

LG Hannover – Urteil vom 24. April 2019 – 46 KLS 5573 Js 79200/17 (8/18)

Zur Strafbarkeit des unerlaubten Weiterbetriebs einer Bestandsspielhalle bei echter Konkurrenzsituation

LG Hannover, Urt. v. 24.4.2019 - 46 KLS 5573 Js 79200/17 (8/18)

StGB § 284

Ein Anbieter von Glücksspielen, der nicht zunächst den Verwaltungsrechtsweg beschritten hat, um eine behördliche Erlaubnis im Sinne von § 284 StGB zu erlangen, ist nicht nach § 284 StGB strafbar, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruht, der seinerseits die Rechte des Betreibers von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletzt.

Ein öffentlich-rechtlich erlaubtes Verhalten ist auch strafrechtlich erlaubt und damit gerechtfertigt, denn es wäre gerade unter dem Aspekt der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes höchst widersprüchlich, in einem nichtstrafrechtlichen Teilbereich der Rechtsordnung ein Verhalten für rechtmäßig einzustufen, eben dieses Verhalten durch Inkriminierung aber für grob sozialwidrig zu erklären.

(Ls. d. Red.)

Aus den Gründen:

I.

Die Kammer hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung 84 Jahre alte, bislang unbestrafte Angeklagte war von Juli 2003 bis Juli 2018 Geschäftsführer der einziehungsbeteiligten [...] GmbH. Die Einziehungsbeteiligte betrieb bis zum 30. Juni 2017 in der [...] zwei Spielhallen in einem gemeinsamen Gebäude.

Ab dem 1. Juli 2017 unterlagen die bestehenden Spielhallen der Einziehungsbeteiligten den Vorschriften des neuen Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV), nachdem eine fünfjährige Übergangszeit abgelaufen war (§ 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV). Der Betrieb der Spielhallen bedurfte danach einer zusätzlichen Erlaubnis gemäß § 24 GlüStV, § 10 des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes (NGLüSpG). Bei der Erteilung der Erlaubnis war gemäß § 10 Abs. 2 NGLüSpG,

§ 25 Abs. 1 GlüStV ein Abstandsgebot zu beachten, wonach in Niedersachsen der Abstand zwischen zwei Spielhallen mindestens 100 Meter betragen muss.

Die Einziehungsbeteiligte beantragte für ihre beiden Spielhallen eine Erlaubnis zum Weiterbetrieb. Da in einem Abstand von weniger als 100 Meter vom Standort der Spielhallen zwei weitere Spielhallen anderer Betreiber bestanden, die ebenfalls eine Erlaubnis beantragt hatten, führte die zuständige Landeshauptstadt Hannover vor Erteilung der Erlaubnis ein Auswahlverfahren durch. Dabei entschied sie sich - in Übereinstimmung mit der niedersachsenweiten Handhabung auch der anderen zuständigen Behörden - für die Durchführung eines Losverfahrens, da sie keine geeigneten sachlichen Unterscheidungskriterien zwischen den Bewerbern feststellen konnte. Bei der Auslosung fiel das Los auf den Mitbewerber der Einziehungsbeteiligten. Mit Bescheid vom 11. August 2016 lehnte die Landeshauptstadt Hannover deshalb die Anträge der Einziehungsbeteiligten auf Erteilung von Erlaubnissen ab. Dieser Bescheid wurde ebenso wie die Erlaubnis für den Mitbewerber von der Einziehungsbeteiligten angefochten.

Ab dem 1. Juli 2017 stellte der Angeklagte den Betrieb einer der beiden Spielhallen im Gebäude Deisterstraße 15 ein, setzte den Betrieb der anderen Spielhalle aber fort. Dort hielt er während der täglichen Öffnungszeiten von 6 bis 24 Uhr zwölf Glücksspielautomaten zur Bedienung durch Kunden betriebsbereit.

Ein Antrag der Einziehungsbeteiligten auf Duldung des Weiterbetriebes der Spielhallen bis zur Entscheidung in der noch anhängigen Hauptsache wurde vom Verwaltungsgericht Hannover am 3. Juli 2017 abgelehnt. Nachdem die Landeshauptstadt Hannover bei Gewerbekontrollen am 5. Juli und 1. August 2017 festgestellt hatte, dass die Spielhalle dennoch weiterbetrieben wurde, untersagte sie der Einziehungsbeteiligten mit Bescheid vom 7. August 2017 den Weiterbetrieb unter Androhung unmittelbaren Zwangs durch Versiegelung der Betriebsräume. Der Angeklagte setzte den Betrieb der Spielhalle dennoch unverändert fort.

Am 4. September 2017 entschied das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht im Rechtsstreit eines anderen Spielhallenbetreibers, dass der Betrieb einer Spielhalle in einem vergleichbaren Fall behördlich zu dulden war. Denn, so das Oberverwaltungsgericht, die Auswahlentscheidung zwischen den aufgrund des Mindestabstandsgebots in Konkurrenz stehenden Spielhallen mittels eines Losverfahrens sei rechtswidrig. Der Niedersächsische Landesgesetzgeber habe für das Auswahlverfahren zwischen aufgrund des Mindestabstandsgebots konkurrierenden Spielhallen keine gesetzliche Grundlage geschaffen. Eine solche sei auch nicht entbehrlich, weil sich weder den §§ 24, 25 und 29 GlüStV noch den Regelungen im NGlüSpG hinreichende Kriterien oder Maßstäbe dafür entnehmen lassen, auf welche Weise die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen zu treffen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlange der Vorbehalt des Gesetzes aber auch, dass alle we-

sentlichen Fragen vom Gesetzgeber selbst entschieden und nicht anderen Normgebern überlassen werden, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Bei Auswahlentscheidungen müsse der Gesetzgeber selbst die Voraussetzungen bestimmen, unter denen der Zugang zu eröffnen oder zu versagen ist, und er müsse ein rechtsstaatliches Verfahren bereitstellen, in dem hierüber zu entscheiden ist. Da es hieran fehle, sei der durch die Auswahlentscheidung bewirkte Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiberin wegen der Verletzung des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts rechtswidrig (OVG Lüneburg, Beschluss vom 04. September 2017, 11 ME 330/17).

Aufgrund dieser Entscheidung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts erließ das Niedersächsische Wirtschaftsministerium eine allgemeine Weisung, wonach den von vergleichbaren Auswahlentscheidungen betroffenen Spielhallenbetreibern vorläufige Erlaubnisse zu erteilen waren. Die Einziehungsbeteiligte erhielt mit Bescheid der Landeshauptstadt Hannover vom 18. September 2017 eine bis zum 31. Dezember 2018 befristete Erlaubnis. Diese wurde in der Folgezeit zweimal verlängert und gilt nunmehr bis zum 31. Dezember 2019. Eine Neuregelung des Auswahlverfahrens im NGLüSpG ist bislang nicht erfolgt.

II.

Dieser Sachverhalt steht fest aufgrund der in der Hauptverhandlung durchgeführten Beweisaufnahme.

Der Angeklagte hat über seinen Verteidiger erklären lassen, der angeklagte Sachverhalt - sein Weiterbetrieb der Spielhalle über den 30. Juni 2017 hinaus trotz zwischenzeitlichen Fehlens einer Erlaubnis der Landeshauptstadt Hannover - werde unstreitig gestellt.

Dass die Spielhalle tatsächlich weiterbetrieben wurde, steht zur Überzeugung der Kammer auch fest aufgrund der glaubhaften Bekundungen der Zeugen pp. [...], die als Gewerbeprüfer am 5. Juli und 1. August 2017 festgestellt haben, dass die Spielhalle geöffnet war, dort zwölf Automaten bereitstanden und genutzt werden konnten. Aus dem Handelsregisterauszug vom 23. April 2019 ergibt sich zudem, dass der Angeklagte von 2003 bis 2018 alleiniger Geschäftsführer der Einziehungsbeteiligten war.

Die Feststellungen zum Ablauf des Verwaltungsverfahrens hat die Kammer darüber hinaus aufgrund der Bekundungen des Stadtoberinspektors pp. getroffen, der das Verfahren bei der Landeshauptstadt Hannover bearbeitet hat. Seine glaubhaften Bekundungen werden durch den Inhalt der ergangenen behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen vom 11. August 2016, 3. Juli 2017, 7. August 2017 und 4. September 2017 bestätigt.

Von der bisherigen Straffreiheit des Angeklagten hat sich die Kammer aufgrund des Bundeszentralregisterauszugs vom 28. März 2019 überzeugt.

III.

Der Angeklagte war von dem Vorwurf der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels gemäß §§ 284 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der ihm mit der Anklageschrift vom 30. April 2018 für den Zeitraum vom 1. Juli 2017 bis 18. September 2017 zur Last gelegt wurde, aus rechtlichen Gründen freizusprechen.

1.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage der Strafbarkeit nach § 284 StGB nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der landesrechtlichen Gesamtregelung des einschlägigen Glücksspielrechts zu beantworten, dies folgt aus der verwaltungsakzessorischen Natur des § 284 StGB. Davon ausgehend, ist deshalb selbst derjenige Anbieter von Glücksspielen, der nicht zunächst den Verwaltungsrechtsweg beschritten hat, um eine behördliche Erlaubnis im Sinne von § 284 StGB zu beantragen, nicht nach dieser Strafvorschrift strafbar, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruht, der seinerseits die Rechte des Betreibers von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletzt (BGH, Urteil vom 16. August 2007, 4 StR 62/07, Rn. 22).

Nach diesen Maßstäben scheidet eine Strafbarkeit des Angeklagten aus. Denn das Niedersächsische Obergericht hat erkannt, dass der Niedersächsische Landesgesetzgeber entgegen seiner verfassungsrechtlichen Obliegenheit für das Auswahlverfahren zwischen den aufgrund des Mindestabstands konkurrierenden Spielhallen keine gesetzliche Grundlage geschaffen hat und eine auf der Grundlage des NGlüSpG getroffene Auswahlentscheidung deshalb wegen Verletzung des Gesetzesvorbehalts aus Art. 12 Abs. 1 GG rechtswidrig ist.

2.

Die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt sich nach Auffassung der Kammer aus dem Rechtfertigungsprinzip der Einheit der Rechtsordnung herleiten. Nach diesem Prinzip ist ein öffentlich-rechtlich erlaubtes Verhalten auch strafrechtlich erlaubt, denn es wäre gerade unter dem Aspekt der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes höchst widersprüchlich, in einem nichtstrafrechtlichen Teilbereich der Rechtsordnung ein Verhalten für rechtmäßig einzustufen, eben dieses Verhalten durch Inkriminierung aber für grob sozialwidrig zu erklären (Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB vor § 32 Rn. 27 b). Da die anerkannten Rechtfertigungsgründe, auch wenn sie gesetzlich nicht normiert sind, stets bei der Auslegung der gesetzlichen Tatbestände zu berücksichtigen sind, ver-

stößt ihre Anwendung auch weder gegen das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 GG (vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB vor § 32 Rn. 25), noch erfordert ihre Anwendung eine Vorlage nach Art. 100 GG.

3.

Die von der Kammer vertretene Rechtsansicht steht - wohl entgegen der Annahme des Oberlandesgerichts Celle im Eröffnungsbeschluss (OLG Celle, Beschluss vom 16. Januar 2019, 2 Ws 485/18) - nicht im Gegensatz zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Tatbestand der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels bereits erfüllt ist, wenn für einen aufgestellten Glücksspielautomaten keine Bauartzulassung der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) besteht oder das in Rede stehende Gerät abweichend von dieser Zulassung betrieben wird und es dabei ohne Bedeutung ist, ob ein nicht in seiner Bauart zugelassenes Gerät materiell den Anforderungen der Spielverordnung entspricht oder ob eine Erlaubnis hätte erteilt werden können (BGH, Beschluss vom 17. Januar 2018, 4 StR 305/17). Denn die Frage der Bauartzulassung für einen Glücksspielautomaten betrifft die Anwendung einfachen und verfassungsmäßigen Gesetzesrechts und nicht - wie der vorliegende Fall - die Nichterteilung einer Erlaubnis aufgrund einer verfassungswidrigen Gesetzeslage.

4.

Da der Betrieb der Spielhalle nicht rechtswidrig war, war keine Einziehung von Taterträgen bei der Einziehungsbeteiligten gemäß §§ 73, 73 b, 73 c StGB anzuordnen. Auf die Frage, inwieweit mögliche Amtshaftungsansprüche der Einziehungsbeteiligten bezüglich der im Falle einer Betriebseinstellung entgangenen Einnahmen bereits bei einer Einziehungsentscheidung zu berücksichtigen sind (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 16. Januar 2019, 2 Ws 485/18), kommt es deshalb nicht an.

IV.

Die Kosten- und Auslagenentscheidung beruht auf §§ 467 Abs. 1, 472 b Abs. 3 StPO.

[...]