

August 2019

14. Jahrg.

71732

Seite 201-328

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

3/4

- Prof. Dr. Jörg Ennuschat*
201 **Online-Casinos: Ist der Föderalismus überfordert?**
- Prof. Dr. Thomas Dünchheim und Carsten Bringmann*
202 **Umsatzbesteuerung von im EU-Ausland ansässigen Online-Glücksspielanbietern**
- Prof. Dr. Gerhard Strejcek und Barbara Weiß*
208 **Maßgebliche Entwicklungen im österreichischen Glücksspielrecht 2018**
- Markus Banz und Prof. Dr. Tilman Becker*
212 **Glücksspielsucht in Deutschland: Häufigkeit und Bedeutung bei den einzelnen Glücksspielformen**
- Dr. Jörg Ukrow*
223 **Online-Glücksspiel in der Regulierung – Kohärenz im Werden?**
- Tony Beyer*
235 **Im Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Zahlungsverkehrs und dem Glücksspielrecht**
- Konrad Landgraf*
240 **Die neue Generation der Geldspielgeräte nach der sechsten (und siebten) Verordnung zur Änderung der Spielverordnung**
- Martin Reeckmann*
244 **Die Rechtsprechung zum Recht der Spielhallen im Jahr 2018**
- 255 **Eigentümer von Geldspielgeräten haftet für Vergnügungssteuer**
BVerwG, Urt. v. 23.1.2019 – 9 C 1.18
- Anmerkung von Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*
260 **BVerwG: Haftung des Eigentümers von Geldspielautomaten für Vergnügungssteuer**
- 262 **Zulässige Ersetzung des § 33 i GewO durch spielhallenbezogene Regelungen des LGlüG BW**
BVerwG, Beschl. v. 28.1.2019 – 8 B 37.18
- 301 **Betrügerisch erlangte mittelbare Glücksspielgewinne unterliegen nicht der Einziehung**
OLG Hamm, Beschl. v. 18.12.2018 – III-4 Ws 190/18 u. a.
- 308 **Zur Strafbarkeit des Betriebs einer Spielhalle ohne glücksspielrechtliche Erlaubnis**
OLG Celle, Beschl. v. 16.1.2019 – 2 Ws 485/18
- Anmerkung von Dr. Bernd Berberich*
312 **Aktive behördliche Duldung schließt als hinreichende strafrechtliche Legitimationsbasis den Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB aus**
- 315 **Wettvermittlung in Gaststätte mit Geld-/Warespielgeräten ist wettbewerbswidrig**
OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.3.2019 – 15 U 18/18
- 318 **Zahlungsanspruch der Bank gegen Kunden bei Teilnahme an Online-Glücksspielen unter Kreditkartenverwendung**
LG München I, Urt. v. 28.2.2018 – 27 O 11716/17

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

Der Erklärungswert einer entsprechenden Urkunde wäre zwar, dass der unter den Logindaten handelnde Berechtigte, also der Datengeber des Nutzungsvertrages, nicht der Datenehmer (also die UG), das entsprechende Wettgeschäft tätigt.

Wer aber eine urkundliche Erklärung für einen anderen abgibt und mit dessen Namen zeichnet, stellt dann keine unechte, sondern eine echte Urkunde her, wenn er den Namensträger vertreten will, wenn dieser sich vertreten lassen und wenn der Unterzeichnende den Namensträger rechtlich vertreten darf (OLG Düsseldorf NJW 1993, 1872). So verhält es sich hier. Rechtlich liegt hier ein Fall der Stellvertretung vor, der in dem Nutzungsvertrag geregelt wurde. Es handelt sich demnach um einen Fall eines unwahren Inhalts einer – im Falle der Wahrnehmbarkeit – gegebenen Urkunde. Unwahr ist nämlich die konkludente Erklärung, auch der wirtschaftlich Berechtigte sei der Datengeber (s.o.). Der Fall liegt hier anders als der, der der Entscheidung des KG NStZ 2010, 576 zu Grunde lag. Dort lag kein Fall der Stellvertretung vor, vielmehr hatte der Täter ein Ebay-Konto unter dem Namen einer verstorbenen Person eröffnet.

ee) Der Senat kann dahinstehen lassen, ob das Wetten in dem oben erwähnten „surebets-system“ auch den Tatbestand des § 263 StGB bzw. § 263 a StGB erfüllen kann, was womöglich dann auch zu der Annahme, dass die Wettgewinne durch rechtswidrige Taten des Beschuldigten erlangt wurden, führen könnte. Dabei erscheint allerdings schon zweifelhaft, ob generell mit dem Anbringen der Wette auf den Ausgang eines Ereignisses gleichzeitig die konkludente Erklärung verbunden ist, nicht auch auf einen anderen Ausgang des Ereignisses zu wetten oder gewettet zu haben. Nach den AGB der Anzeigerstatterin könnte dies allenfalls für den Einsatz des Neukundenbonus angenommen werden, da nach L.II.10 ihrer AGB ein solches Wettverhalten nicht zulässig ist. Im Übrigen finden sich in ihren AGB hingegen keine Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht zulässig sein soll. Jedenfalls ergeben die bisherigen Ermittlungen nicht hinreichend, dass solche Wetten – auch bzgl. der Neukundenboni – überhaupt stattgefunden haben. Das Hauptaugenmerk des Beschuldigten lag – ausweislich der Datei über seine Geschäftsidee – nicht hierauf, sondern auf der Generierung der Neukundenboni. Auch die übrigen Ermittlungsergebnisse ergeben nicht, dass ein solcher Fall vorgekommen ist.

III.

Die zulässige weitere Beschwerde des Beschuldigten, die sich nach dem Gesamtzusammenhang der Beschwerdebeurteilung nur gegen die verbleibende Arrestanordnung richtet, ist aus den oben genannten Gründen unbegründet. Die Arrestanordnung in Höhe von 33.000 Euro ist rechtmäßig.

Gegen die Verhältnismäßigkeit gibt es derzeit keine durchgreifenden Bedenken. Der Arrestbetrag ist mit 33.000 Euro wesentlich abgesenkt worden und es ist – wenn auch die letzten Monate im Wesentlichen der Durchführung der Beschwerdeverfahren gegolten haben – insgesamt noch eine hinreichende, der Dringlichkeit des Arrestes genügende Verfahrensförderung gegeben.

IV.

Die Kostenentscheidungen folgen aus § 473 Abs. 1 StPO bzw. ergehen entsprechend § 467, 473 Abs. 3 StPO.

[...]

Zur Strafbarkeit des Betriebs einer Spielhalle ohne glücksspielrechtliche Erlaubnis

OLG Celle, Beschl. v. 16.1.2019 – 2 Ws 485/18

(LG Hannover, Beschl. v. 14.11.2018 – 46 KLS 8/18)

StGB § 284

Der objektive Tatbestand des § 284 StGB ist bereits erfüllt, wenn ein Spielhallenbetreiber nach dem 1. Juli 2017 eine Spielhalle ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis betreibt. Es ist ohne Bedeutung, ob ihm eine vorläufige glücksspielrechtliche Erlaubnis hätte erteilt werden müssen.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

I.

Die Staatsanwaltschaft Hannover hat gegen den Angeeschuldigten wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels am 30. April 2018 Anklage erhoben.

Die Staatsanwaltschaft legt dem Angeschuldigten zur Last, im Zeitraum vom 1. Juli bis zum 18. September 2017 in der D.straße [...] in H. als Geschäftsführer der Firma M. S. GmbH ohne behördliche Erlaubnis eine Spielhalle betrieben zu haben.

Zwar sei der M. S. GmbH eine gewerberechtliche Erlaubnis zur Betreibung der streitgegenständlichen Spielhalle erteilt worden; durch den am 01. Juli 2012 in Kraft getretenen Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüStV) vom 15. November 2011 sei jedoch eine weitere glücksspielrechtliche Erlaubnis zum Betreiben der Spielhalle erforderlich gewesen, die der M. S. GmbH nicht erteilt worden sei.

Da die Firma durch den unerlaubten Betrieb der Spielhalle im Tatzeitraum einen Erlös von 90.000 € erzielt habe, begehrt die Staatsanwaltschaft zudem gemäß § 73 b StGB gegenüber der als Einziehungsbeteiligte benannten M. S. GmbH die Einziehung des Wertes des Taterlangens.

Am 02. Oktober 2018 hat die Staatsanwaltschaft darüber hinaus auch im selbstständigen Einziehungsverfahren beantragt festzustellen, dass die Einziehungsbeteiligte durch die dem Angeschuldigten W. zur Last gelegte Tat einen Betrag in Höhe von 90.000 € erlangt hat. Zugleich hat sie die Anordnung der Einziehung des Wertes des Taterlangens in Höhe dieses Betrages beantragt.

Der Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15.11.2011 regelte u. a. folgendes:

- Trotz einer vorhandenen gewerberechtlichen Erlaubnis wurde nunmehr gemäß § 24 GlüStV zusätzlich eine landesrechtliche, glücksspielrechtliche Erlaubnis zur Betreibung einer Spielhalle erforderlich.
- Zwei Spielhallen in „echter Konkurrenz“ mussten nunmehr mindestens 100 m Luftlinie voneinander entfernt sein (sog. Abstandsgebot; § 25 GlüStV iVm § 10 Abs. 2 NGlüSpG).
- Mehrere Spielhallen in einem Komplex durften nicht mehr verbunden miteinander betrieben werden (sogenanntes Verbundverbot, § 25 Abs. 2 GlüStV)
- Bisher erteilte Genehmigungen galten aufgrund der Übergangsvorschrift gem. § 29 Abs. 4 GlüStV bis zum 1. Juli 2017 fort.

- Gem. § 29 Abs. 4 GlüStV wurden die für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zuständigen Behörden ermächtigt, nach Ablauf des in Satz 2 bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 für einen angemessenen Zeitraum zuzulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich war (sog. Härtefallregelung).

Die beiden von der M. S. GmbH ursprünglich mit einer gewerberechtlichen Erlaubnis betriebenen Spielhallen in der D.str. [...] in H. befinden sich in einem Gebäudekomplex. Zudem befanden sich in einem Abstand von weniger als 100 m zahlreiche andere Spielhallen (Verstoß gegen Abstands- und Verbundverbot).

Der Angeschuldigte hat sich zu dem Tatvorwurf nicht eingelassen. Er vertritt die Rechtsauffassung, § 284 StGB sei bei schwebenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren und zudem aufgrund mangelnder verfassungskonformer Gesetzesgrundlage des Verfahrens bzgl. der Auswahl konkurrierender Spielhallenbetreiber nicht anwendbar. Im Übrigen habe sich der Angeschuldigte auch in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden.

Die 12. große Strafkammer des Landgerichts Hannover hat mit Beschluss vom 14. November 2018 die Eröffnung des Hauptverfahrens und des selbstständigen Einziehungsverfahrens abgelehnt. Zur Begründung führt die Kammer aus, die Frage, ob ein Glücksspiel ohne Erlaubnis betrieben werde, sei nicht rein formal zu betrachten. Bei der Auslegung von § 284 StGB seien vielmehr auch grundrechtlich geschützte Belange zu berücksichtigen; es sei durch die Strafgerichte mithin auch verwaltungsrechtlich zu beurteilen, ob eine Erlaubnis hätte erteilt werden können oder müssen. Im vorliegenden Fall sei das Auswahlverfahren zur Erlaubniserteilung zwischen konkurrierenden Spielhallen verfassungswidrig gewesen, so dass der Angeschuldigte für den angeklagten Zeitraum einen Anspruch auf Erteilung der erforderlichen Erlaubnis für den Betrieb seiner Spielhalle gehabt habe. Nach alledem sei schon der objektive Tatbestand des § 284 StGB nicht erfüllt, so dass auch der Antrag auf Eröffnung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens abzulehnen sei.

Gegen den ihr am 20. November 2018 zugestellten Beschluss hat die Staatsanwaltschaft Hannover am 26. November 2018 sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 beantragt, den Beschluss des Landgerichts Hannover vom 14. November 2018 aufzuheben, die Anklage zuzulassen sowie das Hauptverfahren vor dem Landgericht – große Strafkammer – zu eröffnen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist nach §§ 210 Abs. 2, 311 Abs. 2 StPO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg, soweit das Landgericht Hannover die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt hat (vgl. im Folgenden Ziffer 1). Soweit sich die sofortige Beschwerde indes gegen die Ablehnung der Eröffnung des selbstständigen Einziehungsverfahrens richtet, ist die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht begründet (vgl. im Folgenden Ziffer 2).

1.) Das Gericht beschließt nach § 203 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn ein Angeschuldigter nach den

Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens einer Straftat hinreichend verdächtig ist. Ein hinreichender Tatverdacht setzt voraus, dass die Verurteilung eines Angeschuldigten überwiegend wahrscheinlich erscheint oder ein Zweifelsfall mit ungefähr gleicher Wahrscheinlichkeit von Verurteilung und Nichtverurteilung vorliegt, zu dessen Klärung die besonderen Erkenntnisse aus der Hauptverhandlung notwendig sind (vgl. OLG Celle NdsRpfl 2013, 253; OLG Stuttgart NStZ-RR 2011, 318; NStZRR 2012, 117; OLG Koblenz NJW 2013, 98). Bei dieser Wahrscheinlichkeitsabwägung besteht für eine direkte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes kein Raum. Zweifelhafte Tatfragen hindern daher die Eröffnung nicht, wenn sie in der Hauptverhandlung durch Bewertung von Zeugenaussagen, der Einlassung des Angeschuldigten und mit Hilfe von Sachverständigen geklärt werden und damit zu Feststellungen führen können, die eine Verurteilung tragen. Dabei sind auch die besonderen Aufklärungsmöglichkeiten der Hauptverhandlung zu berücksichtigen (vgl. Senat vom 8.9.2016, Az.: 2 Ws 244/14; OLG Hamm, Beschluss vom 21. November 2013, 5 Ws 438/13).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze besteht nach Aktenlage ein solcher hinreichender Tatverdacht für die dem Angeschuldigten mit der Anklage vom 30. April 2018 zur Last gelegten Tat. Die vom Landgericht Hannover im angefochtenen Beschluss aufgeführten Gesichtspunkte rechtfertigen die getroffene Entscheidung, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen, nicht.

Im Einzelnen:

a) Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ des § 284 StGB ist eine rein formelle Betrachtungsweise geboten; maßgeblich für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ist mithin allein, ob formal eine wirksame Erlaubnis zur Veranstaltung eines Glücksspiels vorlag.

Diese Rechtsauffassung wird sowohl in der Kommentarliteratur (Krehl in: Laufhütte u. a., StGB Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2008, § 284, Rn. 22; BeckOK StGB/Feilcke/Hollerling, 40. Ed. 1.11.2018, StGB § 284 Rn. 30; Schönke/Schröder/Heine/Hecker, 29. Aufl. 2014, StGB § 284 Rn. 23; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, § 284, Rn. 21; MüKoStGB/Hohmann, 3. Aufl. 2019, StGB § 284 Rn. 18), als auch in der Rechtsprechung übereinstimmend vertreten.

So hat der BGH erst am 17. Januar 2018 entschieden, dass 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; es sei ohne Bedeutung, 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 –, juris).

Bereits hieraus wird die vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretene rein formale Betrachtungsweise des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ deutlich.

Soweit das Landgericht Hannover im angefochtenen Beschluss ausführt, der BGH habe im Bereich der gewerblichen Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten entschieden, dass aufgrund der verwaltungsakzessorischen

Natur des § 284 StGB die materielle Rechtmäßigkeit maßgeblich sei, kann dem nicht gefolgt werden.

Die im angefochtenen Beschluss zitierte Entscheidung des BGH (Urteil vom 16. August 2007 – 4 StR 62/07 –, juris) stellt vielmehr das Gegenteil heraus. Zutreffend weist das Landgericht zwar darauf hin, dass der BGH insoweit ausführt, die Frage der Strafbarkeit gem. § 284 StGB könne nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der landesrechtlichen Regelung des Glücksspielrechts beantwortet werden. Obwohl der BGH zudem das der damaligen Entscheidung zugrunde liegende Sportwettengesetz des Saarlandes als verfassungswidrig ansah und deshalb klarstellt, dass eine Strafbarkeit gem. § 284 StGB ausscheidet, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruht, der seinerseits die Rechte des Betreibers von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletzt, ergibt sich aus der Entscheidung gerade nicht, dass es bei der Beurteilung der Frage, ob ein Glücksspiel ohne behördliche Erlaubnis i. S. v. § 284 StGB betrieben wurde, auf die materielle Rechtmäßigkeit ankommt. Dies wird insbesondere aus dem Wortlaut in Rn. 6 der Entscheidung deutlich, wo es heißt: „Allerdings hat der Angeklagte objektiv und subjektiv die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 284 Abs. 1 StGB erfüllt.“ Der Bundesgerichtshof hat sich nicht für eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ entschieden; vielmehr nimmt er im Falle der Verfassungswidrigkeit der landesrechtlichen Regelung des Glücksspielrechts an, dass § 284 StGB schlicht nicht anwendbar und eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG geboten ist (vgl. insoweit auch Krehl in: Laufhütte u. a., a. a. O., § 284, Rn. 6a). Dieser Rechtsprechung haben sich die Oberlandesgerichte in zahlreichen Entscheidungen angeschlossen (vgl. insoweit exemplarisch: KG Berlin, Urteil vom 02. Februar 2012 – (4) 1 Ss 552/11 (327/11) –, juris; KG Berlin, Urteil vom 02. Februar 2011 – (4) 1 Ss 371/10 (234/10) –, juris; OLG München, Urteil vom 17.6.2008 – 5 StRR 28/08).

b) Der Senat erachtet das alleinige Abstellen auf die Frage, ob formal eine wirksame Erlaubnis zur Veranstaltung eines Glücksspiels vorlag, auch für zutreffend:

Bereits ein Vergleich mit zahlreichen weiteren verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen ergibt, dass auch insoweit eine strenge Akzessorietät angenommen wird. Bei den dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät unterliegenden Straftatbeständen des Betäubungsmittelgesetzes ist für die Frage, ob eine wirksame Erlaubnis zum Verkehr mit Betäubungsmitteln i. S. v. § 3 BtMG gegeben ist, ebenso allein die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes maßgeblich (vgl. Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Auflage 2016, § 3, Rn. 3) wie bei den Straftatbeständen gem. § 95 ff. AufenthG, bei denen strafrechtliche Konsequenzen allein an formell wirksame und vollziehbare verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote bzw. deren Fehlen geknüpft werden (MüKoStGB/Gericke, 3. Aufl. 2018, AufenthG § 95 Rn. 3–5; Hoffmann, Ausländerrecht 2. Auflage, 2016, vor § 95, Rn. 7).

Diese in der Regel gebotene rein formale Betrachtungsweise der verwaltungsakzessorischen Straftatbestände ist auch unerlässlich, um dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG Genüge zu tun und eine Rechtsunsicherheit in der Bevölkerung zu vermeiden. Bei einer Pflicht der Strafgerichte, die materielle Rechtmäßigkeit der behördlichen Erlaubnis i. S. v. § 284 StGB zu prüfen, wäre zudem der Schutzzweck der Norm des § 284 StGB gefährdet. Dieser

liegt darin, eine übermäßige Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen zu verhindern, durch staatliche Kontrolle einen ordnungsgemäßen Spielablauf zu gewährleisten, eine Ausnutzung des natürlichen Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken zu verhindern und einen nicht unerheblichen Teil der Einnahmen aus Glücksspielen (mindestens 25 %) zur Finanzierung gemeinnütziger oder öffentlicher Zwecke heranzuziehen (vgl. BT- Drucksache 13/8587, S. 67 f.). Insbesondere um die Nachfrage nach Glücksspielen für den Staat kontrollierbar zu machen, ist es erforderlich, dass an die Missachtung behördlicher und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im Glücksspielrecht strafrechtliche Konsequenzen geknüpft sind.

Der Senat verkennt nicht, dass nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts die Frage der Akzessorietät in jedem Einzelfall anhand der jeweiligen konkreten Strafnorm zu bestimmen ist und z. B. die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit einer familiengerichtlichen Gewaltschutzanordnung bei der Prüfung der Strafbarkeit gem. § 4 GewSchutzG durch die Strafgerichte zu erfolgen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 28. November 2013 – 3 StR 40/13 –, BGHSt 59, 94–105). Indes bestehen zwischen der veraltungsakzessorischen Vorschrift des § 284 StGB auf der einen Seite und etwa § 4 GewSchG auf der anderen Seite gravierende Unterschiede, die die abweichenden Prüfungsanforderungen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden verwaltungsrechtlichen bzw. familiengerichtlichen Regelungen rechtfertigen:

Bei den Sachverhalten, die als Voraussetzung für den Erlass einer Gewaltschutzanordnung in Betracht kommen, handelt es sich überwiegend um Straftaten (§§ 123, 223, 239, 240, 241 StGB), auch wenn die materiell-rechtliche Grundlage der Anordnung in § 823 Abs. 1, § 1004 BGB liegt. Demgegenüber würde bei einer Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der behördlichen Erlaubnis i. S. v. § 284 StGB die Prüfung ggf. komplizierter verwaltungsrechtlicher Fragestellungen auf die Strafgerichte verlagert. Ferner soll durch § 284 StGB eine Vielzahl von Personen vor dem übermäßigen Angebot von Glücksspielen bewahrt werden, während durch den Erlass einer Anordnung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 GewSchG im Regelfall lediglich eine konkret gefährdete Person geschützt werden soll.

c) Die nach alledem gebotene rein formale Betrachtungsweise des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ des § 284 StGB führt im vorliegenden Fall zur Annahme des hinreichenden Tatverdachts bzgl. des objektiven Tatbestands, denn im Zeitraum vom 30. Juni bis zum 17. September 2018 verfügte die M. S. GmbH nicht über die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis. Gleichwohl ergeben sich aus der Akte eindeutige Anhaltspunkte, dass in Kenntnis der fehlenden Erlaubnis und damit auch vorsätzlich jedenfalls eine Spielhalle weiterbetrieben wurde.

Zutreffend weist die Staatsanwaltschaft Hannover zudem im Vermerk vom 30. April 2017 darauf hin, dass sich die Rechtslage hinsichtlich des Glücksspielrechts aus 2017 nicht mit dem der Entscheidung des BGH vom 16. August 2007 zugrunde liegende Sportwettengesetz des Saarlandes vergleichen lässt.

Die Frage, ob die Länder überhaupt die ausschließliche Zuständigkeit zur Regelung der gewerblichen Anforderungen an den Betrieb und die Zulassung von Spielhallen besitzen und ob das durch den Glücksspieländerungsstaats-

vertrag (GlüStV) eingeführte Verbot des Verbundes mehrerer Spielhallen an einem Standort, die Abstandsgebote, die Reduzierung der Gerätehöchstzahl je Spielhalle, die Aufsichtspflicht und die Übergangsregelungen im Glücksspielstaatsvertrag und den Gesetzen der Länder Berlin, Bayern und des Saarlandes mit dem Grundgesetz vereinbar ist, wurde durch das Bundesverfassungsgericht am 07. März 2018 positiv beantwortet (BVerfG, Beschluss vom 07. März 2017 – 1 BvR 1314/12 –, BVerfGE 145, 20–105).

Das OVG Lüneburg hat zudem die Vorschriften der § 24, 25 GlüStV und die glücksspielrechtlichen Regelungen im niedersächsischen Landesrecht als verfassungskonform anerkannt und ausgeführt, dass diese nicht dem Unionsrecht widersprechen. Der glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt, das Verbundverbot und das Abstandsgebot verstoßen nicht gegen die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit und das unionsrechtliche Transparenzgebot; die restriktive Handhabung der Härtefallregelung des § 29 Abs. 4 GlüStV verstößt nicht gegen Verfassungsrecht (OVG Lüneburg, Beschluss vom 4.9.2017 – 11 ME 206/17 –, juris). Der Senat verkennt nicht, dass es den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entspricht, die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallenbetreibern ausschließlich zufallsbezogen durch Losentscheid herbeizuführen, so dass eine durch Losentscheid zu Lasten eines Spielhallenbetreibers getroffene Auswahlentscheidung allein aus diesem Grund rechtswidrig ist (OVG Lüneburg, Beschluss vom 04. September 2017 – 11 ME 330/17 –, juris). Aus dieser auch im vorliegenden Fall rechtswidrig erfolgten Auswahlentscheidung folgt zwar, dass der M. S. GmbH eine vorübergehende Genehmigung hätte erteilt werden müssen; ein Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit von § 284 StGB resultiert hieraus indes nach den oben ausgeführten Maßstäben nicht.

d) Der hinreichende Tatverdacht hinsichtlich der in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Hannover vom 30. April 2018 näher bezeichneten Tat entfällt auch nicht wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gem. § 17 StGB.

Zwar ist vorliegend hinsichtlich der Frage, ob sich den niedersächsischen Regelungen die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen in hinreichendem Maße dem Gesetz entnehmen lassen oder nicht, eine extrem unklare Rechtslage gegeben (vgl. hierzu: Senat, Beschluss vom 03. September 2018, 2 Ws 255/18). Die Annahme eines Verbotsirrtums erscheint mithin keineswegs fernliegend, denn das Risiko einer extrem unklaren Rechtslage darf nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden (OLG Stuttgart, Urteil vom 26. Juni 2006 – 1 Ss 296/05 –, juris). Selbst im Falle des Vorliegens einer extrem unklaren Rechtslage ist indes Voraussetzung für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums, dass der Täter – z. B. aufgrund eines eingeholten kompetenten Rechtsrates eines Rechtsanwaltes – im Tatzeitpunkt davon ausging, sein Handeln stelle kein strafbewehrtes Unrecht dar (BGH, Urteil vom 16. August 2007 – 4 StR 62/07 –, juris). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Angeschuldigten z. B. durch Schreiben der Stadt H. vom 22.3.2017, als auch durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hannover vom 03. Juli 2017 vor Augen geführt wurde, dass ein Weiterbetreiben einer der beiden Spielhallen nach dem 01. Juli 2017 eine Straftat darstellen könnte. Liegen widerstreitende Auskünfte vor, neigt die überwiegende Auffassung dazu, eine sog. „bedingte Unrechtseinsicht“ („Unrechtszweifel“) oder zu-

mindest einen vermeidbaren Verbotsirrtum anzunehmen (Fischer, StGB, 65. Auflage, § 17, Rn. 16). Verwaltungsakte, mit denen ein Verhalten untersagt wird, führen i. d. R. zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, selbst wenn der Täter sie für rechtswidrig und sein Verhalten für erlaubt hält (Vogel in: Laufhütte u. a., StGB Leipziger Kommentar, aaO, § 17 StGB, Rn. 73). Die irrtümliche Annahme der Nichtigkeit einer Untersagungsverfügung ist mit Blick darauf, dass nur „offensichtlich“ an einem „besonders schweren Fehler“ leidende Verwaltungsakte nichtig sind (§ 44 Abs. 1 VwVfG), i. d. R. vermeidbar.

Der Angeschuldigte hat im vorliegenden Verfahren bislang – abgesehen von dem pauschalen Hinweis auf das Vorliegen eines Urteilsirrtums – kein fehlendes Unrechtsbewusstsein geltend gemacht oder vorgetragen, aufgrund eines für kompetent erachteten anwaltlichen Rates davon ausgegangen zu sein, das Weiterbetreiben einer der beiden Spielhallen erfülle nicht den Tatbestand des § 284 StGB. Die Ausführungen des Verteidigers zur Frage des Verbotsirrtums beschränken sich insoweit im Wesentlichen auf Rechtsausführungen.

Es ist nach ständiger Rechtsprechung jedoch weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden Anhaltspunkte erbracht sind (vgl. BVerfGE 9, 420; BGH NJW 2007, 2274).

Nach alledem liegt jedenfalls derzeit hinreichender Tatverdacht vor, so dass der Beschluss der Kammer im dargestellten Umfang aufzuheben und das Verfahren zu eröffnen war.

e) Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts war das Verfahren zudem auch vor der 12. großen Strafkammer des Landgerichts Hannover zu eröffnen, weil die Staatsanwaltschaft Hannover zutreffend die besondere Bedeutung des Falles gem. § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG bejaht hat und der Senat im Übrigen keine Veranlassung hatte, von der Möglichkeit des § 210 Abs. 3 StPO Gebrauch zu machen und das Verfahren vor einer anderen Kammer zu eröffnen.

Zwar ist das Auftreten schwieriger Rechtsfragen für sich allein ohne Einfluss auf die besondere Bedeutung i. S. v. § 24 GVG (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21. April 2016 – 1 Ws 75/16 –, juris; OLG Bremen JZ 1953, 150; OLG Bamberg MDR 1957, 117; OLG Hamburg NStZ 1995, 252 f.). Eine besondere Bedeutung eines Falles liegt indes vor, wenn die rasche Klärung einer grundsätzlichen, für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle bedeutsamen Rechtsfrage durch den Bundesgerichtshof ermöglicht werden soll (BGH, Urteil vom 22. April 1997 – 1 StR 701/96 –, BGHSt 43, 54–62, BGHSt 43, 53–61).

So liegt der Fall hier. Der BGH hat hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 284 StGB im Zusammenhang mit den Regelungen im Glücksspieländerungsstaatsvertrag bislang nicht Stellung bezogen, so dass im vorliegenden Verfahren eine grundsätzliche und bedeutsame Rechtsfrage zu entscheiden ist. Diese dürfte auch für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle von Bedeutung sein, denn insoweit ist nicht Voraussetzung, dass bereits zahlreiche weitere Strafverfahren anhängig sind; vielmehr ist ausreichend, wenn insoweit Rechtsfragen zu klären sind, die erhebliche Auswirkungen auf eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle hinaus haben können, so dass sich das vorliegende Verfahren weit aus den durchschnittlichen Strafverfahren abhebt

(OLG Frankfurt, Beschluss vom 02. November 2012 – 2 Ws 114/12 –, juris).

Hieran gemessen war die besondere Bedeutung i. S. v. § 24 GVG zu bejahen. Den sog. Glücksspieländerungsstaatsvertrag unterzeichneten am 15. Dezember 2011 alle Bundesländer mit Ausnahme von Schleswig-Holstein, so dass sich die Problematik des Erfordernisses einer zusätzlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betreiben von Spielhallen seit dem 1. Juli 2017 nicht nur in Niedersachsen stellt. Dem Senat ist zudem bekannt, dass in der Zwischenzeit eine Vielzahl verwaltungsgerichtlicher Verfahren anhängig sind, in denen die Anordnung einer sofort umzusetzenden Schließung einer der fünfjährigen Übergangsfrist unterfallenden Bestandsspielhalle gerichtlich überprüft wird.

Es liegt auf der Hand, dass sich mithin auch in einer Vielzahl von Fällen bundesweit die Frage stellt, ob Spielhallenbetreiber, die nach dem 1. Juli 2017 ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis ihre ursprünglich gewerbe-rechtlich genehmigte Spielhalle weiterbetrieben, den Tatbestand des § 284 StGB erfüllt haben.

2.) Soweit sich die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft Hannover hingegen gegen die im angefochtenen Beschluss erfolgte Ablehnung der Eröffnung des selbstständigen Einziehungsverfahrens richtet, ist sie nicht begründet.

Die Voraussetzungen der selbstständigen Einziehung gem. § 76 a StGB waren von Anfang an nicht erfüllt, denn die selbstständige Einziehung ist bereits nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur zulässig, wenn der Angeschuldigte aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann. Hiervon konnte bereits im Zeitpunkt der Fertigung der Antragschrift vom 02. Oktober 2018 nicht die Rede sein, denn die Staatsanwaltschaft hatte zutreffend den hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich der angeklagten Tat bejaht, die Einziehungsbeteiligung der M. S. GmbH beantragt und das Landgericht hatte keine ablehnende Ent-

scheidung hinsichtlich der Eröffnung des Hauptverfahrens getroffen. Nachdem der Senat nunmehr das Hauptverfahren eröffnet hat, wird die 12. große Strafkammer im Hauptverfahren über die Frage der Anordnung der Einziehungsbeteiligung der M. S. GmbH zu befinden haben.

Insoweit weist der Senat für die anstehende Hauptverhandlung auf folgende Umstände hin:

Die im Vermerk der Staatsanwaltschaft Hannover vom 23. November 2017 dargelegten Auskünfte (vgl. Bl. 51 Band I d. A.) stellen keine hinreichend belastbare Schätzgrundlage i. S. v. § 73 d Abs. 2 StGB dar. Die bloße nicht belegte Auskunft eines Mitarbeiters der Landeshauptstadt Hannover erscheint nicht ausreichend, um von einem Mindestlös von 2000 € pro Geldspielautomaten auszugehen. Im Übrigen ist die Qualität der Spielgeräte der M. GmbH nach Aktenlage nicht ermittelt, obwohl diese neben der Lage der Spielhalle für die Erzielung des Erlöses maßgeblich sein soll. Insbesondere wird zu berücksichtigen sein, dass die von der Staatsanwaltschaft benannte Einziehungsbeteiligte – hätte sie die rechtswidrige Versagung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis akzeptiert und der Betrieb der streitgegenständlichen Spielhalle eingestellt – Amtshaftungsansprüche bzgl. der entgangenen Einnahmen hätte geltend machen können. Daher könnte eine Verfahrensweise nach § 421 StPO geboten sein.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 465 Abs. 1 StPO. Gesichtspunkte der Billigkeit stehen nicht entgegen, denn eine Entscheidung hinsichtlich der von der Staatsanwaltschaft begehrten Einziehung von Taterträgen wird im Hauptsacheverfahren zu treffen sein.

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht eröffnet (§ 304 Abs. 4 StPO).

[...]

Anmerkung

RA Dr. Bernd Berberich, München*

Aktive behördliche Duldung schließt als hinreichende strafrechtliche Legitimationsbasis den Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB aus

Das OLG Celle vertritt mit Beschluss vom 16.1.2019 die Auffassung, dass der objektive Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB erfüllt sei, wenn die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis nicht erteilt wurde, auch wenn eine vorläufige glücksspielrechtliche Erlaubnis hätte erteilt werden müssen. Bereits vor dem fraglichen Tatzeitraum hatte das zuständige Niedersächsische Ministerium aber auf seiner Homepage seine Anweisung an die Kommunen veröffentlicht, dass diese in Fällen einer „echten“ Konkurrenz zwischen Betreibern

die betroffenen Spielhallen vorerst nicht schließen dürfen. Dies wirft die Frage auf, ob eine solche Äußerung nicht eine aktive Duldung mit Regelungscharakter darstellt, welche einer behördlichen Erlaubnis im Sinne des § 284 Abs. 1 StGB gleichkommt.

* Anmerkung zu OLG Celle, 16.1.2019 – 2 Ws 485/18, ZfWG 2019, 308. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

I. Einführung

Das OLG Celle befasst sich in seinem Beschluss 2 Ws 485/18 fast lehrbuchartig mit allgemeinen strafrechtlichen Fragen, etwa dem Maßstab für die Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts gem. § 203 StPO bzw. den Anforderungen für die Bejahung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums. Kernpunkt der Entscheidung ist jedoch die ausführliche Befassung mit der Frage, ob hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ bei § 284 Abs. 1 StGB eine rein formelle Betrachtung geboten ist. Richtig ist in diesem Kontext die Feststellung des OLG Celle, dass der BGH sich in einer früheren Entscheidung nicht für eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ entschieden hat, sondern dass im Falle der Verfassungswidrigkeit einer landesrechtlichen Regelung des Glücksspielrechts § 284 StGB schlicht unanwendbar und damit eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG geboten ist.¹ Dieser Ansatz stellt sicher, dass einfachen Gerichten keine Normverwerfungskompetenz zukommt, sondern diese (über den Weg der konkreten Normenkontrolle) allein dem BVerfG als „Hüter der Verfassung“ zukommt. Kritisch zu hinterfragen ist aber, ob das OLG Celle über diese allgemeinen Feststellungen hinausgehend die Glücksspielverwaltungsrechtlichen Implikationen sachgerecht gewürdigt hat.

II. Verwaltungsrechtliche Ausgangslage

Das OVG Lüneburg hat mittels Beschluss entschieden, dass im Falle einer „echten“ Konkurrenz zwischen verschiedenen Betreibern – aufgrund der verfassungswidrigen Auswahlentscheidung mittels Losentscheid – die Antragsteller im Wege der einstweiligen Anordnung eine vorläufige Duldung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren beanspruchen können.² Denn es sei in einem solchen Fall nicht auszuschließen, dass der jeweilige Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis gem. § 24 Abs. 1 GlüStV habe. Hieraus leitet das OLG Celle sodann ab:

„Aus dieser auch im vorliegenden Fall rechtswidrig erfolgten Auswahlentscheidung folgt zwar, dass der M. S. GmbH eine vorübergehende Genehmigung hätte erteilt werden müssen; ein Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit von § 284 StGB resultiert hieraus indes nach den oben ausgeführten Maßstäben nicht.“

Fraglich ist jedoch, ob bei einer selbst rein formellen tatbestandlichen Betrachtungsweise die sonstigen verwaltungsrechtlich bedeutsamen Gesamtumstände ausgeblendet werden dürfen. So hatte das Niedersächsische Wirtschaftsministerium mit Artikel-Information vom 16.6.2017 und damit vor dem fraglichen Tatzeitraum u. a. folgendes festgestellt und auf seiner Homepage veröffentlicht:

„Das Niedersächsische Wirtschaftsministerium hat die Kommunen angewiesen, Spielhallen bei echten Konkurrenzverhältnissen vorerst nicht zu schließen.“³

Angesichts der Feststellung des OLG Celle, nämlich dass der M. S. GmbH eine vorübergehende Genehmigung hätte erteilt werden müssen, wirft dies die Frage auf, ob die dargelegte Feststellung des Niedersächsischen Wirtschaftsministeriums für solche Fälle nicht eine hinreichend belastbare strafrechtliche Legalisierungswirkung gleichbedeutend einer behördlichen Erlaubnis im Sinne des § 284 Abs. 1 StGB beinhaltet.

III. Rückwirkung einer aktiven verwaltungsrechtlichen Duldung auf das Strafrecht

§ 284 StGB gilt anerkanntermaßen als ein verwaltungsakzessorischer Tatbestand.⁴ Gleiches gilt für das Umweltstrafrecht (§ 324 ff. StGB).⁵ Auch bei den Straftaten gegen die Umwelt kommt es nach h. M. grundsätzlich auf die formelle verwaltungsrechtliche Wirksamkeit an.⁶ Wenn nun aber die aufsichtsrechtlich zuständige oberste Behörde nach außen hin ihre Anweisung gegenüber den Kommunen veröffentlicht, dass Spielhallen bei echten Konkurrenzverhältnissen nicht zu schließen sind, könnte von einer hinreichenden behördlichen Legitimationsbasis auszugehen sein. Beim Umweltstrafrecht wird in diesem Kontext zwischen aktiver und passiver Duldung unterschieden. Während bei einer passiven Duldung die Behörde schlicht untätig bleibt, trifft die Behörde bei einer aktiven Duldung eine bewusste Entscheidung, nicht gegen einen gesetzeswidrigen Zustand einzuschreiten.⁷

Richtigerweise hat das Strafrecht aufgrund der Verwaltungsakzessorietät auch hier den verwaltungsrechtlichen Vorgaben zu folgen. Entscheidend ist somit, ob einem behördlichen Verhalten eine hinreichende Regelungswirkung vergleichbar eines (feststellenden) Verwaltungsakts zugesprochen werden kann.⁸ Im Einzelfall kann es sicherlich schwierig sein zu beurteilen, ob einem umfassend zu beurteilenden behördlichen Verhalten – sei es konkludent oder ausdrücklich – eine hinreichende Regelungswirkung zukommt. Vorliegend lag der Fall jedoch explizit so, dass die zuständige oberste Behörde, das niedersächsische Wirtschaftsministerium, auf der eigenen Homepage die Anweisung, Spielhallen bei echten Konkurrenzverhältnissen nicht zu schließen, mit Datum vom 16.6.2017 zur Wahrung der Rechtssicherheit bewusst veröffentlicht hatte. Bei diesen Umständen verbleibt kein Raum für Ungewissheiten, vielmehr kommt zum Ausdruck, dass das Ministerium seinen Regelungswillen bewusst und hinreichend klar für alle zugänglich kundgetan hat.

Verstärkt wird dieser Befund dadurch, dass das Niedersächsische Ministerium außerdem ein Schreiben an den Verteiler „Gewerbebehörden, Aufsicht unmittelbar, AG GlüStV“ vom 8.9.2017 ebenfalls auf seiner Homepage veröffentlichte.

- 1 BGH, 16.8.2007 – 4 StR 62/07, ZfWG 2007, 361 ff.
- 2 OVG Lüneburg, 4.9.2017 – 11 ME 330/17, ZfWG 2017, 512 mit Verweis auf die Entscheidung der Vorinstanz VG Osnabrück, 29.6.2017 – 1 B 76/17, ZfWG 2017, 512 ff.
- 3 Abrufbar unter <https://www.mw.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/wirtschaftsministerium-setzt-sofortige-schließung-von-spielhallen-bei-echten-konkurrenzverhaeltnissen-aus-multikomplexe-muessen-zum-172017-schließen-154836.html>.
- 4 BGH, NJW 2007, 3078, 3081; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 284 Rn. 14; Gaede, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 2; Hohmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2019, § 284 Rn. 18; Hollering, in: BeckOK-StGB, 41. Edition 2019, § 284 Rn. 30.
- 5 Fischer, (Fn. 7), Vorbemerkung zu § 324 StGB Rn. 6; Kloepfer/Heger, Umweltstrafrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 76; Schmitz, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu § 324 Rn. 42.
- 6 Nach ganz h. M. schließt die bloße Genehmigungsfähigkeit den Tatbestand bzw. die Rechtswidrigkeit nicht aus, Schmitz, in: MüKo-StGB, (Fn. 8), Vorbemerkung zu § 324 Rn. 96; Ransiek, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 327 Rn. 9; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff. Rn. 62 c; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 324 Rn. 10 b.
- 7 Ransiek, in: NK-StGB, (Fn. 10), § 324 Rn. 32 f. zum vergleichbaren § 324 StGB.
- 8 Ransiek, in: NK-StGB, (Fn. 10), § 324 Rn. 33; Fischer, (Fn. 7), Vorbemerkung zu § 324 Rn. 11; von Alemann/Scheffczyk, in: BeckOK-VwVfG, 42. Edition 2019, § 35 Rn. 147; BVerwG, NJW 1964, 2266 f.

te. Hierin wurden die gerichtlichen Entscheidungen des OVG Lüneburg⁹ zusammenfassend kommentiert und die Konsequenzen für den verwaltungsrechtlichen Verfahrensforgang näher dargelegt. Auch in diesem Schreiben wird nochmals bekräftigt, dass in den Fällen der echten Konkurrenz den nach Durchführung des Losverfahrens unterlegenen Konkurrenzspielhallen durch die zuständige Erlaubnisbehörde umgehend eine befristete Spielhallenerlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV zu erteilen ist.¹⁰

Aufgrund dieser Klarstellung im Sinne einer aktiven Duldung bestand somit auch unter Berücksichtigung der formellen Betrachtungsweise des OLG Celle eine hinreichende strafrechtliche Legitimationsbasis, mithin eine „behördliche Erlaubnis“ i. S. v. § 284 Abs. 1 StGB. Unter Berücksichtigung dieser allgemein zugänglichen Informationen hätte das OLG Celle somit, wenn auch aus anderen Gründen als das LG Hannover, die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft Hannover insgesamt zurückweisen müssen.

IV. Implikationen für die Hauptverhandlung

Für die Durchführung der Hauptverhandlung kommt es nicht primär darauf an, ob die Entscheidung des OLG Celle, das Hauptverfahren zuzulassen und vor dem LG Hannover zu eröffnen, richtig war. Entscheidend ist, ob sich das Tatgericht davon überzeugen kann, dass der Angeklagte wegen der Veranstaltung unerlaubten Glücksspiels gemäß § 284 StGB zu bestrafen ist. Aus den dargelegten Gründen ist für den Tatzeitraum bei einer echten Konkurrenzsituation schon der objektive Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB – wegen aktiver Duldung seitens der zuständigen Behörde – zu verneinen.

Darüber hinaus werden die dargelegten Veröffentlichungen des Niedersächsischen Wirtschaftsministeriums für den Tatzeitpunkt wohl kaum als „unklare Rechtslage“ interpretiert werden können. Betreiber, welche sich in einer echten Konkurrenzsituation befanden, durften auf die Mitteilung vertrauen und davon ausgehen, dass nicht nur die Kommunen keine Schließung der betroffenen Spielhalle betreiben werden, sondern – sozusagen „erst recht“ i. S. der *Ultima Ratio* des Strafrechts¹¹ – dann auch keine Strafbarkeit gem. § 284 Abs. 1 StGB in Betracht kommt. Demzufolge wäre auch die Schuld aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gem. § 17 StGB richtigerweise zu verneinen.

Bezüglich Mehrfachspielhallen (sog. unechte Konkurrenz) sollten die Strafverfolgungsbehörden ebenso wie die Gerichte im Blick behalten, dass das Niedersächsische Wirtschaftsministerium Eckpunkte für ein neues Spielhallenrecht sowie ein neues Auswahlverfahren vorgelegt hat. Der Gesetzesentwurf sieht eine neue Härtefallregelung für Mehrfachspielhallen vor. Auf Antrag kann hiernach den Spielhallenbetreibern der Betrieb einer weiteren Spielhalle – also insgesamt zwei Spielhallen – bis zum 3.6.2021 erlaubt werden.¹² Angesichts dieses Gesetzesentwurfs kann eine Schließung der betroffenen Spielhallen derzeit nicht vollzogen werden. Sinnentsprechend wird dies aufgrund der Verwaltungsakzessorietät von § 284 Abs. 1 StGB auch entsprechend strafrechtlich zu berücksichtigen sein.

Außerdem besagt das in § 2 Abs. 3 StGB verankerte Meistbegünstigungsprinzip, dass wenn das Gesetz, welches bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird, das mildeste Gesetz anzuwenden ist. Im Hinblick auf

die geplante Gesetzesänderung werden daher die Strafverfolgungsbehörden gut daran tun, bei fortlaufend betriebenen Spielhallen dieser Entwicklung nicht vorzugreifen. Vor dem Hintergrund des in § 2 Abs. 3 StGB verankerten Rechtsgedankens dürfte derzeit eine Verurteilung gem. § 284 Abs. 1 StGB auch bei den hiervon betroffenen Mehrfachspielhallen nicht zu rechtfertigen sein, zumal das Strafrecht mit seinen weitreichenden Sanktionen bei Verwaltungsakzessorischer Ausgestaltung des Verwaltungsrecht nicht „überholen“ darf.

V. Fazit

Der Beschluss des OLG Celle zeigt anschaulich auf, dass gerade bei verwaltungsakzessorischen Tatbeständen sehr behutsam und sorgfältig zu prüfen ist. Der Verweis auf eine „rein formelle“ Prüfung entbindet die Gerichte keinesfalls davon, die gerade im Glücksspielverwaltungsrecht sehr komplexen Zusammenhänge empirisch wie rechtlich präzise zu untersuchen und zu bewerten.

Nochmals komplizierter wird es, wenn nicht nationale Sachverhalte in Rede stehen, sondern Glücksspiele grenzüberschreitend im Internet angeboten werden.¹³ Dann ist anerkanntermaßen der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, allen voran der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), eröffnet. Während bei Zweifeln hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes die Instanzgerichte gem. Art. 100 Abs. 1 GG die Entscheidung des BVerfG einzuholen haben, besteht eine sinnentsprechende Vorschrift bei Zweifeln hinsichtlich der Unionsrechtskonformität gerade nicht. Nur die letztinstanzlichen Gerichte haben gem. Art. 267 AEUV vorzulegen. Im Übrigen sind die Gerichte gehalten, den unmittelbaren Anwendungsvorrang des Unionsrechts unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH zu gewährleisten.¹⁴ So hat der EuGH etwa in der Rechtsache *Ince* dazu Stellung bezogen, welche Konsequenzen die Verwaltung und Justiz eines Mitgliedstaates ziehen müssen, wenn ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliegt, der Gesetzgeber aber (noch) nicht darauf reagiert hat.¹⁵ In solchen Fällen kann das Unionsrecht einer (strafrechtlichen) Ahndung einer ohne Erlaubnis erfolgten grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten entgegenstehen.¹⁶

Auch diesen im Detail sehr komplexen Implikationen dürfen sich Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte in grenzüberschreitenden Fällen nicht entziehen und haben

9 OVG Lüneburg, 4.9.2017 – 11 ME 206/17, ZfWG 2017, 515 ff.; OVG Lüneburg, 4.9.2017 – 11 ME 330/17, ZfWG 2017, 512 ff.

10 Schreiben vom 8.9.2017, abrufbar unter http://www.nst.de/media/custom/438_27035_1.PDF?1505327408.

11 *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkung §§ 13 ff. Rn. 5.

12 Artikel-Information des Niedersächsischen Ministeriums vom 2.6.2018, abrufbar unter <https://www.mw.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/niedersaechsisches-wirtschaftsministerium-legte-eckpunkte-fuer-neues-spielhallenrecht-und-auswahlverfahren-vor-165861.html>. Entsprechend einer Antwort der Niedersächsischen Staatskanzlei im Rahmen einer Kleinen Anfrage gem. § 46 Abs. 1 GO LT (Drcks. 18/1749), Seite 2 vom 2.10.2018 ist innerhalb der nächsten 12 Monate mit einem Einbringen des Entwurfs in den Landtag zu rechnen.

13 *C. Hambach/Berberich*, Glücksspielstrafrecht – unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 284–287 StGB, ZfWG 2016, 299 ff.

14 *Streinz/Michl*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, Art. 34 ff. AEUV, Rn. 137 ff.

15 EuGH, 4.2.2016 – C-336/14 – *Ince*, ZfWG 2016, 115 ff.

16 *Kudlich/Berberich*, ZfWG 2016, 126 ff.; Zur unionsrechtskonformen Auslegung bei Zweitlotterien vgl. *Kudlich/Berberich*, ZfWG 2016, 7 ff.

hierbei stets als Ausgangspunkt die Glücksspielverwaltungsrechtliche Situation, auch unter Berücksichtigung möglicher Duldungskonstellationen im Hinblick auf anstehende Gesetzesänderungen, genau zu untersuchen und zu bewerten.

Summary

Due to the administrative-accessory nature of Sec. 284 Par. 1 German Criminal Code (Strafgesetzbuch 'StGB'), also an active forbearance by the competent authority can unfold a sufficient administrative legal basis. To this extent, it is to be examined from both a factual and a legal point of view whether the overall conduct of the authority can be considered a sufficient regulatory impact regarding a forbearance on the surface. If this is the case, Sec. 284 Par. StGB is already ruled out as a matter of fact. A criminal liability can then not be justified, especially since criminal law with its far-reaching sanctions may not 'overtake' administrative law considering its administrative-accessory nature.

Wettvermittlung in Gaststätte mit Geld-/Warenspielgeräten ist wettbewerbswidrig

OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.3.2019 – 15 U 18/18

(LG Wuppertal, Urt. v. 22.12.2017 – 12 O 24/17)

GlüSpVO NRW § 20 Abs. 1 Satz 2; BGB § 830 Abs. 2; StGB § 27; UWG § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 3a

1. Normadressat des § 20 Abs. 1 Satz 2 GlüSpVO NRW kann nur derjenige sein, welcher selbst eine Wettvermittlungsstelle betreibt.

2. Wer selbst nicht Normadressat des § 20 Abs. 1 Satz 2 GlüSpVO NRW ist, kann lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 830 Abs. 2 BGB, 27 StGB als Gehilfe gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

A.

Die Parteien streiten über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Aufstellung von Geldspielautomaten in einer von der Beklagten in Stadt 1 betriebenen Gaststätte.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 22.12.2017 (Blatt 69 ff. GA) gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Das Landgericht hat wie folgt für Recht erkannt:

„Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen,

im Wettbewerb handelnd in einer Gaststätte/Schankwirtschaft gleichzeitig sowohl Geldspielgeräte als auch Wettautomaten aufzustellen und/oder aufgestellt zu haben und/oder zu betreiben.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.242,84 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.6.2017 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger sei ein rechtsfähiger Verband im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Das Unterlassungsbegehren sei gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG iVm § 20 Abs. 1 S. 2 GlüSpVO NRW gerechtfertigt. Der Vortrag der Beklagten, wonach nicht sie selbst, sondern die Hauptmieterin die Wettspielautomaten betreibe, vermöge sie nicht zu entlasten. Denn die Beklagte könne den beanstandeten wettbewerbswidrigen Zustand schlicht durch das in ihrer Macht stehende Entfernen der Geldspielgeräte beseitigen. Aufgrund der ausgesprochenen Abmahnung stehe dem Kläger auch der Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten Berufung, mit der sie im Wesentlichen geltend macht:

Das Landgericht habe bereits verkannt, dass sie selbst nicht der Anbieter von Sportwetten in der betreffenden Gaststätte sei. Sie sei daher nicht passivlegitimiert, zumal sie weder Eigentümerin noch Hauptmieterin der betreffenden Räumlichkeiten sei. Ein Verbot des gleichzeitigen Aufstellens von Glücksspielgeräten und des Anbietens von Sportwetten in einer Gaststätte sei dem Glücksspielstaatsvertrag nicht zu entnehmen; dagegen sprächen die §§ 2 Abs. 4 und 3 Abs. 7 des Glücksspielstaatsvertrages.

[...]

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur teilweise begründet. Sie hat lediglich Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Erstattung der Abmahnkosten richtet.

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht dem Kläger gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 3 a UWG iVm § 20 Abs. 1 S. 2 GlüSpVO NRW zuerkannt. Allerdings fällt der Beklagten insoweit kein täterschaftliches Handeln zur Last, sondern sie ist als Gehilfin iSv §§ 830 Abs. 2 BGB, 27 StGB für den Wettbewerbsverstoß der A GmbH verantwortlich.

1.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht die Aktivlegitimation des Klägers gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG bejaht. Hiergegen hat die Beklagte in zweiter Instanz zu Rechts nichts erinnert, so dass sich ergänzende Ausführungen des Senats erübrigen.

2.

Die Regelung des § 20 Abs. 1 S. 2 GlüSpVO NRW ist eine Marktverhaltensregelung iSv § 3a UWG.

a)

Gesetzliche Vorschrift iSd § 3a UWG ist jede Rechtsnorm (vgl. Art. 2 EGBGB), die in Deutschland gilt (BGH GRUR 2005, 960 (961) – Friedhofsruhe). Unter den Begriff der gesetzlichen Vorschrift fallen nicht nur Gesetze im formellen Sinne, sondern auch Rechtsverordnungen (BGH GRUR 2005, 960 (961) – Friedhofsruhe; OLG Stuttgart WRP 2018, 1252 Rn. 25). Dass ihr territorialer Anwendungsbereich – wie etwa bei landesrechtlichen Regelungen – begrenzt ist, ist unerheblich (vgl. BGH WRP 2017, 426 Rn. 28 – ARD-