

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Ri. in der Beschwerdesache - Maßnahmenbeschwerde - der Bf., AdresseBf., vertreten durch Ges-Gf., Ort1, wegen behaupteter Verletzung in Rechten durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) durch Organe der Finanzpolizei FPT für das FA Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf am 8.11.2018 im Lokal Adresse, zu Recht erkannt:

I) Die Beschwerde wird hinsichtlich der Punkte Abkleben und Unbrauchbarmachen von Videokameras sowie Abbau einer Alarmanlage gem. § 28 Abs. 6 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

II) Hinsichtlich des Beschwerdepunktes - Beschwerde gegen die vorläufige Beschlagnahme sogenannter 4 Quizomaten und 2 Ein- und Auszahlungsgeräten - wird die Beschwerde infolge Zurücknahme als nicht mehr zulässig erklärt und das Verfahren diesbezüglich eingestellt (§ 28 Abs. 1 VwGVG).

III) Die Kostenansprüche gründen sich auf § 35 Abs. 1 und 3 VwGVG iVm § 1 Z 3 und 4 VwG-Aufwandersatzverordnung idgF.

Die Kosten des Vorlageaufwands iHv Euro 57,40 und des Schriftsatzaufwands iHv Euro 368,80 sind dem Bund binnen zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (id Folge Bf.) brachte mit Schriftsatz vom 19.11.2018 per Telefax beim Bundesfinanzgericht (BFG) eine **Maßnahmenbeschwerde** gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 iVm Art. 132 Abs. 2 B-VG ein. Als Vertreter der Bf. war Ges-Gf., Geschäftsführer und Alleingesellschafter angeführt, dieser vertreten durch HW.

Die Beschwerde wurde gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Organe der Finanzpolizei am 8.11.2018 im Lokal Adresse, erhoben.

Wegen behaupteter Verletzung in verfassungs- sowie einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten beantragte die Bf.:

„a) die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (von der nur abgesehen wird, wenn der Beschwerde vollinhaltlich stattgegeben wird);

b) die Erlassung eines Erkenntnisses mit dem Ausspruch, dass die in Beschwerde gezogene Befehls- und Zwangsgewalt rechtswidrig war; sowie

c) den Zuspruch der Reisespesen sowie der pauschalierten Kosten gemäß § 35 VwGVG und

d) den Zuspruch der Beteiligengebühr nach § 26 VwGVG iVm den Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes 1975.“

Zum Sachverhalt führte die Bf. aus:

Die Bf. habe ihren Firmensitz in der Slowakischen Republik und habe im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 ff AEUV sowie der Grundfreiheiten auf Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit nach den Art. 15 und 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), am Standort in Adresse, vier Quizomaten sowie zwei Verkaufsautomaten (E-Kiosk) aufgestellt. Die Bf. sei zivilrechtliche Eigentümerin dieser Geräte.

Am 08.11.2018 seien Organe der Finanzpolizei im oben angeführten Lokal erschienen und haben die angeführten Geräte beschlagnahmt. Es könne nicht gesagt werden, nach welcher Bestimmung die Beschlagnahme erfolgt sei, weil im Lokal niemand anwesend gewesen sei und keine Bescheinigung hinterlassen worden sei.

Das Lokal sei gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO mit Videokameras zum Schutz des Eigentums überwacht gewesen. Diese Kameras seien von den Organen mit Klebebändern abgeklebt und so unbrauchbar gemacht worden und sei auf diese Art und Weise eine Sachbeschädigung im Sinne des § 125 StGB begangen worden.

Weiters sei von einer Person eine bestehende Alarmanlage abgebaut worden.

Diese Maßnahmen stellten mangels gesetzlicher Grundlage einen Akt der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt dar. Sowohl das Abkleben der Videokameras als auch der mechanische Abbau der Alarmanlage stellten keinen hoheitlichen Akt, sondern ausschließlich einen Exzess dar.

Die Beschwerde sei zulässig wegen Verletzung in Rechten durch Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.

Die Beschwerde sei rechtzeitig, da die in Beschwerde gezogene Amtshandlung am 8.11.2018 stattgefunden habe.

Für das Abkleben und das Unbrauchbarmachen der Videokameras sowie für den Abbau einer Alarmanlage gebe es keine gesetzliche Grundlage und stelle diese Vorgangsweise kein hoheitliches Handeln dar. Es handle sich dabei ausschließlich um eine willkürliche

Vorgangsweise, die durch das Unbrauchbarmachen zudem in beiden Fällen den Tatbestand der Sachbeschädigung darstelle.

Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG seien die Organe der Finanzpolizei zwar berechtigt, ihre Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Die Ausübung sei dem Betroffenen aber anzudrohen und haben die Organe deren Ausübung zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg entweder erreicht worden sei oder sich zeige, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden könne und der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchführung erforderlichen Eingriff stehe.

Dies gelte ausschließlich für das Vorliegen eines glücksspielrechtlichen Sachverhaltes nach dem GSpG idgF, welcher nicht vorgelegen sei.

Für das Abkleben der Videokameras sowie für die Entfernung der Alarmanlage stelle sich die Frage dieser Androhung gar nicht, weil es sich dabei um keinen Verdacht einer Übertretung nach dem GSpG handle. Diese Maßnahme sei daher auch nicht einmal im Verwaltungsweg vor der zuständigen Verwaltungsbehörde der Landespolizeidirektion Wien (und in weiterer Folge vor dem LVwG Wien) bekämpfbar. Es bleibe also alleine dem Bundesfinanzgericht vorbehalten, darüber zu urteilen, ob die Organe der Finanzpolizei rechtswidrig gehandelt haben.

Hinsichtlich der Beschlagnahme der angeführten Geräte hätten die Organe der Finanzpolizei zwar hoheitlich gehandelt, hätten den Sachverhalt aber so massiv verkannt, dass die Vorgangsweise im Verwaltungsweg ebenfalls nicht bekämpft werden könne, weil es sich um eine zivilrechtliche Tat- und Rechtsfrage handle, die in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte falle.

Aus diesen Gründen sei die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde keinesfalls als subsidiär zu betrachten, sondern im vollen Umfang zulässig.

Unter dem Punkt „Rechtlicher Zusammenhang“ war u.a. ausgeführt:

Die Bf. sei eine nach den Bestimmungen des slowakischen Handelsgesetzbuches gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie sei im Handelsregister des Bezirksgerichtes Bratislava eingetragen und habe ihren Sitz in Bratislava. Nach Art. III, insbesondere lit. e), f), o) und q) der Gründungsurkunde seien das Anbieten und Bereitstellen von Unterhaltungsspielapparaten (sprich der gegenständlichen Quizomaten) sowie der Betrieb und das Anbieten von Leistungen mit Verkaufsautomaten jedenfalls Unternehmensgegenstand und erlaubt.

Die Bf. sei gemäß Art. 56 ff AEUV berechtigt, ihre Dienstleistungen auch in einem anderen Mitgliedsstaat, wie hier in Österreich, zu erbringen. Die Bf. berufe sich auf die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 ff AEUV, wobei sie keiner der im letztgenannten Artikel (und den fortfolgenden) angeführten Beschränkungen unterliege. Bei diesem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union handle es sich um durch einen anderen Mitgliedstaat nicht beschränkbares Primärrecht. Nach dem es sich hier also um die Durchführung des (grundlegenden) Rechts der Union handle seien gemäß Art. 51 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) auch die Art. 15 bis 17 GRC (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten; unternehmerische Freiheit und Recht auf

Eigentum) anzuwenden und zu berücksichtigen. Das Recht auf die Unverletzlichkeit des Eigentums bestehe zudem auch nach Art. 1 1. ZPEMRK sowie nach Art. 5 StGG, sodass die Vorgangsweise der Organe der Finanzpolizei auch gegen österreichisches Verfassungsrecht verstoße.

Die Bf. verwies auf die Befugnisse der Finanzpolizei, die in § 12 AVOG 2010 geregelt sind sowie auf die diesbezüglichen Bestimmungen des § 50 Abs. 2 und 4 GSpG. Nach Art. 18 Abs. 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.

Aufgrund nachstehender Gründe seien die Handlungen der Organe der Finanzpolizei rechtswidrig gewesen:

Die Organe der Finanzpolizei seien gem. § 12 AVOG iVm § 50 Abs. 2 GSpG nur berechtigt gewesen, die Räume zu betreten, nicht jedoch dazu die Videokameras abzukleben sowie die Alarmanlage abzumontieren und die Geräte ohne Androhung der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt vorläufig zu beschlagnahmen.

Nach § 50 Abs. 4 GSpG seien die Organe der Finanzpolizei berechtigt, ihre Überwachungsaufgaben mittels unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Diese sei dem Betroffenen jedoch (vorher) anzudrohen. Im gegenständlichen Fall sei niemand anwesend gewesen sodass die Ausübung niemanden hätte angedroht werden können und die Amtshandlung daher abubrechen gewesen wäre. Die Tatsache, dass niemand anwesend gewesen sei, habe die Organe der Finanzpolizei jedenfalls nicht berechtigt, contra legem vorzugehen. Die vorherige Androhung sei eine *condicio sine qua non*, bei deren Nichtbeachtung das Gesetz verletzt werde.

Unter Verweis auf die Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG wäre nach Ansicht der Bf. die beabsichtigte Beschlagnahme abubrechen gewesen, nachdem niemand anwesend gewesen sei.

Bei den vier Quizomaten habe es sich um Geräte mit Wissensfragen gehandelt, durch deren richtige Beantwortung ohne weiteres Zutun erst ein Walzendrehen ausgelöst werden könne. Diese Geräte unterlägen nach der Judikatur des VwGH (Ra 2015/17/0145 u.a.) nicht den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes. Um einer unberechtigten Beschlagnahme durch Behördenorgane vorzubeugen, sei von der Bf. im Lokal sogar eine Infomappe mit dem Rechtssatz dieser Judikatur sowie einem leicht zu lesenden Gutachten aufgelegt gewesen. Desgleichen handle es sich bei den beiden Verkaufsautomaten keinesfalls um Eingriffsgegenstände.

Es bestehe keine gesetzliche Bestimmung, die es den Organen der Finanzpolizei gestattet hätte, die Beschlagnahme durchzuführen, weil es sich ausschließlich um einen zivilrechtlichen Sachverhalt handle und für ein Einschreiten daher nur die Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuständig seien. Es bestehe keine gesetzliche Bestimmung, die es den Organen der Finanzpolizei erlaube die Kameras der Videoüberwachung abzukleben, um deren Vorgehen offensichtlich zu verschleiern. Diese Vorgangsweise

entspreche keinesfalls mehr rechtsstaatlichen Maßstäben und werde in diesem Zusammenhang auf das Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 1 B-VG verwiesen. Das Abkleben von Kameras und die Demontage der Alarmeinrichtung stellten zudem ein Unbrauchbarmachen im Sinne einer Sachbeschädigung gemäß § 125 StGB dar.

Die Bf. verwies nochmals auf die bereits genannten Bestimmungen des EU-Rechtes.

Jede staatliche Maßnahme, die sich nicht auf eine gesetzliche Bestimmung im Sinne des Art. 18 B-VG rückführen lasse, sei eine faktische Amtshandlung und unterliege zur Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit der Beurteilung der zuständigen Verwaltungsgerichte. Selbst wenn man fiktiv von einem tatsächlichen Glücksspielrechtlichen Sachverhalt ausginge, wäre die Beschlagnahme rechtswidrig, weil die Regelung eines Mitgliedstaates, die den Betrieb von Glücksspielautomaten ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet, eine Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs darstelle (LVWG NÖ vom 15.03.2016, GZ: LvwG-S-733/001-2014 mit Hinweis auf EuGH Rs Placanica u.a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Pfleger u.a., C-390/12. etc.).

Auf den Bons, mit welchem Quizcoins erworben werden können, um die Quizomaten überhaupt in Gang zu setzen, scheint folgender Text auf: *„Mit der der Einlösung dieses Bons schließen Sie mit Bf., Ort2, gemäß Paragraph 1267 ABGB einen Glücksvertrag für ein Quizspiel mit Gewinnmöglichkeit! Der Rechtsweg ist ausgeschlossen“*.

Bei den Quizomaten handle es sich lediglich um den Zugang zu einem Spiel im Sinne des § 1272 ABGB, welches keiner Verbotsnorm des öffentlichen Rechts unterliege. Vielmehr liege durch den Vertragsabschluss ein ausschließlich zivilrechtlicher Sachverhalt vor und seien die Organe der Finanzpolizei nicht berechtigt gewesen, nach dem Glücksspielgesetz einzuschreiten, weil gemäß Art. 94 Abs. 1 B-VG die Justiz und die Verwaltung in allen Instanzen getrennt sind.

Mit der gegenständlichen Maßnahmenbeschwerde werde daher das gesamte Einschreiten der Organe der Finanzpolizei mangels kompetenzrechtlicher Zuständigkeit als rechtswidrig bekämpft, weil in diesem Fall nur die Zivilgerichte zuständig seien.

Nach § 1272 ABGB sei jedes Spiel eine Art von Wette.

Die Bf. führte dazu aus: *„Der Unterschied zwischen Wette und Spiel liegt nur im Zweck, da das Spiel der Unterhaltung und dem Gewinn dient, während der Zweck der Wette die Bekräftigung einer eigenen Behauptung ist. Zum Begriff der Wette und des Spieles gehört das aleatorische Moment der Ungewissheit, ob derjenige, der eine Zusage macht, diese erfüllen muss, weil nicht feststeht, ob die Behauptung des Zusagenden richtig ist. Die Leistungspflicht des Zusagenden hängt von einem beiden Teilen noch unbekannten Ereignis ab (RIS-Justiz RS0022362). Genau dieses aleatorische Moment liegt bei den Quizomaten mit der Beantwortung der Quizfrage vor, von der es abhängt, ob die Walzen überhaupt in Gang gesetzt werden. Ob es überhaupt zu einem Gewinn kommt, hängt weiters von der Merkfähigkeit der Zahl der Quizcoins ab. Da der Schwierigkeitsgrad der Quizfragen mit insgesamt 16 Stufen wählbar ist, handelt es sich um ein Spiel*

mit Unterhaltungswert, weil es dabei auch zu einem Ranking kommt, wie hoch man sich emporarbeiten kann. Der OGH definiert ein Spiel allgemein als „eine zweckfreie Beschäftigung aus Freude an ihr selbst und/oder ihren Resultaten, zur Unterhaltung, Entspannung oder zum Zeitvertreib“, die festgesetzten Regeln unterliegt und mit der der Mensch seinen Spieltrieb befriedigt (RIS-Justiz RSO130146)“. Und weiter:

Genau ein solcher Sachverhalt liege gegenständlich vor, sodass es sich um einen ausschließlich zivilrechtlichen Sachverhalt nach den Bestimmungen der §§ 1267 ff ABGB handle. Nach § 1269 seien Glücksverträge die Wette, das Spiel und das Los. Für die Quizomaten treffe eindeutig das Spiel zu, sodass es sich um keine verwaltungsrechtliche Angelegenheit handle und die Beschlagnahme nach Verwaltungsbestimmungen eindeutig rechtswidrig gewesen sei und die streitverfangenen Gegenstände unverzüglich auszufolgen seien und der ursächliche Zustand wiederherzustellen sei.

Nach Ansicht der Bf. handle es sich bei den Quizomaten keinesfalls um ein Glücksspiel, welches dem Monopol des GSpG unterliege, vielmehr handle es sich um Geschicklichkeitsspiele mit Unterhaltungswert. Ein Zufall im Sinne des § 1 GSpG liege nämlich nur dann vor, wenn der Erfolg weder von zielbewusstem Handeln oder der Geschicklichkeit oder allein vom Belieben der beteiligten Personen abhängt, sondern wenn auch weitere Bedingungen dazu treten, die außerhalb des Willens der beteiligten Personen lägen (vgl. VwGH vom 2.7.2015, Ro 2015/16/0019). Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG sei etwa dann gegeben, wenn sich nicht eine berechnete rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur aufgrund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spieles gesetzt werden könne (vgl. *Bresich/Klingenbrunner/ Posch* in *Strejcek/Bresich* Kommentar zum Glücksspielgesetz 1989, Rz 5 zu § 1 GSpG, mwN). Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG liege ein Glücksspiel nur dann vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Ein Spielergebnis könne nur nach Abschluss eines Spielvorganges vorliegen. Ein auf dem Weg dorthin vorliegendes Zwischenergebnis könne kein Spielergebnis im Sinne dieser Gesetzesbestimmung sein. Das Spielergebnis hänge bei den Quizomaten ausschließlich von den Wissens-Merkfragen ab. Zunächst sei nach Inbetriebnahme durch Aufladen eines Guthabens (Quizcoins) eine nach Schwierigkeitsgraden wählbare Wissensfrage zu beantworten, die nur dann einen Walzenlauf auslöse, wenn die Frage richtig mit Ja oder Nein beantwortet werde. Sei die Frage nicht richtig, werde kein Walzenlauf ausgelöst und werde der Einsatz verloren. Der Verlust trete also nicht durch den Walzenlauf ein, sondern durch das Falschbeantworten einer Frage. Schließlich könne es durch richtiges Beantworten und Auslösen des Walzenlaufes zu einer Erhöhung des Standes an Quizcoins kommen. Der Spieler könne hier durch Wahl des Schwierigkeitsgrades der Quizfragen Einfluss auf die Höhe der zu gewinnenden Quizcoins nehmen. Aber selbst hier handle es sich noch um keinen Gewinn, weil der Spieler nach Ende seines Unterhaltungs-Geschicklichkeitsspiels zunächst Ausloggen muss und ihm dabei drei Fragen über die Höhe des Standes der Quizcoins angeboten werden. Nur die richtige

Beantwortung der Frage ermöglicht es ihm dann, einen Bon mit einem Guthaben zu erlangen und einzulösen. Das Spielergebnis liege also erst nach dem Ausloggen vor, weil durch falsche Beantworten aus drei auswählbaren Möglichkeiten ein Benefit aus dem gesamten Spiel noch verloren werden könne und dies kein Zufall sei. Hier handle es sich weder ausschließlich noch vorwiegend um einen Zufall, sondern ausschließlich um die Aufmerksamkeit und Merkfähigkeit des Spielers und damit um eine ausschließliche menschliche Kognition.

Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits im Erkenntnis vom 3.7.2009, 2005/17/0178, festgehalten, dass durch den Einbau eines Geschicklichkeitselements der Glücksspielcharakter eines Spiels beseitigt werden kann. Die Beurteilung als Glücksspielgerät hänge demnach davon ab, ob der Spielablauf durch ein solches Geschicklichkeitselement vom Spieler derart beeinflusst werden könne, dass der Spielerfolg nicht ausschließlich bzw. überwiegend vom Zufall abhängt. Haben sowohl Spielerfähigkeiten als auch Zufall auf den Spielausgang Einfluss, sei entscheidend, ob die abstrakte Steuerbarkeit kausaler Gegebenheiten rationale Gewinnerwartungen begründen könne (vgl. Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 168 StGB, Rz 4). Demnach liege kein Glücksspiel vor, wenn es der Spieler "in der Hand" hat, ob der Zufall oder seine Geschicklichkeit entscheidet, sich also kausale Umstände soweit zunutze machen kann, dass er den Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit steuern und oder prognostizieren könne (vgl. Höpfel, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 421 ff). Alleine aus der Tatsache, dass der Spieler die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Spielergebnis ungenutzt lasse und somit ein zufallsabhängiges Spielergebnis realisiert werde, könne nicht abgeleitet werden, dass ein Glücksspielgerät vorliege.

Demnach seien Quizomaten keine Glücksspielgeräte, die gegen das Glücksspielmonopol im Sinne der §§ 1 ff GSpG verstoßen.

Die Organe der Finanzpolizei hätten die Quizomaten entweder gar nicht überprüft, wobei das Abkleben der Videokameras für diese Vorgangsweise spreche oder sie hätten einfach die Aufschrift am Bon ignoriert, dass mit der Einlösung dieses Bons ein Glücksvertrag nach zivilrechtlichen Vorschriften abgeschlossen werde. In beiden Fällen hätten sie rechtswidrig gehandelt und ließe sich ihr Verhalten auf keine gesetzliche Grundlage zurückführen was die Maßnahmenbeschwerde in vollem Umfang zulässig mache, weil die Vorgangsweise im Verwaltungswege nicht bekämpfbar sei. Das Einschreiten der Finanzpolizei sei selbst bei Vorliegen eines glücksspielrechtlichen Sachverhaltes nicht im Verwaltungsweg bekämpfbar, weil die Verwaltungsbehörde ein eigenes Ermittlungsverfahren zu führen habe und auch das Verwaltungsgericht meritorisch zu entscheiden habe, wobei die Vorgangsweise der Finanzpolizei nicht überprüft werde. Das Einschreiten der Finanzpolizei im Glücksspielwesen bleibe ein verfahrensfreier Akt, weil die Finanzpolizei keine Entscheidung treffe, die im Verwaltungsweg bekämpfbar wäre. Es sei der Rechtsordnung völlig fremd, dass ein Handeln von hoheitlichen Organen nicht einer Rechtskontrolle und einem Rechtsschutz unterliege. Würde man die

Maßnahmenbeschwerde im Falle des Einschreitens der Finanzpolizei verneinen, gäbe es kein Rechtsmittel und keine Nachprüfbarkeit des Handels dieser Organe, was dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden kann. Die Besonderheit liege hier darin, dass die Organe der LPD Wien nicht das Verhalten von Finanzorganen überprüfen könne. Eine Subsidiarität eines Rechtsmittels sei hier daher ausgeschlossen.

Die Bf. fühle sich in ihren Rechten verletzt, weil sie keine Glücksspielautomaten betreibe, sondern im Rahmen von zivilrechtlichen Vorschriften Geschicklichkeitsautomaten unterhält, wozu es eine eindeutige Rechtsprechung gebe, sodass auch die Beschlagnahme selbst durch die Maßnahmenbeschwerde als einziges Mittel überprüfbar werde und festzustellen sein werde, dass die Finanzpolizei rechtswidrig gehandelt habe.

Für das Einschreiten der Finanzpolizei genüge zwar nur der Verdacht einer Übertretung nach dem GSpG, dieser Verdacht müsse aber hinreichend substantiiert und auf Tatsachenfeststellungen rückführbar sein, sonst könne nicht von einem Verdacht gesprochen werden. Gerade diese Tatsachenfeststellungen fehlten hier. Sollten die Organe der Finanzpolizei ein Probespiel durchgeführt haben, konnte das nur geschehen, indem sie einen Glücksvertrag nach zivilrechtlichen Vorschriften abgeschlossen haben. Damit wären sie aber für ein Einschreiten nach GSpG nicht mehr zuständig gewesen und fehle ihnen eine gesetzliche Grundlage, womit die gesamte Beschlagnahme mittels Maßnahmenbeschwerde bekämpfbar werde. Sollten sie kein Probespiel durchgeführt haben, kann auch von keinem substantiierten Verdacht gesprochen werden und hätten sie rein willkürlich gehandelt, was ebenfalls wiederum zur Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde und Feststellung der Rechtswidrigkeit führe.

Die Videoaufzeichnungen bis zum Abkleben der Kameras werden als Beweismittel zur Vorführung bei der mündlichen Verhandlung archiviert. Es wird der Beweisantrag gestellt, diese Videos zum Zwecke der Vorgangsweise der Finanzpolizei bei der mündlichen Verhandlung anzusehen, was ohnehin in die amtswegige Stoffsammlung des BFG falle. Auf diesen Videos sei zu sehen, wie die Finanzpolizisten nur fotografierten und keine Probespiele durchführten. Das Abkleben der Videokameras stelle auch eine Verletzung des Art. 6 EMRK dar und sei mit einem fairen Verfahren nicht vereinbar und würde im Falle einer Deckung durch das Finanzgericht und den VwGH eine aussichtsreiche Beschwerde beim EGMR nach sich ziehen.

Das Fax enthielt:

- Bon mit Zustimmungsfiktion für einen Vertragsabschluss;
- Vollmacht – Es handelte sich um eine Generalvollmacht vom 24.1.2018 des Gesellschafter-Geschäftsführers Ges-Gf. an Herrn HWx, geb. Datum, 5020 Salzburg, zur vollen Vertretung des Vollmachtgebers und der Ausübung aller Rechte als Gesellschafter der Bf.

Es sind z.B. umfasst – Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung, jegliche Änderungen, Übertragung der Geschäftsanteile, Vertretung bei sämtlichen Rechtsgeschäften sowie Verfahren vor jeglichen Handelsregistern, Notaren, Bezirks-, Steuer- und sonstigen Ämtern und Behörden, Zustellvollmacht.

Anmerkung des BFG: Das Original dieser Vollmacht wurde dem BFG am 22.10.2018 im Zuge eines früheren Verfahrens der Bf. vor dem BFG vorgelegt.

Mit **Beschluss des BFG vom 4.12.2018** wurde der in der Beschwerde ausgewiesene Vertreter / Bevollmächtigte, HW, gemäß § 84 Abs. 1 BAO iVm § 269 Abs. 1 BAO und §§ 1 und 17 VwGVG abgelehnt. Damit wurde der Ausschluss des unbefugten Vertreters von laufenden und späteren Verfahren der Bf. vor dem BFG ausgesprochen. Der Beschluss wurde dem abgelehnten Vertreter mit RSa-Brief nachweislich am 7.12.2018 zugestellt und ist in Rechtskraft erwachsen. Die Vollmachtgeberin, die Bf., vertreten durch den Gesellschafter-Geschäftsführer, wurde von der Ablehnung in Kenntnis gesetzt. Die Zustellung der Mitteilung darüber erfolgte nachweislich am 7.12.2018 an die Bf. sowie den Geschäftsführer der Bf. Eine erteilte Zustellungsbevollmächtigung wurde durch den Ablehnungsbeschluss nicht berührt.

Mit **Beschluss des BFG vom 21.1.2019** wurde die Maßnahmenbeschwerde vom 19.11.2018 der belangten Behörde, Finanzpolizei FPT für das FA Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf, mit dem Ersuchen um Stellungnahme und Vorlage der diesbezüglichen Akten der Finanzpolizei übermittelt. Es wurde bei eventuellem Vorliegen eines Beschlagnahmebescheides der LPD Wien um Vorlage desselben ersucht. Die folgenden Fragen wurden der Behörde gestellt: Waren die Automaten in Betrieb? Fand ein Spielbetrieb statt, d.h. waren Personen/ Kunden/Spieler im Lokal anwesend? Waren die Räumlichkeiten zugänglich, das Lokal offen? Erfolgte tatsächlich ein Abbau einer Alarmanlage durch die Organe der Finanzpolizei?

Die **Stellungnahme der belangten Behörde** langte am **8.3.2019** beim BFG ein. Es wurde Bezug genommen auf die am 8.11.2018 durchgeführte Kontrolle nach dem GSpG im angemieteten Lokal der Bf. im Standort Adresse.

Bevor die Behörde auf die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde vom 19.11.2018 einging, nahm sie Bezug auf einen, der Stellungnahme beiliegenden Aktenvermerk vom 20.2.2019, der durch das FA für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG) aufgrund von Ermittlungsmaßnahmen erstellt worden war. Grundlage der Ermittlungsmaßnahmen sei die Klärung des Sachverhalts gewesen, inwieweit es sich bei den Geräten der Bf. um Glücksspielgeräte handelt und Ausspielungen iSd GSpG veranstaltet würden.

Der Aktenvermerk betraf ein an den Gesellschafter-Geschäftsführer (Ges-GF) der Bf. persönlich gerichtetes Auskunftersuchen, dessen persönliche Befragung am 8.2.2019 an seinem Wohnort durch Organe des FAGVG. Der Befragte wurde über die Rechtsgrundlagen sowie seine Entschlagungsrechte belehrt. Gegenstand der Amtshandlung war die Bf., deren Geschäftstätigkeit und die Rolle des Ges-GF.

Im Aktenvermerk waren u.a. die folgenden Angaben enthalten (zit.): „*Herr Re. erklärte umgehend, dass er darüber nicht viel Auskunft geben könne, es wolle sein Rechtsberater Hofrat HW in dieser Angelegenheit befragt werden. Befragt nach dem genauen Geschäftsfeld der Bf. gab Re. an: „Das wissen sie eh, Automaten, mehr kann ich dazu nicht sagen!“ Befragt nach Standorten: „Das müssen Sie mit dem Berater*

besprechen“ Befragt nach seiner Tätigkeit: „Geschäftsführer“ Zur Frage, wie der Tagesablauf als Geschäftsführer der Bf. aussehe, gab Re. an, nichts dazu zu sagen, es würde alles am 27.2.geklärt werden. Zu den Fragen nach den Mitarbeitern (Anzahl, Arbeitsverhältnis, Entlohnung), Umsätzen und Einnahmenverbuchung konnte Herr Re. keine Angaben machen. Zur Frage, wer die Buchhaltung mache, antwortete Re. lediglich „Nein“ Auch war Re. nicht in der Lage das „Quizomat System“ zu beschreiben bzw. Angaben zu Entleerung / Befüllung von den aufgestellten Ticketautomaten zu machen. Auch konnte er keine Angaben dazu machen, woher das benötigte Bargeld stammt, wer die Ticketautomaten befüllt, was mit entnommenem Bargeld passiert, ob die erzielten Umsätze der Glücksspielabgabe unterzogen werden, woher die Bf. ihre Geräte bezieht, wie oder von wem die Gründung der Bf. sowie die betriebsnotwendige Geschäftsausstattung finanziert hat. Re. verwies stets auf HW. Nach dessen Aufgabe befragt, gab Re. an: „Er ist der Rechtsberater der Firma, er kümmert sich um alles“ Auf die Frage, welche Entlohnung dieser dafür erhält und ob er Arbeitsaufzeichnungen, Kostenaufstellungen etc. griffbereit habe, gab Re. an: „Müssen Sie ihn fragen“ Re. schilderte in weiterer Folge, Herrn HW schon lange zu kennen, aus der Zeit, als dieser noch Polizeijurist war. Wie es zur Erteilung der Generalvollmacht an ihn gekommen ist, daran konnte Re. sich nicht mehr genau erinnern. Befragt, ob er in der letzten Zeit Dokumente für die Bf. gefertigt hat, antwortete Re. mit einem klaren Nein. Auch zur Kontaktherstellung zur Übernahme der P.s.r.o., zum Geschäftsführer und zum involvierten Rechtsanwalt konnte Re. keine Angaben machen. Er konnte sich nicht mehr daran erinnern, ob er dem ungarischen Rechtsanwalt den geplanten Geschäftszweck der Bf. genannt hat und gab lediglich an, gemeinsam mit HW in Bratislava gewesen zu sein und Verträge unterschrieben zu haben, den Firmensitz der Bf. konnte Re. jedoch nicht benennen.“

Als Ergebnis der Befragung durch das FAGVG war angeführt, dass keine verwertbaren Ergebnisse zur Erhebung der Glücksspielabgabe erreicht wurden und Ges-Gf. den Eindruck machte, in die Geschäftsvorgänge der Bf. weder eingebunden zu sein, noch Einblick in diese zu haben.

Die belangte Behörde bezog sich auf die im Aktenvermerk des FAGVG enthaltenen Angaben des Geschäftsführers und hielt fest, dass davon auszugehen sei, dass dieser lediglich zum Schein als Vertretungsorgan der Bf. eingesetzt worden sei und als wahrer Machthaber eine andere Person fungiere. Der Geschäftsführer der Bf. zeigte sich dem Inhalt des Aktenvermerks zu Folge über die Gebarung der Bf. in keiner Weise informiert, bei praktisch jeder Frage wurde auf Herrn HW verwiesen. Anhand der Passage, Herr Re. könne ausschließen, in letzter Zeit irgendwelche Dokumente unterfertigt zu haben, stehe die Vermutung im Raum, dass HW, welcher im bisherigen Schriftverkehr mit dem BFG oder sonstigen Behörden „lediglich“ als Bevollmächtigter aufgetreten sei, sämtliche Eingaben aus Eigenem, d.h. ohne Auftrag oder Mitwirkung des Ges-Gf. getätigt habe.

Die belangte Behörde gelangte zum Schluss, dass aufgrund der im Aktenvermerk dargelegten Umstände keine Autorisierung zur Erhebung der gegenständlichen Maßnahmenbeschwerde vorliege.

Es wurde sohin beantragt die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde als unzulässig zurückzuweisen.

Zu den Beschwerdeausführungen nahm die belangte Behörde Stellung und führte u.a. aus:

Die Bf. habe argumentiert, dass die Organe der Finanzpolizei für die vorläufige Beschlagnahme von vermeintlichen Glücksspielgeräten keine Kompetenz besessen hätten, da es sich um eine zivilrechtliche Tat- und Rechtsfrage gehandelt habe. Bei den Geräten habe es sich um Geräte mit Wissensfragen gehandelt, sodass diese nicht den Bestimmungen des GSpG unterlägen.

Zur Vorbeugung von unberechtigten Beschlagnahmen sei im Lokal eine Mappe mit dem einschlägigen Rechtssatz des VwGH sowie einem leicht zu lesenden Gutachten (Anmerkung: Ing. Traffler) aufgelegt.

Die belangte Behörde verwies zu diesem Vorbringen auf § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG der auf die Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verweist. § 50 Abs. 4 GSpG normiert eine umfassende Auskunfts- und Mitwirkungspflicht gegenüber den Organen der öffentlichen Aufsicht.

Diese Bestimmung stelle jedoch nicht auf das Vorliegen eines Verdachts einer strafbaren Handlung (einer Verwaltungsübertretung nach § 52 GSpG oder einer Straftat gemäß § 158 StGB) ab. D.h. für die Anwendung von Zwangsgewalt zur Durchsetzung von Kontrollmaßnahmen sei es nicht entscheidungswesentlich, ob ein glücksspielrechtlicher Sachverhalt vorliege, sondern ob eine Kontrollmaßnahme im Sinne des GSpG durchzuführen sei.

Es wurde darauf hingewiesen, dass sämtliche Geräte durch die Behördenorgane bespielt werden konnten.

Der Stellungnahme der Behörde war zu entnehmen, dass das Einschreiten der Organe aufgrund der eingebrachten Anzeige der Kanzlei Rechtsanwälte RA vom 18.10.2018 erfolgt sei. Demnach seien im gegenständlichen Lokal mit 4 Geräten verbotene Ausspielungen veranstaltet worden.

Am 08.11.2018, beginnend um 09.28 Uhr, erfolgte auf Grundlage des § 50 Abs. 4 GSpG durch das dem FA Wien 03 zugeordnete FPT in dem an der Adresse Adresse, etablierten Lokal ohne Bezeichnung unter Assistenzleistung von Einsatzkräften der Polizeiinspektion Fiakerplatz eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz. Die Einsatzleitung der Amtshandlung nach dem GSpG oblag Herrn X..

Wie aus der übermittelten Fotodokumentation ersichtlich war, stand die in Gelb gehaltene Eingangstüre zum Lokal offen, die danebenliegenden Türen (grün und blau) waren verschlossen. Laut ebenfalls beiliegendem Erhebungsblatt wurde um 09.34 Uhr die Schautafel mit der Androhung eines Aktes unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt

in eine der Kameras gehalten und unter Einem die Androhung verbal vorgetragen. Im Lokal wurden 4 Glückspielgeräte und 2 Cash-Center als sonstige Eingriffsgegenstände vorgefunden.

„Im ersten mit Kameras überwachten Vorraum waren 2 aktive Reizgasanlagen montiert. An der linken Wand neben der Tür war eine Gegensprechanlage mit integrierter Kamera und Klingel angebracht.

Im nächsten länglichen Raum befand sich an der rechten Wand das erste Ein- und Auszahlungsgerät (FA Nr. 6). In diesem Raum war die dritte aktive Reizgasanlage montiert.

Die Geräte mit den FA Nr. 1 bis 4 und das zweite Ein.- und Auszahlungsgerät mit der FA Nr. 5 befanden sich, nach einem angrenzenden Vorraum und einem weiterem Raum (ehemaliges Stiegenhaus) links, in dem nächsten Raum.

Alle Geräte waren beim Betreten der Kontrollorgane eingeschalten und betriebsbereit. Im Raum mit den Geräten befand die vierte aktive Reizgasanlage montiert.“

Die konkrete Aufstellsituation der Geräte ist aus Abbildung 5 der Fotodokumentation ersichtlich.

Nach Zutritt und Sicherung des Lokals sei festgestellt worden, dass keine lokalverantwortliche Personen, die den Verpflichtungen gem. § 50 Abs. 4 GSpG gegenüber den Kontrollorganen nachkommen hätten können, im Lokal aufhältig waren.

Um 10.29 habe eine weibliche Person, Name bekannt, das Lokal betreten und beim 1. Cash Center einen Quizcoin im Gegenwert von € 10,00 gelöst. Gegenüber den Erhebungsorganen habe sie angegeben, dass sie bereits 2 oder 3 Mal im Lokal gewesen sei, um zu spielen. Aufgrund der rudimentären Kenntnisse der deutschen Sprache sei von der Aufnahme einer Niederschrift Abstand genommen worden.

Sämtliche Geräte seien betriebsbereit und funktionsfähig gewesen und konnten, wie aus den Kommentaren zu den einzelnen Abbildungen der Fotodokumentation ersichtlich sei, bespielt werden.

Aufgrund dieses Umstandes sei gemäß § 53 Abs. 2 GSpG die vorläufige Beschlagnahme der Glückspielgeräte sowie der Cash Center als sonstiger Eingriffsgegenstände ausgesprochen worden (s. Beschlagnahmebescheinigung).

Zur bekämpften vorläufigen Beschlagnahme von Glückspielgeräten und sonstigen Eingriffsgegenständen verwies die belangte Behörde auf die unter den Bilddokumenten angeführten Kommentare.

Zur Argumentation der Bf. *„bei den Quizomaten handelt es daher lediglich um den Zugang zu einem Spiel im Sinne des § 1272 ABGB, welches keiner Verbotsnorm des öffentlichen Recht unterliegt“*, werde auf das Erkenntnis des VwGH vom 15.9.2011, 2011/17/0134 hinsichtlich der Frage des zivilrechtlichen Vertragsabschlusses verwiesen. Darin sei angeführt: *„Daran ändern auch die Beschwerdeausführungen zu den Begriffen "Glück" und zum Begriff des Spiels nach § 1272 ABGB nichts, Die Begriffsbildung des ABGB ist für die Subsumtion eines Automaten unter das Glücksspielgerät nicht von Bedeutung. Auch die Hinweise auf die allgemeinen Ausführungen in Strejcek/Bresich, Kommentar*

zum GSpG, § 1 GSpG, Rz 6, vermögen die in dem genannten Erkenntnis eingehend dargestellte Beurteilung des hier vorliegenden Glücksspielautomaten nicht zu erschüttern (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Juli 2011, Zl. 2011/17/0136)".

Die Behörde nahm Bezug zur Frage des Abklebens von Videokameras mit akustischer Aufzeichnung und des Vorwurfs des Unbrauchbarmachens und der Sachbeschädigung sowie der Darstellung der Bf. dass keine gesetzliche Bestimmung bestehe, die es den Organen der Finanzpolizei erlaubt hätte, im Zuge einer Amtshandlung die Kameras der Videoüberwachung abzukleben, um deren Vorgehen offensichtlich zu verschleiern. Die Behörde verwies dazu auf die Entscheidungen des VwGH vom 27.2.2013, 2012/17/0430 und 0435 sowie 15.12.2014, 2011/17/0333. Darin habe sich der VwGH im Zusammenhang mit einer Maßnahmenbeschwerde mit der Frage auseinandergesetzt, ob das temporäre Abdecken von Videokameras im Zuge einer Glücksspielkontrolle ein rechtswidriges Verhalten der Kontrollorgane darstelle.

Die Behörde kam aufgrund dieser Judikatur zum Schluss, dass das temporäre Abdecken der Überwachungskameras während des Zeitraums der Kontrolle kein rechtswidriges Verhalten der Kontrollorgane darstelle.

Zum Vorwurf der Bf., dass widerrechtlich eine Alarmanlage durch ein Organ der Finanzpolizei abgebaut worden wäre, hielt die Behörde fest, dass es sich nicht um eine Alarmanlage, sondern um 4 Reizgasanlagen gehandelt habe, die zur Eigensicherung entschärft worden seien. Dazu mussten die Reizgasanlagen von der Wandhalterung genommen und nach Öffnung der Schraubverbindungen der Geräte die Reizgaskartuschen entfernt werden. Bei Abbildung 6 wurde die Abdeckung entfernt, um an die dahinter verborgene Reizgaskartusche zu gelangen. Es wurde dazu auf die Abbildungen 6 und 30 der Fotodokumentation verwiesen. Aufgrund der bei Vorkontrollen festgestellten Anlagen baugleicher Art, hätte nicht ausgeschlossen werden können, dass die Anlagen mittels Fernauslösung aktiviert worden wären und es dadurch zu massiven Gefährdungen der körperlichen Unversehrtheit der Kontrollorgane hätte kommen können. Da es bei vorangegangenen Kontrollen nach einer ferngesteuerten Einschaltung der Reizgasanlagen bereits zu solchen Gefährdungen beziehungsweise Verletzungen an Augen sowie Beeinträchtigungen der Lungenfunktion gekommen war, welche jeweils einen Spitalsaufhalt der betroffenen Mitarbeiter nach sich zog, sei auf Weisung des Einsatzleiters zur Eigensicherung die Demontage respektive Deaktivierung sämtlicher Anlagen angeordnet worden.

Es werde dazu auf das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2014, 2011/17/0333, hingewiesen, wonach es den Organen bei Kontrollen nach dem GSpG unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gestattet ist jene Maßnahmen zu setzen, die für den reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig sind.

Die Behörde teilte zudem mit, dass sie der in der Maßnahmenbeschwerde geäußerten Rechtsansicht und Auslegung des Gesetzes durch die Bf. *„Im gegenständlichen Fall sei niemand anwesend gewesen, sodass die Ausübung niemand angedroht werden konnte und die Amtshandlung daher abubrechen gewesen wäre... keinesfalls beitrete.* Würde

man dieser Auslegung folgen, würde dies im Ergebnis bedeuten, dass sämtliche aufgrund der Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG erfolgten Kontrollmaßnahmen allein aufgrund des durch den Glückspielbetreiber herbeigeführten Umstandes zum Scheitern verurteilt wären, als dass dieser die Ausspielungen in unbesetzten (Kojen)Lokalen veranstaltet. Es könne nicht in der Intention des Materiengesetzgebers gelegen sein, Kontrollmaßnahmen von der Gestaltung des jeweiligen Glückspielunternehmers abhängig zu machen. Eine derartige Rechtsauslegung erscheine geradezu absurd und sei dementsprechend in die Rubrik denkunmöglich einzustufen.

Auf den hier gegenständlichen Sachverhalt bezogen bedeute dies, dass die einschreitenden Erhebungsorgane der Finanzpolizei unbeschadet des Umstandes; dass entgegen der Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG niemand im Lokal anwesend gewesen sei, die Androhung der Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt ausgesprochen haben. Ob diese dem Betreiber zugegangen sei, mag an dieser Stelle nicht beurteilt werden, es sei in der Sphäre des Unternehmens gelegen, für die Zugänglichmachung zu sorgen.

Die belangte Behörde beantragte die Maßnahmenbeschwerde infolge mangelnder Autorisierung durch das Vertretungsorgan der Bf. als unzulässig zurückzuweisen; in eventu die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Gemäß der Aufwandsersatzverordnung VwG-AufwErsV, BGBl II Nr. 517/2013 wurde als Aufwandsersatz der belangten Behörde als obsiegende Partei der Ersatz des Schriftsatzaufwandes gesamt in Höhe von € 368,80, Ersatz des Vorlageaufwandes der belangten Behörde. € 57,40; in eventu bei Abhaltung einer mündlichen Verhandlung: Ersatz des Verhandlungsaufwandes der belangten Behörde € 461, 00; geltend gemacht.

Mit **Beschluss des BFG vom 9.4.2019** wurde der Bf. die Stellungnahme der belangten Behörde vom 8.3.2019 zur Wahrung des Parteienghört's samt Beilagen zur Stellungnahme übermittelt. (Beilagen: Blatt 1 - 30 Stellungnahme FinPol; Anzeige Kanzlei RA RA GmbH; Aktenvermerk über Auskunftersuchen an den Geschäftsführer der Bf. vom 20.2.2019; Erhebungsbericht Glückspiel vom 8.11.2018; Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme vom 8.11.2018 - Zl. Zahl; Fotodokumentation über die Kontrolle).

Zur Terminplanung wurde durch das BFG ersucht mitzuteilen, ob der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung aufrecht erhalten bleibe.

Zudem wurde die Bf. ersucht den Mietvertrag hinsichtlich des gegenständlichen Lokals beizubringen bzw. nachzuweisen, dass das Lokal in der Verfügungsmacht der Bf. zum Zeitpunkt der Kontrolle gestanden hat (Vorlage der Zahlungsnachweise für die Miete des Lokals).

Hinsichtlich der in Beschwerde gezogenen vorläufigen Beschlagnahme von Glücksspielgeräten und sonstigen Eingriffsgegenständen war festzustellen, dass seitens der LPD Wien mit Datum 1.4.2019 der Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid

an die Bf. ergangen ist (GZ. PAD Gz.). Da es sich bei einer Maßnahmenbeschwerde lediglich um ein subsidiäres Rechtsmittel handelt, kann nicht Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde sein, was in einem Verwaltungsverfahren ausgetragen werden kann. Aufgrund des ergangenen Bescheides der LPD Wien wäre die Maßnahmenbeschwerde in diesem Punkt als unzulässig zurückzuweisen.

Die Bf. wurde zudem darauf hingewiesen, dass Eingaben und Anbringen grundsätzlich schriftlich zu erfolgen haben (§§ 85 und 86a BAO iVm § 17 VwGVG).

Die **Stellungnahme der Bf. vom 26.4.2019** langte am **8.5.2019** beim BFG per Post ein. Zuerst war angeführt, dass angesichts der klaren Sach- und Rechtslage auf eine mündliche Verhandlung verzichtet wird.

Die Verfügungsmacht über das Lokal werde durch den Mailverkehr, ausgelöst durch das Mail der Finanzpolizei vom 08.11.2018 an den Vermieter Vermieter und den anschließenden Mailverkehr mit dem Vermieter und Eigentümer des Lokals durch Herrn HW auftrags der Bf. über die Aufrechterhaltung der Bestandsräumlichkeiten ((untermietet durch die Firma Shop.), nachgewiesen (siehe beigeflossene Mails). Weiters werde eine eidesstattliche Erklärung des Herrn GWB als Vertreter der Untervermieterin (Shop.) vorgelegt.

Gegen den Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid der LPD Wien vom 01.04.2019, GZ: PAD/Gz., war mit Datum 25.04.2019 die beiliegende Beschwerde an das LVwG Wien erhoben worden. Bekämpft seien damit ausschließlich die Beschlagnahme und die Einziehung der vier genannten Quizomaten und der zwei e-Kioske (Verkaufs-/ Verschleißautomaten) worden. Dies sei daher nicht mehr Gegenstand der vorliegenden Maßnahmenbeschwerde.

Aufrecht bleibe jedoch der Vorwurf der rechtswidrigen Vorgangsweise der Finanzpolizei, die nicht Gegenstand der Beschwerde an das LVwG Wien ist /sein kann. Die Ausübung der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt (unter der fiktiven Annahme eines glücksspielrechtlichen Sachverhaltes) hätte niemanden angedroht werden können und hätte die Amtshandlung daher unterbleiben müssen, weil die in § 50 Abs. 4 GSpG angeführten Überwachungsaufgaben nur dann selbstständig durchgeführt werden dürfen, wenn diese Ausübung dem „Betroffenen“ vorher angedroht wurde (wenn er nicht selbst daran mitwirkt) Ein solcher „Betroffener“ sei jedoch nicht anwesend gewesen, weshalb die Finanzpolizei die Überwachungsaufgaben nicht selbstständig durchführen hätte dürfen. Die unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt bestehe schließlich rechtsdogmatisch aus zwei Akten: Nämlich der Befehlsgewalt (dies wäre die Anweisung an den Betroffenen gewesen, an den in § 50 Abs. 4 GSpG genannten Kontrollmaßnahmen mitzuwirken) sowie der Steigerungsstufe der Zwangsgewalt, wenn die Befehlsgewalt missachtet wird, wobei beides nach dem Wortlaut des § 50 Abs. 4 GSpG eben anzudrohen sei. Diese gesetzlich vorgeschriebene Vorgangsweise konnte

im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren nicht bekämpft werden, weshalb es nur Gegenstand der Maßnahmenbeschwerde sein könne.

Soweit es sich nicht um die geschilderte Vorgangsweise der Finanzpolizei handelt, wird die Beschwerde zum Punkt der eigentlichen Beschlagnahme daher zurückgezogen.

Zur Stellungnahme der Behörde vom 08.03.2019 wurde u.a. wie folgt Bezug genommen.

Ohne den Inhalt des Aktenvermerkes (Anmerkung des BFG: Aktenvermerk vom 20.2.2019 über die persönliche Befragung des Gesellschafter-Geschäftsführers der Bf.) kommentieren zu müssen, werde vorgebracht, dass dieser Aktenvermerk mit der gegenständlichen Maßnahmenbeschwerde nichts zu tun habe. Vielmehr sei dieser offensichtlich zur Erhebung der Glücksspielabgabe angefertigt worden, was mir durch die Organe der Abgabenbehörde nicht einmal mitgeteilt worden sei, und seien lediglich unzusammenhängende Fragen gestellt wurden. Würde es sich um einen glücksspielrechtlichen Sachverhalt handeln, wäre die Glücksspielabgabe zu bezahlen, was gegenständlich mangels eines Sachverhaltes nach dem GSpG nicht der Fall sei. Es habe sich offensichtlich nur um ein Sondierungsgespräch gehandelt. Es sei auch nachweislich falsch, dass mit den Quizomaten ein Gewinn in Aussicht gestellt werde. Es handle sich hier um falsifizierte Angaben der Finanzpolizei/Abgabenbehörde! Dies habe insofern Relevanz, als durch das Nichtinaussichtstellen eines Gewinns die Tatbestandsmerkmale von Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 1 GSpG fehlten und die Quizomaten damit nicht unter eine Kontrolle nach dem GSpG fielen, womit eine Kontrolle der Finanzpolizei nicht auf § 50 Abs. 4 GSpG gestützt werden könne.

Wie das BFG mit Beschluss vom 04.12.2018 mitgeteilt habe, sei die Beschwerde durch den rechtlichen Vertreter HW rechtswirksam eingebracht und erübrige sich eine Auseinandersetzung über die Aktivlegitimation.

Der Schilderung des Verlaufes der Kontrolle sei für das gegenständliche Beschwerdeverfahren als relevant zu entnehmen, dass die Kontrolle am 08.11.2018, mit Beginn um 09.28 Uhr, um 09.34 Uhr gleich mit einer Schautafel mit der Androhung eines Aktes unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt begonnen habe. Die Schautafel sei in eine Kamera gehalten worden und unter Einem die Androhung verbal vorgetragen worden. Der Wortlaut sei nicht überliefert, weshalb die verbale Androhung nicht nachvollzogen werden könne, weil sie von Seiten der Bf. auch niemand gehört habe. Diese Vorgangsweise entspreche nicht den Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG. Es könne erst nach Zutritt zum Lokal festgestellt werden, dass keine verantwortliche Person anwesend gewesen sei. Dazu sei die Bf. nicht verpflichtet gewesen, da keine Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten worden seien.

Die Finanzpolizei schildere hier für die Abgabenbehörde, dass sie unter der Annahme eines glücksspielrechtlichen Sachverhaltes gemäß § 50 Abs. 4 GSpG eingeschritten wäre. Dies hätte jedoch bedingt, dass sie das in dieser Bestimmung vorgegebene Prozedere einhalten hätten müssen. Gegenständlich sei die Bf. nicht verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, dass eine Person anwesend war, um den in dieser Bestimmung näher genannten

Verpflichtungen nachzukommen, weil es sich keine Glücksspieleinrichtungen iSd GSpG gehandelt habe. Gehe man nun davon aus, dass die Organe der Finanzpolizei den Verdacht gehabt hätten, dass gegen das Glücksspielmonopol des Bundes verstoßen werde, so wären sie nur ermächtigt gewesen, die Ausübung ihrer Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen, nachdem dies einer anwesenden Person („dem Betroffenen“) angedroht worden wäre und diese Person der Befehlsgewalt nicht nachgekommen wäre. Erst dann wären die Kontrollaufgaben mit Zwangsgewalt durchzusetzen gewesen und hätte die Finanzpolizei selbständig agieren können. Die Organe hätten die Ausübung nach § 50 Abs. 4 GSpG aber zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde, oder sich zeige, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden könne oder der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff stehe. Durch die Nichtanwesenheit einer Person habe sich aber gezeigt, dass die beabsichtigten Kontrollmaßnahmen „auf diesem Wege nicht erreicht werden konnten“. Es wäre davon Abstand zu nehmen gewesen, weil der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff gestanden sei. Die von der Finanzpolizei ins Auge gefasste Beschlagnahme (es enden alle Kontrollen rücksichtslos mit Beschlagnahmen), sei gemäß § 53 Abs. 1 GSpG nämlich nur eine Kannbestimmung und unterliege daher einem Ermessen. Der Eingriff sei nicht erforderlich gewesen. Die Verhältnismäßigkeit sei nämlich dahin auszulegen, dass von einer Durchsetzung der Kontrollaufgaben Abstand zu nehmen gewesen wäre, weil sie nach den Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG nicht hätte durchgeführt werden können und hier auch das Ermessen verletzt worden sei, weil die Finanzpolizei von ihrem gesetzlich vorgegebenen Alternativverhalten nicht Gebrauch gemacht habe. Besteht nämlich für eine Amtshandlung ein Ermessen, sei eine Zwangsgewalt jedenfalls schon per se ausgeschlossen. Die Ermessensausübung nach § 53 Abs. 1 GSpG sei nicht im Sinne des Gesetzes beachtet worden und liegt daher iVm der Ausübung der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt ein materieller Ermessenfehler vor. Ein solcher liege dann vor, wenn die Organe ihr Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes ausüben. Ein derartiger Ermessensfehlgebrauch bedeute, dass die Organe bei ihrer Entscheidung die Wertungsgesichtspunkte außer Acht lassen, die dem ermessensbegründenden Gesetz bzw. der Rechtsordnung insgesamt zugrunde liegen.

Die Finanzpolizei führe selbst aus, dass keine Person anwesend gewesen sei und sie die Kontrolle nur mit einer Schautafel in Richtung Kamera angekündigt und die Androhung verbal in Richtung Kamera vorgetragen habe. Damit sei den Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG nicht entsprochen worden, weil dies keine Androhung der Durchsetzung der Kontrollaufgaben durch unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt sei.

Es wäre sehr wichtig, die Finanzpolizei im Wege dieser Beschwerde in die Schranken zu weisen, dass sie ausschließlich nach gesetzlichen Vorgaben und nicht nach „Wild-West-Manier“ und nach eigenem Gutdünken vorgehen könne.

In diesem Zusammenhang werde auf die beiliegende Beschwerde gegen den Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid, Seite 49, in Zusammenhang mit dem beiliegenden Urteil des LG Graz verwiesen, wonach die Finanzpolizei ganz offensichtlich im Dunstkreis eines großen Glücksspielkonzerns arbeite und hier sehr gefällig sei.

Ob es sich um einen zivilrechtlich oder öffentlichrechtlichen Sachverhalt handle, sei Gegenstand der Beschwerde im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren.

Der Gesetzgeber gebe in § 50 Abs. 4 GSpG bei glücksspielrechtlichen Sachverhalten ganz klar vor wie die Organe der öffentlichen Aufsicht vorzugehen haben. Es bestehe daher überhaupt kein Grund, dass diese gesetzlich genau determinierte Vorgangsweise durch das Abkleben der Videokameras verschleiert werden solle, um sie für andere Kontrollen nicht weitergeben zu können. Auch in anderen Fällen könne die Finanzpolizei nicht anders vorgehen, als dies in § 50 Abs. 4 GSpG vorgegeben und oben beschrieben sei. Die Finanzpolizei habe die Videokameras nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft abgedeckt und die Klebebänder nicht mehr entfernt. Es handle sich hier bloß um eine Schutzbehauptung. Aber selbst das vorübergehende und nur für die Dauer der Kontrolle umfassende Abkleben ist rechtswidrig und widerspreche jeder Logik. Dieses (dauerhafte) Abkleben der Videokameras stelle durch das Unbrauchbarmachen einerseits den Tatbestand einer einfachen Sachbeschädigung gemäß § 125 StGB dar und verletze andererseits das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) sowie das Recht auf Waffengleichheit, weil damit die von der Maßnahme betroffene Person in der Beweisführung abgedrängt und in ihren Rechten verkürzt werden solle. Im gesamten DSG finde sich keine Bestimmung, welche das Abkleben der Videokameras durch die Finanzpolizei rechtlich decken hätte können und bestehe auch keine andere Rechtsgrundlage für das Abdecken, sodass es sich nur um eine so genannte faktische Amtshandlung handeln könne, die mit einer Maßnahmenbeschwerde bekämpfbar sei. Wenn es keine gesetzliche Bestimmung für das Handeln der Organe gäbe, könne dies auch im Verwaltungswege nicht bekämpft werden und könne die Maßnahmenbeschwerde nur zur Feststellung führen, dass es für das Abkleben der Videokameras keine gesetzliche Grundlage gebe und dies daher rechtswidrig sei. Soweit diesbezüglich auf eine Entscheidung des VwGH hingewiesen werde, wonach das temporäre Abkleben von Videokameras verhältnismäßig wäre, sei dem entgegen zu halten, dass es sich dabei um eine richterliche Rechtsfortbildung handle, die jedenfalls untersagt sei. Es sei nämlich keinesfalls Sache der Rechtsprechung, allenfalls unbefriedigende Gesetzesbestimmungen zu ändern oder entgegen ihrer ratio legis zu interpretieren, dies sei ausschließlich Angelegenheit der Gesetzgebung. Rechtsfortbildung sei nicht Sache der Vollziehung. Es kommt dem VwGH als ausschließliches Höchstgericht der Rechtskontrolle nicht zu, in einer aus dem Gesetz nicht mehr ableitbaren Interpretation jene Rechtslage zu supplieren, deren Herstellung nun einmal ausschließlich dem Gesetzgeber überantwortet ist. Dessen ungeachtet ist der VwGH keine Tatsacheninstanz. Dies würde zudem dem Sachlichkeitsgebot nach Art. 7 B-VG widersprechen und würde auch den gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG verletzen. Für die Vorgangsweise

einer Glücksspielkontrolle habe der Gesetzgeber ausschließlich das Verfahren nach § 50 Abs. 4 GSpG vorgesehen, was es einzuhalten gelte und es bestehe kein Bedarf eines Verheimlichens der Vorgangsweise einer Kontrolle durch die Finanzpolizei. Dies wäre auch ein grober Verstoß gegen das in Art. 18 Abs. 1 B-VG verankerte Rechtsstaatlichkeitsprinzip. Das BFG würde gegen dieses Rechtsstaatlichkeitsprinzip verstoßen, wenn es die Vorgangsweise des Abklebens der Videokameras nicht für rechtswidrig erklären würde, weil es für das Abkleben keine gesetzliche Grundlage gebe und die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden dürfe. Es könne sich daher auch gar nicht die Frage der Verhältnismäßigkeit stellen, denn die Verhältnismäßigkeit erfordere zunächst ein erlaubtes Tun im Sinne einer gesetzlich vorgesehenen Bandbreite. Es fehle aber jede gesetzliche Bestimmung für das Abkleben, daher könne es nur rechtswidrig sein.

Die Finanzpolizei gestehe ein, insgesamt vier Reizgasanlagen entschärft zu haben, wozu diese von der Wandhalterung genommen werden mussten und nach Öffnen der Schraubverbindungen der Geräte die Reizgaskartuschen entfernt worden seien. Soweit auf ein Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2014, GZ: 2011/17/0333, verwiesen werde, wonach es den Organen bei Kontrollen nach dem GSpG unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit gestattet ist, jene Maßnahmen zu setzen, die für einen reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig sind, sei dem entschieden entgegen zu halten, dass es nicht notwendig gewesen wäre, für eine Kontrolle iSd § 50 Abs. 4 GSpG von den Reizgasanlagen die Kartuschen zu entfernen. Der reibungslose Ablauf der Kontrolle wäre daher möglich gewesen, ohne dass die Gefahr einer Auslösung bestanden hätte. Diese dienten nur der Eigentumssicherung sowie gegen Vandalismus, weil die Polizei den Tschetschenbanden nicht mehr Herr werde. Für die Vorgangsweise durch die Finanzpolizei bestehe weder eine gesetzliche Bestimmung und auch keine Judikatur, die das rechtfertigen würde und wäre dies in keiner Weise notwendig gewesen, wenn die Finanzpolizei ihre Kontrolle gesetzeskonform durchgeführt hätte; sonst wären ja auch Spieler gefährdet. Es handelt sich daher um einen ausschließlichen Exzess. Es munde schon sehr lebensfremd an, wenn die Finanzpolizei davon ausgehe, dass diese Reizgasanlagen durch Fernauslösung aktiviert werden hätten können und dadurch ihre körperliche Unversehrtheit in Gefahr gewesen wäre. Niemand werde gegen Organe der öffentlichen Aufsicht eine Reizgasanlage auslösen. Auch hier handle es sich wiederum nur um eine Schutzbehauptung.

Zu erwähnen sei in diesem Zusammenhang noch, dass nach der Chronologie der Kontrolle zunächst die Reizgasanlagen abgebaut und etwa zeitgleich die Videokameras verklebt worden seien und erst dann mit den Kontrollaufgaben begonnen werde. Dies könne anhand der Videoaufzeichnungen bis zum Abkleben, bewiesen werden. Die Finanzpolizei gehe hier stets antizipierend mit dem Vorurteil vor, dass ohnehin alles ohne „Rücksicht auf Verluste“ zu beschlagnahmen sei (siehe oben „Vorgangsweise im Dunstkreis eines Glücksspielkonzerns ...“),

Abschließend habe die Finanzpolizei vermeint, dass es absurd sei und die Berufung der Bf. auf die Einhaltung des § 50 Abs. 4 GSpG als denkunmöglich einzustufen

wäre, weil es durch die Nichtanwesenheit einer Person in der Disposition eines Glücksspielunternehmers liegen würde, ob eine Kontrolle durchgeführt werden könne oder nicht. Der Finanzpolizei stehe es nicht zu, sich über allenfalls unzulängliche Rechtsvorschriften hinwegzusetzen. Dies würde dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip nach Art. 18 Abs. 1 B-VG widersprechen. Abgesehen davon, dass es sich um überhaupt keinen glücksspielrechtlichen Sachverhalt gehandelt habe, wäre die Finanzpolizei nur berechtigt gewesen, unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 4 GSpG einzuschreiten. Der Ausübung der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt sei die Tatsache entgegengestanden, dass keine Person anwesend gewesen sei, die den Verpflichtungen gegenüber den Kontrollorganen nachkommen hätte können respektive der die Ausübung der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt angedroht werden hätte können. Für diesen Fall sehe § 50 Abs. 4 GSpG vor, dass die Organe die Ausübung zu beenden hätten.

Zum Schriftsatz Rechtsanwaltskanzlei hielt die Bf. fest, dass es sich um einen standardisierten Schriftsatz handle, welcher in ganz Österreich in gleicher Weise an Behörden vorgelegt werde. Es handle sich um eine falsifizierte Dokumentation, weil bei den Quizomaten kein Gewinn in Aussicht gestellt werde. Sofern unter der Rubrik „in Aussicht gestellter Höchstgewinn“ angeführt sei „€ Quizmaster 43787 = € 437,87“, handle es sich um den Jackpot und um keinen in Aussicht gestellten Gewinn im Sinne eines Gewinnplans. Beim Jackpot handle es sich um kein Glücksspiel im Sinne des § 1 GSpG, weil ein Jackpot nicht durch das Ergebnis eines Walzenspiels am jeweiligen Gerät gewonnen werden könne, sondern beim Jackpot handle es sich um einen Sammeltopf, bei dem Spielanteile aus mehreren Spielgeräten gesammelt werden und als Anreiz zum Spielen ausgeschüttet werden. Es handelt sich mehr oder minder um eine Werbung oder ein Kundenbindungsprogramm, welches die Kunden zum Spielen animieren soll und ist kein Spiel. Gemäß § 2 Abs. 1 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele, die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, ansonsten sind die Tatbestandsmerkmale einer Ausspielung nicht erfüllt. Nun fehle es aber bei den Quizomaten jeweils an einem in Aussicht gestellten Gewinn pro Spiel. Das Inaussichtstellen eines Gewinns nach § 2 Abs. 1 GSpG ist im Sinne einer „condicio sine qua non“ aber ein notwendiges Tatbestandsmerkmal, ohne dem keine Ausspielung vorliege. Die Quizomaten fielen daher schon deswegen nicht unter das Regime des GSpG.

Bei den weiteren Unterlagen handle es sich ausschließlich um Angaben und Dokumentationen, die nicht Gegenstand der Maßnahmenbeschwerde seien, sondern Angelegenheit des eigentlichen Beschlagnahmeverfahrens, welches im Wege des Verwaltungsgerichts bekämpft wurde.

Es wurde nochmals beantragt, die in Beschwerde gezogenen Handlungen der Finanzpolizei, welche für die belangte Behörde eingeschritten ist, für rechtswidrig zu erklären.

Der Stellungnahme lag die angeführte „Eidesstattliche Erklärung“ (datiert Graz, 20.4.2019) betreffend die Untervermietung des gegenständlichen Lokals durch die Firma Shop. als Hauptmieterin an die Bf. bei. Es war angeführt, dass ein mündlicher Mietvertrag bestand. Dem Schriftsatz lagen zudem ein E-Mail vom 20.11.2018 des HW (als Bevollmächtigter der Bf. ausgewiesen) an den Eigentümer und Vermieter des Lokals bei, worin angeführt wurde, dass die Bf. um Aufrechterhaltung der Vermietung an die Shop. ersuchte, um selbst Untermieterin bleiben zu können sowie die Beschwerde der Bf. vom 25.4.2019 gegen den Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid der LPD Wien vom 1.4.2019 bei.

Über die Beschwerde wurde erwogen

Ablehnung des Vertreters - Beschluss vom 4.12.2018

Es war vorzuschicken, dass, aufgrund der mittels Beschluss des BFG vom 4.12.2018 erfolgten Ablehnung des als Bevollmächtigter bzw. Vertreter der Bf. bzw. des Gesellschafter-Geschäftsführers der Bf. genannten HW, nur jene Eingaben und Schriftsätze, die vor der Ablehnung des Vertreters beim BFG einlangten, rechtliche Wirkung entfalten. Jene, nach dem durch Zustellung eingetretenen Wirksamwerden des in Rechtskraft erwachsenen Ablehnungsbescheides, d.h. nach dem 7.12.2018, etwaig durch die abgelehnte Person gestellten Anträge und Eingaben gelten als nicht eingebracht und bleiben für die Entscheidung unbeachtlich.

Die erteilte Zustellungsbevollmächtigung wird durch den Ablehnungsbescheid nicht berührt.

Beschwerde

Mit **Fax vom 19. November 2018** wurde durch die Beschwerdeführerin (idF Bf.) wegen „Verletzung in Rechten durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ durch Organe der Finanzpolizei FPT, eine Beschwerde (**Maßnahmenbeschwerde**) gem. Art. 130 Abs. 1 Z 2 iVm Art. 132 Abs. 2 B-VG eingebracht.

Konkret wurde die Beschwerde durch den im Schriftsatz angeführten Vertreter des Gesellschafter-Geschäftsführers Ges-Gf., d.h. durch HW, Salzburg, eingebracht. Es wurde darin den für das FA Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf einschreitenden Organen der Finanzpolizei, FPT, vorgeworfen, im Zuge der im Lokal in Adresse, durchgeführten Amtshandlung vom 8.11.2018, durch die vorläufige Beschlagnahme von Glücksspielgeräten / sonstigen Eingriffsgegenständen, durch das Abkleben und

Unbrauchbarmachen der Videokameras sowie das Abbauen einer Alarmanlage, die Bf. in ihren Rechten verletzt zu haben.

Gemäß **Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG** erkennen Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (idF AuvBZ) wegen Rechtswidrigkeit. Ist im Verfahren wegen AuvBZ gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen, so hat das Verwaltungsgericht die AuvBZ für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben (§ 28 Abs. 6 VwGVG).

Gemäß **Art. 132 Abs. 2 B-VG** kann gegen die AuvBZ wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben, wer durch sie in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Ein solcher Verwaltungsakt liegt vor, wenn Verwaltungsorgane im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen individuell bestimmte Adressaten einen Befehl erteilen oder Zwang ausüben und damit unmittelbar, d.h. ohne vorangegangenen Bescheid, in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen.

Gemäß **§ 1 Abs. 1 BFGG** obliegen dem Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (Bundesfinanzgericht - BFG) Entscheidungen über Beschwerden gem. Art. 130 Abs. 1 Z 1 bis 3 B-VG in Rechtssachen in Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben (mit Ausnahme der Verwaltungsabgaben des Bundes, der Länder und Gemeinden) und des Finanzstrafrechts sowie in sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheiten, soweit die genannten Angelegenheiten unmittelbar von den Abgaben- oder Finanzstraßbehörden des Bundes besorgt werden. Abs. 2 - Abgabenbehörden des Bundes sind ausschließlich: 1. Bundesministerium für Finanzen, 2. Finanzämter, 3. Zollämter. Abs. 3 - Zu den sonstigen Angelegenheiten (Abs. 1) gehören: Z 2 - Entscheidungen über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG gegen Abgabenbehörden des Bundes, soweit nicht Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben (Abs. 1) oder der Beiträge (Z 1) betroffen sind.

Daraus folgt, dass das BFG in Angelegenheiten finanzpolizeilicher Befugnisse auch dann zuständig ist, wenn die Angelegenheit keine Abgaben, sondern ordnungspolitische Maßnahmen (z.B. nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, Arbeitsvertragsrechts-, Anpassungsgesetz, Glücksspielgesetz) betreffen.

Die maßgeblichen Bestimmungen des **§ 50 Glücksspielgesetz (GSpG)** lauten:

§ 50 (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.

(2) Diese Behörden können sich der Mitwirkung der Organe der öffentlichen Aufsicht bedienen und zur Klärung von Sachverhaltsfragen in Zusammenhang mit den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Amtssachverständigen des § 1 Abs. 3

hinzuziehen. Zu den Organen der öffentlichen Aufsicht zählen jedenfalls die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und der Abgabenbehörden.

(3) Zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind die Organe der öffentlichen Aufsicht auch aus eigenem Antrieb berechtigt. Die Organe der Abgabenbehörden können zur Sicherung der Ausübung ihrer Überwachungsbefugnisse die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes hinzuziehen.

(4) Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs. 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt. Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind ermächtigt, diese Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Die Ausübung ist dem Betroffenen anzudrohen. Die Organe haben deren Ausübung zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde, sich zeigt, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden kann oder der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff steht. Eine Gefährdung des Lebens oder eine nachhaltige Gefährdung der Gesundheit ist jedenfalls unzulässig.

§ 9 Abs. 3 AVOG 2010 - Der Bundesminister für Finanzen kann mit Verordnung besondere Organisationseinheiten mit bundesweitem und/oder regionalem Wirkungsbereich zur Besorgung der Geschäfte der Steuer- und Zollverwaltung einrichten, soweit dies organisatorisch zweckmäßig ist und einer einfachen und Kosten sparenden Vollziehung wie auch den Bedürfnissen einer bürgernahen Verwaltung dient. Diese Organisationseinheiten werden bei Erfüllung ihrer Aufgaben als Organe der Abgabenbehörden tätig.

§ 12 Abs. 5 AVOG - Die zur Aufdeckung einer illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung und zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes notwendigen Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen können von allen Finanzämtern vorgenommen werden. In diesen Fällen steht jenem Finanzamt, das die Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen durchgeführt hat, die Parteistellung in den Verwaltungsstrafverfahren zu, wobei sich dieses Finanzamt zur Wahrnehmung der Parteistellung auch durch Organe anderer Abgabenbehörden vertreten lassen kann.

§ 13 Abs. 1 Z 3 AVOG - Den Finanzämtern mit allgemeinem Aufgabenbereich obliegen für ihren Amtsbereich die Vollziehung der den Abgabenbehörden mit dem

Ausländerbeschäftigungsgesetz, dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz und dem Glücksspielgesetz zugewiesenen Aufgaben.

Hinsichtlich der Finanzpolizei als besondere Organisationseinheit ist in der Durchführungsverordnung des **AVOG 2010 - AVOG - DV** bestimmt:

Laut § 10b Abs. 1 AVOG-DV wird die Finanzpolizei als besondere Organisationseinheit gemäß § 9 Abs. 3 AVOG 2010 mit Sitz in Wien und Dienststellen bei allen Finanzämtern gemäß § 4 Abs. 1 eingerichtet.

Abs. 2 Z 2 lit c - Der Finanzpolizei obliegt im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörden wie diesen, die Wahrnehmung des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989 idgF.

Unstrittig war, dass durch Organe der Finanzpolizei am 8.11.2018 eine Kontrolle auf Grundlage des **§ 50 Abs. 4 GSpG** im verfahrensgegenständlichen Lokal durchgeführt worden war. Dabei handelte es sich um eine ordnungspolitische Maßnahme. Die Organe der Finanzpolizei waren für das FA Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf eingeschritten.

Inwieweit es sich bei den gesetzten Handlungen, auf die sich die Beschwerde bezog, d.h. insbesondere dem Abkleben von Videokameras und dem Abbau einer Alarmanlage um rechtswidrige Maßnahmen handelte, war in der Folge in der Sachentscheidung festzustellen.

Zur Aktivlegitimation

Die Verpflichtung des BFG zur Entscheidung in der Sache setzte voraus, dass die Bf. auch zur Erhebung der Beschwerde berechtigt war, d.h. dass deren Aktivlegitimation gegeben war. Die Berechtigung zur Beschwerde war nicht dadurch gegeben, als mangels Bescheid von einer faktischen Amtshandlung auszugehen war und die Bf. behauptete dadurch in subjektiven Rechten verletzt worden zu sein. Vielmehr musste auch die Möglichkeit bestehen, dass die Behauptung der Bf., d.h. die Verletzung in ihren Rechten, den Tatsachen entsprechen konnte. Es war daher durch das BFG vor der Entscheidung in der Sache zu prüfen, ob die Möglichkeit der Verletzung von subjektiven Rechten der Bf. überhaupt vorlag. Eine solche Möglichkeit wird dann nicht gegeben sein, wenn die Bf. durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt - unabhängig von der Frage einer etwaigen Rechtswidrigkeit eines solchen Vorgehens - in ihren subjektiven Rechten gar nicht verletzt werden konnte.

Nach Aufforderung durch das BFG wurde von der Bf. zum Nachweis eines aufrechten Bestandsvertrages eine „Eidesstattlichen Erklärung“ vom 20.4.2019 des GWB, Graz, vorgelegt. Darin erklärte dieser, als Vertreter der Hauptmieterin des Lokals, der „Shop.“, dass das Lokal in Adresse, zum Kontrollzeitpunkt (8.11.2018) an die Bf. untervermietet war. Er verwies dazu auf einen mündlich geschlossenen Untermietvertrag.

Wie den vorliegenden Unterlagen der belangten Behörde zu entnehmen war, bestätigte der Hausverwalter, dass die Miete für das Lokal von der Bf. bezahlt wurde.

Aufgrund dieser Angaben und Unterlagen, war in freier Beweiswürdigung davon auszugehen, dass zum Kontrollzeitpunkt ein Mietverhältnis der Bf. über das Lokal bestand. Demzufolge war grundsätzlich die Möglichkeit gegeben, dass die Bf. durch die gesetzten Amtshandlungen in ihren Rechten verletzt werden hätte können.

Es war somit für das BFG vom Vorliegen der Aktivlegitimation der Bf. und deren Parteistellung im Verfahren betreffend die im Lokal erfolgten Kontrollmaßnahmen auszugehen.

Die belangte Behörde hegte in ihrer Stellungnahme Zweifel, ob die Beschwerdeeinbringung durch den darin als Vertreter des Gesellschafter-Geschäftsführers ausgewiesenen, HW, zu Recht erfolgte. Dazu verwies sie auf Auskünfte und Angaben die der Gesellschafter- Geschäftsführer der Bf. anlässlich seiner persönlichen Befragung gegenüber Organen des FAGVG am 8.2.2019 erteilt hatte.

Die vorliegende Beschwerde wurde am 19.11.2018 erhoben, d.h. vor der durch Bescheid erfolgten und seit dessen Zustellung am 7.12.2018 in Rechtskraft befindlichen Ablehnung des damals mittels Vollmacht vom 24.1.2018 ausgewiesenen Vertreters. Aus den Angaben des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner persönlichen Befragung am 8.2.2019, u.a. dass er *"in der letzten Zeit keine Dokumente für die Bf. unterfertigt hat"* konnte nicht geschlossen werden, dass die vorgelegte Vollmacht vom 24.1.2018 nicht rechtmäßig erteilt worden war.

Der spätere Ausschluss des in der Beschwerde ausgewiesene Vertreters von laufenden und zukünftigen Verfahren der Bf. vor dem BFG , aufgrund unbefugter geschäftsmäßiger Vertretungshandlungen, änderte an der rechtlichen Wirkung der Einbringung der hier gegenständlichen Beschwerde nichts.

Da die Bf. aufgrund des Bestandvertrages zur Erhebung einer Beschwerde aktiv legitimiert war, kam das BFG zum Schluss, dass die Einbringung der Beschwerde, die im November 2018 somit vor Ablehnung des Vertreters erfolgte, damals grundsätzlich rechtens war.

Zur vorläufigen Beschlagnahme

Hinsichtlich jenes Teiles der Maßnahmenbeschwerde, der sich schlüssig auch gegen die vorläufige Beschlagnahme von 4 Quizomaten sowie 2 Ein- und Auszahlungsgeräten (E-Kiosk) vom 8.11.2018 richtete, war festzuhalten, dass es sich bei einer Maßnahmenbeschwerde lediglich um ein subsidiäres Rechtsmittel handelt.

Durch das Ergehen des Bescheides der LPD Wien vom 1.4.2019, GZ. PAD/Gz., wurde der Bf. das Beschreiten des ordentlichen Rechtsweges, die Erhebung einer Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht, ermöglicht.

Die Bf. erhob gegen diesen Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid der LPD Wien eine Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht Wien (25.4.2019).

In der Stellungnahme vom 26.4.2019 (einlangend am 8.5.2019) im gegenständlichen Verfahren vor dem BFG schränkte die Bf. die Maßnahmenbeschwerde diesbezüglich ein.

Die Beschwerde gegen die vorläufige Beschlagnahme war somit nicht mehr Gegenstand des Verfahrens.

Durch das BFG war daher jener Teil der Maßnahmenbeschwerde, der sich gegen die vorläufige Beschlagnahme richtete, als zurückgenommen und als nicht mehr zulässig zu beurteilen.

Zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt

Die Kontrolle vom 8.11.2018 stellte eine ordnungspolitische Maßnahme durch Organe der Finanzpolizei dar, die nicht durch einen Bescheid begründet war.

Wird durch ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen einen individuell bestimmten Adressaten ein Befehl erteilt oder Zwang ausgeübt und damit unmittelbar, d.h. ohne Bescheid, in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen, so liegt die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) vor. Als AuvBZ wurden u.a. nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH das Aufsperrn verschlossener Räume, das gewaltsame Eindringen in ein ehemaliges Geschäftslokal oder das Abkleben von Überwachungskameras qualifiziert.

Ob ein solches Vorgehen, d.h. eine als AuvBZ qualifizierte Maßnahme, jedoch eine rechtswidrige Maßnahme darstellt, ist jeweils in einem weiteren Schritt zu beurteilen.

Gegenständlich warf die Bf. den einschreitenden Kontrollorganen die Rechtswidrigkeit der Amtshandlungen durch das **Abkleben von Videokameras, den Abbau einer Alarmanlagen** sowie diesbezügliche Sachbeschädigung vor. Die Bf. stellte die Berechtigung der Kontrollorgane für diese Vorgangsweise im Lokal der Bf. in Frage.

Die Beschwerde war grundsätzlich zulässig.

Nachstehender **Sachverhalt** wurde durch das BFG zur Prüfung des Beschwerdevorbringens der Bf. und Entscheidung in der Sache herangezogen. Sämtliche angeführte Unterlagen waren der Bf. zur Kenntnis und Stellungnahme übermittelt worden. Siehe dazu insbesondere die in den Entscheidungsgründen angeführten an die Bf. gerichteten Beschlüsse des BFG.

Am 8.11.2018 wurde im angeführten Lokal in Adresse, durch die Finanzpolizei FPT eine Kontrolle nach dem Glückspielgesetz (§ 50 Abs. 4 GSpG) durchgeführt (GZ. Zahl). Diese erfolgte aufgrund einer vorliegenden Anzeige der Kanzlei RA Rechtsanwälte GmbH (für die *****GmbH) vom 18.10.2018 (Grund der Anzeige: Veranstalten bzw. Anbieten bzw. Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen am 28.9.2018). In der Anzeige vom 18.10.2018 wurde der Behörde über Feststellungen hinsichtlich des Betriebes von Glücksspielen in Form von virtuellen Walzenspielen auf vier Geräten berichtet.

Gemäß **§ 50 Abs. 3 GSpG** sind zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG die Organe der öffentlichen Aufsicht, zu denen die Organe der Abgabenbehörden und damit auch der Finanzpolizei zählen, auch aus eigenem Antrieb berechtigt.

Der Stellungnahme der Finanzpolizei war dazu zu entnehmen, dass sie als Kontrollorgane für die Abgabenbehörde (§ 9 Abs. 3 AVOG 2010) tätig wurden. Am Kontrolltag, dem

8.11.2018 (09.28 Uhr beginnend), wurde ein straßenseitig gelegenes Lokal mit drei Türen vorgefunden. Die gelbe Eingangstür war nicht verschlossen, die beiden weiteren Türen (blau und grün) daneben waren versperrt. Wie den Angaben in der Fotodokumentation der belangten Behörde (auf die verwiesen wird) zur Kontrolle zu entnehmen war, gab es im Außenbereich keine Klingel oder Gegensprechanlage, jedoch waren über den Türen Kugelkameras zur Überwachung der Straße montiert (Abb. 1). Die Kontrolle wurde angekündigt und es wurde eine Schautafel mit der Androhung eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Richtung der Überwachungseinrichtung / Kamera gehalten.

Nach Zutritt ins Lokal, ohne AuvBZ, über die offene Tür wurden insgesamt 4 Glücksspielgeräte und 2 Cash-Center vorgefunden. Es handelte sich um ein Lokal mit mehreren jeweils mittels Kameras überwachten Räumen. Personen waren in den offen zugänglichen Räumen nicht anwesend. Im ersten Vorraum waren zwei aktive Reizgasanlagen montiert und neben der Tür eine Gegensprechanlage mit integrierter Kamera sowie Klingel angebracht. In den weiteren Räumen befanden sich die später vorläufig beschlagnahmten vier Glücksspielgeräte sowie die Ein- und Auszahlungsgeräte. Die Geräte waren eingeschaltet und betriebsbereit. Weitere zwei Reizgasanlage wurden vorgefunden. Die vorgefundenen Videokameras wurden abgedeckt und die vorhandenen, getarnten, Reizgasanlagen entschärft. Dies erfolgte zur Eigensicherung der Kontrollorgane. Auf sämtlichen Geräten wurden Testspiele durchgeführt und auch dies mit Fotos dokumentiert. Die Fotodokumentation wurde der Bf. im Verfahren zur Kenntnis gebracht.

Im Verlauf der Kontrolle wurde das Lokal von einer Person betreten, die sich gegenüber den Kontrollorganen als Spielerin deklarierte und angab bereits mehrmals im Lokal gewesen zu sein. Nach Feststellung der Personendaten wurde von der Aufnahme einer Niederschrift abgesehen.

Zum Betreten des Lokals:

Wenn die Bf. vorbrachte, dass die Kontrollorgane nicht befugt gewesen wären, das Lokal zu betreten und die weiteren Kontrollhandlungen zu setzen, weil keine Person anwesend gewesen sei, der die Durchsetzung der Überwachungsaufgaben durch AuvBZ hätte angekündigt werden können, so war ihren Argumenten nicht zu folgen.

Zur Wahrung der aufsichtsrechtlichen Aufgaben nach dem GSpG ist es erforderlich, dass Behörden sich zu glücksspielrechtlich relevanten Sachverhalten einen ausreichenden Informationsstand verschaffen können. Da im Rahmen der Vollziehung immer wieder festgestellt werden muss, dass Anbieter illegaler Glücksspiele durch mangelnde Kooperation versuchen die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern, kommt den gesetzlichen Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG wesentliche Bedeutung im Hinblick auf eine effiziente Kontrolle zu. Der Verstoß gegen die darin angeführten Duldungs- und Mitwirkungspflichten durch die Lokalbetreiber etc. wird aus diesem Grund auch gem. § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG mit Verwaltungsstrafen geahndet.

Die Durchsetzung der Befugnisse gem. § 50 Abs. 4 GSpG ermächtigt auch zur AuvBZ. Betreffend die angeführten Befugnisse wird auf die Erläuternden Bemerkungen zu § 50 GSpG zur jeweiligen Regierungsvorlage - Abgabenänderungsgesetz 2012 – 1960 BlgNR 24. GP 51, und SteuerreformG 2015/2016 - 684 BlgNR 25. GP 33, verwiesen.

Wie auch der VwGH in seiner ständigen Rechtsprechung ausführt, dient eine Kontrolle nach § 50 Abs. 4 GSpG grundsätzlich der Überwachung der Bestimmungen des GSpG und nicht nur der Überwachung der Einhaltung des in den §§ 3 und 4 GSpG normierten Glücksspielmonopols.

Aufgrund der Angaben der belangten Behörde stand für das BFG fest, dass zum Kontrollzeitpunkt im gegenständlichen Lokal keine lokalverantwortlichen, der Bf. zuordenbaren, Personen angetroffen wurden. Dies konnte jedoch an der gesetzlich vorliegenden Befugnis der Kontrollorgane zur Durchführung der Überwachungsaufgaben nichts ändern. Sinn und Zweck einer solchen Kontrolle ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes eingehalten werden und nicht nur jene, die das Glücksspielmonopol des Bundes betreffen. Die Beurteilung, ob diese gesetzlichen Bestimmungen eingehalten wurden, oblag dabei jedoch der Behörde. Eine solche Beurteilung war nicht, wie in der gegenständlichen Beschwerde durch die Bf. vorgebracht wurde, im Vorfeld durch den Veranstalter, Betreiber etc. selbst zu treffen.

Der Sinn der gesetzlichen Bestimmung kann nicht so zu verstehen sein, dass eine durch den „Betroffenen“ bewusst verhinderte Androhung der AuvBZ an eine körperlich anwesende, vertretungsbefugte Person, d.h. die Missachtung der gesetzlichen Duldungs- und Mitwirkungspflichten, die Rechtswidrigkeit der Handlung der Kontrollorgane zur Folge hat.

Wenn im gegenständlichen, der Bf. zuzurechnenden, Lokal keine Personen anwesend waren, die die gesetzlich bestimmten Mitwirkungspflichten erfüllen konnten, wäre darin auch ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG zu sehen.

Den Kontrollorganen war es jedenfalls nach den gesetzlichen Bestimmungen gestattet, unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, jene Maßnahmen zu setzen, die für den reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig waren. Für das Betreten der genannten Örtlichkeit war demzufolge nicht vorausgesetzt, dass bereits vor dem Betreten feststand, dass eine Übertretung des Glücksspielgesetzes stattgefunden hat bzw. vorlag. Der aufgrund der Anzeige jedenfalls vorliegende und begründete Verdacht betreffend Veranstaltung von illegalem Glücksspiel in den gegenständlichen Räumlichkeiten, war für das Betreten des Lokals ausreichend. Das Betreten der Räumlichkeiten war somit gerechtfertigt und als verhältnismäßige Maßnahme zu beurteilen. Es war davon auszugehen, dass der Einsatz der Kontrollorgane durch die Bf. bzw. ihr zurechenbare Personen aufgrund der vorhandenen Überwachungskameras und der Gegensprechanlage beobachtet und die Ankündigungen gehört worden waren. Den Kontrollorganen war das Betreten des Lokals ohne Gewaltanwendung möglich.

Die im Lokal vorgefundenen Eingriffsgegenstände (vier elektronische Glücksspielgeräte, zwei Ein- und Auszahlungsgeräte) waren betriebsbereit. Die Kontrollorgane führten Testspiele durch.

Aufgrund der im Erhebungsbericht und in der Fotodokumentation der Behörde (vom 8.11.2018) ausführlich beschriebenen Testspiele, kamen nach Ansicht des BFG die Kontrollorgane zu Recht zum Schluss, dass hinsichtlich der Geräte ein hinreichend begründeter Verdacht eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes vorlag und fortgesetzt gegen die Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wurde.

Die Bf. verwies zum Beweis des Vorliegens von „Geräten mit Wissensfragen“ auf ein im Lokal hinterlegtes Gutachten. Zu diesem vorgefundenen Gutachten „Ing. Manfred Traffler“ war festzustellen, dass die Angaben zum Spiel im Gutachten nicht der im Zuge der Testspiele vorgefundenen Realität entsprachen, sondern widersprüchlich dazu waren. Auf den ausgelösten Walzenlauf konnte beim Spiel kein Einfluss genommen werden. Im Gutachten selbst war enthalten, dass beim Spiel die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt („ohne Zutun des Benutzers“), womit der Glücksspielcharakter der Geräte bestätigt wurde. Unrichtig war die Angabe im Gutachten, dass keine Auszahlung in Bargeld erfolge. Das durch die Kontrollorgane nach dem Bespielen der Geräte erzielte, in Quizcoins angegebene Guthaben, konnte über den „E-Kiosk“ in Münzen und Scheinen ausbezahlt werden. Dies war auch in der Fotodokumentation (z.B. Abb. 25 – 29) festgehalten. Der Fotodokumentation war ein Mindesteinsatz von Euro 0,10 zu entnehmen. Der Höchstgewinn war als „Jackpot“ angegeben und die angezeigte Zahl änderte sich immer wieder. Wie die Kontrollorgane bei den Testspielen auch feststellten, hatte die Beantwortung der Fragen nichts mit Geschicklichkeit zu tun. Auch bei Ignorieren der Quizfragen und stetigem Drücken der „grünen Ja-Taste“ wurden so gut wie immer der Walzenlauf und dadurch das eigentliche Glücksspiel ausgelöst.

Der Verweis der Bf. in der Beschwerde, dass lediglich ein Spiel iSd § 1272 ABGB vorgelegen sei und ein Glücksvertrag iSd § 1267 ABGB bei Kauf eines Bons für Quizcoins gegeben sei, schloss die Beurteilung des Sachverhalts nach dem GSpG und die Berechtigung für die gesetzten Kontrollmaßnahmen nicht aus.

Ob ein Spiel als Glücksspiel einzuordnen ist, ergibt sich aus den Bestimmungen des GSpG. Nach § 1 GSpG sind Glücksspiele Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Zu eben diesem Ergebnis führten die dokumentierten Angaben und Feststellungen der Kontrollorgane infolge des Bespielens der Geräte. Diese Feststellungen wurden durch die Argumente der Bf. nicht widerlegt.

Wenn die Bf. darauf beharrte, dass es sich bei den Quizomaten um keine Glücksspielautomaten, sondern um Geschicklichkeitsspiele handelte, so schien sie sich weder mit der Dokumentation zu den Testspielen der Kontrollorgane, auch hinsichtlich der möglichen Gewinnausspielungen, noch mit den Ausführungen in ihrem selbst vorgelegten Gutachten auseinandergesetzt zu haben.

Auffallend war, dass das Gutachten, mit dem die Bf. das aktuelle Vorliegen eines Geschicklichkeitsapparates nachweisen wollte, an eine „Shop.“ Bratislava gerichtet war und bereits aus dem Jahr 2017 bzw. betreffend die E-Kioske aus dem Jahr 2015 (gerichtet an eine „remoteBet“ s.r.o.) stammte.

Zum Erstellungszeitpunkt dieser Gutachten war die Bf. laut den Daten im Handelsregister der Slowakei rechtlich nicht existent. Die Argumente der Bf., dass es sich bei den Geräten um keine Glücksspieleinrichtungen iSd GSpG handelte, bestätigten sich nicht und wurden, wie oben dargestellt, durch die Angaben zu den Testspielen in der Dokumentation der Kontrollorgane entkräftet.

Zusammenfassend war festzustellen, dass aufgrund der durch die Kontrollorgane durchgeführten Testspiele, deren Ergebnisse und der daraus getroffenen Feststellungen, die Kontrollorgane zu Recht vom Vorliegen eines glücksspielrechtlichen Sachverhalts ausgegangen waren.

Das BFG folgte diesbezüglich den Feststellungen der Behörde.

Auch die LPD Wien, die mit Bescheid vom 1.4.2019 die Beschlagnahme und Einziehung der Glücksspielgeräte und sonstigen Eingriffsgegenstände verfügte, kam in dieser Entscheidung zum Schluss, dass ein glücksspielrechtlicher Sachverhalt vorlag.

Zum Abkleben von Videokameras, Abbau der Reizgasanlagen

Im Zuge der Kontrollmaßnahmen wurden die vorgefundenen Videokameras abgeklebt und Reizgasanlagen entschärft.

Die Bf. beurteilte das Abkleben der Kameras als gesetzwidrig und warf den Kontrollorganen Sachbeschädigung vor.

Grundsätzlich war das Abkleben der Videokameras als faktische Maßnahme, d.h. als AuvBZ, zu qualifizieren. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Kontrollorgane, war es nicht relevant festzustellen, ob die Durchführung der Videoüberwachung durch die Bf. rechtmäßig erfolgte.

Wie schon oben ausgeführt, waren die Kontrollorgane nach den gesetzlichen Bestimmungen des GSpG berechtigt, unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, jene Maßnahmen zu setzen, die für den reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig waren. Aufgrund der vorgefundenen Videokameras war davon auszugehen, dass damit die Amtshandlung und auch die handelnden Kontrollorgane durch Videoaufnahmen gefilmt wurden. Auf die weitere Verwendung der Aufnahmen hätten weder die Behörde selbst noch die Kontrollorgane Einfluss nehmen können, sodass das berechtigte öffentliche Interesse gegeben war, die Aufnahmen zu unterbinden. Dies erfolgte durch das Abkleben der Kameras.

Nicht nur das Recht auf Schutz der Persönlichkeitsrechte und Schutz des eigenen Bildes der Kontrollorgane, sondern auch die Verhinderung einer nicht beeinflussbaren und unrechtmäßigen Verwendung, Verbreitung und Veröffentlichung der Videoaufnahmen. z.B. im Internet, soziale Medien etc., berechtigten die Organe zu dieser Maßnahme. Die

geäußerte Ansicht der Bf., dass die Kontrollmaßnahme durch das Abdecken der Kameras einfach verheimlicht werden sollte, entbehrte jeder Grundlage.

Zum Vorwurf der Sachbeschädigung wurden durch die Bf. keine näheren Angaben gemacht.

Zusammenfassend kam das BFG zum Schluss, dass das Abkleben, Abdecken, der Videokameras während der durchgeführten Amtshandlung im Sinne eines reibungslosen Ablaufs der Kontrolle und zum Schutz der handelnden Kontrollorgane berechtigt war und daher sowohl als verhältnis-, als auch rechtmäßig zu beurteilen war (vgl. VwGH 15.12.2014, 2011/17/0333; 27.2.2013, 2012/17/0430).

Die Bf. warf den handelnden Organen zudem den widerrechtlichen Abbau einer Alarmanlage vor. Dazu führte sie aus, dass die vorgefundene Reizgasanlage lediglich zur Eigentumssicherung und gegen Vandalismus gedacht gewesen sei. Der Abbau stelle keinen hoheitlichen Akt, sondern einen Exzess dar.

Wenn die Bf. vermeinte, dass es lebensfremd wäre, dass eine Reizgasanlage durch Fernauslösung aktiviert werde und dass niemand gegen Organe der öffentlichen Aufsicht eine Reizgasanlage auslösen würde, so widerspricht dies den Erfahrungen der Kontrollorgane. Dem sonst nicht näher ausgeführten Vorwurf der Bf. standen die klaren Angaben und Dokumentationen der Behörde (Fotos) gegenüber.

Die in den Räumen vorgefundenen, zum Teil versteckt angebrachten, Reizgasanlagen wurden durch die Kontrollorgane entschärft und deaktiviert. Aufgrund der Erfahrungen der Kontrollorgane aus dem dienstlichen Geschehen im Zusammenhang mit Kontrollen nach dem GSpG, mussten die Kontrollorgane damit rechnen der Gefahr eines Reizgasaustrittes, der möglichen Vernebelung des Lokals und damit auch einer Gesundheitsgefährdung ausgesetzt zu werden.

Die Entschärfung der Anlagen vor den eigentlichen Kontrollhandlungen und Durchführung der Testspiele, was durch die Bf. kritisiert wurde, diente dem Eigenschutz und der Eigensicherung der Kontrollorgane sowie der Sicherung des reibungslosen Ablaufs der zu setzenden Kontrollmaßnahmen nach dem GSpG.

Zum Vorwurf der Sachbeschädigung wurden durch die Bf. keine näheren Angaben gemacht.

Da die Anlagen jedoch lediglich außer Funktion gesetzt wurden, war weder auf eine Beschädigung noch auf eine zukünftige Unbrauchbarkeit zu schließen.

Dadurch, dass sich die Bf. ihrer Mitwirkungspflicht entzogen und nicht entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen des GSpG kooperiert hatte, musste sie die Folgen der Sicherungsmaßnahmen der Kontrollorgane in Kauf nehmen. Das Interesse der Kontrollorgane, sich und ihre Gesundheit zu schützen, den Ablauf der Kontrolle zu sichern und aus diesen Gründen die Reizgasanlagen außer Funktion zu setzen, war jedenfalls als verhältnismäßig zu beurteilen. Es war somit auch in diesem Punkt keine Rechtswidrigkeit der gesetzten Maßnahme festzustellen.

Die im Beschwerdeverfahren durch die Bf. erfolgten Aussagen wie, dass die Finanzpolizei in "Wild-West-Manier" vorgehe, „ohne Rücksicht auf Verluste“ beschlagnahme und es sich

um eine „Vorgangsweise im Dunstkreis eines Glücksspielkonzerns“ handle, waren für das BFG aufgrund der gesetzmäßigen Vorgangsweise der Kontrollorgane substanzlos und nicht nachvollziehbar.

Den Ausführungen der Bf., dass die Vorgangsweise der Organe der Finanzpolizei gesetzwidrig gewesen sei und gegen EU-Recht und damit auch gegen österreichisches Verfassungsrecht verstoßen habe, war entgegenzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des EuGH, als auch des VfGH und VwGH weder eine Unionsrechtswidrigkeit noch eine Verfassungswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes vorliegt (siehe dazu VfGH 15.10.2016, E 945/2016 u.a.; VfGH 14.3.2017, E 3282/2016; VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 bis 49). Die glücksspielrechtlichen Bestimmungen erfüllen die Vorgaben, bei denen der EuGH auch einen Eingriff in unionsrechtlich garantierte Grundfreiheiten als zulässig beurteilt. Dient das GSpG doch der Verfolgung der Ziele des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung in systematischer und kohärenter Weise.

Das BFG kam somit zum Schluss, dass weder das Abdecken der Videokameras noch die Entschärfung der Reizgasanlagen rechtswidrige Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt darstellten.

Das amtliche Handeln der Kontrollorgane war durch die Bestimmungen des GSpG, insbesondere des § 50 Abs. 4 GSpG, gerechtfertigt.

Über die Beschwerdepunkte war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden. Die Beschwerde war diesbezüglich abzuweisen.

Der Teil der Beschwerde, der sich gegen die vorläufige Beschlagnahme richtete, war aufgrund deren Zurücknahme, wie oben ausgeführt, als unzulässig geworden zu erklären.

Mündliche Verhandlung

Gemäß **§ 24 Abs. 1 VwGVG** ist auf Antrag eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

In der Stellungnahme der Bf. vom 26.4.2019 wurde der ursprüngliche Antrag zurückgenommen: *"Angesichts der klaren Sach- und Rechtslage wird auf eine mündliche Verhandlung verzichtet."*

Gemäß **§ 24 Abs. 5 VwGVG** wurde daher von der Durchführung einer Verhandlung abgesehen.

Kostenentscheidung

Die Kostenansprüche gründen sich auf **§ 35 Abs. 1 und 3 VwGVG** in Verbindung mit § 1 Z 3 und 4 VwG-Aufwandsersatzverordnung in der geltenden Fassung.

Gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG hat die im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterlegene Partei.

Gemäß Abs. 3 ist, wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder abgewiesen wird oder vom Beschwerdeführer zurückgezogen wird, die Behörde die obsiegende und der Beschwerdeführer die unterlegene Partei.

Gemäß Abs. 7 ist der Aufwandsersatz auf Antrag der Partei zu leisten.

Aufgrund des Antrages der belangten Behörde, der hier obsiegenden Partei, ergibt sich die Höhe der zu ersetzenden Pauschalbeträge gemäß § 1 VwG-AufwErsV aus dessen Z 3 und Z 4.

Demnach ergibt sich der Ersatz, welcher der belangten Behörde zu leisten ist, aus dem

- Ersatz des Vorlageaufwands der belangten Behörde iHv Euro 57,40 und
- dem Ersatz des Schriftsatzaufwands der belangten Behörde iHv Euro 368,80.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird.

Im gegenständlichen Fall wurden keine Rechtsfragen aufgeworfen denen iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher nicht zulässig.

Wien, am 10. Dezember 2019