

Oberlandesgericht Celle, Urt. v. 12.05.1969 – Az. 2 Ss 36/69

Aus den Gründen:

Die Anklage wirft dem Angeklagten W. vor, in der Zeit vom 9. 7. 1964 bis 23. 7. 1965 aus dem Glücksspiel ein Gewerbe gemacht zu haben, indem er als verantwortlicher Geschäftsführer der H. Casinogesellschaft W. & Co GmbH KG in dem von ihm in K. betriebenen öffentlichen Spielcasino das H. Casinospiel weiterspielte, obwohl das Bundeskriminalamt nach eingehender Prüfung des Spiels festgestellt hatte, daß dieses ein rouletteähnliches Glücksspiel sei und die Erteilung der gesetzlich vorgesehenen Unbedenklichkeitsbescheinigung abgelehnt hatte. Dem Mitangeklagten H., der kaufmännischer Leiter des Spielcasinos war, wirft die Anklage Beihilfe zum Vergehen gegen § 285 StGB vor. Das SchöffG hat die Angeklagten durch Urteil v. 3. 12. 1965 freigesprochen. Die hiergegen von der StA eingelegte Berufung hat die StrK durch das angefochtene Urteil verworfen. Die Revision der StA, die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat keinen Erfolg.

1. Auf Grund der getroffenen Feststellungen hat die StrK unter Anwendung der vom BGH im Anschluß an die Rechtsprechung des RG entwickelten Grundsätze (vgl. BGHSt. 2, BGHSt Jahr 2 Seite 274 = NJW 52, NJW Jahr 1952 Seite 673 L) rechtsfehlerfrei ausgeführt, daß es sich bei dem von der H. Casinogesellschaft W. & Co GmbH KG in der Gaststätte D. in K. betriebenen H. Casinospiel um ein Glücksspiel und nicht um ein Geschicklichkeitsspiel handelt. Der Angeklagte W. ist als Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin, der H. Casinogesellschaft W. & Co GmbH KG, die als Vertragspartnerin der einzelnen Spielverträge an der Gewinn- und Verlustchance beteiligt war, Täter des Vergehens gegen § 285 StGB (Jagusch in LK, 8. Aufl., § 285 StGB Anm. 2; RGSt. 57, 190). Durch seine Tätigkeit als Prokurist und kaufmännischer Leiter des Spielcasinos hat der Angeklagte H. dem Angeklagten W. Beihilfe zum gewerbsmäßigen Glücksspiel geleistet.

2. Entgegen der Auffassung der StrK entfällt die Rechtswidrigkeit des gewerbsmäßigen Glücksspiels nicht durch die vom Landkreis H. gemäß §§ 33 d u. 33 i GewO erteilte Erlaubnis v. 27. 12. 1963. Der Senat neigt zwar in Übereinstimmung mit Schönke-Schröder (13. Aufl., § 285 StGB Anm. II Rdnr. 2), Petters-Preisendanz (25. Aufl., § 285 StGB Anm. 3), Maurach (Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 4. Aufl., S. 343, § 285 StGB Anm. II C) und dem LG Ravensburg (NJW 68, NJW Jahr 1968 Seite 1151) der Auffassung zu, daß eine wirksam erteilte behördliche Erlaubnis, abweichend von der Rechtsprechung des RG (RGSt. 29, 376 und 65, 55), der sich Jagusch (in LK, 8. Aufl., § 285 StGB Anm. 3), Schwarz-Dreher (30. Aufl., § 285 StGB Anm. 1 a), Niethammer (Bes. Teil, S. 325, § 285 StGB Anm. XI 4 b und e), Dalcke-Fuhrmann-Schäfer (37. Aufl., § 285 StGB Anm. 1) und Welzel (Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 330, § 285 StGB unter 2 b) angeschlossen haben, über § 284 StGB hinaus auch im Falle eines

Vergehens gegen § 285 StGB die Rechtswidrigkeit des Handelns entfallen läßt. Der Erlaubnis des Landkreises H. v. 27. 12. 1963 kommt diese Wirkung jedoch nicht zu, weil sie nichtig ist. Die Nichtigkeit folgt zwar noch nicht daraus, daß die Erlaubnis entgegen § 33 d Abs. 2 GewO erteilt wurde, ohne daß sich die H. Casinogesellschaft W. & Co GmbH KG im Besitz einer Zulassung durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt oder einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Bundeskriminalamtes befand. Das Fehlen der gesetzlichen Grundlage macht den begünstigenden Verwaltungsakt noch nicht nichtig, sondern ermöglicht allenfalls seinen Widerruf. Der Erlaubnis des Landkreises H. v. 27. 12. 1963 fehlt jedoch nicht nur die gesetzliche Grundlage, Da es sich bei dem H. Casinospiele um ein nichtmechanisches Glücksspiel handelt, ist eine Erlaubnis gemäß § 33 d GewO schlechthin unzulässig, was § 33 h Nr. 3 GewO ausdrücklich klarstellt. Mit der dennoch erteilten Erlaubnis v. 27. 12. 1963 hat der Landkreis H. Handlungen erlaubt, die nach den §§ 284, 285 StGB strafbar sind. Ein begünstigender Verwaltungsakt, durch den die Erlaubnis zur Vornahme einer strafbaren Handlung erteilt wird, ist jedoch wegen rechtlicher Unmöglichkeit nichtig (Eyermann-Fröhler, VwGO, 4. Aufl., Anh. § 42 Rdnr. 11; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 9. Aufl., S. 239).

An der Nichtigkeit der Erlaubnis v. 27. 12. 1963 ändert sich auch dadurch nichts, daß der Landkreis H. sie zugleich auf § 33 i GewO gestützt hat. Diese Vorschrift regelt die Erlaubniserteilung für den gewerbsmäßigen Betrieb einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens. Eine Erlaubnis nach § 33 i macht diejenige nach § 33 d GewO nicht entbehrlich; denn beide Vorschriften stehen selbständig nebeneinander. (Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO, 12. Aufl., § 33 d Rdnr. 16). Damit entfällt die Möglichkeit, gemäß § 33 i GewO den gewerbsmäßigen Betrieb einer Spielhalle zu erlauben, in der ein nichtmechanisches Glücksspiel betrieben wird.

Schließlich läßt sich gegen die Rechtswidrigkeit des Handelns der Angeklagten auch nichts aus Artikel VI des 4. Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung v. 5. 2. 1960 (BGBl. I 61) herleiten. Das in dieser Vorschrift geregelte Altunternehmerprivileg steht der H. Casinogesellschaft nicht zu, weil sie das Spielcasino erst nach Inkrafttreten des Gesetzes (1. 10. 1960), nämlich am 5. 5. 1962 übernommen hat. Im übrigen ist gemäß Artikel VI aaO für Altunternehmer nur die Erlaubnis nach § 33 i, nicht jedoch diejenige nach § 33 d GewO entbehrlich.

3. Nach den getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte W. das H. Casinospiele vorsätzlich und gewerbsmäßig betrieben. Der Angeklagte H. hat ihm vorsätzlich Beihilfe geleistet. Beide Angeklagten kannten alle Tatsachen, die das H. Casinospiele rechtlich als Glücksspiel kennzeichnen und die es rechtfertigen, die Erlaubnis des Landkreises H. v. 27. 12. 1963 als nichtig anzusehen, so daß ein Tatsachenirrtum nicht vorliegt.

4. Die Freisprechung ist jedoch gerechtfertigt, weil beide Angeklagten, wie die StrK rechtsirrtumsfrei angenommen hat, in einem entschuldbaren Verbotsirrtum gehandelt haben. Nach den getroffenen Feststellungen hielten sie sich für befugt, das H. Casinospiele auch nach dem Widerruf der Erlaubnis v. 27. 12. 1963 durch Bescheid des Landkreises H. v. 10. 7. 1964 weiterzuspielen. Sie gingen davon aus, daß dem Widerspruch und der anschließenden Verwaltungsklage der H. Casinogesellschaft gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zukam. In dieser Auffassung wurden sie von Rechtsanwalt K. bestätigt, der ihnen riet, das H. Casinospiele bis zur Klärung der Rechtslage weiterzuspielen, und ihnen erklärte, sie würden sich nicht strafbar machen. Gleiches gilt für die Verfügung des Vorsitzenden der 3. Kammer Lüneburg des VG Braunschweig v. 14. 8. 1964 und den anschließenden Beschl. der Kammer v. 8.9.1964, durch die die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit, die der Regierungspräsident in L. mit Bescheid v. 6. 8. 1964 getroffen hatte, mit der Begründung wieder aufgehoben wurde, daß die Verwaltungsklage nicht von vornherein aussichtslos sei, es vielmehr der Prüfung zahlreicher Tat- und Rechtsfragen bedürfe. Damit wurde den Angeklagten durch das für die Entscheidung über die Wirksamkeit des Widerrufs der Erlaubnis v. 27. 12. 1963 zuständige VG bescheinigt, daß sie befugt seien, das H. Casinospiele einstweilen bis zum Abschluß des Verwaltungsstreitverfahrens weiterzubetreiben. Der Senat ist zwar der Auffassung, daß die Erlaubnis v. 27. 12. 1963 wegen rechtlicher Unmöglichkeit nichtig war und der Widerrufsbescheid des Landkreises H. v. 10. 7. 1964 nur deklaratorische Bedeutung hatte, so daß dem Widerspruch und der anschließenden Anfechtungsklage der H. Casinogesellschaft keine aufschiebende Wirkung zukommen konnte. Die Angeklagten, die durch den Widerrufsbescheid des Landkreises H. v. 10. 7. 1964, den Bescheid des Regierungspräsidenten v. 6. 8. 1964 und insbesondere den Beschluß der 3. Kammer Lüneburg des VG Braunschweig v. 8. 9. 1964 nicht auf die Möglichkeit einer Nichtigkeit der Erlaubnis v. 27. 12. 1963 hingewiesen worden waren, hielten sich, ohne insoweit an der Rechtslage zu zweifeln, für befugt, das H. Casinospiele bis zur Klärung der Rechtslage im Verwaltungsstreitverfahren einstweilen weiterzubetreiben. Da ihre rechtsirrigte Auffassung durch die Auskunft des Rechtsanwalts K. und durch die vorläufige Entscheidung des für das Verwaltungsstreitverfahren zuständige Verwaltungsgericht bestätigt wurde, bestand für sie keine Pflicht zur Einholung weiterer Rechtsauskünfte. Ihr Verbotsirrtum war unvermeidbar. Für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ist es ohne Bedeutung, daß die Croupiers solche Spieler nicht zurückgewiesen haben, die den Lauf der Kugel nicht beobachteten, vielmehr ihre Einsätze wahllos machten. Das H. Casinospiele war nach den getroffenen Feststellungen ohnehin ein Glücksspiel, weil es sich für einen Durchschnittsspieler nicht bei allen Setzmöglichkeiten als Geschicklichkeitsspiel spielen ließ. Da insoweit die Beobachtung des Laufs der Kugel ohnehin keinen Erfolg haben konnte, ist es ohne Bedeutung, daß das H. Casinospiele auch abweichend von den Auflagen der Erlaubnis v. 27. 12. 1963 gespielt worden ist; denn diese Auflagen konnten nur dann Sinn haben, wenn die Möglichkeit bestand, das H. Casinospiele bei ihrer Einhaltung als Geschicklichkeitsspiel zu spielen.