweg eine zusätzliche Einnahmequelle zu eröffnen. Das Gewinnspiel unterscheide sich vielfältig von einem Verkauf in den üblichen Formen.

Das besondere Vollzugsinteresse ergebe sich auch aus Gründen des Verbraucherschutzes.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Berichterstatters anstelle der Kammer einverstanden erklärt.

II.

Der Antrag, über den infolge des Einverständnisses der Beteiligten gemäß § 87a Abs. 2 und 3 VwGO der Berichterstatter entscheidet, ist unbegründet, weil die Abwägung der widerstreitenden Interessen zum Nachteil des Antragstellers ausfällt und ein besonderes Vollzugsinteresse besteht (§ 80 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO).

Die an den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs gegen den angegriffenen Bescheid ausgerichtete Abwägung fällt zuungunsten des Antragstellers aus. Es spricht mehr für als gegen die Rechtmäßigkeit der Untersagung.

Unerheblich ist, dass der Antragsgegner den Antragsteller nach Aktenlage nicht vor Erlass des Bescheids zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen anhörte, wie es § 1 Abs. 1 VwVfG Bln und § 28 Abs. 1 VwVfG vorsehen. Denn die Anhörung kann nachgeholt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG). Das ist dadurch geschehen, dass sich der Antragsgegner mit dem Vorbringen des Antragstellers auseinandergesetzt hat.

Nicht im Streit steht, dass nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Zulassung erforderlich ist, das aber ohne diese Zulassung betrieben wird, von der zuständigen Behörde verhindert werden kann und dass die gewerbsmäßige Veranstaltung eines anderen Spiels mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO ein solches Gewerbe darstellt. Die Beteiligten streiten darum, ob der Antragsteller mit seinem Gewinnspiel ein derartiges Gewerbe ausübt. Der Antragsteller verneint das, weil er nicht dauerhaft diese Tätigkeit ausübe, sondern einmalig. Dem vermag das Gericht nach vorläufiger Prüfung nicht beizutreten. Es erscheint dem Gericht vordergründig, allein auf den einzigen Gewinn abzustellen. Wäre das richtig, dann wäre jedes Gewinnspiel, jedenfalls ein solches mit einem Sachgewinn, einmalig und könnte nicht gewerbsmäßig ausgeübt werden, weil eben jeder Gewinn nur einmal vergeben wird. Für ausschlaggebend hält das Gericht, dass der Antragsteller über Monate hinweg darauf zielt, mindestens zehntausend Gewinnspielchancen für 9,99 € zu verkaufen. Der Antragsteller verkürzt das Geschehen, wenn er auf einen einzelnen Erwerbsakt am letzten Tag des Spiels abstellt. Maßgeblich für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit ist nicht eine Rückschau nach längerem Lauf der Dinge, sondern die Vorstellung desjenigen, der das Spiel veranstaltet. Nach der Vorstellung des Antragstellers aber werden in wenigen Monaten mehr als zehntausend Gewinnspielchancen von mindestens zehntausend Personen erworben werden und er wird einem Teilnehmer am Spielende das Inventar überlassen und ihm den Kontakt zum Vermieter vermitteln (falls der Gewinner nicht bei der Schufa

registriert ist). Der Umstand, dass es nach den Spielregeln erst bei mehr als zehntausend Gewinnspielteilnehmern (nicht nur Chancen) zu einer Ausspielung des Inventars kommen soll, nimmt dem Spiel weder die Gewinnorientierung des Antragstellers noch die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit. Denn für den Fall der Unterschreitung des Grenzwerts von 10.000 Teilnehmern strebt der Antragsteller weiterhin die Deckung seiner Kosten durch Einbehalt eines großen Teils des Spieleinsatzes an, worin eine Gewinnorientierung (wenngleich geminderten Umfangs) liegt. An der Dauer seiner Tätigkeit ändert der Abbruch ohne Vergabe des Inventars naturgemäß nichts.

Der Antragsgegner erkannte, dass ihm § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO Ermessen eröffnet, und übte dieses aus. Die Entscheidung für die Untersagung erscheint insbesondere deshalb fehlerfrei, weil die Veranstaltung eines anderen Spiels ohne die erforderliche Erlaubnis eine Ordnungswidrigkeit darstellt (§ 144 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe d GewO). Wollte man die Untersagung für bedenklich halten, wenn die fehlende Erlaubnis zu erteilen wäre, führte das hier auf keinen Ermessensfehler. Denn die zu beantragende Erlaubnis dürfte dem Antragsteller nicht erteilt werden. § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO ermächtigt den Verordnungsgeber, die Veranstaltung von anderen Spielen auf bestimmte Gewerbebezweige, Betriebe oder Veranstaltungen zu beschränken. Durch die §§ 4 ff. SpielVO ist das näher geregelt. Die Normen unterscheiden zwischen einem Gewinn in Geld (§ 4 SpielVO) und einem in Waren (§§ 5 f. SpielVO). Das als Gewinn ausgesetzte Inventar des Caféhauses ist eine Ware, was zur Anwendung der §§ 5 f. SpielVO führt. § 5 Satz 1 SpielVO beschränkt aber andere Spiele, bei denen der Gewinn in Waren besteht, auf diejenigen, die auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnlichen Veranstaltungen, auf Jahrmärkten, Spezialmärkten oder in Schank- und Speisewirtschaften oder Beherbergungsbetrieben ausgespielt werden. Das vom Antragsteller veranstaltete Spiel entspricht dem nicht, weil es nicht in seinem Betrieb, sondern im

Internet ausgespielt wird. Ein Ausnahmefall des § 5a Satz 1 SpielVO liegt nicht vor, weil die Voraussetzungen der Anlage zu dieser Norm nicht erfüllt sind. Insbesondere wird das Spiel nicht turniermäßig betrieben (Nr. 2 der Anlage) und übersteigen die Gestehungskosten des Gewinns nach Angaben des Antragstellers den Wert von 60 € (Nr. 3 der Anlage).

Das besondere Vollzugsinteresse sieht das Gericht darin, dass es hier um die Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs und den Schutz der Spieler geht. Ob diese Verbraucher oder Unternehmer sind, ist unerheblich, weil – wie aktuelle Vorgänge im Wirtschaftsbereich wieder vor Augen führen – auch Unternehmer in ihrer unternehmerischen Tätigkeit von ihrem Spieltrieb getrieben sein können.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts gründet auf den §§ 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG (hälftiger Auffangwert). Der Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, der bei Gewerbeuntersagungen in der Hauptsache auf den Jahresgewinn abstellt, hilft hier nicht weiter, weil es nicht um eine auf ein Jahr ausgelegte Tätigkeit geht. Zudem ist der Gewinn fraglich und nach den Angaben des Antragstellers nicht mit den von ihm angestrebten mindestens 100.000 € Einnahmen gleichzusetzen.