LANDES
VERWALTUNGS
GERICHT
VORARLBERG

Landwehrstraße 1
6900 Bregenz
Telefon +43-5574-48442
Fax +43-5574-48442-60195
post@lvwg-vorarlberg.at
www.lvwg-vorarlberg.at

C-55/22 - Nr. 1
Reg.-Nr. 1212094
eingegangen: 28.1.2022
eingetragen: 28.1.2022

Zahl: LVwG-1-118/2019-R10

Bregenz, am 18.01.2022

Antrag

auf

Vorabentscheidung gemäß Art 267 AEUV

Beschwerdeführer: N K, Lstraße, F, Österreich

vertreten durch: Rechtsanwältin Dr. Emelle Eglenceoglu, Gilmstraße 2, 6800 Feldkirch, Österreich

Belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft, Schloßgraben 1, 6800 Feldkirch, Österreich.

CURIA GREFFE
Luxembourg
Entrée 28. 01. 2022

Beschluss

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr. Wischenbart in der Beschwerdesache des N K, F, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Emelle Eglenceoglu, Feldkirch, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Feldkirch vom 30.11.2018, Zl , betreffend eine Bestrafung nach dem Glücksspielgesetz, den Beschluss gefasst:

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art 267 AEUV folgende Frage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist der Grundsatz [ne] bis in idem, so wie er durch Art. 50 der Charta garantiert ist, dahin auszulegen, dass die zuständige Verwaltungsstrafbehörde eines Mitgliedstaats gehindert ist, gegen eine Person eine Geldstrafe wegen Verstoß gegen eine glücksspielrechtliche Bestimmung zu verhängen, wenn zuvor ein gegen dieselbe Person aufgrund eines Verstoß gegen eine andere glücksspielrechtliche Bestimmung (oder allgemeiner: Regelung aus demselben Rechtsbereich?) geführtes Verwaltungsstrafverfahren, welchem derselbe Sachverhalt zugrunde lag, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Beweisaufnahme rechtskräftig eingestellt wurde?

II. Das Beschwerdeverfahren wird gemäß § 34 Abs 2 Z 2 in Verbindung mit § 43 Abs 2 VwGVG nach Vorliegen der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union fortgesetzt werden.

Begründung

I. Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits und maßgeblicher Sachverhalt:

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Feldkirch vom 19.02.2018, Zl (in weiterer Folge bezeichnet als erstes Straferkenntnis bzw erstes Strafverfahren), wurden über den Beschwerdeführer wegen Übertretungen des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild in Verbindung mit § 2 Abs 2 und 4 in Verbindung mit § 4 Glücksspielgesetz (GSpG) insgesamt vier Geldstrafen (samt Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt. Demnach habe er als Betreiber der „I", F, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im genannten Lokal unternehmerisch zugänglich gemacht habe, indem er gegen Entgelt die Veranstaltungen der verbotenen Ausspielungen in seinem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Gewinne dadurch mitgewirkt habe,

dass er Personal zur Auszahlung von Gewinnen und zur Zurückstellung der Zahlenfelder am Gerätebildschirm auf null angehalten habe. Bei einer Kontrolle am 29.12.2017 sei festgestellt worden, dass in diesem Lokal vier Glücksspielgeräte voll funktionsfähig in betriebsbereitem Zustand aufgestellt worden seien.

2. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes vom 13.08.2018, Zl LVwG-, wurde der gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Begründend führte das Landesverwaltungsgericht (ua) aus: Aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen sei hervorgekommen, dass der Beschwerdeführer nicht das dritte Tatbild des § 52 Abs 1 Glücksspielgesetz, nämlich das unternehmerisch Zugänglichmachen, verwirklicht habe, sondern das erste Tatbild des § 52 Abs 1 Glücksspielgesetz, nämlich das Veranstalten. Eine Abänderung des angefochtenen Straferkenntnisses dahingehend, dass der Beschwerdeführer als Betreiber des Lokales „I" in F zu verantworten habe, dass er zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz veranstaltet habe, hätte eine unzulässige Auswechslung der Tat bedeutet.

Gegen dieses Erkenntnis wurde weder von der Behörde noch vom Bundesminister für Finanzen eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben, obwohl beide die rechtliche Möglichkeit dazu gehabt hätten.

3. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Feldkirch vom 30.11.2018, Zl, (in weiterer Folge bezeichnet als zweites Straferkenntnis bzw zweites Strafverfahren) wurden über den Beschwerdeführer wegen Übertretungen des § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild in Verbindung mit § 2 Abs 2 und 4 in Verbindung mit § 4 Glücksspielgesetz (GSpG) vier Geldstrafen (samt Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt, weil er als Eigentümer näher beschriebener Glücksspielgeräte und als Betreiber des Lokals „I" an näher bezeichneter Adresse am 29.12.2017 Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen in diesem Lokal veranstaltet habe, indem er auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko diese Geräte aufgestellt und betrieben habe. Der Beschwerdeführer habe die Geräteladen ausgeräumt und die Geldbeträge selbst kassiert. Die Gewinne seien durch seine Angestellten im Lokal an die Spielkunden ausbezahlt worden.

4. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschuldige Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht erhoben. Ein Vorbringen wegen Doppelverfolgung wurde nicht erstattet. Allerdings ist nach der innerstaatlichen Rechtslage das Gericht bei der Prüfung der vorliegenden Sache nicht an das Beschwerdevorbringen gebunden.

5. Dieser Beschwerde gab das Landesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 04.07.2019, Zl LVwG, statt. Es hob das angefochtene Straferkenntnis auf und stellte das Verwaltungsstraf-

verfahren ein. Begründend führte das Landesverwaltungsgericht (ua) aus: Dem Beschwerdeführer sei bereits mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Feldkirch vom 19.02.2018 vorgeworfen worden, er habe als Betreiber des Lokals „I" an näher bezeichneter Adresse zu verantworten, dass näher beschriebene Glücksspielgeräte im genanntem Lokal am 29.12.2017 unternehmerisch zugänglich gemacht worden seien, indem er gegen Entgelt die Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen in seinem Lokal geduldet habe und an der Auszahlung erzielter Gewinne dadurch mitgewirkt habe, dass er Personal zur Auszahlung von Gewinnen und zur Zurückstellung der Zahlenfelder am Gerätebildschirm „auf null" gehalten habe. Mit dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes vom 13.08.2018 sei der Beschwerde des Beschwerdeführers gegen dieses Straferkenntnis Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben sowie das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt worden. Da die belangte Behörde den Beschwerdeführer nunmehr erneut für dieselbe Tat am selben Ort zur selben Zeit bestraft habe – somit denselben Sachverhalt nur unter ein anderes Tatbild subsumiert habe – liege eine unzulässige Doppel- oder Mehrfachbestrafung im Sinne des Art 4 Abs 1 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vor. Das Straferkenntnis vom 30.11.2018 sei deshalb aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

6. Gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes vom 04.07.2019, Zl LVwG-1-118/2019-R10, erhob die Bezirkshauptmannschaft Feldkirch Revision an den Verwaltungsgerichtshof.

7. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 14.06.2021, Ra 2019/17/0087[1], wurde das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes vom 04.07.2019, Zl LVwG-1-118/2019-R10, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. In der Entscheidung wird – zusammengefasst – ausgeführt: Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 26.09.2018, Ra 2017/17/0474, 0475[2], zu einer mit dem vorliegenden Revisionsfall in hier wesentlichen Punkten vergleichbaren Sachverhaltskonstellation (zwei gesonderte Strafverfahren gegen einen Revisionswerber wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild Glücksspielgesetz einerseits und wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild Glücksspielgesetz andererseits nach Anzeigen aufgrund derselben finanzpolizeilichen Kontrolle; Einstellung eines der beiden Strafverfahren; Frage der Verletzung des Art 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Bezug auf das andere Strafverfahren) ausgeführt, dass nach rechtskräftiger Einstellung des wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild Glücksspielgesetz geführten Strafverfahrens der Beschuldigte nicht mehr nach dem dritten Tatbild dieser Gesetzesbestimmung bestraft werden dürfe. Es wäre jedoch zulässig gewesen, das wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild Glücksspielgesetz geführte Strafverfahren fortzuführen, somit den Beschuldigten nach diesem Tatbild zu bestra-

[1] ECLI:AT:VWGH:2021:RA2019170087.L00
[2] ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017170474.L00

fen. Übertrage man diese Judikatur auf den vorliegenden Revisionsfall, so sei die mit dem genannten Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes vom 13.08.2018 verfügte Einstellung des gegen den Revisionswerber geführten Strafverfahrens der weiteren Strafverfolgung und Bestrafung des Revisionswerbers wegen des ihm angelasteten Veranstaltens verbotener Ausspielungen (§ 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild Glücksspielgesetz) nicht entgegen gestanden. Da somit das Verwaltungsgericht die Rechtslage verkannt habe, habe es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Das angefochtene Erkenntnis sei daher aufzuheben gewesen.

8. Durch die Aufhebung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes vom 04.07.2019, Zl LVwG-1-118/2019-R10, ist die Beschwerde insoweit wieder unerledigt.

II. Einschlägige Vorschriften des Unionsrechts:

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2007/303,1; ABl C 2010/83 389; ABl C 2012/326, 391.

Art 50

Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden.

Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.

Art 51

Anwendungsbereich

(1) Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden.

III. Einschlägige Vorschriften des nationalen Rechts:

Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 99/2020

§ 1[3]

Glücksspiele

(1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

§ 2[4]

Ausspielungen

(1) Ausspielungen sind Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer *veranstaltet,* organisiert, anbietet oder *zugänglich macht* und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

(2) Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

(4) Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

§ 52[5]

Verwaltungsstrafbestimmungen

(1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe bis zu 60.000 Euro zu bestrafen,

---

[3] idF BGBl I Nr 13/2014
[4] idF BGBl I Nr 73/2010, die zum Tatzeitpunkt galt
[5] idF BGBl I Nr 118/2016, die zum Tatzeitpunkt galt

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus *verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet*[6], organisiert oder *unternehmerisch zugänglich macht*[7] oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 daran beteiligt.

(2) Bei Übertretung des Abs 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 bis 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 bis 30.000, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 bis zu 60.000 zu verhängen.

Gemäß § 63 Abs 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 – VwGG – BGBl Nr 10/1975, idF BGBl I Nr 33/2013, sind die Verwaltungsgerichte, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Revision stattgegeben hat, verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustandes herzustellen.

Dies bedeutet, dass das Verwaltungsgericht an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes gebunden ist. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Ro 2016/15/0041[8] vom 18.12.2019) besteht aber keine Bindung gemäß § 63 VwGG, wenn nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs eine abweichende Entscheidung des EuGH ergeht. Es ist mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, dass ein nationales Gericht nach einer nationalen Verfahrensvorschrift an die rechtliche Beurteilung eines übergeordneten nationalen Gerichts gebunden ist, wenn diese Beurteilung des übergeordneten Gerichts nicht dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union entspricht.

IV. Gründe, auf denen die Zweifel des vorlegenden Gerichts hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts beruhen:

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg bestimmen Zweifel, ob Art 50 GRC einer neuerlichen Verfolgung entgegen steht, wenn ein Strafverfahren nach dem Glücksspielgesetz wegen desselben Sachverhaltes, jedoch aufgrund einer anderen Gesetzesbestimmung dieses Gesetzes nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Sachverhaltsermittlung eingestellt wurde, ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.

---

[6] In den weiteren Ausführungen als erstes Tatbild bezeichnet
[7] In den weiteren Ausführungen als drittes Tatbild bezeichnet
[8] ECLI:AT:VWGH:2019:RO2016150041.J00

Voraussetzung der Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art 267 AEUV ist, dass das vorlegende Gericht die Entscheidung der Vorabentscheidungsfrage für erforderlich, d. h. für entscheidungserheblich hält. Darüber hat das vorlegende Gericht in eigener Zuständigkeit zu entscheiden. Da im vorliegenden Fall die Revision gegen die zu erlassende Entscheidung nicht von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist, ist das Landesverwaltungsgericht gemäß Art 267 Abs 2 AEUV vorlageberechtigt.

Zur Anwendung der Charta:

Wenn sich ein Mitgliedsstaat auf zwingende Gründe des allgemeinen Interesses beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, ist diese im Unionsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Licht der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und insbesondere der nunmehr durch die Charta garantierten Grundrechte auszulegen.

Erweist sich eine nationale Regelung als geeignet, die Ausübung einer oder mehrerer durch den Vertrag garantierter Grundfreiheiten zu beschränken, können nach dieser Rechtsprechung die im Unionsrecht vorgesehen Ausnahmen somit für die betreffende Regelung nur insoweit als Rechtfertigung dieser Beschränkung gelten, als sie den Grundrechten, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, Genüge getan wird. Diese Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte fällt offensichtlich in den Geltungsbereich des Unionsrechts und folglich der Charta. Nimmt der Mitgliedsstaat im Unionsrecht vorgesehene Ausnahmen in Anspruch, ohne eine Beschränkung einer durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu rechtfertigen, muss dies daher als „Durchführung des Rechts der Union" im Sinne von Art 51 Abs 1 der Charta angesehen werden (Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2014, C-390/12, *Pfleger*[9], Rn 35 bis 36). Diese Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist ebenfalls zu einer Vorlage eines österreichischen Landesverwaltungsgerichts in Anwendung des Glücksspielgesetzes ergangen.

Zudem sind auch EU-Bürger Kunden des Gastlokals des Beschwerdeführers. Ein Angestellter ist Staatsangehöriger von Bulgarien, somit eines anderen Mitgliedsstaates.

Zum Grundsatz „ne bis in idem":

Der traditionell nur national verankerte Grundsatz des „ne bis in idem" kommt im Kontext eines Zusammenschlusses, wie er bei der Gemeinschaft gegeben ist, dadurch zur Geltung, dass

[9] ECLI:EU:C:2014:281

er in eigenen Vereinbarungen vorgesehen ist, wie etwa in Art 50 GRC, in Art 54 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (SDÜ), in Art 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aber auch in Art 7 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften oder in Art 10 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind (vgl die Schlussanträge des Generalanwalts zu C-397/03P, Rn 99).

Insoweit wird im Unionsrecht nämlich die Gleichheit eines Verstoßes auf der Grundlage von nur zwei Kriterien bestimmt: Identität des Sachverhalts und des Zuwiderhandelnden. Die rechtliche Qualifizierung oder das geschützte Interesse sind dagegen nicht maßgebend für die Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem". Der Gerichtshof hat diesen Ansatz, der eng an die jüngere Rechtsprechung des EGMR angelehnt ist, in Fällen betreffend die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen angewandt (so etwa in C-436/04, *Esbroeck*[10]„ Rn 36;).

In der Rechtssache C-436/04, *Esbroeck* Rn 27 ff, hat sich der Gerichtshof ausführlich mit dem Einwand, dass die Identität der Tat auch die Identität ihrer rechtlichen Qualifizierung bzw der geschützten rechtlichen Interessen voraussetze, in einem Art 54 SDÜ betreffenden Verfahren auseinandergesetzt. Er hat dort ausgeführt, dass diese Vorschrift den Ausdruck „dieselbe Tat" verwende, also nur auf das Vorliegen der fraglichen Tat abstelle und nicht auf ihre rechtliche Qualifizierung. Insofern unterscheide sich diese Bestimmung von den in anderen internationalen Übereinkünften enthaltenen Ausdrücken, in denen der Grundsatz „ne bis in idem" niedergelegt sei. So werde in Art 14 Abs 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte der Begriff „strafbare Handlung" und in Art 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten der Begriff „Straftat" verwendet, was die Relevanz des Kriteriums der rechtlichen Qualifizierung der Tat als Voraussetzung für die Anwendung des in diesen letztgenannten Übereinkünften niedergelegten Grundsatzes „ne bis in idem" impliziere.

Der EGMR hat allerdings in der späteren Entscheidung Nr 14.939/03 vom 10.02.2009, *Zolotukhin* vs *Russia*, auf diese begriffliche Differenzierung Bezug genommen. Auch wenn in Art 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Art 50 GRC das Wort „offence" verwendet werde, im SDÜ, in der Amerikanischen Menschenrechtskonvention bzw in den Statuten des Internationalen Strafgerichtshofs dagegen die Umschreibung „same cause", „same acts" bzw „same conduct", würde ein Verständnis des Wortes „offence" in Art 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschen-

[10] ECLI:EU:C:2006:165

rechte und Grundfreiheiten im Sinne einer Berücksichtigung auch der rechtlichen Qualifikation und Zielsetzung (also des verletzten Rechtsguts) die dort aufgestellten Garantien unterlaufen. Es komme daher auch bei Art 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nur darauf an, ob die verfolgten faktischen Umstände im Wesentlichen die selben gewesen seien, nicht hingegen auf deren rechtliche Einordnung.

Eine idente Tat („idem") liegt unbeschadet deren rechtlicher Einordnung, ja unabhängig vom beeinträchtigten Rechtsgut dann vor, wenn den Verfahren bzw Entscheidungen derselbe historische Lebenssachverhalt zu Grunde liegt. Als Beurteilungskriterien sind Tatzeit, Tatort, Gegenstand der Tat, Tathandlung, Täter, Tatopfer sowie verursachter oder beabsichtigter Erfolg heranzuziehen. Dabei darf ein Komplex von Tatsachen, die ihrer Natur nach unlösbar miteinander verbunden sind und in räumlicher und zeitlicher Hinsicht übereinstimmen, nicht in künstlich voneinander getrennte Handlungen aufgeteilt werden. OGH 28.04.2015, 11Os5/15t (drinnen lassen obwohl OGH?)

In seiner Entscheidung vom 20.03.2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*[11], hat der EuGH ausgeführt, für die Beurteilung, ob es sich um dieselbe Straftat handelt, ist das Kriterium der Identität der materiellen Tat maßgebend, verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit unkonkreter, unlösbar miteinander verbunden Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt habe. Art 50 der Charta verbietet somit, wegen derselben Tat am Ende verschiedener zu diesem Zweck durchgeführter Verfahren mehrere Sanktionen strafrechtlicher Natur zu verhängen (Rz 37).

Ferner sind die rechtliche Einordnung der Tat nach nationalem Recht und das geschützte rechtliche Interesse für die Feststellung, ob dieselbe Straftat vorliegt, nicht erheblich, da die Reichweite des in Art 50 der Charta gewährten Schutzes nicht von einem Mitgliedsstaat zu anderen unterschiedlich sein kann (Rz 38).

In der Entscheidung vom 29.06.2016, C-486/14, *Piotr Kossowski*[12], hat der EuGH ausgeführt: Um zu bestimmen, ob ein Beschluss mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehende eine Entscheidung darstellt, mit der einer Person im Sinne des Art 54 SDÜ rechtskräftig abgeschlossen wurde, müsse man sich vergewissern, dass diese Entscheidung nach einer Prüfung in der Sache erfolgt sei. Ein Einstellungsbeschluss, der erlassen worden wäre, ohne dass eingehende Ermittlungen durchgeführt worden wären, um Beweismittel zu sammeln und untersuchen, stellt keine Entscheidung dar, der eine Prüfung in der Sache vorausgegangen ist.

---

[11] ECLI:EU:C:2018:193
[12] ECLI:EU:C:2016:483

Im vorliegenden Fall ist jedoch eine mündliche Verhandlung durchgeführt worden, in der auch der Sachverhalt geprüft wurde.

Zum konkreten Fall:

Gegenständliches Verwaltungsstrafverfahren nach dem Glücksspielgesetz ist ein Strafverfahren nach den „Engel-Kriterien". Weiters besteht eine rechtskräftige endgültige Entscheidung im Verfahren LVwG-1-158/2018-R10 über die Einstellung eines Strafverfahrens nach § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild in Verbindung mit § 2 Abs 2 und 4 in Verbindung mit § 4 Glücksspielgesetz (unternehmerisches Zugänglichmachen von Glücksspielen). Dies kommt einem Freispruch gleich.

In diesem Verfahren hat das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg eine mündliche Verhandlung durchgeführt. In dieser wurde der Sachverhalt ermittelt. Die kontrollierenden Polizeibeamten wurden als Zeugen einvernommen. Aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Entschluss gekommen, dass der Beschuldigte keine verbotenen Glücksspiele unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Aufgrund dessen hat es das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Auch das gegenständliche zur Zl 1-118/2019-R10 anhängige Verfahren hat ein Straferkenntnis gegen denselben Beschuldigten zum Inhalt. Die dem Beschuldigten in den beiden Straferkenntnissen der Bezirkshauptmannschaft Feldkirch vorgeworfenen Tathandlungen waren im Wesentlichen ident, auch hinsichtlich Zeit und Ort. Nämlich, dass bei einer Kontrolle am 29.12.2017 festgestellt wurde, dass in diesem Lokal vier näher beschriebene Glücksspielgeräte aufgestellt wurden, um Glücksspiele in Form von Ausspielungen an diesen Geräten durchzuführen, obwohl weder eine Konzession noch eine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erteilt wurde und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol gegeben war.

Im ersten Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, dass er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im genannten Lokal unternehmerisch zugänglich gemacht hat, indem er gegen Entgelt die Veranstaltung dieser Ausspielungen im Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Gewinne dadurch mitgewirkt habe, dass er Personal zur Auszahlung von Gewinnen und zum Zurückstellen der Zahlenfelder am Gerätebildschirm angehalten habe.

Im zweiten Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe als Eigentümer dieser Glücksspielgeräte Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen veranstaltet, indem er diese auf eigene Rechnung und eigenes Risiko aufgestellt und betrieben habe.

Identität des Sachverhalts und des Zuwiderhandelnden ist somit gegeben. Auch ist ein Freispruch im Sinne des Art 50 der Charta erfolgt.

In den beiden Strafverfahren wurden zwei unterschiedliche Delikte vorgeworfen, im ersten Verfahren das unternehmerische Zugänglichmachen von Glücksspielen nach § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild, sowie im zweiten Verfahren das Veranstalten von Glücksspielen nach § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild.

Beiden Alternativen dieser Strafbestimmung ist jedoch gemein, dass damit illegale Glücksspiele, gleich, ob sie unternehmerisch zugänglich gemacht oder veranstaltet wurden, verhindert werden sollen.

Im ersten Verfahren hat das Landesverwaltungsgericht in seiner Begründung allerdings festgehalten, dass der Beschwerdeführer als Täter im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz veranstaltet, in Betracht. Dies entspricht dem Tatvorwurf im zweiten Straferkenntnis, zu dem nun das Beschwerdeverfahren beim Landesverwaltungsgericht Vorarlberg anhängig ist. Jedoch hat das Landesverwaltungsgericht das erste Straferkenntnis (unternehmerisches Zugänglichmachen von Glücksspielen) aufgehoben und das Strafverfahren darüber eingestellt. Ob diese Einstellung zu Recht erfolgte, oder ob schon im ersten Beschwerdeverfahren anstatt der Einstellung eine Bestrafung wegen des unternehmerischen Veranstaltens von Glücksspielen erfolgen hätte müssen, ist im nun beim Landesverwaltungsgericht anhängigen zweiten Verfahren nicht mehr zu klären. Dieses erste Verfahren ist nämlich rechtskräftig abgeschlossen. Es wurde von allen beteiligten Parteien akzeptiert.

Das Landesverwaltungsgericht geht grundsätzlich davon aus, dass im ersten Strafverfahren ein Freispruch des Beschwerdeführers erfolgte, sich das zweite Strafverfahren auf dieselbe Tat bezog, es auf die rechtliche Qualifikation beim Doppelverfolgungsverbot nicht ankommt und daher Art 50 GRC so auszulegen ist, dass er einer neuerlichen Bestrafung entgegensteht. Und zwar, obwohl im ersten freisprechenden Straferkenntnis sehr wohl festgehalten wurde, dass es sich bei den gegenständlichen Spielen um verbotene Glücksspiele handelte. Diese Auslegung ist jedoch aufgrund des im vorigen Satz genannten Umstandes nicht derartig offenkundig, dass keine Zweifel bleiben würden.

Es besteht eine Verpflichtung sämtlicher Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, das gesamte Recht unionskonform auszulegen, also so, dass das Ziel der Richtlinie nicht durch die Auslegung des nationalen Rechts gefährdet wird. Da die richtige Anwendung des Unionsrechts jedoch nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt und eine chartakonforme Auslegung des nationalen Rechts daher nicht möglich

ist, werden die Vorlagefragen gemäß Art 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

Dem Europäischen Gerichtshof wird eine namentliche Fassung des Vorabentscheidungsverfahrens sowie eine anonymisierte Fassung übermittelt. Es wird ersucht, im Verfahren Anonymität zu wahren.

Dr. Elisabeth Wischenbart

Ergeht an:

1. Gerichtshof der Europäischen Union
   Kanzlei
   Rue de Fort Niedergrünewald
   L-2925 LUXEMBURG
   LUXEMBURG
   RS

   unter Anschluss von
- anonymisierter Fassung des Vorabentscheidungsersuchens
- Akt der Bezirkshauptmannschaft Feldkirch, Zl BHFK-X-9-2018/02407 im Original
- Akt des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg, Zl 1-118/2009-R10 im Original

2. Herrn
   N K
   zH Rechtsanwältin Dr. Emelle Eglenceoglu
   Gilmstraße 2
   6800 Feldkirch
   (RSb)

3. Bezirkshauptmannschaft Feldkirch
   Schloßgraben 1
   6800 Feldkirch
   (RSb)

LANDESVERWALTUNGSGERICHT VORARLBERG AMTSSIGNATUR	Dieses Dokument ist amtssigniert im Sinne des E-Government-Gesetzes. Mechanismen zur Überprüfung des elektronischen Dokuments sind unter https://pruefung.signatur.rtr.at/ verfügbar. Ausdrucke des Dokuments können beim Landesverwaltungsgericht Vorarlberg Landwehrstraße 1 A-6900 Bregenz post@lvwg-vorarlberg.at überprüft werden.