

Az.: 6 B 324/20
5 L 574/20



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Stadt Leipzig
vertreten durch den Oberbürgermeister
Martin-Luther-Ring 4-6, 04109 Leipzig

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -

wegen

Gewerbeuntersagung; Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
hier: Beschwerde

hat der 6. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Drehwald und den Richter am Oberverwaltungsgericht Groschupp

am 7. Juni 2021

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 25. September 2020 - 5 L 574/20 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 7.500,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsteller, ein eingetragener Verein, wendet sich gegen die Untersagung präsenster Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold`em“.
- 2 Die Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold`em“ wurden früher von der M..... GmbH veranstaltet. Ihr Unternehmensgegenstand umfasst laut Handelsregisterauszug des AG Leipzig, HRB XXXXX, u. a. die Vermittlung von Werbe- und Sponsorenleistungen verschiedener Unternehmen an regionale und überregionale Vereine und Institutionen, die Beratung von Unternehmen und Institutionen für ihr Engagement in sozialen, sportlichen bzw. kulturellen Bereichen sowie den Vertrieb und Verkauf von Werbe- und Fanartikeln für Eishockey- und Fußballvereine sowie für andere Sportligen. In Verfolgung dieses Unternehmenszwecks erwarb sie die Lizenz des Bundes Deutscher Poker-Veranstalter, der im Rahmen eines Franchisesystems die sogenannte Poker-Bundesliga betreibt. Die Lizenz vermittelt ihr das exklusive Recht, in den Freistaaten Sachsen und Thüringen sowie in den Ländern Sachsen-Anhalt und Brandenburg sowie in Berlin Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold'em“ unter der Firmierung „Poker-Bundesliga“ durchzuführen. Zudem ist sie Inhaberin der Wort- und Bildmarke (Logo) „Bundes-Pokerliga“. Mit Bescheid der Antragsgegnerin vom 9. November 2015, geändert mit Bescheid vom 16. November 2015, erteilte die Antragsgegnerin der M..... GmbH gemäß § 33d Abs. 1 GewO eine Erlaubnis zur Durchführung gewerblicher Pokerturniere der Spielvariante "Texas Hold'em" im Stadtgebiet der Antragsgegnerin. Nachdem der M..... GmbH die Veranstaltung von Pokerturnieren der Spielvariante "Texas Hold'em" in Sachsen-

Anhalt mangels Vorliegen einer Unbedenklichkeitsbescheinigung i. S. v. § 33d Abs. 2 GewO untersagt worden war, nahm die Antragsgegnerin gegenüber der M..... GmbH die Erlaubnis zur Durchführung von Pokerturnieren der Spielvariante "Texas Hold'em" mit Bescheid vom 20. März 2018 mit Wirkung für die Zukunft unter Anordnung des Sofortvollzugs aus demselben Grund zurück. Das hiergegen gerichtete Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes blieb ohne Erfolg (VG Leipzig, Beschl. v. 8. August 2018 - 5 L 491/18 -, nachfolgend: SächsOVG, Beschl. v. 7. November 2019 - 6 B 365/18 -, n. v.). Der Bescheid vom 20. März 2018 wurde bestandskräftig, nachdem die MSM GmbH ihre hiergegen vor dem Verwaltungsgericht Leipzig erhobene Klage zurückgenommen hatte (VG Leipzig, Einstellungsbeschl. v. 1. Dezember 2020 - 5 K 1525/18 -).

- 3 Die Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold'em“ fanden in Leipzig jedoch weiterhin statt und werden nunmehr vom Antragsteller im Restaurant „F.....“ veranstaltet. Dort fand am 5. Februar 2020 auch die Gründungsveranstaltung des Antragstellers, zu dessen Gründungsmitgliedern der Geschäftsführer der M..... GmbH gehört. Der Verein wurde beim Amtsgericht Leipzig - Registergericht - am 13. Februar 2020 zur Eintragung ins Vereinsregister angemeldet und erlangte durch Eintragung vom 25. März 2020 Rechtsfähigkeit nach § 21 BGB.
- 4 Durch Partnerschaftsvertrag vom 1. Juni 2020 erwarb der Antragsteller von der M..... GmbH gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts von 300,00 € das Recht, die Wort- und Bildmarke (Logo) „Poker-Bundesliga“ sowie deren Internetauftritte für die Organisation und Durchführung eigener Veranstaltungen im Bereich der Freistaaten Sachsen und Thüringen sowie der Länder Sachsen-Anhalt und Brandenburg sowie in Berlin zu nutzen und sich an Veranstaltungen, welche in Verantwortung der M..... GmbH durchgeführt werden, zu beteiligen und an daraus resultierenden Vergünstigungen teilzuhaben. Der Antragsteller ist als Lizenznehmer der Poker-Bundesliga berechtigt, Stadt-, Kreis-, Bezirks- und Landesmeisterschaften in Berlin, Brandenburg, Sachsen-Anhalt sowie Thüringen und Sachsen durchzuführen. Er hat sich im Partnerschaftsvertrag des Weiteren verpflichtet, für die zur Verfügung gestellten Ausrüstungsgegenstände eine „Grundpauschale“ in Höhe von 1.000,00 € sowie eine „variable“ Gebühr für nachzuweisende Dienstleistungen zu leisten.
- 5 Nachdem die Antragsgegnerin im Frühjahr 2020 durch Kontrollen im Restaurant „F.....“ Kenntnis erlangte, dass die Pokerturniere nunmehr vom Antragsteller

durchgeführt werden, untersagte sie ihm nach vorheriger Anhörung gestützt auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO unter Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit mit Bescheid vom 8. September 2020, im Objekt „F.....“, G.....ring X-X, XXXXX Leipzig, sowie im gesamten Stadtgebiet Pokerveranstaltungen durchzuführen.

- 6 Das Verwaltungsgericht hat den gegen die Untersagungsverfügung gerichteten Antrag des Antragstellers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs vom 22. September 2020 abgelehnt. Die Voraussetzungen für eine auf § 15 Abs. 2 GewO gestützte Untersagung lägen vor, da der Antragsteller nicht über die hierfür nach § 33d GewO erforderliche Erlaubnis verfüge. Unter „andere Spiele“ i. S. v. § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO fielen Geschicklichkeits- und Glücksspiele, soweit sie - wie Pokerspiele - nicht mit Spielgeräten mit technischen Einrichtungen i. S. v. § 33c GewO ausgeübt würden und nicht den von § 33 h Nr. 3 GewO erfassten Glücksspielen zuzurechnen seien. Da beim Pokerspiel der Spielvariante „Texas Hold'em“ nur ein vergleichsweise geringer Kostenbeitrag für die Beteiligung der Spieler an den Aufwendungen für die Organisation einer Veranstaltung geleistet werde, zähle es nicht zu den Glücksspielen, deren Veranstaltung nach § 284 StGB strafbar sei, weswegen der Anwendungsbereich des § 33h Nr. 3 GewO nicht eröffnet sei. Von § 33d GewO seien nicht nur Geschicklichkeitsspiele erfasst, sondern eben auch öffentliche Glücksspiele wie das Pokerspiel in der Spielvariante „Texas Hold'em“, deren Veranstaltung nur deswegen nicht von § 33 h Nr. 3 GewO erfasst sei, weil für die Teilnahme hieran ein vergleichsweise geringer Kostenbeitrag erhoben werde. Die Veranstaltung des Spiels sei auch nicht nach § 33g Nr. 1 GewO i. V. m. § 5a SpielV erlaubnisfrei. Die Veranstaltung eines „anderen Spiels“ i. S. v. § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO sei nach § 5a Satz 1 SpielV nur dann erlaubnisfrei, wenn das Spiel die Anforderungen nach der Anlage zu § 5a SpielV erfülle und der Gewinn in Waren bestehe, wobei nach § 5a Satz 2 SpielV in Zweifelsfällen das Bundeskriminalamt oder das zuständige Landeskriminalamt feststelle, ob diese Voraussetzungen vorlägen. Bei der Spielvariante „Texas Hold'em“ sei die Geschicklichkeit der Teilnehmer nicht prägend, sondern der Ausgang dieses Spieles hänge überwiegend vom Zufall ab, so dass kein nach Nr. 1 Buchst. a, 2 und 3 der Anlage zu § 5a SpielV begünstigtes Geschicklichkeitsspiel vorläge, das Pokerspiel dieser Spielvariante vielmehr als Glücksspiel anzusehen sei. Auch sei angesichts der ausgelobten Preise vom Vorliegen einer Gewinnmöglichkeit i. S. d. § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO auszugehen. Der Begriff sei weit zu fassen. Es könne dahinstehen, ob die von der Deutschen Pokerliga verliehenen Bracelets als hinreichender Sachwert anzusehen seien, wofür jedenfalls deren Materialwert spreche. Jedenfalls aber zeige die eigene Berichterstattung der

Poker-Bundesliga, dass es bei den Turnieren keineswegs nur um die Erreichung bestimmter Punkte für Ranglisten gehe, sondern diverse Sachpreise wie Eintrittskarten zu Fußballspielen, Gutscheine für ein „Pokerparadies“, andere Gutscheine sowie Einladungen zu weiteren Turnieren ausgelobt seien.

- 7 Es fehle auch nicht ausnahmsweise an der Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit des Antragstellers, die Voraussetzung des Erlaubnisvorbehalts in § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO sei. Würde die Gemeinnützigkeit des Antragstellers anerkannt, ließe dies die Gewerbsmäßigkeit nicht automatisch entfallen. Anders als im Steuerrecht bleibe im Gewerberecht zwischen der Gewinnerzielungs- und der - für die steuerrechtliche Einordnung maßgeblichen - Gewinnverwendungsabsicht zu unterscheiden. Daher könnten sich grundsätzlich auch Ausschnitte der Tätigkeit gemeinnütziger Vereine als gewerbsmäßig darstellen. Es komme auf die Absicht an, einen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erwirtschaften. Ein mit der Tätigkeit verbundener außerwirtschaftlicher (religiöser, sozialer oder sonstiger ideeller) Zweck lasse die Gewerbsmäßigkeit unberührt, solange zumindest als Nebenziel die Absicht der Gewinnerzielung hinzutrete. Am Vorliegen der Absicht des Antragstellers, mit der Durchführung von Pokerturnieren einen Gewinn zu erzielen, bestünden keine durchgreifenden Zweifel. Es könne dahinstehen, ob die von ihm vorgelegten Daten zu Einnahmen und Ausgaben für den Zeitraum Januar bis August zutreffend seien. Jedenfalls ließen sich die Ausgaben nicht nachvollziehen, da der Antragsteller lediglich Übersichten für die Ausgaben in den Monaten Februar und März vorgelegt habe. Kostenpositionen für die Grundausstattung seien für die regelmäßigen monatlichen Ausgaben überdies nicht aussagekräftig. Diese Ausgaben und solche für Übungsleitertätigkeiten hätten auch augenscheinlich nichts mit der Veranstaltung der Turniere zu tun. Selbst wenn man seine Angaben zu den Ausgaben zugrunde lege, ergebe sich kein wirtschaftliches Defizit, da der Antragsteller mit den Einnahmen aus Werbeverträgen neben den Antrittsgeldern im zweiten Halbjahr weitere 5.950,00 € oder 5.800,00 € eingenommen habe. Da diese Mittel gerade als Gegenleistung für die Möglichkeit der Werbung bei den Meisterschaften und Pokerturnieren gegeben würden, blieben sie für die gewerbliche Tätigkeit auch als Einnahmen berücksichtigungsfähig. Es handele sich hierbei nicht um Spenden. Die vorgetragene Unterdeckung sei somit mehr als ausgeglichen. Hinzu komme, dass die Einnahmen pandemiebedingt derzeit geringer seien, ansonsten jedoch mit wesentlich höheren Einnahmen zu rechnen sei. Selbst wenn der Antragsteller im Wirtschaftsjahr 2020 einen Verlust zu verzeichnen hätte, wäre deswegen gleichwohl von einer Gewinnerzielungsabsicht beim Antragsteller auszugehen.

- 8 Gegen die vom Verwaltungsgericht festgestellte Gewinnerzielungsabsicht des Antragstellers trägt die Beschwerde im Wesentlichen vor, das Verwaltungsgericht habe ihn zu Unrecht einem wirtschaftlichen Verein i. S. v. § 22 BGB gleichgestellt, der zur Rechtsfähigkeit der staatlichen Verleihung bedürfe. Es habe verkannt, dass er vom Registergericht des Amtsgerichts Leipzig am 2. April 2020 als nichtwirtschaftlicher Verein i. S. v. § 21 BGB ins dortige Vereinsregister eingetragen worden sei, wodurch er Rechtsfähigkeit erlangt habe. Daraus folge, dass er keine Leistungen am Markt anbiete und seine Tätigkeit nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei. Er unterhalte keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Deutlich werde dies auch durch die am 29. September 2020 beschlossenen Änderungen seiner am 6. März 2020 beschlossenen Vereinssatzung. Nach deren § 2 Nr. 3 Satz 3 sei seine Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung gerichtet. Der neue § 2 Nr. 3 Satz 4 Vereinssatzung bestimme zudem, dass die turniermäßigen Pokerspiele ausschließlich unter Beachtung der Vorgaben des § 5a SpielV und der hierzu ergangenen Anlage durchgeführt würden. Damit sei den Vereinsmitgliedern vorgegeben, diese rechtlichen Vorgaben zu beachten. Spätestens mit der Satzungsänderung sei klargelegt, dass er keine Gewinnerzielungsabsicht verfolge und von den Spielern für eine Spielteilnahme höchstens 15,00 € verlangen werde. Faktisch mache er sich damit von Spenden Dritter abhängig, um Zahlungsunfähigkeit abzuwenden. Gegen eine Gewinnerzielungsabsicht spreche auch § 2 Nr. 2 Satz 2 Halbsatz 1 Vereinssatzung, wonach er selbstlos tätig sei. Es sei ihm somit nicht gestattet, das Vereinsziel der Förderung turniermäßiger Pokerspiele ausschließlich der Spielvariante „Texas Hold'em“ unter Ausschluss der Gewinnbarkeit von Spieleinsätzen mit dem Ziel zu betreiben, einen Überschuss über die betrieblichen Kosten der Vereinstätigkeit zu erwirtschaften. Die bisher durchgeführten Pokalturniere hätten auch nicht zu nachhaltigen Überschüssen geführt. Aufgrund der satzungsmäßig „von Beginn an vorgesehenen Gemeinnützigkeit fehle es dem Antragsteller sowohl rechtlich als auch tatsächlich an einer Gewinnerzielungsabsicht im Ergebnis der Vereinstätigkeit und zwar sowohl als Haupt- als auch als Nebenziel“.
- 9 Im Hinblick auf die Feststellungen des Verwaltungsgerichts zu den Gewinnmöglichkeiten wendet der Antragsteller ein, der satzungsmäßige Zweck der Förderung turniermäßiger Pokerspiele bestehe darin, den Spielern die Spielregeln, Taktiken und Verhaltensweisen für eine erfolgreiche Teilnahme an turniermäßig organisierten Pokerspielen der Spielvariante „Texas Hold'em“ zu vermitteln. Insbesondere solle vermittelt werden, dass der Spielgewinn nicht im Erwerb ausgelobter Sachpreise liege, sondern bereits in der Teilnahme an den Pokalturnieren

sowie dem damit verbundenen Erwerb von Fertigkeiten. Der Spielgewinn liege somit bereits in der Teilnahme an Pokerturnieren dieser Spielvariante.

II.

- 10 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Die vom Antragsteller dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist und die sich im Wesentlichen gegen die Feststellung des Verwaltungsgerichts zur Gewerbsmäßigkeit seiner Tätigkeit richten, rechtfertigen keine Änderung des angefochtenen Beschlusses.
- 11 Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht in Fällen, in denen die Behörde nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO - wie hier - die sofortige Vollziehung anordnet, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen. Maßstab der nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Interessabwägung sind grundsätzlich die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs. Nach allgemeiner Ansicht besteht an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines voraussichtlich aussichtslosen Rechtsbehelfs kein überwiegendes Interesse. Wird dagegen der Rechtsbehelf bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung voraussichtlich erfolgreich sein, so wird regelmäßig nur die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Betracht kommen. Maßgeblich für die Beurteilung der Erfolgsaussichten ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.
- 12 Das Vorbringen des Antragstellers rechtfertigt keine Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses. Der Widerspruch des Antragstellers vom 22. September 2020 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 8. September 2020 dürfte mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg haben. Der angefochtene Bescheid erweist sich bei summarischer Prüfung als derzeit rechtmäßig.
- 13 Ist für die Ausübung eines Gewerbes eine gewerberechtliche Zulassung (Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung) erforderlich und wird es ohne diese Zulassung betrieben, so rechtfertigt bereits die formelle Illegalität des Betriebs in der Regel dessen Untersagung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO, es sei denn, die materielle Genehmigungsfähigkeit des Betriebes ist im Zeitpunkt der Entscheidung der Untersagungsbehörde derart offensichtlich gegeben, dass sie ohne weitere Prüfung erkennbar ist (NdsOVG, Beschl. v. 4. Juli 2018 - 7 ME 32/18 -, juris Rn. 29 unter Bezugnahme auf die Rspr. des BVerwG zu Glücksspielrechtlichen

Untersagungsverfügungen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV: Urt. v. 15. Mai 2013 - 8 C 40.12 -, juris Rn. 52; SächsOVG, Beschl. v. 6. April 2000 - 3 BS 816/99 -, juris Rn. 3; HessVGH, Beschl. v. 23. September 1996 - 14 TG 4192/95 -, juris Rn. 10; s. a. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand 85. EL 2020, § 15 Rn. 24; Leisner, in: Pielow, BeckOK GewO, Stand: 1. Dezember 2019, § 15 Rn. 38). Zweck der in § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO normierten Ermächtigung ist es, den Erlaubnisvorbehalt zur Sicherung des Geschäftsverkehrs durchzusetzen, also die vorherige behördliche Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Gewerbetätigkeit zu sichern und damit die mit einer unerlaubten Gewerbetätigkeit - hier: unerlaubtes öffentliches Glücksspiel - verbundenen Gefahren abzuwehren. Liegt es nicht auf der Hand, dass die materielle Legalität vorliegt oder zumindest mit Nebenbestimmungen gesichert werden kann, ist die Untersagung zur Gefahrenabwehr erforderlich.

14 Wer gewerbsmäßig ein anderes Spiel mit Gewinnmöglichkeit veranstalten will, bedarf nach § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Zu den positiven Merkmalen des Gewerbebegriffs (sog. Gewerbsmäßigkeit) zählt unter anderem eine mit der Tätigkeit verbundene Gewinnerzielungsabsicht. Das Beschwerdevorbringen ist nicht geeignet, die Feststellung des Verwaltungsgerichts, der Antragsteller veranstaltete die Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold'em“ mit Gewinnerzielungsabsicht, in Zweifel zu ziehen.

15 Obwohl es sich um ein subjektives Definitionskriterium handelt, ist das Vorliegen der Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen einer Gesamtschau nach objektiven Kriterien zu bestimmen (BVerwG, Urt. v. 26. Juni 1964 - 7 C 91.62 -, Buchholz 451.40 § 1 GastStG Nr. 8). Von einer Gewinnerzielungsabsicht ist regelmäßig auszugehen, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erwartet wird, der zu einem Überschuss über die Kosten der Tätigkeit führt. Voraussetzung ist jedoch nicht, dass tatsächlich ein Gewinn erzielt wird, da allein die (tendenziell „gefährliche“) Absicht der Gewinnerzielung zählt. Unverzichtbares Merkmal des Gewerbebegriffes ist allein die Absicht der Gewinnerzielung, nicht aber die Möglichkeit, diese Absicht auch zu verwirklichen (BVerwG, Urt. v. 5. November 1985 - 1 C 14.84 -, juris Rn. 14). Ausreichend aber auch erforderlich ist aber zumindest eine objektive Eignung der Tätigkeit zur Erzielung von Gewinnen (Pielow, in: BeckOk GewO, Stand 1. März 2020, § 1 Rn. 150 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. 26. Juni 1964 a. a. O.).

16 Ohne Erfolg beruft sich der Antragsteller darauf, die Tatsache, dass er als „nicht wirtschaftlicher Verein“ i. S. v. § 21 BGB Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das

Vereinsregister des Amtsgerichts Leipzig erlangt habe, schließe bei ihm die Annahme einer Gewinnerzielungsabsicht von vornherein aus. Die Eintragung als nicht wirtschaftlicher Verein allein sagt nichts darüber aus, ob mit ihm zumindest auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs im Sinne der §§ 21 und 22 BGB sind erfüllt, wenn der Verein planmäßig, auf Dauer angelegt und nach außen gerichtet, d. h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehend, eigenunternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen. Indessen ist es mit Zweck und Tätigkeit eines Idealvereins auch unter Berücksichtigung der Schutzzwecke der §§ 21 und 22 BGB nicht unvereinbar, wenn dieser in dem erörterten Umfang einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt. Ein Verein kann auch dann ein nichtwirtschaftlicher Verein sein, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. Nebenzweckprivileg, vgl. BGH, Beschl. v. 16. Mai 2017 - II ZB 7/16 -, juris Rn. 19).

- 17 Es ist insbesondere auch unerheblich, inwiefern die wirtschaftliche Betätigung eines nach seiner Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereins zu vereinsrechtlichen Folgen, insbesondere zum Entzug der Rechtsfähigkeit führen kann. Denn die Schutzzwecke des insoweit maßgebenden § 43 Abs. 2 BGB und des § 14 GewO sind nicht deckungsgleich. Das wird schon in dem Umstand deutlich, dass z. B. eine wirtschaftliche Betätigung vereinsrechtlich dem sog. Nebenzweckprivileg unterfallen, gleichwohl aber als auf Gewinn gerichtete Tätigkeit im Sinne des Gewerberechts anzusehen sein kann. Wirtschaftliche Betätigungen, die nicht die zivilrechtliche Qualifikation eines Vereins als sog. Idealverein berühren, können mithin die Ausübung eines Gewerbes im Sinne des Gewerberechts darstellen. Dies ist Folge des gegenüber den einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften weitergehenden Schutzzweckes des Gewerberechts und gilt sowohl für Betätigungen gegenüber Nichtmitgliedern als auch gegenüber Mitgliedern (BVerwG, Beschl. v. 3. Juli 1998 - 1 B 114.97 -, juris Rn. 8; Beschl. v. 1 B 205.93 -, juris). Die gewerberechtliche Einbindung einer Tätigkeit bezweckt den Schutz der Allgemeinheit oder einzelner gegen Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen, die erfahrungsgemäß durch bestimmte wirtschaftliche Betätigungen herbeigeführt werden können. Daher kann es auf die mit wirtschaftlichen Betätigungen unter Umständen verbundene weitergehende Zweckverfolgung hinsichtlich der gewerberechtlichen Einordnung grundsätzlich nicht ankommen, weil diese für die Verfolgung der

Schutzzwecke ohne Erheblichkeit ist (BVerwG, Beschl. v. 16. Februar 1995 - 1 B 205.93 -, juris Rn. 15).

- 18 Letztlich unerheblich ist auch, dass der Antragsteller weiterhin die Feststellung seiner gemeinnützigen Ausrichtung nach den §§ 51, 52, 59, 60 und 61 AO verfolgt, was vom Finanzamt Leipzig II mit Bescheid vom 7. August 2020 abgelehnt wurde, weil Pokern nicht als Sport i. S. d. § 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 21 AO aufzufassen sei. Auch die steuerrechtliche Feststellung der Gemeinnützigkeit des Vereins schliesse eine Gewinnerzielungsabsicht im Hinblick auf die veranstalteten Turniere nicht ohne Weiteres aus. Ein mit der Tätigkeit verbundener außerwirtschaftlicher (religiöser, sozialer oder sonstiger ideeller) Vereinszweck lässt die Gewerbsmäßigkeit unberührt, solange zumindest als Nebenziel die Gewinnerzielung hinzutritt (BVerwG, Urt. v. 27. Februar 2013 - 8 C 8.12 -, juris Rn. 13). Anders als der Antragsteller meint, steht der Übertragung dieser Rechtsprechung auf nichtwirtschaftliche Vereine nicht entgegen, dass jener Fall die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als Berufsbetreuer nach § 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB zum Gegenstand hatte, es im vorliegenden Fall an einer vergleichbaren Norm jedoch fehle. § 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB wurde in der genannten Entscheidung zur Begründung der Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit als Berufsbetreuer deswegen herangezogen, weil es einer Abgrenzung gegenüber anwaltlicher und damit freiberuflicher Tätigkeit bedurfte, die nach § 6 Abs. 1 GewO vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausdrücklich ausgenommen ist.
- 19 Allerdings hat der Antragsteller nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts seine Satzung in § 2 Nr. 2 Satz 1 dahingehend geändert, dass die Vereinstätigkeit nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Dies spricht gegen eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins insgesamt und spräche - wenn sich seine Tätigkeit im Wesentlichen auf die Veranstaltung der Pokerturniere beschränken würde, was aber die Beschwerde nicht substantiiert vorträgt - auch für eine Veranstaltung der untersagten Turniere ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die Satzung ermöglicht indes in der Folge in § 3 Abs. 1 Satz 2, dass die Mitgliederversammlung bestimmen kann, dass dem Vorstand eine angemessene Vergütung gezahlt wird. Wenn eine solche Vergütung eine Aufwandsentschädigung übersteigt, was die Satzung terminologisch nicht ausschließt, werden vom Verein erzielte Gewinne ausgeschüttet und die Vorstände können daraus (zumindest teilweise) ihren Lebensunterhalt bestreiten. Dann wäre ihre Vereinstätigkeit auf Gewinnerzielung gerichtet (vgl. BVerwG, Urt. v. 27. Februar 2013 a. a. O.) und der Verein, der die Gewinne erwirtschaftet und ausschüttet, ebenfalls (zumindest teilweise) auf Gewinnerzielung gerichtet.

- 20 Da das Gewerberecht vor allem dem Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren, die von der gewerblichen Veranstaltung (hier: von öffentlichem Glücksspiel) ausgehen, dient, sind maßgeblich für die gewerberechtliche Beurteilung letztlich die tatsächlichen Verhältnisse.
- 21 Das Verwaltungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, dass die tatsächlichen Umstände hier mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass der Antragsteller die Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold`em“ mit Gewinnerzielungsabsicht veranstaltet. Es hat festgestellt, dass der Antragsteller im Zeitraum Februar bis August selbst dann einen Überschuss erwirtschaftet hat, wenn man die im Februar und März 2020 vergüteten Übungsleiterpauschalen sowie die Anschaffungskosten auf der Ausgabenseite berücksichtigt, obwohl sie eigentlich mit der Turnierveranstaltung nichts zu tun hätten. Zu berücksichtigen seien nicht nur die vereinnahmten Antrittsgelder, sondern auch Einnahmen aus Werbeverträgen „in Höhe von 5.950,- bzw. 5.800,- € im 2. Halbjahr 2020“. Letztere würden als Gegenleistung für die Möglichkeit der Werbung bei den Meisterschaften und Pokerturnieren gegeben und stellten keine Spenden, sondern berücksichtigungsfähige Einnahmen dar. Zudem müsse davon ausgegangen werden, dass die Vereinstätigkeit nach Abklingen der Pandemie zu weitaus höheren Einnahmen führen werde, als sich dies den vorgelegten Aufstellungen für die Monate Februar, März, Juli und August 2020 entnehmen lasse. Diese Feststellungen werden von der Beschwerde nicht den Anforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO entsprechend infrage gestellt. Insbesondere werden mit der Beschwerde keine vollständigen Übersichten über die bisherigen Einnahmen und Ausgaben (Werbungskosten, wobei langlebige nicht geringwertige Wirtschaftsgüter abzuschreiben wären) des Vereins sowie die mit den Turnieren erzielten Einnahmen und Ausgaben vorgelegt, die eine summarische Prüfung in tatsächlicher Hinsicht ermöglichen könnten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Verein bei der Veranstaltung von Turnieren die vom Verwaltungsgericht festgestellten Überschüsse erzielt, denen keine auf die Turniere bezogenen Aufwendungen in entsprechender Höhe gegenüberstehen. Der Verein erwirtschaftet somit aus den Turnieren Überschüsse, deren Verwendung offen bleibt.
- 22 Die Tatsache allein, dass der Antragsteller von den Spielern für die Spielteilnahme im Höchstfall 15,00 € verlangen wird und dieser Einsatz für den Erwerb einer Gewinnchance als verhältnismäßig gering anzusehen ist, lässt entgegen der Ansicht des Antragstellers nicht den Schluss auf eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht zu. Dieses Verhältnis von Spieleinsatz und Gewinn bedeutet lediglich, dass die öffentliche

Veranstaltung des Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis nicht nach § 284 StGB strafbar ist. Die Erwägung des Verwaltungsgerichts, dass der Anwendungsbereich des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO bei öffentlich veranstalteten Pokerturnieren der Variante „Texas Hold`em“ eröffnet ist, wenn Einsatz zur Teilnahme im Verhältnis zur Gewinnchance gering ist (BVerwG, Urt. v. 22. Januar 2014 a. a. O. Rn. 19 ff.), ist nicht zu beanstanden.

23 Soweit sich der Antragsteller zur Begründung, dass die Veranstaltung der Pokerturniere in der Spielvariante „Texas Hold`em“ nicht vom Erlaubnisvorbehalt des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO erfasst sei, auf die mit Satzungsänderung vom 20. September 2020 eingefügten Regelungen in § 2 Nr. 2 Sätze 3 und 4 Vereinssatzung beruft, wonach er sich mit sofortiger Wirkung auf die Ausgestaltung der Pokerturniere der Spielvariante „Texas Hold`em“ unter Beachtung von § 5a SpielV i. V. m. Anlage zu § 5a SpielV verpflichtet habe, bleibt die Beschwerde ebenfalls ohne Erfolg. Nach § 5a Satz 1 SpielV ist für die Veranstaltung eines „anderen Spieles“ die Erlaubnis nach § 33d Abs. 1 Satz 1 oder § 60a Abs. 2 Satz 2 der Gewerbeordnung nicht erforderlich, wenn das Spiel die Anforderungen der Anlage erfüllt und der Gewinn in Waren besteht. Dass die gewerbliche Veranstaltung von Pokerturnieren der Spielvariante „Texas Hold`em“ ausnahmsweise nach § 33g Nr. 1 GewO i. V. m. § 5a SpielV erlaubnisfrei ist, hätte zur Voraussetzung, dass das Spiel überwiegend der Unterhaltung dient, was Nr. 1 Buchst. a, Nr. 2 und 3 der Anlage zu § 5a SpielV dahin konkretisiert, dass es sich um ein Geschicklichkeitsspiel handeln muss (BVerwG, Urt. v. 22. Januar 2014 - 8 C 26.12 -, juris Rn. 19). Dies ist nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts, die von der Beschwerde nicht substantiell gerügt werden und die nicht gegen Bundesrecht verstoßen (BVerwG, Urt. v. 22. Januar 2014 a. a. O. Rn. 15 ff.), nicht der Fall, weil bei Pokerturnieren der Spielvariante „Texas Hold`em“ der Glücksspielcharakter überwiegt.

24 Gegen die Feststellung des Verwaltungsgerichts, es bestehe bei den Pokerturnieren der Spielvariante „Texas Hold`em“ eine Gewinnmöglichkeit, beruft sich der Antragsteller ohne Erfolg auf den Satzungszweck, der zeige, dass der Spielgewinn nicht im Erwerb ausgelobter Sachpreise, sondern bereits in der Teilnahme an Pokerturnieren dieser Spielvariante liege. Ob Gewinnmöglichkeiten bestehen, ist nicht anhand der Satzung, sondern in einer Gesamtschau der tatsächlichen Ausgestaltung der Pokerturniere zu beurteilen. Nach den vom Verwaltungsgericht hierzu getroffenen Feststellungen, die der Antragsteller innerhalb der Beschwerdefrist nicht substantiell gerügt hat, zeige die eigene Berichterstattung der Poker-Bundesliga, dass es bei den Turnieren keineswegs nur um die Erreichung bestimmter Punkte für Ranglisten gehe,

sondern diverse Sachpreise wie Eintrittskarten zu Fußballspielen, Gutscheine für ein „Pokerparadies“, andere Gutscheine sowie Einladungen zu weiteren Turnieren ausgelobt seien.

25 Ist hiernach davon auszugehen, dass die Veranstaltung der Pokerturniere in der Spielvariante „Texas Hold`em“ gewerblicher Natur ist, bleibt die Beschwerde des Antragstellers gegen die auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO gestützte Untersagungsverfügung ohne Erfolg. Dass ihm die nach § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO erforderliche Erlaubnis zu erteilen ist, ist schon deshalb nicht offensichtlich, weil der Antragsteller nicht vorgetragen hat, im Besitz einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Bundeskriminalamtes oder eines Abdrucks hiervon zu sein, was nach § 33d Abs. 2 GewO für die Erteilung der Erlaubnis für dieses Gewerbes Voraussetzung ist.

26 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

27 Die Streitwertfestsetzung folgt in Anlehnung an Nr. 54.2.1, 1.5 Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (abgedruckt in der Sonderbeilage Januar 2014 zu den Sächsischen Verwaltungsblättern) aus § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 3 GKG und entspricht der Festsetzung durch das Verwaltungsgericht, gegen die keine Einwände erhoben wurden.

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

gez.:

Dehoust

Groschupp

Guericke