

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.153 vom 26. Juni 2015

BS Appellationsgericht, 2015-06-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.153

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.153 du 26 juin 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.153 del 26 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt hat den Rekurs mit Schreiben vom 17. Oktober 2016 dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen, womit gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dessen Zuständigkeit gegeben ist. Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2 Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids unmittelbar berührt und damit gemäss § 13 VRPG zum Rekurs legitimiert. Gegenstand der ursprünglich angefochtenen Verfügung war ein Standplatz an der Herbstmesse 2015.

Sachurteilsvoraussetzung ist in der Regel ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der rekurrierenden Partei. Diese Bedingung ist erfüllt, wenn die Gutheissung des Rekurses dem Rekurrenten einen praktischen Nutzen einträgt. Damit soll vermieden werden, dass das Rechtsmittel zur Beurteilung einer rein abstrakten Rechtsfrage ergriffen wird. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren festgestellt worden ist, wird auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses jedoch ausnahmsweise dann verzichtet, wenn der gerügte Eingriff sich jederzeit wiederholen kann, seine rechtzeitige Überprüfung auf dem Rekursweg jedoch wegen der Dauer des Verfahrens kaum je möglich und deshalb kein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbeizuführen ist (Wullschlegler/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277 ff., 292 f.; BGE 140 III 92 E. 1.1 S. 93 f. mit Hinweis; VGE VD.2015.77 vom 23. November 2016 E. 1.2.1). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da allfällige Gesuche um Standplatzbewilligungen für die Basler Herbstmesse auch in den kommenden Jahren abgewiesen und dagegen erhobene Rekurse vom Verwaltungsgericht nicht ohne weiteres vor der Durchführung der Herbstmesse entschieden werden könnten. Im Messe- und Marktgeschäft ist es offenbar nicht möglich oder jedenfalls nicht üblich, die Standplätze für einen bestimmten Anlass so lange im Voraus zu vergeben, dass eine rechtzeitige Anfechtung möglich wäre (VGE 734/2006 vom 10. Januar 2007 E. 1.2). Tatsächlich ist zwischenzeitlich mit Verfügung vom 22. Juni 2016 auch ein weiteres Standplatzgesuch der Rekurrentin für die Herbstmesse 2016 abgewiesen worden. Auf den Rekurs ist daher auch nach Abschluss der ursprünglich streitgegenständlichen Herbstmesse 2015 einzutreten.

1.3 Mit ihrem Rekurs verlangt die Rekurrentin gleichzeitig auch die Erteilung eines Standplatzes an der Herbstmesse 2016 oder einem späteren Jahr.

1.3.1 Der Streitgegenstand im verwaltungsrechtlichen Rekursverfahren wird grundsätzlich durch die mit dem Gesuch vor erster Instanz gestellten Anträge begrenzt. In der

nachträglichen Verwaltungsrechtspflege bildet das Rechtsverhältnis, welches aufgrund jenes Gesuchs mit der angefochtenen Verfügung als Anfechtungsobjekt begründet worden ist, insoweit den weiteren Streitgegenstand, als es noch im Streit liegt (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz 986 f.; BGE 125 V 413 E. 2a S. 415). Dieser Streitgegenstand kann im Laufe des Rechtsmittelzuges grundsätzlich nicht erweitert oder qualitativ verändert, sondern bloss verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden (vgl. Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 505; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 685 ff.; Auer, in: Auer/ Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 12 N 10; Moser, ebenda, Art. 52 N 3; BGE 133 II 30 E. 2 S. 32 f. und 131 II 200 E. 3.2 S. 203; VGE VD.2012.122 vom 14. August 2013 E. 1.2.2; VD.2008.737 vom 10. März 2010 E. 1.2). Der Streitgegenstand kann im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren nicht über das Anfechtungsobjekt hinaus erweitert werden (Rhinow/Koller/Kiss/ Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz 988). Von diesen Grundsätzen kann aus prozessökonomischen Gründen abgewichen werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Ausweitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes spruchreife Frage aus prozessökonomischen Gründen dann zulässig, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestands Gesamtheit gesprochen werden kann. Die Verwaltung muss sich zudem mindestens in der Form einer Prozessklärung zu dieser Streitfrage geäußert haben (BGE 122 V 34 E. 2a S. 36; BGer 9C_1002/2008 vom 16. Februar 2009 E. 2.2; BVGE 2009/37 vom 18. Juni 2008, E. 1.3.1; Camprubi, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 62 N 5; Flückiger, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 7 N 35; VGE VD.2012.122 vom 14. August 2013 E. 1.2.2).

1.3.2 Diese Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige Erweiterung des Streitgegenstandes sind vorliegend erfüllt. Das Gesuch der Rekurrentin um Zuteilung eines Standplatzes für die Herbstmesse 2016 ist mit der gleichen Begründung abgewiesen worden wie das hier zu beurteilende Gesuch für die Herbstmesse 2015 (vgl. Verfügung der Abteilung Aussenbeziehungen und Standortmarketing vom 22. Juni 2016 [Rekursbeilage 2]). Insofern ist von einer Tatbestands Gesamtheit auszugehen, so dass nichts gegen eine Ausweitung des Streitgegenstands spricht, zumal damit ein zusätzliches Rechtsmittelverfahren vermieden werden kann. Die Vorinstanz hat sich in ihrer Rekursantwort zwar nicht explizit zur Ausweitung des Streitgegenstands geäußert, doch kann aus ihrem Schweigen implizit geschlossen werden, dass sie dagegen nichts einzuwenden hat. Auf den Rekurs ist somit auch einzutreten, wie er die Überprüfung der abweisenden Verfügung der Fachstelle Messen und Märkte vom 22. Juni 2016 durch das Verwaltungsgericht verlangt.

1.4 Gemäss § 8 VRPG hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Verwaltung den Sachverhalt zutreffend festgestellt, das massgebliche öffentliche Recht, einschliesslich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und verfassungsrechtlichen Normen, richtig angewendet und das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten hat.

E. 2

2.1 Die Vorinstanz hat die Abweisung des Gesuchs um Erteilung eines Standplatzes für den Spielcontainer Krangreifer E-Claw an der Herbstmesse 2015 mit der Begründung geschützt, dass der Kanton mit dem Gesetz über Spielautomaten, Spielsalons und ein Spielcasino (Spielcasinogesetz, SG 569.300) von der ihm durch das Bundesrecht eingeräumten Kompetenz für die Bewilligung und Beaufsichtigung von Geschicklichkeitsspielautomaten Gebrauch gemacht und in § 13 des Gesetzes diese Geräte ausserhalb von Spielcasino verboten habe (angefochtener Entscheid, E. 8). Das Verbot von Geldspielautomaten im Sinne von § 3 Abs. 1 dieses Gesetzes erfasse nach dem Willen des Gesetzgebers Automaten mit Möglichkeit von Gewinnen in jeglicher Form von materiellem Gewinn (E. 12). Auch wenn die Vorinstanz den Krangreifer aufgrund seines Spielsystems als ein Gerät eingestuft hat, das vorwiegend auf Geschick beruht, hat sie ihn als Geldspielautomaten taxiert, weil er es ermögliche, mit einer gewissen Fertigkeit Plüschtiere als Preis zu gewinnen. Dieser Warengewinn würde einen geldwerten Gewinn im Sinne von § 3 Spielcasinogesetz darstellen (E. 14).

2.2 Die Rekurrentin macht im Wesentlichen geltend, dass der Krangreifer E-Claw keinen Geldspielautomaten im Sinne von § 3 Spielcasinogesetz darstelle, sondern ein reiner Unterhaltungsautomat sei. Es werde kein geldwerter Gewinn erzielt, die Plüschtiere haben nur einen ideellen Wert (Rekursbegründung, Ziff. 5 und 7). Das Verbot des Krangreifers verletze die Wirtschaftsfreiheit und das Gebot der Gleichbehandlung mit anderen Chilibetrieben und Konkurrenzschaustellern (Ziff. 8 und 9). Ausserdem sei die Abweisung ihres Gesuchs unverhältnismässig (Ziff. 10).

2.3 Gemäss Art. 16 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) erlässt der Bund Vorschriften über die Geldspiele. Dabei handelt es sich um eine konkurrierende Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung (Oesch, in: Waldmann/Belser/ Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 106 N 14). Gemäss Art. 106 Abs. 3 lit. c BV sind die Kantone für die Bewilligung und die Beaufsichtigung der Geschicklichkeitsspiele zuständig. Damit ist grundsätzlich auch die Kompetenz verbunden, solche Spiele unter Beachtung der Wirtschaftsfreiheit einzuschränken oder ganz zu verbieten (vgl. Oesch, a.a.O., Art. 106 N 25). Das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile wird unter Vorbehalt des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz [SBG, SR 935.52]) geregelt (Art. 1 Abs. 1 SBG). Glücksspiele sind Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Art. 3 Abs. 1 SBG). Glücksspielautomaten sind Geräte, die ein Glücksspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft (Art. 3 Abs. 2 SBG). Unter die anderen geldwerten Vorteile fallen auch Natural- bzw. Warengewinne (vgl. BGer 2C_442/2007 vom 19. November 2007 E. 3.2 f.). Glücksspiele dürfen nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden (Art. 4 Abs. 1 SBG). Geschicklichkeitsspielautomaten sind Geräte, die ein Geschicklichkeitsspiel anbieten, das im Wesentlichen automatisch abläuft und dessen Gewinn von der Geschicklichkeit des Spielers abhängt (Art. 3 Abs. 3 SBG). Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) legt die Kriterien fest, nach denen die Geschicklichkeitsspielautomaten von den Glücksspielautomaten abgegrenzt werden. Es berücksichtigt dabei namentlich, ob die Entscheidung über den in Aussicht gestellten Geldgewinn oder anderen geldwerten Vorteil in unverkennbarer Weise von der Geschicklichkeit der Spielerin oder des Spielers abhängt oder ob sie überwiegend auf Zufall

beruht (Art. 63 der Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken [Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521] in Verbindung mit Art. 25 der Verordnung des EJPD über Überwachungssysteme und Glücksspiele [Glücksspielverordnung, SR 935.521.21]). Somit kann das kantonale Recht Spiele um Geld oder andere geldwerte Vorteile nur insoweit regeln, als es sich um Geschicklichkeitsspiele einschliesslich Geschicklichkeitsspielautomaten handelt. Geschicklichkeitsspielautomaten, mit denen um Geld oder andere geldwerte Vorteile gespielt wird, werden als Geschicklichkeits-Geldspielautomaten bezeichnet und Glücksspielautomaten, mit denen um Geld oder andere geldwerte Vorteile gespielt wird, als Glücks-Geldspielautomaten (vgl. BGE 120 Ia 126 E. 3b S. 131). Zudem können die Kantone Spiele einschliesslich Spielautomaten regeln, bei denen es nicht um Geld oder andere geldwerte Vorteile geht (Schott, Les jeux, sont-ils faits?, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004; Basel/Bern 2004, S. 495 ff., 501). Falls es sich beim Krangreifer um einen Glücks-Geldspielautomaten handelte, dürfte er deshalb vom kantonalen Recht nicht erfasst werden.

2.4 Die Vorinstanz hat den streitgegenständlichen Krangreifer E-Claw wie folgt umschrieben (angefochtener Entscheid, E. 14): "Der Krangreifer E-Claw ist ein Spielcontainer der Waren enthält. Gegen ein Entgelt kann mit einem Joystick ein Greifarm bewegt werden. Mit dem Kranarm muss versucht werden bestimmte Waren zu ergreifen. Die Waren müssen mit dem Greifer bis zu einem bestimmten Punkt der Spielbox gebracht und dürfen nicht vorher fallen gelassen werden. Das System des Spielcontainers E-Claw ist entgeltlich und verlangt eine gewisse Fertigkeit oder besondere Reaktionsfähigkeit seine Nutzers, die vorwiegend auf () Geschick beruht." Entsprechend hat die Vorinstanz den Krangreifer als Spielautomaten gemäss § 2 Abs. 1 Spielcasinogesetz ("Spielautomaten sind Geräte und Apparate mit entgeltlichem Betrieb, bei denen der Spielausgang ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht.") eingestuft. Weil der Nutzer aber vorliegend Plüschtiere gewinnen könne, stellen diese Waren oder zumindest geldwerte Leistungen im Sinne von § 3 Spielcasinogesetz dar (angefochtener Entscheid, E. 14). Damit hat die Vorinstanz den Krangreifer als Geschicklichkeits-Geldspielautomaten qualifiziert. Weil aber nach § 13 Spielcasinogesetz das Aufstellen und der Betrieb von Geldspielautomaten im Sinne von § 3 dieses Gesetzes im Gebiet des Kantons Basel-Stadt ausserhalb des bewilligten Spielcasinos verboten sei, könne der Krangreifer auch nicht zur Herbstmesse zugelassen werden (angefochtener Entscheid, E. 15.).

E. 2.5

2.5.1 Strittig ist, ob die vorliegend beim Spiel mit dem Krangreifer zu erzielenden Plüschtiertgewinne Gewinne im Sinne von § 3 Spielcasinogesetz darstellen. Es ist der Vorinstanz beizupflichten, dass mit dieser Bestimmung aufgrund ihrer weiten Formulierung (" Spielautomaten, die Gewinne in Form von Geld, Waren, Jetons, Gutscheinen, Gutschriften oder anderen Geldwerten Leistungen ermöglichen") erfasst werden sollen. Gleichwohl muss eine Grenze gezogen werden, unterhalb derer § 3 Spielcasinogesetz keine Anwendung finden kann. Der Gesetzgeber wollte zwar jede Form von materiellem Gewinn unter den Begriff des Geldspielautomaten subsumieren (dazu angefochtener Entscheid, E. 12 f. mit Hinweisen zu den Gesetzesmaterialien). Dass er aber Gewinne in jeglicher Höhe, seien sie auch noch so geringfügig, erfassen wollte, ergibt sich indessen nicht aus den Materialien und lässt sich auch nicht rechtfertigen.

2.5.2 Im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken hat die für den Vollzug dieses Gesetzes zuständige Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) bereits im Jahre 2002 befunden, dass dieses Gesetz Gewinne von Jetons, Punkten und Bons, die im Anschluss an das Spiel in Geld, Gutschriften oder Waren umgetauscht werden können, dem Geldgewinn gleichstelle. Dagegen fallen Waren von geringem Wert, welche keinen Tauschwert haben, wie etwa Plüschtiere, nach Auffassung der ESBK nicht unter diese Kategorie (Informationsschreiben der ESBK an die Besitzer von Spielautomaten im Schaustellergewerbe vom 6. Dezember 2002 [Beilage 5 zur vorinstanzlichen Eingabe der Rekurrentin vom 26. August 2015]). Diese Auffassung hat die ESBK in einem an den Rechtsvertreter der Rekurrentin gerichteten Schreiben vom 19. August 2015 (Beilage 4 zur vorinstanzlichen Eingabe der Rekurrentin vom 26. August 2015) präzisiert: "Grundsätzlich ist jeder Warengewinn ein geldwerter Vorteil und fällt unter das Spielbankengesetz. Die Ausnahme bezieht sich ausschliesslich auf das Schausteller-Gewerbe und Fälle, in denen Automaten lediglich für eine zeitlich begrenzte Dauer am gleichen Ort während eines Jahrmarktes o.ä. aufgestellt werden und ausschliesslich auf Spiele bzw. Geräte, die Plüschtiere oder ähnliche Sachwerte (vom Typ 'Werbegeschenke') von geringem Wert ohne Tauschwert ■ d.h. Waren, welche auf dem freien Markt praktisch unverkäuflich sind ■ als Gewinn anbieten." Damit hat die ESBK festgestellt, dass Waren von geringem Wert, die keinen Tauschwert haben, d.h. auf dem freien Markt praktisch unverkäuflich sind wie insbesondere Plüschtiere, keine geldwerten Vorteile im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 3 SBG darstellen. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, den Begriff der Waren oder anderer geldwerter Leistungen im Sinne von § 3 des kantonalen Spielcasinogesetzes weiter auszulegen als in den genannten Bestimmungen des eidgenössischen Spielbankengesetzes. Im Sinne einer materiellen Konkordanz von Bundes- und kantonalen Vorschriften über Spiele mit Gewinnmöglichkeiten ist demzufolge festzuhalten, dass § 3 Spielcasinogesetz nicht Spielautomaten erfasst, die Warengewinne von bloss geringem Wert, die keinen Tauschwert haben und somit auf dem freien Markt praktisch unverkäuflich sind, anbieten. Dies kann in Übereinstimmung mit der Auffassung der ESBK indessen nur für Automaten gelten, die für eine zeitlich begrenzte Dauer am gleichen Ort während eines Jahrmarkts aufgestellt werden.

2.5.3 Aus dem Gesagten folgt, dass der Krangreifer E-Claw mit seinen offensichtlich minderwertigen Plüschtiervorteilen vom Geltungsbereich von § 13 Spielcasinogesetz auszunehmen ist, soweit der Automat im Kanton Basel-Stadt nur für kurze Dauer wie an der Herbstmesse aufgestellt werden soll.

E. 3

3.1 Kann die Verweigerung eines Standplatzes an der Herbstmesse nicht damit begründet werden, dass der Krangreifer E-Claw nach § 13 in Verbindung mit § 3 Spielcasinogesetz verboten sei, so heisst das nicht, dass die Rekurrentin ohne Weiteres Anspruch auf Zuteilung eines Standplatzes hätte. § 6 Abs. 1 der Verordnung betreffend Messen und Märkte der Stadt Basel (VMM, SG 562.320) legt fest, dass sich die Anzahl der möglichen Bewilligungen nach der Anzahl der zur Verfügung stehenden Standplätze richtet. Übersteigt die Nachfrage das Angebot, wie dies seit mehreren Jahren bei der Herbstmesse und beim Weihnachtsmarkt der Fall ist, muss eine Auswahl getroffen werden. Abs. 2 der zitierten Bestimmung statuiert, dass kein Anspruch auf Zuteilung eines Standplatzes oder eines bestimmten Standplatzes besteht, auch nicht für Personen, denen früher eine Standplatzbewilligung erteilt worden ist. Gemäss § 7 Abs. 1 VMM sind für das

Auswahlverfahren zu beachten die Attraktivität des Standes, insbesondere Angebot und Präsentation, unter Berücksichtigung des Charakters der Veranstaltung und des Publikumsbedürfnisses (lit. a), das Rotationsprinzip, wonach bei gleichwertigen Ständen regelmässig ein Wechsel stattzufinden hat (lit. b) und das öffentliche Interesse an Ruhe, Ordnung und Sicherheit (lit. c; VGE VD.2010.264 vom 17. August 2011 E. 2.2).

3.2 Die Fachstelle Messen und Märkte hat ihren ablehnenden Bescheid vom 26. Juni 2015 einzig mit dem Verstoß gegen das Spielcasinogesetz begründet. Erweist sich diese Begründung als unzutreffend, so ist die Sache an die Fachstelle Messen und Märkte zum Entscheid zurückzuweisen, inwiefern das Standplatzgesuch im Lichte der Auswahlkriterien von § 7 Abs. 1 VMM hätte bewilligt werden können bzw. hätte bewilligt werden müssen. Dabei wird die Fachstelle insbesondere prüfen müssen, inwiefern Unterschiede zu anderen von der Rekurrentin bezeichneten Spielbetrieben wie das Derby-Pferderennen, das Karussell-Reiten, bei dem ■ zumindest anderenorts ■ bisweilen Gratisfahrten ergattert werden können, das Luftgewehrschiessen, das Fischen, das Ringe-Werfen oder das Schwungrad (Rekursbegründung, Ziff. 8.3) bestehen. Zu prüfen gilt es insbesondere die Attraktivität der verschiedenen Schaustellergeschäfte. Hinsichtlich der Bedürfnisse des Publikums wird zu prüfen sein, ob reinen Geschicklichkeitsspielen mit oder ohne Gewinnchancen möglicherweise ein höherer Wert beizumessen ist als Geschicklichkeits-Geldspielautomaten. Zu beachten ist aber auch die Art und Weise der Präsentation der Spielgeräte. Mit Blick auf den allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV und § 8 Abs. 1 der Kantonsverfassung (KV, SG 111.100) sowie der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV wäre es aber unzulässig, bestimmte Unternehmen in der Platzzuweisung gegenüber anderen Schaustellern mit gleichartigen Angeboten regelmässig zu benachteiligen. Bei der Auswahl der Schausteller gilt es zudem den Schutz von Kinder und Jugendlichen zu beachten. Diese haben gemäss Art. 11 BV sowie § 11 Abs. 1 lit. f KV Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Es darf deshalb auch berücksichtigt werden, ob ein Spielgerät aufgrund der Natur der erzielbaren Gewinne sich primär an Minderjährige richtet. Besteht bei einem Spiel, bei dem ein Einsatz in Geld geleistet werden muss, die Versuchung, nach jedem erfolglosen Versuch zum Ausgleich des eingetretenen Verlustes einen weiteren Versuch zu wagen, besteht, insbesondere wenn der zusätzlich Mittlereinsatz nur gering ist, die Gefahr, im Ergebnis unangemessene Summen für minderwertige Preise auszugeben. Die Bewilligungsbehörde wird daher auch zu prüfen haben, inwiefern ein sozialpolitisches Präventionsinteresse besteht, Kinder und Jugendliche wie auch Familien vor dieser Gefahr zu schützen.

E. 4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verfügung der Abteilung Aussenbeziehungen und Standortmarketing, Fachstelle Messen und Märkte vom 26. Juni 2015 und der Entscheid des Präsidialdepartements vom 9. Juni 2016 in Gutheissung des Rekurses aufzuheben sind und die Sache an die Abteilung Aussenbeziehungen und Standortmarketing, Fachstelle Messen und Märkte zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen ist. Bei diesem Ausgang sind keine ordentlichen Kosten zu erheben. Aufgrund ihres Obsiegens ist der Rekurrentin sodann eine Parteientschädigung sowohl für das departementale wie auch für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren zu Lasten des Departements zuzusprechen.

Für das verwaltungsinterne Rekursverfahren kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Rekurrenten gemäss § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden, sofern es sich nicht um einen offensichtlichen Bagatellfall handelt. Diese bemisst sich gemäss § 8 Abs. 2 VGG nach dem Zeitaufwand und der Schwierigkeit der Sache, nach deren Bedeutung für die Beteiligten sowie nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten. Der Aufwand eines Anwalts wird indessen nur insoweit berücksichtigt, als er bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise zur pflichtgemässen Erfüllung der Aufgabe erforderlich gewesen ist. Nutzlose oder sonstwie überflüssige Bemühungen sind nicht zu entschädigen (vgl. BGer 8C_723/2009 vom 14. Januar 2010 E. 3.2; VGE VD.2010.82 vom 3. Januar 2011 E. 2.1, VGE 725/2005 vom 18. Januar 2006 E. 3.3, je mit Nachweisen). Das aus dieser Bestimmung grundsätzlich fliessende Recht auf eine Parteientschädigung vermittelt aber keinen Anspruch auf vollen Kostenersatz (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 220), was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist (VGE VD.2014.38 vom 10. September 2014 E. 3.2.3.2 mit Hinweis auf BGE 104 Ia 9 E.1 S. 10 ff.; 117 V 401 E. 1 S. 402 ff.; BGer 1C_406/2008 vom 5. Februar 2009 E. 2; 2P.147/2005 vom 31. August 2005 E. 2.2; VGE VD.2012.40 vom 23. November 2012 E. 4.). Vielmehr bestimmt § 13 Abs. 1 der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810), dass dem Rekurrenten eine Parteientschädigung im Rahmen der in § 11 VGV festgelegten Höhe der Spruchgebühren zuerkannt werden kann. Nach § 11 lit. a VGV beträgt die Spruchgebühr für Entscheide von Departementen oder Departementskommissionen CHF 20.■ bis CHF 850.■, in besonderen Fällen bis CHF 1'750.■. Gemäss § 13 Abs. 2 VGV kann in einem Fall, in dem es der Streitwert oder der Umfang der Streitsache rechtfertigen bzw. in dem wesentliche Vermögensinteressen auf dem Spiel stehen, die Parteientschädigung im Rahmen von § 12 Abs. 2 VGV festgelegt werden. § 12 VGV regelt den Zuschlag zur ordentlichen Gebühr und erweitert die Obergrenze der Spruchgebühr nach § 11 lit. a VGV auf CHF 3'500.■. Schliesslich können nach § 13 Abs. 3 VGV dem ganz obsiegenden Rekurrenten die Anwaltskosten in vollem Umfang zugesprochen werden, wenn es sich um einen Entscheid von erheblicher Tragweite handelt und grobe Verfahrensfehler oder offensichtliche Rechtsverletzungen vorliegen (Schwank, a.a.O., S. 220 ff.). Diese Voraussetzungen wurden vom Verwaltungsgericht bei einer "krassen Verletzung des rechtlichen Gehörs" und einer "ungewöhnlichen Häufung von Verfahrensfehlern und ■merkwürdigkeiten" bejaht (VGE 710/2006 vom 4. Oktober 2006 E. 3). Die Anwendung von § 13 Abs. 3 VGV setzt ein vollumfängliches Obsiegen voraus (VGE VD.2010.82 vom 3. Januar 2011 E. 2.4.1). Vorliegend rechtfertigt es sich, der Rekurrentin angesichts des Umfangs der Streitsache für das verwaltungsinterne Rekursverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'500.■ zuzusprechen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 2 VGV).

Die Rekurrentin hat vor Verwaltungsgericht keine Honorarnote ihrer Rechtsvertretung einreichen lassen, so dass der Vertretungsaufwand praxisgemäss zu schätzen ist (vgl. VGE VD.2015.179 vom 16. September 2016 mit weiteren Hinweisen). In Anbetracht der beiden Eingaben und unter Berücksichtigung des Vermögensinteresses erscheint ein Aufwand von rund 10 Stunden angemessen, auch wenn angesichts des Umfangs von Rekursbegründung und Replik möglicherweise ein höherer Aufwand entstanden ist. Bei einem praxisgemäss zur Anwendung kommenden Überwälzungstarif von CHF 250.■ und unter Einschluss der notwendigen Auslagen ergibt sich eine Parteientschädigung von CHF 2'500.■.

Die Parteientschädigung dient dazu, den der obsiegenden Partei erlittenen Schaden aus der rechtsanwaltlichen Parteivertretung im Verfahren zu ersetzen. Die Prozessentschädigung ist deshalb als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR641.20) zu qualifizieren und als solche nicht mehrwertsteuerpflichtig. Die Mehrwertsteuer wird bei der Bemessung der Parteientschädigung berücksichtigt, wenn die obsiegende Partei durch die ihr in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird. Eine mehrwertsteuerpflichtige Partei ■ wie vorliegend die Rekurrentin ■ kann allerdings die abgelieferte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG), weshalb hier die Parteientschädigung ohne entsprechenden Zuschlag geschuldet ist (vgl. Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich 2014, § 17 N 75).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.