



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 327/19

vom

27. Februar 2020

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: nein
Veröffentlichung: ja

StGB § 284

1. Handelt der Täter ohne behördliche Erlaubnis, so kommt es für die Erfüllung des Tatbestands des § 284 Abs. 1 StGB nicht darauf an, ob sein Vorhaben materiellrechtlich genehmigungsfähig ist.
2. Beeinträchtigt eine Versagung der Erlaubnis den Täter in seinem Recht auf Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG, so entfällt die Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB gleichwohl jedenfalls dann nicht, wenn der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt selbst verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.
3. Europarechtliche Vorgaben stehen einer Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB in Verbindung mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15. Dezember 2011 (GlüStV) und dem Niedersächsischen Glücksspielgesetz (NGLüSpG) nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 27. Februar 2020 - 3 StR 327/19 - LG Hannover

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels

ECLI:DE:BGH:2020:270220U3STR327.19.0

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 9. Januar 2020 in der Sitzung am 27. Februar 2020, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Schäfer,

Richter am Bundesgerichtshof
Gericke,
Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Spaniol,
die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Tiemann,
Dr. Berg
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof Dr. Hauschild - in der
Verhandlung -,
Staatsanwalt Kreiner - bei der Verkündung -
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinze aus Hannover - in der Verhandlung -,
Rechtsanwalt Prof. Dr. Nagel aus Hannover - in der Verhandlung -
als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin Kracker
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 24. April 2019 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels aus rechtlichen Gründen freigesprochen und die Einziehung von Taterträgen, die der Einziehungsbeteiligten zugeflossen sind, abgelehnt. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer wirksam auf den Freispruch beschränkten Revision, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

- 2 Die Revision der Staatsanwaltschaft richtet sich allein gegen den Freispruch des Angeklagten. Sowohl die Revisionseinlegungs- als auch die -begründungsschrift bezeichnen ausschließlich die "Strafsache gegen" den Angeklagten. Die Einziehungsbeteiligte findet in beiden Schriftstücken keinerlei Erwähnung. Damit ist trotz des Revisionsantrags, das angefochtene Urteil "in vol-

lem Umfang" aufzuheben, von einem auf den Freispruch beschränkten Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft auszugehen.

II.

3 Dem Urteil liegen folgende Feststellungen und Wertungen zugrunde:

4 1. Der Angeklagte war von Juli 2003 bis Juli 2018 Geschäftsführer der einziehungsbeteiligten M. GmbH, die zunächst zwei Spielhallen in einem Gebäude unterhielt. Da sie für den Weiterbetrieb der Spielhallen infolge der Änderungen der Gesetzeslage durch den Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15. Dezember 2011 (GlüStV) und das niedersächsische Glücksspielgesetz (NGLüSpG) ab dem 1. Juli 2017 neben der bestehenden Genehmigung nach § 33i GewO eine zusätzliche Erlaubnis benötigte, stellte die Einziehungsbeteiligte bei der Stadt einen entsprechenden Antrag. Dieser wurde im Hinblick auf das sog. Abstandsgebot abgelehnt. Dieses in § 25 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 1 NGLüSpG geregelte Gebot verlangt, dass der Abstand zwischen zwei Spielhallen mindestens 100 Meter beträgt. Da sich in dem nach diesen Vorschriften bemessenen Umkreis der von der Einziehungsbeteiligten betriebenen Halle zwei weitere Spielhallen anderer Betreiber befanden, die ebenfalls Anträge auf Genehmigung gestellt hatten, musste die Stadt zur Durchsetzung des Abstandsgebots eine Auswahlentscheidung treffen. Hierzu führte sie, "da sie keine geeigneten sachlichen Unterscheidungskriterien zwischen den Bewerbern feststellen konnte" (UA S. 3), in Übereinstimmung mit der Praxis anderer Behörden in Niedersachsen ein Losverfahren durch, aus dem einer der Mitbewerber als Sieger hervorging. Die Einziehungsbeteiligte focht in der Folge den ablehnenden Bescheid ebenso wie die Erlaubnis für den Mitbewerber gerichtlich an. Hierüber ist bislang noch nicht abschließend ent-

schieden. Ein Eilantrag der Einziehungsbeteiligten auf Duldung der Weiterführung des Spielbetriebes bis zur Entscheidung in der Hauptsache wurde vom zuständigen Verwaltungsgericht am 3. Juli 2017 zurückgewiesen. Trotzdem setzte der Angeklagte für die Einziehungsbeteiligte den Betrieb einer der beiden Spielhallen über den 1. Juli 2017 hinaus fort. Dort hielt er zwölf Glücksspielautomaten für Kunden betriebsbereit.

5 Am 4. September 2017 entschied das Oberverwaltungsgericht Lüneburg in einem von einem anderen Spielhallenbetreiber geführten (Eil-)Verfahren, dass die Ablehnung einer Genehmigung nach einem zur Durchsetzung des Abstandsgebots durchgeführten Losverfahren den jeweiligen - unterlegenen - Betreiber unverhältnismäßig in seinem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletze (Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 ff.). Nach dieser Entscheidung erhielt auch die Einziehungsbeteiligte am 18. September 2017 die vorläufige Erlaubnis, die Spielhalle weiter zu betreiben. Diese Genehmigung wurde zwischenzeitlich bis zum 31. Dezember 2019 verlängert.

6 2. Das Landgericht hat den Angeklagten, dem die Staatsanwaltschaft die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels zwischen dem 1. Juli 2017 und dem 18. September 2017 vorgeworfen hat, aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Die im Tatzeitraum fehlende Erlaubnis zum Weiterbetrieb habe auf einem Rechtszustand beruht, der den Betreiber in verfassungswidriger Weise in seinen Rechten verletzt habe. Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung könne ein öffentlich-rechtlich erlaubtes Verhalten nicht gegen Strafgesetze verstoßen. Auch wenn nach der Rechtsprechung bei einer verwaltungsrechtlichen Untersagung in fehlerhafter Anwendung einfachen Rechts eine Strafbarkeit in Betracht kommen könne, gelte das jedenfalls nicht in Fällen wie dem vorliegen-

den, in denen die Nichterteilung einer Erlaubnis auf einer verfassungswidrigen Gesetzeslage beruhe.

III.

7 Der Freispruch des Angeklagten hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

8 Nach § 284 Abs. 1 StGB macht sich unter anderem strafbar, wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder die Einrichtungen hierfür bereithält. Diesen Tatbestand erfüllte der Angeklagte, indem er im Tatzeitraum für die Einziehungsbeteiligte handelnd eine Spielhalle betrieb, in der an Geldspielautomaten gespielt werden konnte, ohne dass hierfür eine behördliche Erlaubnis vorlag. Dem steht nicht entgegen, dass die Ablehnung der Genehmigung noch nicht bestandskräftig war, da die Einziehungsbeteiligte dagegen gerichtlich voring. Die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift entfällt auch dann nicht, wenn man der in anderer Sache vertretenen Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg (Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 ff.) folgt, wonach die Versagung der Erlaubnis möglicherweise deshalb materiellrechtlich fehlerhaft war, weil sie das Grundrecht des Angeklagten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzte. Nicht entscheidend ist daneben, dass der Einziehungsbeteiligten später eine vorläufige Genehmigung erteilt wurde. Unionsrechtliche Bedenken stehen der Strafbarkeit ebenfalls nicht entgegen. Im Einzelnen:

9 1. Der Angeklagte betrieb - für die Einziehungsbeteiligte handelnd - eine Spielhalle ohne hierfür erforderliche Erlaubnis (§ 284 StGB).

10 a) Hierfür ist folgendes Regelungsgefüge maßgebend:

11 Der am 1. Juli 2012 in Kraft getretene Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15. Dezember 2011 (GlüStV; vgl. auch Nds. GVBl. 2012, 190, 196 f.), dem durch die Veröffentlichung im Gesetzblatt des jeweiligen Bundeslandes - hier Niedersachsen - Gesetzesqualität zukommt, unterwirft in § 4 Abs. 1 die Veranstaltung von Glücksspielen einem Erlaubnisvorbehalt. Dieser gilt nach § 2 Abs. 3 Satz 1 GlüStV auch für Spielhallen, die Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten bereithalten (vgl. auch § 3 Abs. 7 GlüStV). Zudem verlangt § 24 Abs. 1 GlüStV für den Betrieb einer Spielhalle unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse eine Erlaubnis nach dem Staatsvertrag. Somit reicht die bis dahin vorgesehene gewerberechtliche Genehmigung nach § 33i GewO nicht mehr aus. Die Veranstaltung von Glücksspiel ohne Erlaubnis ist verboten (§ 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV). Demnach benötigen auch Betreiber von Bestands-spielhallen eine gesonderte (weitere) Erlaubnis. Diese ist nach § 24 Abs. 2 GlüStV zu versagen, wenn die Veranstaltung den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft, der unter anderem die Entstehung von Spielsucht verhindern und den Schutz von Spielern und Jugendlichen gewährleisten will. Zudem hängt die Erteilung der Erlaubnis davon ab, dass zwischen Spielhallen ein Mindestabstand eingehalten wird (Verbot von Mehrfachkonzessionen - § 25 Abs. 1 GlüStV). Nach § 10 Abs. 2 NGlüSpG muss der Abstand zwischen zwei Spielhallen mindestens 100 Meter betragen. § 25 Abs. 2 GlüStV sieht zudem ein Verbundverbot vor, das eine Erlaubnis für eine Spielhalle ausschließt, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist. Da somit auch bereits bestehende Spielhallen erweiterten Genehmigungsvoraussetzungen unterworfen werden, billigt der Glücksspieländerungsstaatsvertrag Betreibern solcher Hallen in § 29 Abs. 4 GlüStV im Rahmen einer Übergangsregelung zu,

dass Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Staatsvertrags bestanden und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden war, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet, bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags als mit §§ 24 und 25 GlüStV vereinbar gelten (Satz 2). Darüber hinaus sieht Satz 4 dieser Vorschrift eine Härtefallregelung vor, wonach die zuständigen Behörden auch nach Ende des genannten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie des § 25 GlüStV für einen angemessenen Zeitraum zulassen können, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist, wobei der Zeitpunkt der Erteilung einer Genehmigung gemäß § 33i GewO sowie wiederum die Ziele von § 1 GlüStV zu berücksichtigen sind.

12 b) Die Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV war mit dem 30. Juni 2017 abgelaufen, so dass die Einziehungsbeteiligte für den Weiterbetrieb ihrer Spielhallen ab dem 1. Juli 2017 einer Erlaubnis nach § 4 Abs. 1, § 24 Abs. 1 GlüStV bedurfte. Diese lag nicht vor, als der Angeklagte die Spielstätte über die gesetzlich vorgesehene Übergangsfrist hinaus weiterführte.

13 2. Das Handeln des Angeklagten ist nicht deshalb straflos, weil die Versagung der Erlaubnis möglicherweise rechtswidrig war. Sein Verhalten erfüllt selbst dann die Voraussetzungen des § 284 Abs. 1 StGB, wenn man mit dem Oberlandesgericht Celle (Beschluss vom 16. Januar 2019 - 2 Ws 485/18, StraFo 2019, 169, 172) einen Anspruch des Angeklagten auf Erteilung einer jedenfalls vorläufigen Genehmigung annimmt, weil er im Tatzeitraum ohne Erlaubnis handelte. Auch dass ihm zwischenzeitlich die erforderliche Erlaubnis - vorläufig - erteilt wurde und er sich möglicherweise im Verwaltungsrechtsweg

die Erteilung einer endgültigen Erlaubnis erstreitet wird, lässt die Strafbarkeit nicht (nachträglich) entfallen.

- 14 a) § 284 Abs. 1 StGB ist verwaltungsakzessorisch ausgestaltet (BGH, Urteil vom 16. August 2007 - 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078, 3081; Schönke/Schröder/Heine/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 284 Rn. 23; NK-StGB/Gaede, 5. Aufl., § 284 Rn. 21), indem die Tatbestandserfüllung an das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis knüpft. Dabei handelt es sich um eine auf einen konkreten Verwaltungsakt, nicht um eine auf das Verwaltungsrecht als solches bezogene Akzessorietät (Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 62a). Dies bedeutet, dass das negative Tatbestandsmerkmal der fehlenden Erlaubnis in § 284 Abs. 1 StGB (Schönke/Schröder/Heine/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 284 Rn. 23; MüKoStGB/Hohmann, 3. Aufl., § 284 Rn. 17; AnwK-StGB/Putzke, 3. Aufl., § 284 Rn. 18; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl., § 284 Rn. 12) nur entfällt, wenn die Genehmigung mit einem formal wirksamen Verwaltungsakt erteilt wurde. Nur auf diese formale Wirksamkeit, nicht auf die materielle Richtigkeit dieses tatbestandsausschließenden Verwaltungsaktes kommt es an. Ist der Verwaltungsakt bestandskräftig, dann wird die Veranstaltung des Glücksspiels nicht dadurch strafbar, dass dieser materiellrechtlich fehlerhaft und rechtswidrig ist (h.M.; vgl. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2018 - 4 StR 305/17, NStZ-RR 2018, 214; OLG Celle, Beschluss vom 16. Januar 2019 - 2 Ws 485/18, StraFo 2019, 169, 170; LK/Krehl, StGB, 12. Aufl., § 284 Rn. 22; MüKoStGB/Hohmann, 3. Aufl., § 284 Rn. 18; NK-StGB/Gaede, 5. Aufl., § 284 Rn. 21; AnwK-StGB/Putzke, 3. Aufl., § 284 Rn. 18). Lediglich eine nichtige Erlaubnis begründet die Erfüllung des Tatbestandes, da dann eine behördliche Erlaubnis zu keinem Zeitpunkt vorlag (MüKoStGB/Hohmann, 3. Aufl., § 284 Rn. 18). Da somit allein die formale Wirksamkeit entscheidend ist, liegt es insbesondere nicht in der Kompetenz der Strafgerichte,

die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zu überprüfen (Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl., vor §§ 324 ff. Rn. 16b, 16c; LK/Rönnau, StGB, 13. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 277, 284).

15 b) Im umgekehrten Fall, in dem wie hier eine tatbestandsausschließende Erlaubnis nicht vorliegt, gilt nichts anderes. Das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis erfüllt den Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB ungeachtet einer möglichen materiellrechtlichen Genehmigungsfähigkeit. Das Vorliegen eines Sachverhalts, bei dem die Erlaubnis erteilt werden könnte oder gar müsste, begründet keinen Tatbestandsausschluss, da sonst Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts leerlaufen. Insoweit gilt:

16 aa) Ist vom Gesetz die Zulässigkeit eines Verhaltens ordnungsrechtlich mit einem Erlaubnisvorbehalt verknüpft (vgl. LK/Krehl, StGB, 12. Aufl., § 284 Rn. 22; NK-StGB/Gaede, StGB, 5. Aufl., § 284 Rn. 21), kommt dem behördlichen Genehmigungsverfahren in der Regel eine eigenständige Bedeutung zu. Der Erlaubnisvorbehalt dient in diesen Fällen regelmäßig dazu, Gefahren, die von einem bestimmten, nicht unbedingt per se gefährlichen Verhalten ausgehen, im Rahmen einer behördlichen Prüfung zu kontrollieren und ihrer Verwirklichung vorzubeugen (vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 61; LK/Rönnau, StGB, 13. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 274; Rogall, NStZ 1992, 561, 564; zu einzelnen Funktionen des Kontrollverfahrens vgl. Rengier, ZStW 101 (1989), S. 874, 876 f.). Das Genehmigungsverfahren besteht mithin nicht um seiner selbst willen; vielmehr erfüllt es eine eigenständige, auf das jeweilige gesetzliche Schutzgut bezogene gestaltende Funktion zur Gewährleistung effektiven Rechtsgüterschutzes (vgl. LK/Rönnau, StGB, 13. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 290; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 62c).

17

Verwaltungsakzessorische Strafvorschriften verfolgen in diesen Fällen eines verwaltungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts den Zweck, Verstöße gegen das dem jeweiligen Rechtsgüterschutz dienende Verfahren strafrechtlich zu ahnden. Entsprechend knüpft die Strafbarkeit nicht an die materielle Richtigkeit der Versagung einer Genehmigung, sondern an das Fehlen der in einem behördlichen Verfahren zu erteilenden Erlaubnis als solcher an. Ungeachtet der materiellen Verwaltungsrechtslage ist das Tatbestandsmerkmal "ohne Erlaubnis" immer erfüllt, wenn der Handelnde über eine solche nicht verfügt, sei es, weil er diese nicht beantragt hat, sei es, dass sie ihm - möglicherweise rechtswidrig - nicht erteilt worden ist. Die Genehmigungsfähigkeit des Verhaltens spielt keine Rolle (h.M.; vgl. auch § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV; BGH, Beschluss vom 17. Januar 2018 - 4 StR 305/17, NStZ-RR 2018, 214; OLG Köln, Beschluss vom 13. Februar 1990 - 2 Ws 648/89, wistra 1991, 74, 75; LK/Rönnau, StGB, 13. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 290; LK/Krehl, StGB, 12. Aufl., § 284 Rn. 22; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl., vor §§ 324 ff. Rn. 19; Rengier, ZStW 101 (1989), S. 874, 902 ff.; Rogall, NStZ 1992, 561, 565 f.; Barton/Gercke/Janssen, wistra 2004, 321, 322; einschr. MüKoStGB/Schlehofer, 3. Aufl., vor § 32 Rn. 233, 234: soweit die Entscheidung im Ermessen der Behörde stand). Soweit in der Literatur vertreten wird, dass eine Strafbarkeit entfallen soll, wenn eine Genehmigung nach Durchführung eines Erlaubnisverfahrens rechtswidrig versagt wurde, da dann der Schutzfunktion des präventiven Verbots - nämlich die einer behördlichen Überprüfung - Rechnung getragen sei (etwa Perschke, wistra 1996, 161, 166 f.; vgl. auch Winkelbauer, NStZ 1988, 201, 203), ist dem entgegenzuhalten, dass das Erlaubnisverfahren jeweils auf den dahinter stehenden gesetzlichen Schutzzweck ausgerichtet ist, mithin das Verbot des Handelns ohne Erlaubnis nicht nur dem Schutz des Verfahrens als solchem, sondern auch dem jeweiligen Rechtsgüterschutz des betroffenen Gesetzes Rechnung tragen soll. Wird dem Betroffenen die für die

Ausübung seiner Tätigkeit erforderliche Genehmigung zu Unrecht versagt, so muss er sich deren Erteilung gerichtlich erstreiten. Ein Recht zur Selbsthilfe besteht schon deshalb nicht, weil Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit nicht die Gefährlichkeit des Handelns, sondern das Unterlaufen des - rechtsgutsbezogenen - behördlichen Verfahrens ist (vgl. Rogall, NStZ 1992, 561, 566; LK/Rönnau, StGB, 13. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 290).

18 bb) Diese Erwägung gilt auch in den Fällen, in denen der Betroffene nicht nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Genehmigungsantrag, sondern sogar auf die Erteilung der Genehmigung selbst hat. Zwar wird im Schrifttum vertreten, dass die Strafbarkeit in eng definierten Fällen eines Anspruchs auf die Erlaubniserteilung entfallen kann (MüKoStGB/Schlehofer, 3. Aufl., vor § 32 Rn. 230 f., 235; Rudolphi, NStZ 1984, 193, 197 f.). Doch kommt dem verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren auch dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn sich später herausstellt, dass die Behörde - etwa wegen einer Ermessensreduzierung auf Null - die Genehmigung hätte erteilen müssen. Der Betroffene hat dann zwar einen Anspruch auf Genehmigung, nicht aber auf eigenmächtige Vornahme der erlaubnisbedürftigen Handlung (Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., vor § 32 Rn. 62c mwN).

19 cc) Stellt sich im Nachhinein die Rechtswidrigkeit der Versagung der Genehmigung heraus oder erteilt die Behörde nachträglich eine Genehmigung, so ist regelmäßig kein Strafaufhebungsgrund gegeben, der trotz Tatbestandserfüllung und Rechtswidrigkeit des genehmigungslosen Verhaltens die Strafbarkeit nachträglich entfallen ließe (so aber Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl., vor §§ 324 ff. Rn. 19, 21 f., wenn die Genehmigung zu erteilen war; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 62c;

vgl. auch Winkelbauer, NStZ 1988, 201, 203, wenn durch die Nichteinhaltung des Genehmigungsverfahrens keine besondere Gefahr für das Rechtsgut entstanden ist). Für einen solchen Strafaufhebungsgrund ist schon dann kein Raum, wenn die Genehmigung - sei sie im gerichtlichen Verfahren erstritten, sei sie von der Behörde aus anderen Gründen nachträglich erteilt - ex nunc ausgesprochen wird oder werden muss (vgl. LK/Rönnau, StGB, 13. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 291). Denn dann vermag sie für die Zeit, in der der Täter unter Missachtung des behördlichen Kontrollverfahrens und seines Ergebnisses gehandelt hat, auch materiell eine Berechtigung zum Handeln nicht zu begründen (vgl. Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 37). Vielmehr kommt es - wie auch sonst - für die Strafbarkeit allein darauf an, dass es zum Zeitpunkt der Tat an einer Genehmigung fehlte (BGH, Urteil vom 24. April 1990 - 4 StR 24/90, BGHSt 37, 21, 28 f.; OLG Köln, Beschluss vom 13. Februar 1990 - 2 Ws 648/89, wistra 1991, 74, 75; so auch Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl., vor §§ 324 ff. Rn. 19). Zudem kann eine nachträgliche Erteilung der Genehmigung ebenso wie ein Obsiegen im gerichtlichen Verfahren mit einer Reihe weiterer Umstände zusammenhängen, die möglicherweise zum Zeitpunkt der Genehmigungsversagung noch nicht vorlagen oder anders zu bewerten waren (vgl. Rengier, ZStW 101 (1989), S. 874, 904). Gegen einen Strafaufhebungsgrund spricht zudem, dass mit dem Strafverfahren auf eine abschließende Entscheidung im Verwaltungsrechtsweg zugewartet werden müsste, was die Funktion abstrakter Gefährdungsdelikte unterlaufen kann (OLG Köln, Beschluss vom 13. Februar 1990 - 2 Ws 648/89, wistra 1991, 74, 75; Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 37; für eine Aussetzung des Strafverfahrens vgl. Wüterich, NStZ 1987, 106, 109). Unter Berücksichtigung des mit dem Erlaubnisvorbehalt verbundenen Schutzzwecks (s.o.) wird auch bei einer gerichtlich erstrittenen oder aus anderen Gründen erteilten nachträglichen Genehmigung mit dem eigenmächtigen Handeln während der genehmi-

gungslosen Zeit nicht der "bloße Verwaltungsungehorsam" bestraft, weil der Gesetzgeber grundsätzlich eine behördlich "unkontrollierte" Betätigung vermeiden will (Rengier, ZStW 101 (1989), S. 874, 880 f.). Durchgreifende Gründe, die das Strafbedürfnis im Nachhinein entfallen ließen, sind somit regelmäßig nicht gegeben.

20 Da es deshalb auf eine mögliche spätere Genehmigung nicht ankommt, mit der eine vorangegangene rechtswidrige Versagung der Erteilung korrigiert wird, fordert auch Art. 19 Abs. 4 GG nicht ein Zuwarten der Strafverfolgungsorgane und -gerichte auf das Ergebnis eines etwaigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

21 c) Vorliegend sieht das Gesetz (vgl. § 4 Abs. 1, § 24 Abs. 1 GlüStV) für den Betrieb einer Spielhalle einen Genehmigungsvorbehalt vor. Ziel des Glücksspieländerungsstaatsvertrags und der ausführenden Landesgesetze ist es jedenfalls auch, den als an sich sozialadäquat gewerteten "natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung" in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken (§ 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV) und im Hinblick unter anderem auf die Ziele des Spieler- und Jugendschutzes (vgl. § 1 Satz 1 Nr. 3 GlüStV) behördlicher Kontrolle zu unterwerfen. Dieser Kontrolle dient das gesetzlich vorgesehene Genehmigungsverfahren, das mithin auch hier keinem Selbstzweck dient, sondern eine behördliche Prüfung vorsieht, die die unterschiedlichen Interessen in Einklang bringen und - etwa im Hinblick auf die in § 1 Satz 1 GlüStV und in § 1 Abs. 3 NGlüSpG genannten Ziele der Bekämpfung von Spielsucht und der Gewährleistung von Spieler- und Jugendschutz - einen effektiven Rechtsgüterschutz gewährleisten soll. Aus dieser eigenständigen Bedeutung des gesetzlich vorgeschriebenen Erlaubnisverfahrens folgt, dass die Strafbarkeit des Angeklagten allein an das Fehlen der behördlichen Erlaubnis anknüpft.

- 22 3. Die Strafbarkeit des Angeklagten entfällt auch nicht, wenn anzunehmen wäre, er sei mit der möglicherweise rechtswidrigen Versagung der Erlaubnis in seinem Recht auf Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG und damit in einem Grundrecht beschnitten worden.
- 23 a) Nach der diesbezüglichen in einer anderen Sache im Eilverfahren vertretenen vorläufigen Bewertung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg (Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 ff.) stellt die in Niedersachsen geübte Praxis, die zur Durchsetzung des Abstandsgebots zu treffende Auswahlentscheidung zwischen mehreren Betreibern im Losverfahren zu treffen, einen rechtswidrigen Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit des ausgeschiedenen Mitbewerbers dar, weil der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG damit missachtet werde. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordere bei einem Eingriff in das Recht auf freie Berufsausübung, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Fragen selbst entscheide. Dieser müsse deshalb auch die Kriterien für das vorliegend erforderliche Auswahlverfahren formulieren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20 Rn. 182). Dies habe der niedersächsische Gesetzgeber bei Erlass des Glücksspielgesetzes unterlassen. Eine gesetzliche Grundlage sei aber nicht entbehrlich, zumal weder der Glücksspieländerungsstaatsvertrag noch das niedersächsische Glücksspielgesetz hinreichende Kriterien oder Maßstäbe biete, auf welche Weise die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen getroffen werden könne. Soweit das Bundesverfassungsgericht in seiner oben genannten Entscheidung die Meinung vertrete, dass die Voraussetzungen des Auswahlverfahrens sich nicht unbedingt aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssten, sondern es ausreiche, dass sich die wesentlichen Parameter der Entscheidung dem Gesetz selbst entnehmen ließen (BVerfG, aaO, Rn. 182-185), ergäben sich solche aus dem

niedersächsischen Glücksspielgesetz auch durch Auslegung nicht. Die in Ermangelung gesetzlicher Kriterien durch Los getroffene Auswahl sei deshalb rechtswidrig.

24 b) Selbst wenn dem folgend die Versagung der Erlaubnis auf einem den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht genügenden Auswahlverfahren beruhen sollte, berührt dies die Strafbarkeit des Angeklagten nicht. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. August 2007 - 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078 ff.) ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht des Täters auf freie Berufsausübung die Nichtanwendbarkeit des § 284 StGB begründen. Doch ist diese Rechtsprechung, die trotz Tatbestandserfüllung in solchen Fällen eine Strafbarkeit verneint, nicht auf den vorliegenden Fall zu übertragen.

25 aa) Der Bundesgerichtshof ist in der genannten Entscheidung - ohne dass es für seine Entscheidung tragend darauf angekommen wäre - in Übereinstimmung mit der herrschenden oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung (OLG München, Urteile vom 26. September 2006 - 5 St RR 115/05, NJW 2006, 3588, 3591; vom 17. Juni 2008 - 5 St RR 28/08, NJW 2008, 3151, 3152; KG, Urteil vom 23. Juli 2009 - (2) 1 Ss 541/08, juris; vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 26. Juni 2006 - 1 Ss 296/05, NJW 2006, 2422 f.) von der Straflosigkeit eines privaten Wettbetreibers ausgegangen, dem im Hinblick auf das im Sportwettengesetz des Saarlandes geregelte staatliche Monopol eine Erlaubnis für seine Tätigkeit nicht erteilt werden konnte. Vorausgegangen war das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum bayerischen Sportwettenmonopol (Urteil vom 28. März 2006 - 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.), mit dem dieses das bayerische Staatslotteriesgesetz, das wie die Gesetze anderer Bundesländer ein staatliches Monopol für die Veranstaltung von Sportwetten vorsah, für verfas-

sungswidrig erklärt hatte. Die Strafbarkeit gewerblicher Sportwettenbetreiber könne nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der einschlägigen Gesetzeslage beantwortet werden. Eine Strafbarkeit privater Sportwettenbetreiber nach § 284 Abs. 1 StGB scheidet aus, wenn - wie hier - die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruhe, der seinerseits deren Rechte in verfassungswidriger Weise verletze. Der Staat habe unter Androhung von Kriminalstrafe verboten, was er selbst betrieben habe, ohne rechtlich und organisatorisch sichergestellt zu haben, sich nicht tatsächlich mit den von ihm für das Verbot geltend gemachten Zielen in Widerspruch zu setzen. Hinzu komme, dass ein auf präventive Kontrolle gerichtetes Genehmigungsverfahren im Rahmen der Regelung des staatlichen Wettmonopols von vorneherein nicht vorgesehen und somit die private Vermittlung von Sportwetten auch bei Unbedenklichkeit ohne die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung unter Androhung von Strafe verboten sei.

26 Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Rechtsprechung in der Folge angeschlossen und in mehreren Kammerbeschlüssen eine Strafbarkeit von Sportwettenunternehmern verneint, die ohne die nach der verfassungswidrigen Gesetzeslage ohnehin nicht zu erlangende Erlaubnis Sportwetten veranstaltet hatten. § 284 StGB sei auf diesen Täterkreis von Verfassungs wegen nicht anwendbar. Vielmehr führe die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses privater Wettunternehmer von der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten zum Entfallen des staatlichen Strafanspruchs (vgl. etwa BVerfG, Kammerbeschluss vom 29. Juni 2009 - 2 BvR 1499/05, NVwZ-RR 2009, 785, 786).

27 bb) Die durch den Glücksspieländerungsstaatsvertrag und die ergänzenden bzw. ausführenden Ländergesetze geschaffene Gesetzeslage unterscheidet sich bei sachgerechter Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in

entscheidungserheblicher Weise von dem Rechtszustand nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.).

28

(1) Die Verfassungswidrigkeit des staatlichen Sportwettenmonopols nach dem bayerischen Lotteriegesetz hat das Bundesverfassungsgericht damit begründet, dass dieses nicht (ausschließlich) den legitimen gesetzgeberischen Zielen der Bekämpfung der Spielsucht und des Spieler- und Jugendschutzes (BVerfG, Urteil vom 28. März 2006 - 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276, 309, 317), sondern gleichzeitig (und möglicherweise sogar vorrangig) fiskalischen Interessen diene (BVerfG, aaO, 276, 307, 310 f.). Das gesetzlich festgeschriebene staatliche Wettmonopol sei in einer Weise ausgestaltet, die eine effektive Suchtbekämpfung, die den Ausschluss Privater von der Organisation von Sportwetten rechtfertigen könne, nicht sicherstelle. Damit erfülle das die Berufsausübung privater Sportwettenunternehmer einschränkende Gesetz keinen legitimen Zweck und stelle in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in deren Berufsfreiheit dar. Den an einer entsprechenden beruflichen Tätigkeit interessierten Bürgern sei der - strafbewehrte - Ausschluss von gewerblichen Wettangeboten nur zumutbar, wenn ein Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung die Vermeidung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten bezwecke (BVerfG, aaO, 276, 309, 317). Somit war für die Verfassungswidrigkeit des staatlichen Wettmonopols letztlich maßgebend, dass das Gesetz, ohne die Verfolgung seiner legitimen Zwecke insbesondere der Suchtprävention und des Spieler- und Jugendschutzes sicherzustellen, dem Staat in hohem Maße Einnahmen ermöglichte, während eine Erlaubnis für private Unternehmen im Rahmen eines auf präventive Kontrolle gerichteten Genehmigungsverfahrens, die bei Unbedenklichkeit hätte erteilt werden können, von vorneherein nicht vorgesehen war.

29

(2) Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des Glücksspieländerungsstaatsvertrages und die ergänzenden Gesetze der Länder (im entschiedenen Fall Berlins, Bayerns und des Saarlands) als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen (Beschluss vom 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20 ff.; vgl. auch OLG Lüneburg, Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356 ff.). Der mit den gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit diene wichtigen Gemeinwohlzielen der Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht sowie weiterer negativer Begleiterscheinungen des Spielbetriebs (BVerfG, aaO, Rn. 119 ff.). Insbesondere hat es das Abstandsgebot nach § 25 Abs. 1 GlüStV, das auch zu einer nachträglichen Schließung bereits bestehender Spielhallen führen kann, sowohl im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG als auch hinsichtlich Art. 14 Abs. 1 GG für verfassungsgemäß erklärt. Dieses sei zur Erreichung legitimer gesetzlicher Ziele geeignet, erforderlich und angemessen (BVerfG, aaO, Rn. 131 ff.). Auch dem Vertrauensschutz für Betreiber von Bestandsspielhallen sei - unter anderem mit den im Verhältnis zu denen des § 29 Abs. 4 GlüStV teilweise sogar kürzeren Übergangsvorschriften der Ländergesetze - ausreichend Rechnung getragen (BVerfG, aaO, Rn. 176 ff.). Selbst das Fehlen von Kriterien für die Auswahl von Inhabern von Altgenehmigungen zur Durchsetzung des Abstandsgebots im saarländischen Glücksspielgesetz verstoße nicht gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, da sich die wesentlichen Parameter für eine Auswahl dem Gesetz noch ausreichend entnehmen ließen (BVerfG, aaO, Rn. 182 ff.). Soweit das behördliche Auswahlverfahren im Einzelfall den Rechtspositionen der Spielhallenbetreiber nicht ausreichend Rechnung trage, sei verwaltungsgerichtlicher und gegebenenfalls verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben (BVerfG, aaO, Rn. 186).

30

(3) Somit wird der Angeklagte - anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. August 2007 (Urteil vom 16. August 2007 - 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078 ff.) zugrundeliegenden Fall - vorliegend nicht bestraft, weil er gegen ein verfassungswidriges Gesetz verstieß, das ihm das zur Aburteilung stehende Tun nicht nur untersagte, sondern auch keine Möglichkeit einräumte, sich nach Durchführung eines Genehmigungsverfahrens rechtmäßig zu verhalten. Vielmehr missachtete er, indem er für die Einziehungsbeteiligte eine Spielhalle betrieb, einen gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt, der ebenso wenig wie der Glücksspieländerungsstaatsvertrag selbst verfassungsrechtlich zu beanstanden ist. Allein das Handeln ohne die vom Gesetz verfassungsgemäß geforderte Genehmigung begründet nach den oben ausgeführten Rechtsgrundsätzen - unabhängig von der materiellrechtlichen Rechtmäßigkeit einer Versagung im Einzelfall - die Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB. Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die möglicherweise zur Rechtswidrigkeit des die Genehmigung versagenden Verwaltungsaktes führen, berühren allein die materiellrechtliche Rechtmäßigkeit der Versagung, die sich indes auf die Strafbarkeit - wie auch sonst - nicht auswirkt. Anders als im Fall des verfassungswidrigen Sportwettenmonopols war dem Angeklagten der Betrieb einer Spielhalle nicht von Gesetzes wegen generell verboten. Ihm war die Möglichkeit eröffnet, eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle zu beantragen. Die Versagung dieser Erlaubnis berechnete ihn auch dann, wenn sie auf einem dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht genügenden Verwaltungsverfahren beruhte, nicht dazu, die Spielhalle eigenmächtig zu betreiben. Soweit er sich durch das konkrete Auswahlverfahren in seinen - auch verfassungsrechtlichen - Rechtspositionen verletzt sah, bestand die Möglichkeit, die Ablehnung der Genehmigung verwaltungsgerichtlich und gegebenenfalls verfassungsgerichtlich überprüfen zu lassen (vgl. BVerfG, aaO, Rn. 186).

31 Dies gilt umso mehr, als nicht ersichtlich ist, dass die mögliche Rechtswidrigkeit der Versagung, auch wenn sie auf verfassungsrechtlichen Bedenken beruhte, zu einem Anspruch auf Erteilung der Genehmigung von Verfassungen wegen geführt hätte. Denn eine Erlaubnis ist - neben der Einhaltung des Abstandsgebots - nach § 4 Abs. 1 Satz 2, § 24 Abs. 1 GlüStV an das Vorliegen weiterer Voraussetzungen geknüpft. Auch hätte die Einziehungsbeteiligte in einem anderen, verfassungsgemäßen Auswahlverfahren ebenfalls unterliegen können.

32 Somit sind Gründe, das staatliche Strafbedürfnis hinsichtlich des eigenmächtigen Vorgehens des Angeklagten wegen der durch einen möglicherweise unverhältnismäßigen Eingriff in sein Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG begründeten Rechtswidrigkeit der Versagung der Erlaubnis entfallen zu lassen, nicht ersichtlich.

33 4. Auch europarechtliche Vorgaben stehen der Strafbarkeit des Angeklagten nicht entgegen.

34 Zwar darf nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts ein Mitgliedstaat keine strafrechtliche Sanktion für ein Verhalten verhängen, mit dem der Betroffene verwaltungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt hat, die ihrerseits gegen das Unionsrecht verstoßen. Insbesondere die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten stehen einer Bestrafung dann vielmehr entgegen (vgl. EuGH, Urteile vom 6. März 2007 - C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 68 f., 71; vom 8. September 2010 - C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 115; vom 15. September 2011 - C-347/09, Rs. Dickinger u.a., Slg. 2011, I-8185, 8223 Rn. 43; vom 16. Februar 2012 - C-72/10 u.a., Rs. Costa u.a., ZfWG 2012, 105 Rn. 43, 83; vom 4. Febru-

ar 2016 - C-336/14, Rs. Ince, ZfWG 2016, 115 Rn. 94; Fink/Rübenstahl, European Law Reporter 2007, 275, 282 f.; Streinz/Michl in Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, AEUV Art. 34 ff. Rn. 137 ff.; Meier, Europäische Rechtsprechung und deutsches Glücksspielrecht, S. 23). Mithin kommt eine Strafbarkeit nach § 284 StGB nicht in Betracht, wenn die Nichterteilung der Erlaubnis auf einer europarechtswidrigen Vorschrift beruht (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 - I ZR 13/06, juris Rn. 22; OLG München, Urteile vom 26. September 2006 - 5 St RR 115/05, NJW 2006, 3588, 3591; vom 17. Juni 2008 - 5 St RR 28/08, NJW 2008, 3151, 3152; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 5. Juli 2007 - 1 Ws 61/07, juris Rn. 38 ff.; OLG Bamberg, Urteil vom 29. Juli 2008 - 2 Ss 35/08, juris Rn. 23; Putzke in Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung, § 284 StGB Rn. 30 f.; LK/Krehl, StGB, 12. Aufl., vor §§ 284 ff., Rn. 8d; NK-StGB/Gaede, 5. Aufl., § 284 Rn. 22; Schönke/Schröder/Heine/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 284 Rn. 2; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl., § 284 Rn. 34; Matt/Renzikowski/Wietz/Matt, StGB, 2. Aufl., § 284 Rn. 17 f.; Pieroth in Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, S. 80; Meier, Europäische Rechtsprechung und deutsches Glücksspielrecht, S. 40; a.A. Ruttig/Schmitt in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 1. Aufl., StGB, § 284 Rn. 34). Dies ist aber hier nicht der Fall.

35 a) Es liegt schon kein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, so dass Unionsrecht nicht zur Anwendung kommt.

36 Nach Art. 49 und 56 AEUV werden die freie Niederlassung und die Dienstleistungsfreiheit für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates garantiert. Somit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften, dass rein innerstaatliche Sachverhalte vom

Schutzbereich grundsätzlich nicht erfasst werden. Der Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 56 AEUV ist vielmehr nur dann eröffnet, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. In dieser Frage haben die nationalen Gerichte einen weiten Beurteilungsspielraum (st. Rspr. des EuGH; vgl. Urteile vom 11. September 2003 - C-6/01, Rs. Anomar u.a., Slg. 2003, I-8621, 8647 Rn. 40; vom 11. März 2010 - C - 384/08, Rs. Anattasio Group, Slg. 2010, I-2055, 2059 Rn. 22 ff.; vom 1. Juni 2010 - C-570/07 u.a., Rs. Perez u.a., Slg. 2010, I-4629, 4653 Rn. 40; vom 19. Juli 2012 - C-470/11, Rs. Garkalns, NVwZ 2012, 1162 Rn. 21; vom 5. Dezember 2013 - C-159/12 u.a., Rs. Venturini u.a., juris Rn. 25 ff.; vom 11. Juni 2015 - C-98/14, Rs. Berlington Hungary u.a., ZfWG 2015, 336 Rn. 24 ff.). In der vorliegenden Fallkonstellation reicht es nicht aus, dass der Spielhallenbetreiber oder Kunden seiner Spielhallen hypothetisch von einer unionsrechtlichen Grundfreiheit Gebrauch machen könnten (BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6/15, BVerwGE 157, 126 Rn. 83; OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356, 358; Urteil vom 12. Juli 2018 - 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465, 470; vgl. auch OVG Hamburg, Beschluss vom 9. Juli 2018 - 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449, 452 f.; OVG Weimar, Beschluss vom 24. Oktober 2018 - 3 EO 480/18, ZfWG 2019, 52, 54; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Januar 2020 - OVG 1 N 78.19, juris Rn. 6; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Tiedje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 56 AEUV Rn. 18 ff., Art. 49 AEUV Rn. 122 f.; Callies/Ruffert/Kluth, EUV/AEUV, 75. Aufl., Art. 57 Rn. 10; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff, AEUV Art. 45 Rn. 54; Streinz/Michl in Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, Art. 34 ff. AEUV Rn. 9).

- 37 Danach ist hier ein grenzüberschreitender Sachverhalt nicht gegeben. Der Angeklagte selbst ist deutscher Staatsangehöriger. Bei der Einziehungsbeteiligten handelt es sich um eine nach deutschem Recht gegründete juristische Person mit Sitz in Deutschland, die hier Spielhallen betreibt. Anhaltspunkte dafür, dass gleichwohl ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, ergeben sich weder aus dem Urteil noch sind sie sonst ersichtlich.
- 38 b) Unabhängig hiervon verstoßen weder die Vorschriften des Glücksspieländerungsstaatsvertrages noch die des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes gegen das Gemeinschaftsrecht, soweit sie den Betrieb einer Spielhalle von einer Erlaubnis abhängig machen, die auch ein Abstandsgebot berücksichtigen muss. Die Besonderheiten des niedersächsischen Auswahlverfahrens bei der Berücksichtigung des Abstandsgebots stehen dem nicht entgegen.
- 39 aa) Dies betrifft zunächst die Dienst- und Niederlassungsfreiheit. Eingriffe in diese Rechte aus Art. 49 und 56 AEUV durch die Mitgliedstaaten sind aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Zu diesen zählen im Bereich der Glücksspieltätigkeiten die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen, die Betrugsvorbeugung und der Verbraucherschutz, wobei den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum eingeräumt wird (st. Rspr. des EuGH; vgl. Urteile vom 6. November 2002 - C-243/01, Rs. Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13031, 13076 Rn. 65 ff.; vom 6. März 2007 - C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 46; vom 8. September 2010, C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 74 ff.; vom 15. September 2011 - C 347/09, Rs. Dickinger u.a., Slg. 2011, I-8185, 8223 Rn. 44; vom 19. Juli 2012 - C-470/11, Rs. Garkalns, NVwZ 2012, 1162 Rn. 39; vom 11. Juni 2015 - C-98/14, Rs. Berlington Hungary u.a., ZfWG 2015, 336 Rn. 56, 58, 63). Somit steht es einem Mitgliedstaat grundsätzlich frei, eine

Erlaubnisregelung mit dem Ziel zu schaffen, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, und dabei auch Beschränkungen in Bezug auf die Zahl der zugelassenen Veranstalter vorzusehen (EuGH, Urteile vom 8. September 2010 - C-46/08, Rs. Carmen Media Group Ltd., Slg. 2010, I-8149, 8175 Rn. 55, 84). Auch ein Abstandsgebot, das diesen Zielen dient, kann zulässig sein (EuGH, Urteil vom 16. Februar 2012 - C-72/10 u.a., Rs. Costa u.a., ZfWG 2012, 105 Rn. 58, 65).

40 Voraussetzung der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Einschränkung ist allerdings, dass die nationale Regelung in "kohärenter und systematischer Weise" geeignet ist, die genannten Gemeinwohlziele zu verwirklichen, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (EuGH, Urteile vom 6. März 2007 - C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 48 f.; vom 8. September 2010, C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 77 f.; vom 19. Juli 2012 - C-470/11, Rs. Garkalns, NVwZ 2012, 1162 Rn. 39, 41; vom 11. Juni 2015 - C-98/14 u.a., Rs. Berlington Hungary u.a., ZfWG 2015, 336 Rn. 57 ff.). Zudem muss das Genehmigungsverfahren, in dem das Glücksspielwesen reglementiert wird, dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Transparenzgebot entsprechen.

41 Nach diesem Maßstab sind die Erlaubnisanforderungen, die der Glücksspieländerungsstaatsvertrag und das Niedersächsische Glücksspielgesetz an den Betrieb einer Spielhalle stellen, unionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere geht es dabei darum, die Ziele des Spieler- und Jugendschutzes auch tatsächlich durchzusetzen. Anders als in früheren Fällen einer Glücksspiel- und Wettregulation durch staatliche Monopole, deren Kohärenz teilweise zweifelhaft war (vgl. insofern EuGH, Urteile vom 6. November 2002 - C-243/01,

Rs. Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13031, 13076 Rn. 67 ff.; vom 6. März 2007 - C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 53, vgl. aber Rn. 65 f.; vom 8. September 2010 - C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 88 ff., 97 ff.; vom 15. September 2011 - C 347/09, Rs. Dickinger u.a., Slg. 2011, I-8185, 8223 Rn. 61), dienen die in den genannten Gesetzen vorgesehenen Einschränkungen der Spielhallenbetriebe eindeutig nicht nur vorgegebenen Zwecken, sondern tatsächlich dazu, die Glücksspielmöglichkeiten zum Schutz der Allgemeinheit, nämlich der Suchtbekämpfung und des Spieler- und Jugendschutzes, zu verringern (BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6/15, BVerwGE 157, 126 Rn. 85; OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356, 359; Urteil vom 12. Juli 2018 - 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465, 469; OVG Hamburg, Beschluss vom 9. Juli 2018 - 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449, 452; OVG Weimar, Beschluss vom 24. Oktober 2018 - 3 EO 480/18, ZfWG 2019, 52, 54; OVG Bautzen, Beschluss vom 12. April 2019 - 3 B 75/19, juris Rn. 16; OVG Münster, Beschluss vom 16. August 2019 - 4 B 659/18, ZfWG 2019, 503, 505; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Januar 2020 - OVG 1 N 78.19, juris Rn. 31; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20 Rn. 124).

42 bb) Auch dem Transparenzgebot ist Genüge getan.

43 (1) Eine in einem Mitgliedstaat bestehende Erlaubnisregelung, mit der anerkannte Ziele des Gemeinwohls verfolgt werden, muss dem sogenannten Transparenzgebot genügen. Dieses verpflichtet die erlaubniserteilende Behörde, potenziellen Bewerbern auch aus einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Erlaubnis begehrt wird, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zu sichern, um diesen die Nachprüfung daraufhin zu ermöglichen, ob das Geneh-

migungsverfahren unparteiisch und unter Gleichbehandlung der Bewerber durchgeführt wurde (vgl. EuGH, Urteil vom 16. Februar 2012 - C-72/10 u.a., Rs. Costa u.a., ZfWG 2012, 105 Rn. 55, 58, 73). Das unionsrechtliche Transparenzgebot dient mithin insbesondere dazu, für die Betroffenen deutlich zu machen, nach welchen Kriterien eine (Auswahl-)Entscheidung getroffen wird, um die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Behörde auszuschließen (OVG Hamburg, Beschluss vom 9. Juli 2018 - 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449, 453). Das verlangt ein behördliches Erlaubnisverfahren, das auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht und der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzt (EuGH, Urteile vom 3. Juni 2010 - C-203/08, Rs. Sporting Exchange, Slg. 2010, I-4695, 4735 Rn. 50; vom 8. September 2010 - C-46/08, Rs. Carmen Media Group Ltd., Slg. 2010, I-8149, 8175 Rn. 87; vom 9. September 2010 - C-64/08, Rs. Engelman, Slg. 2010, I-8219, 8244 Rn. 54 f.; vom 19. Juli 2012 - C-470/11, Rs. Garkalns, NVzW 2012, 1162 Rn. 42 f.). Zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des sich daraus ergebenden Transparenzgebots gehört zudem, dass die das Ermessen der zuständigen Behörden eingrenzenden objektiven Kriterien ausreichend bekannt gemacht werden (EuGH, Urteile vom 3. Juni 2010, C-203/08, Rs. Sporting Exchange, Slg. 2010, I-4695, 4735 Rn. 51; vom 4. Februar 2016 - C-336/14, Rs. Ince, ZfWG 2016, 115 Rn. 55). Schließlich muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offenstehen (vgl. EuGH, Urteile vom 3. Juni 2010 - C-203/08, Rs. Sporting Exchange, Slg. 2010, I-4695, 4735 Rn. 50; vom 8. September 2010 - C-46/08, Rs. Carmen Media Group Ltd., Slg. 2010, I-8149, 8175 Rn. 87; vom 9. September 2010 - C-64/08, Rs. Engelman, Slg. 2010, I-8219, 8244 Rn. 55).

44 (2) Das Auswahlverfahren zur Durchsetzung des Abstandsgebots nach § 25 Abs. 1 GlüStV wird auch im vorliegenden Fall diesen Voraussetzungen gerecht.

45 Das Bundesverfassungsgericht hat es in seiner Entscheidung vom 7. März 2017 zur Verfassungsmäßigkeit des Glücksspieländerungsstaatsvertrages und der Ausführungsgesetze des Saarlandes, Berlins und Bayerns (1 BvR 1214/12 u.a., BVerfGE 145, 20 Rn. 185) im Hinblick insbesondere auf den Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG für verfassungsrechtlich hinnehmbar erklärt, die zur Durchsetzung des Abstandsgebots nach § 25 Abs. 1 GlüStV anhand sachgerechter Kriterien zu treffende Auswahl den zuständigen Behörden zu überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, soweit ersichtlich, nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine Vielzahl von Konkurrenzsituationen aufgelöst werden müsse, erfordere der Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG jedenfalls derzeit keine ausdrückliche gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlparameter. Insofern gebiete es die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber auch ohne explizite gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilungsmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht es als ausreichend angesehen, wenn sich auch ohne ausdrückliche Regelung aus einer Gesamtschau der einschlägigen Gesetze, insbesondere der dort formulierten Zielvorgaben sowie im Rahmen von Härtefallvorschriften aufgeführten Gesichtspunkten hinreichend Kriterien für

eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bestandsspielhallen ableiten lassen.

46 Mit diesen Vorgaben stehen auch im Sinne des Transparenzgebots ausreichend klare, im Voraus bestimmte und bekannte Parameter für die behördliche Auswahlentscheidung zur Verfügung (OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356, 359 f.; Urteil vom 12. Juli 2018 - 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465, 471 f.; OVG Münster, Beschluss vom 16. August 2019 - 4 B 659/18, ZfWG 2019, 503, 507; vgl. auch OVG Hamburg, Beschluss vom 9. Juli 2018 - 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449, 453; OVG Weimar, Beschluss vom 24. Oktober 2018 - 3 EO 480/18, ZfWG 2019, 52, 54; OVG Bautzen, Beschluss vom 12. April 2019 - 3 B 75/19, juris Rn. 16; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Januar 2020 - OVG 1 N 78.19, juris Rn. 36). Diese sichern zudem eine Gleichbehandlung von inländischen Betreibern und anderen Unionsbürgern, da sie gleichermaßen für alle Antragsteller einer entsprechenden Erlaubnis gelten. Da sich die Kriterien aus den Gesetzen selbst ergeben, sind die das Ermessen der zuständigen Behörden eingrenzenden objektiven Kriterien überdies ausreichend für jeden Antragsteller erkennbar, so dass auch insoweit keine Verletzung der vom Transparenzgebot geforderten Öffentlichkeit des Erlaubnisverfahrens vorliegt. Schließlich steht dem Betroffenen, der seine Rechte im Genehmigungsverfahren etwa durch eine unrichtige Anwendung der Auswahlkriterien oder deren Nichtbeachtung als verletzt ansieht, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf zu den Verwaltungsgerichten offen.

47 Dies gilt auch hinsichtlich der Gesetzeslage in Niedersachsen. Zwar sieht das niedersächsische Glücksspielgesetz keine ausdrückliche Regelung des Auswahlverfahrens zur Durchsetzung des Abstandsgebots vor, so dass den

befassten Behörden ein relativ weiter Entscheidungsspielraum zusteht. Dieser ist angesichts der vielschichtigen Interessenlagen und örtlichen Besonderheiten jedoch hinnehmbar. Trotz des relativ weiten Auswahlermessens gibt eine Gesamtschau der gesetzlichen Regelungen den Behörden ausreichende und für alle Bewerber erkennbare Entscheidungsparameter an die Hand, um die Kontrolle der Auswahlentscheidung auf eine möglicherweise willkürliche Handhabung sicherzustellen. Diese Kriterien ergeben sich insbesondere aus den Zielsetzungen des § 1 GlüStV und des § 1 Abs. 3 NGlüSpG sowie den Vorgaben für eine etwaige Härtefallentscheidung nach § 29 Abs. 4, Sätze 1, 2 GlüStV, die nach Ablauf der Übergangsfrist eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 GlüStV zur Vermeidung unbilliger Härten zulassen kann und für die einige Kriterien - etwa das des Zeitpunktes der Erteilung gemäß § 33i GewO - genannt sind. Ergibt sich anhand dieser Auswahlparameter kein Vorrang eines Bewerbers, so entscheidet nach der niedersächsischen Verwaltungspraxis das Losverfahren. Soweit das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg in seiner Entscheidung vom 4. September 2017 (11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 Rn. 17) darauf hingewiesen hat, dass diese Gesetzeslage und das Losverfahren insoweit den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht genügen, zielt dies zwar auch auf eine Einschränkung des behördlichen Entscheidungsspielraums. Dennoch handelt es sich bei der Frage des Gesetzesvorbehalts einerseits und des unionsrechtlich geforderten Transparenzgebots andererseits um unterschiedliche rechtliche Fragestellungen. Während es beim Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG darum geht, dass der Gesetzgeber selbst, nicht die Verwaltung die wesentlichen Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Berufsausübung regeln muss, dient das Transparenzgebot der Durchsetzung des Gleichheitssatzes und des Diskriminierungsverbotes. Diese verlangen, potentiellen Antragstellern - auch aus einem anderen Unionsstaat

als dem, der die gewünschte Genehmigung vergibt - offenzulegen, auf welcher Grundlage und nach welchen Kriterien die Genehmigungen erteilt werden, um durch die Möglichkeit zur Kontrolle der Gefahr von Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen vorzubeugen. Jedenfalls der fachkundige Bieter soll den Weg der Entscheidungsfindung durchschauen und gegen ihn möglicherweise diskriminierende Entscheidungen gegebenenfalls den Rechtsweg beschreiten können (EuGH, Urteil vom 16. Februar 2012, C-72/10 u.a., Costa u.a., ZfWG 2012, 105 Rn. 73). Diesem Erfordernis der Öffentlichkeit des Auswahlverfahrens ist mit den oben aufgeführten Entscheidungsparametern Genüge getan (so auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. September 2017 - 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356, 361 f.; Urteil vom 12. Juli 2018 - 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465, 471 f.). Das Transparenzgebot wird auch nicht dadurch verletzt, dass die zuständigen niedersächsischen Behörden ein Losverfahren durchführen, wenn - wie vorliegend festgestellt - geeignete sachliche Unterscheidungskriterien zwischen mehreren Bewerbern nicht gegeben sind. Auch dieses Verfahren betrifft alle Bewerber gleichermaßen und birgt keine Gefahr willkürlicher Entscheidungen.

IV.

48 Das Urteil des Landgerichts ist nach alledem mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückzuverweisen. Dies gilt freilich lediglich

im Umfang des Revisionsangriffs, mithin soweit es den allein angefochtenen Freispruch betrifft.

Schäfer

RiBGH Gericke ist wegen
Erkrankung an der Unter-
schrift gehindert.

Spaniol

Schäfer

Tiemann

Berg

Vorinstanz:

Hannover, LG, 24.04.2019 - 5573 Js 79200/17 46 KLS 8/18