

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Diana Sammer in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch RA Dr. Fabian Maschke, Dominikanerbastei 17/11, 1010 Wien, wegen behaupteter Verletzung in Rechten durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Organe der Finanzpolizei ***2*** für das Finanzamt Wien 8/16/17, am 3.12.2020 im Geschäftslokal ***1***, beschlossen:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 iVm § 31 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde zurückgewiesen.

II. Die Kostenansprüche gründen sich auf 35 Abs. 1 und 3 VwGVG in Verbindung mit § 1 Z 3 und 4 VwG-Aufwandsersatzverordnung idgF und werden der belangten Behörde (dem Bund) iHv Euro 426,20 zugesprochen. Die Beschwerdeführerin ist verpflichtet, dem Bund den Kostenersatz binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Begründung

I. Verfahrensgang

1) Maßnahmenbeschwerde

Mit Schriftsatz vom 12.1.2021, eingelangt beim Bundesfinanzgericht am 14.1.2021, brachte die ***Bf1*** (in der Folge kurz: Beschwerdeführerin) eine Maßnahmenbeschwerde wegen Verletzung in Rechten durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) am 3.12.2020 im Lokal ***1*** ein.

Die Beschwerdeführerin gab an in ihren verfassungs- und einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten wegen des

- Durchführens einer Hausdurchsuchung
- gewaltsamen Aufbrechens und Beschädigens der Eingangstüre des Lokals mittels

Schlosser, obwohl dieses aufgrund der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung-COVID-19-NotMV geschlossen war

- Abklebens von Videokameras
- Durchführens einer vorläufigen Beschlagnahme nach § 53 GSpG – trotz des österreichweit geltenden Lockdowns- von Geräten, die nicht eingeschalten und somit nicht betriebsbereit waren

verletzt zu sein und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den angefochtenen AuvBZ für rechtswidrig zu erklären sowie den Zuspruch von Kosten gem. §§ 26 und 35 VwGVG.

Zum Sachverhalt führte die Beschwerdeführerin aus:

*„Die Beschwerdeführerin ist Mieterin und Betreiberin des Lokals in der ***1***.*

*Die belangte Behörde hat am 03.12.2020, somit während des zu diesem Zeitpunkt österreichweit geltenden Lockdowns aufgrund von COVID-19 (siehe hierzu COVID-19-Notmaßnahmenverordnung - COVID-19-NotMV), im Lokal der Beschwerdeführerin eine Kontrolle noch dem Glücksspielgesetz (§ 50 GSpG) durchgeführt. Es lag demnach eine ordnungspolitische Maßnahme vor, die nicht durch einen Bescheid begründet war. Bei dieser Kontrolle waren unter anderem auch ca. 15 Organe der Bereitschaftseinheit der Bundespolizei anwesend. Die Einsatzleitung wurde von der Finanzpolizei ***2*** ausgeübt.*

Die Eingangstüre des aufgrund des geltenden Lockdowns geschlossenen Lokals der Beschwerdeführerin wurde gewaltsam mittels Schlosser aufgebrochen und wurde das Lokal systematisch durchsucht. Im Zuge dieser Durchsuchung wurden die sich im Lokal befindlichen Videokameras abgeklebt und dort lagernde, nicht eingeschaltete, somit nicht betriebsbereite Geräte gemäß § 53 GSpG vorläufig beschlagnahmt.

*Der Finanzpolizei ***2*** in ihrer Funktion als Einsatzleitung bei der Kontrolle am 03.12.2020 möge aufgetragen werden*

- 1. Die Dienstnummern sämtlicher bei der Amtshandlung anwesender Personen, wenn eine solche nicht vorhanden ist, Name und ladungsfähige Adresse bekanntzugeben;*
- 2. Sämtliche bei der Amtshandlung angefertigten Lichtbilder, sowie Video- und Tonaufnahmen vorzulegen;“*

Unter dem Punkt „Rechtswidrigkeit“ führte die Beschwerdeführerin aus:

„Die Rechtswidrigkeit der Ausübung behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt begründet die Beschwerdeführerin im Einzelnen wie folgt:

Wie bereits oben ausgeführt, befand sich die Republik Österreich zum Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 3. Dezember 2020 in einem landesweiten Lockdown aufgrund von Covid 19. Dies ergibt sich aus der COVID-19-

*Notmaßnahmenverordnung - COVID-19-NotMV. Gemäß § 19 COVID-19- NotMV trat diese Verordnung mit 17. November 2020 in Kraft und mit Ablauf des 6. Dezember 2020 außer Kraft. Gemäß § 5 Abs. 1 COVID-19-NotMV war daher auch am Tag der Kontrolle das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren (Z.1), von Dienstleistungsunternehmen zur Inanspruchnahme von körpernahen Dienstleistungen (Z. 2) oder von Freizeiteinrichtungen zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder Freizeiteinrichtungen (Z. 3) untersagt. Dementsprechend war das gegenständliche Lokal der Beschwerdeführerin auch geschlossen und waren die darin befindlichen Geräte ausgeschaltet und nicht betriebsbereit. Dennoch führte die Finanzpolizei ***2*** als Organ des Finanzamtes Wien eine Kontrolle gem. § 50 GSpG im gegenständlichen Lokal durch. Durch das gewaltsame Aufbrechen der Türen mittels Schlosser entstand ein nicht bloß geringfügiger Sachschaden. Dieses Vorgehen erweist sich bereits als höchst unverhältnismäßig, entbehrt jeglicher rechtlicher Grundlage und verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK (unter dieses Grundrecht fallen auch alle wohlerworbenen vermögenswerten Privatrechte, also neben dem Eigentum an körperlichen Sachen auch das Miet- und Pachtrecht). Die systematische Durchsuchung des Lokals der Beschwerdeführerin trotz des landesweit geltenden Lockdowns verletzt diese in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Hausrechtes gemäß Art 9 StGG iVm §§ 2, 3, 5 HausRG, Art 8 EMRK.*

Aufgrund der Tatsache, dass das Lokal aufgrund der COVID-19-NotMV geschlossen war und die sich darin befindlichen Geräte weder eingeschaltet noch sonst irgendwie betriebsbereit waren, war im Übrigen auch die vorläufige Beschlagnahme der Geräte im Lokal der Beschwerdeführerin rechtswidrig, da eine taugliche Rechtsgrundlage für ein derartiges Vorgehen fehlte.

Der Einsatz jedes Zwangsmittels ist grundsätzlich am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen, vorausgesetzt es ist zur Erreichung der damit angestrebten Ziele geeignet und dafür auch notwendig. Steht die physische Gewalt außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck, so ist die betreffende Amtshandlung in diesem Punkt rechtswidrig (vgl. Helm in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde2 (2016), 90f). Zum einen ist festzuhalten, dass von Anfang an kein begründeter Verdacht für eine glücksspielrechtliche Kontrolle vorlag, noch war eine Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes gegenständlich erforderlich, zumal das Lokal aufgrund der Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung seit 03.11.2020 geschlossen war. Es wurde aber dennoch eine glücksspielrechtliche Kontrolle unter der Einsatzleitung der Finanzpolizei trotz des aufgrund der Covid-19- Notmaßnahmenverordnung österreichweit geltenden Lockdowns durchgeführt.

Zum anderen sind die Organe der öffentlichen Aufsicht zwar nach § 50 Abs. 4 GSpG zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG ermächtigt, diese Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen, jedoch muss dabei die Verhältnismäßigkeit in jedem Fall gewahrt werden. 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. Das gegenständlichen Lokal der Beschwerdeführerin war aufgrund des österreichweit geltenden Lockdowns geschlossen, es hätte daher auch der

Finanzpolizei von vornherein klar sein müssen, dass hier schon von vornherein keine rechtliche Grundlage für eine glücksspielrechtliche Kontrolle vorliegen kann, ein Betreten der Lokalität schlicht und ergreifend ebenso von keiner Rechtsgrundlage gedeckt sein kann und ein derartiges Vorgehen eine Verletzung von diversen Grundrechten bedeutet.

*Der von der Finanzpolizei ***2*** im Auftrag des Finanzamtes Wien durchgeführte Akt unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt stellt sich daher als in höchstem Maße unverhältnismäßig dar, da sich nicht einmal Sinn und Zweck dieser Maßnahme erschließt und die rechtlichen Grundlagen für das beschriebene Vorgehen fehlen.“*

Der Maßnahmenbeschwerde angeschlossen waren diverse Kopien von Lichtbildern sowie die Kopie einer mit 27.11.2020 datierten Vollmacht, mit welcher Dr. Fabian Maschke mit der Vertretung in allen Angelegenheiten sowohl vor Gerichts-, Verwaltungs- und Finanzbehörden beauftragt und bevollmächtigt wurde. Unterfertigt war diese Vollmacht durch ***3*** für die ***Bf1***.

2) Stellungnahme der belangten Behörde vom 19.2.2021

Mit Beschluss des Bundesfinanzgerichtes vom 21.1.2021 wurde die Maßnahmenbeschwerde der belangten Behörde übermittelt, die Möglichkeit der Abgabe einer Stellungnahme eingeräumt und um vollständige Vorlage der zur Beschwerdesache bezughabenen Akten ersucht.

Mit Schriftsatz vom 19.2.2021 übermittelte die belangte Behörde ein Konvolut an Unterlagen und erstattete eine Stellungnahme. Einleitend wurde mitgeteilt, dass Anlass für die gegenständliche Kontrolle mehrere Anzeigen und Wahrnehmungsmeldungen, wonach in gegenständlichem Lokal seit 27.7.2020 wiederum Glücksspiele durchgeführt werden, gewesen sei.

Zur Maßnahmenbeschwerde wurde ausgeführt:

*„Laut Auskunft vom 15. Juli 2020 der für das Objekt ***1*** zuständigen Hausverwaltung ***4*** ist die ***5*** Mieterin des gegenständlichen Lokals - siehe Anlage Email Hausverwaltung & Mietvertrag.*

*Laut Eintrag in Finpol - Online wurden im Jahre 2020 an der Adresse ***1*** Kontrollen durchgeführt und daraus resultierend 5 Anzeigen wegen des Verstoßes nach dem GSPG gegen die ***5*** gelegt sowie 21 Geräte und 3 sonstige Eingriffsgegenstände vorläufig beschlagnahmt.*

*Laut dem in der Anlage angeschlossenen Firmenbuchauszug ist die zu FN ***6*** des Landesgerichtes Linz registrierte ***5*** an der Geschäftsadresse ***7*** etabliert. Aus dem in Zusammenhang mit Verfahren vor der LPD Wien ergangenen Mail vom 20.01.2021 des Herr Dr. Maschke an die LPD Wien geht hervor, dass aktueller Mieter die ***Bf1*** mit Sitz in der ***8*** sei - siehe Anlage.*

*Ausgehend von dieser Faktenlage ist in Hinblick auf die der Maßnahmenbeschwerde angeschlossene Vollmacht der ***Bf1*** - siehe Anlage - festzuhalten, dass diese mit „***3***“ unterfertigt ist und das Ausstellungsdatum 27.11.2020 aufweist. Wie untenstehend auszuführen sein wird, hat der Genannte laut Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung vom 03.11.2020 seine Anteile am Gesellschaftskapital an der ***Bf1*** abgetreten und wurde mit Wirkung desselben Tages als Geschäftsführer abberufen. Vor diesem Hintergrund ist die in Vorlage gebrachte Vollmacht zur Erhebung der Maßnahmenbeschwerde in einem anderen Licht zu sehen. Laut Generalversammlungsprotokoll vom 3.11.2020 - siehe Anlage Generalversammlungsprotokoll, aufgenommen zu GZ ***10*** am Amtssitz des öffentlichen Notars ***9***, wurde Herr ***11***, geb. ***12*** mit 03.11.2020 zum Geschäftsführer der genannten Gesellschaft bestellt, unter einem wurde der Beschluß gefasst, den Unternehmenssitz von ***8*** nach ***Bf1-Adr*** zu verlegen - siehe Anlage Firmenbuchauszug ***Bf1*** (LG Wels).*

*Auf die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde bezogen, bedeutet dies, dass die Beschwerde vom 12.01.2021 von einem nicht zur Vertretung der ***Bf1*** Berechtigten erhoben wurde, zumal, wie vorstehend erwähnt, Herr ***3*** mit Wirkung 03.11.2020 seine Anteile am Stammkapital der Gesellschaft abgetreten hat und mit selben Tage als Geschäftsführer abberufen wurde. Hinsichtlich der Betreibereigenschaft der ***Bf1*** in gegenständlichem Lokal ist anzuführen, dass diese weder in den vor der LPD Wien geführten Verfahren, noch in gegenständlicher Maßnahmenbeschwerde durch Vorlage eines Mietvertrages belegt wurde. Die Mietereigenschaft der ***Bf1*** stellt sich als bloße Behauptung dar.“*

Die belangte Behörde beantragte die Maßnahmenbeschwerde infolge fehlender Vertretungsbefugnis des Einschreiters und daraus resultierender fehlender Beschwer als unzulässig zurückzuweisen. Ebenso beantragte sie gemäß den gesetzlichen Bestimmungen als obsiegende Partei den entsprechenden Aufwandsatz (Ersatz des Schriftsatzaufwandes, Ersatz des Vorlageaufwandes und im Falle der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung Ersatz des Verhandlungsaufwandes).

Der Stellungnahme angeschlossen waren die Meldung der LPD vom 12.8.2020, Besuchsprotokoll vom 4.8.2020 und 21.10.2020, Bilddokumentation vom 3.12.2020, GSp 33, Mail RA Dr. Maschke an LPD vom 20.1.2021, Mietvertrag ***5***, Vollmacht ***Bf1*** an Dr. Maschke, Generalversammlungsprotokoll vom 3.11.2020, Firmenbuchauszug ***Bf1*** (LG Wels).

Ergänzend übermittelte die belangte Behörde am 8.3.2021 einen „Feststellungsbescheid gemäß § 8 Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG)- über das Vorliegen eines Scheinunternehmens (juristische Person)“ des Amtes für Betrugsbekämpfung vom 18.2.2021, GZ ***13***, wonach gem. § 8 SBBG festgestellt wurde, dass die Beschwerdeführerin ab 3.11.2020 als Scheinunternehmen gilt. Laut Auskunft der belangten Behörde erwuchs dieser Bescheid mit 1.3.2021 in Rechtskraft.

3) Gegenäußerungen der Beschwerdeführerin vom 29.4.2021, 11.5.2021 und 12.5.2021

Mit Beschluss des Bundesfinanzgerichts vom 23.3.2021 wurden die Stellungnahme der belangten Behörde sowie die übermittelten Aktenteile in Kopie der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht und diese zur Abgabe einer Stellungnahme insbesondere hinsichtlich der Frage der Beschwerdelegitimation aufgefordert. Zudem wurde um Übermittlung des Mietvertrages, der Mietabrechnungen bzw. Zahlungsbestätigungen sowie Strom-/Gas-/Internetabrechnungen das Lokal ***1***, betreffend ersucht.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin wurde aufgefordert aufzuklären, warum das von ihm mit „Vollmacht“ betitelte Schreiben vom 27.11.2020 mit „***3***“ unterfertigt war, welcher zum Zeitpunkt der Unterfertigung laut Firmenbuchauszug nicht mehr als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin fungierte.

Mit E-Mail vom 29.4.2021 legte die Beschwerdeführerin einen Firmenbuchauszug der ***Bf1*** Stichtag 27.11.2020 sowie eine Vollmacht ***Bf1*** vom 15.4.2021. Diese in ihrem Aussehen mit der Vollmacht vom 27.11.2020 idente Vollmacht war nun von ***11*** unterfertigt.

Bezugnehmend auf den Beschluss des BFG vom 23.3.2021 führte sie aus:

„Zu Punkt 4. Ihres Schreibens:

*Mit schriftlicher Vollmacht vom 27.11.2020 wurde Herr Dr. Maschke von der Firma ***Bf1*** beauftragt und bevollmächtigt, diese in allen rechtlichen Belangen zu vertreten. Diese Vollmacht wurde vom damals im Firmenbuch aufscheinenden handelsrechtlichen Geschäftsführer der ***Bf1***, Herrn ***3***, unterfertigt (siehe FB-Auszug mit Stichtag 27.11.2020 ***Bf1***, FN ***14*** im Anhang).*

*Aufgrund des Vorfalles am 03.12.2020 in der ***1*** wurde Herr Dr. Maschke daraufhin von der Mandantschaft beauftragt, eine Maßnahmenbeschwerde hinsichtlich jenes Vorfalles zu erheben.*

*In weiterer Folge fiel uns im Rahmen einer Standardüberprüfung auf, dass laut Firmenbuch Herr ***3*** nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma ***Bf1*** war. Wir nahmen daraufhin Kontakt mit der Mandantschaft auf und forderten diese auf, die Vollmacht durch den neuen Geschäftsführer Herrn ***11*** zu unterfertigen und an uns zu übermitteln. Wir haben auch mittlerweile eine neue Vollmacht von der Firma ***Bf1*** erhalten, die der neue Geschäftsführer, Herr ***11***, geb. am ***12***, unterfertigte (siehe Anhang). Das Vollmachts- und Vertretungsverhältnis ist daher nach wie vor aufrecht und hat dieses auch immer bestanden.*

Zu Punkt 3. Ihres Schreibens:

Wir haben die in Ihrem Schreiben erwähnte Unterlagen bei unserer Mandantschaft angefordert, bis dato haben wir jedoch diesbezüglich nichts erhalten. Sobald wir die

entsprechenden Unterlagen erhalten sollten, werden wir Ihnen diese selbstverständlich zukommen lassen.

Zu Punkt 2. Ihres Schreibens:

Der Vorhalt, die Mandantschaft sei ein Scheinunternehmen, ist unrichtig, wir nehmen jedoch den diesbezüglichen Hinweis zur Kenntnis.“

Mit E-Mails vom 11.5.2021 und 12.5.2021 wurde ein Untermietanbot, abgeschlossen zwischen der ***5*** und der ***Bf1***, sowie eine Mietabrechnung übermittelt.

Das „Untermietanbot Geschäftsräumlichkeiten“, abgeschlossen zwischen der ***5*** als Anbotsteller (AS) und der ***Bf1*** als Anbotnehmer (AN), war datiert mit 1.5.2020 und wies einem Firmenstempel „***5***, ***7***, ATU ***15***“ sowie eine Paraphe auf.

Laut § 1 „stellt der AS dem AN ein verbindliches Mietanbot, mit welchem der AS unwiderruflich bis einschließlich 1.5.2020 im Wort bleibt. Das Mietanbot kann nur durch Zahlung der ersten Miete angenommen werden und beginnt das Mietverhältnis konkludent ab Zahlungseingang.“

Laut § 4 erbringt der AN „bei Beginn des Untermietverhältnisses zur Sicherung aller Ansprüche des AS eine Kautions in Höhe von EUR 11.325,60.“

Laut § 5 wird das Untermietverhältnis auf 3 Jahre abgeschlossen.

Die vorgelegte Mietabrechnung war datiert mit 8.6.2020 und wies die Rechnungsnummer: 05080620 auf. Dabei wurde die Miete inkl. Betriebskosten für Juni 2020 mit € 1.887,60 (€ 1.573,00 zzgl. 20% USt iHv. € 314,60) in Rechnung gestellt. Zudem wurde um Überweisung auf das Bankkonto der ***5*** ersucht.

4) Stellungnahme der belangten Behörde vom 8.6.2021

Mit Beschluss des Bundesfinanzgerichtes vom 18.5.2021 wurden die E-Mails der Beschwerdeführerin vom 29.4.2021, 11.5.2021 und 12.5.2021 samt Beilagen in Kopie übermittelt und der belangten Behörde die Möglichkeit zu einer diesbezüglichen Stellungnahme gegeben sowie um Erstattung einer Stellungnahme die inhaltlichen Punkte der Maßnahmenbeschwerde betreffend, ersucht.

Mit Schriftsatz vom 8.6.2021 übermittelte die belangte Behörde nachfolgende Stellungnahme:

„I: Einleitung

In Ansehung Beschwerdevorbringens darf einleitend angemerkt werden, dass §52 Abs. 1 Z 5 GSpG 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 stellt jedoch nicht auf das Vorliegen eines Verdachts einer strafbaren Handlung (einer Verwaltungsübertretung nach §52 GSpG oder einer Straftat gemäß § 168 StGB) ab. (VfGH G 55/2015-10 ua. 18.06.2015)

D.h.: für die Anwendung von Zwangsgewalt zur Durchsetzung von Kontrollmaßnahmen ist es nicht entscheidungswesentlich, ob ein Glücksspielrechtlicher Sachverhalt vorlag, sondern ob eine Kontrollmaßnahme im Sinne des GSpG durchzuführen war.

*Mit dem mit 11.05.2021 datiertem Email wurde seitens der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ein von der ***5*** an die ***Bf-1*** gerichtetes, mit 01.05.2020 datiertes, Untermietanbot in Vorlage gebracht, dessen § 1 ausweist, dass das Anbot bis ausschließlich 01.05.2020 verbindlich sei. Laut gegenständlicher Vertragsbestimmung kann das Anbot nur durch Zahlung der ersten Miete an den Anbotsteller angenommen werden und beginne das Mietverhältnis konkludent ab Zahlungseingang.*

*Mit weiterer Email vom 12.05.2021 wurde die als „Mietabrechnung zwischen der ***5*** und der ***Bf1***" bezeichnete Rechnung für Juni 2020, jedoch kein entsprechender Überweisungsbeleg, übermittelt.*

*Seitens des Amtes für Betrugsbekämpfung ergeht in diesem Zusammenhang der Antrag, die Beschwerdeführerin zur Vorlage der entsprechenden Überweisungsbelege an das Konto ***16*** (Anm. Miete Mai & Juni 2020, Kaution gemäß § 4 des Mietanbots) aufzufordern.*

Sollte die Beschwerdeführerin die entsprechenden Überweisungsbelege nicht in Vorlage bringen (können), ist nach ha. Dafürhalten davon auszugehen, dass das Untermietanbot eine bloße Behauptung darstellt, die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde wäre als unzulässig zurückzuweisen.

II: Sachverhalt

Der guten Ordnung halber sei vorab zur Feststellung, das Lokal wäre aufgrund des Covid 19 bedingten Lockdowns geschlossen gewesen und hätte sich demgemäß zu diesem Zeitpunkt niemand im Lokal befunden, festgehalten, dass allein im Wiener Bereich im Zeitraum März 2020 bis Jänner 2021 - 229 Lokale kontrolliert und dabei 491 Glückspielgeräte bzw. sonstige Eingriffsgegenstände vorläufig beschlagnahmt bzw. durch die Behörde beschlagnahmt wurden.

Beinahe sämtliche der kontrollierten Lokale wiesen zur Verschleierung der Glückspielaktivitäten beziehungsweise zur Hinanhaltung von Kontrollen im Außenbereich Hinweise wie „In Kürze geöffnet" „wegen Covid-19 geschlossen" oder ähnliches auf.

*Am 03.12.2020, beginnend um 13.50 Uhr erfolgte auf Grundlage des § 50 Abs. 4 GSpG durch das FPT03 in dem an der Adresse ***1*** etablierten Lokal eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz. Die Einsatzleitung der Amtshandlung nach dem GSpG oblag Herrn ***21***.*

*Das Einschreiten erfolgte aufgrund mehrerer Meldungen, dass in gegenständlichem Lokal wiederum Glückspielaktivitäten stattfinden, unter anderen beispielsweise aufgrund des in der Anlage angeschlossenen Besuchsprotokolls der ***22*** vom 04.08.2020 - siehe Anlage.*

Zu Beginn der Kontrolle wurde durch ein Erhebungsorgan der Finanzpolizei an die geschlossene Tür geklopft und durch Vorweisen des Dienstausweises und der Kokarde in die eingebaute Kamera die Kontrolle angekündigt.

Zusätzlich wurde eine Schautafel mit der Ankündigung der Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz in Richtung Kamera gehalten.

Da trotz dreimaliger Ankündigung der Kontrolle keine Öffnung der Türe erfolgte, wurde die Durchsetzung der Kontrolle mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Richtung der eingebauten Überwachungseinrichtung mehrmals angekündigt. Die straßenseitige Zutrittsstür zum Lokal war, wie bei derartigen Lokalen üblich, verspiegelt, sodass der Blick in das Innere des Lokals nicht gegeben war. Hinsichtlich der Details darf auf das in der Anlage angeschlossene GSp 33 Formular verwiesen werden.

Nach Zutritt und Sicherung des Lokals konnte festgestellt werden, dass keine lokal - verantwortliche Personen, die den Verpflichtungen gem. §50 Abs. 4 GSpG gegenüber den Kontrollorganen nachkommen hätte können, im Lokal aufhältig waren.

Es handelte sich hierbei um ein Geschäftslokal mit Nebenräumen.

*In dem Geschäftslokal befanden sich 4 Glückspielgeräte, Marke Kajot (Geräte Nummern 1 bis 4) sowie ein Router, Marke Huawei (siehe hierzu den zur ZI ***17*** ergangenen Beschlagnahme - und Einziehungsbescheid vom 31.03.2021)*

Aufgrund der vorliegenden Anzeigen, des Inhalts des Besuchsprotokolls vom 04.08.2020, sowie des Umstandes, dass die 4 Geräte zu Beginn der Kontrollmaßnahme heruntergefahren waren, das Gerät mit der Nr. 2 kurzfristig in Betrieb genommen werden konnte, wodurch die Spielauswahl (klassische amtsbekannte Walzenspiele) am Bildschirm ersichtlich war, in der Folge „NET ERROR“ am Bildschirm erschien, wurde in der Folge gemäß § 53 Abs. 2 GSpG die vorläufige Beschlagnahme der Glückspielgeräte sowie des Routers als sonstiger Eingriffsgegenstände ausgesprochen - siehe angeschlossenen Beschlagnahmebescheid.

III: Zum Inhalt der Maßnahmenbeschwerde

Zur Durchführung einer Hausdurchsuchung

Zur Behauptung, die Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin seien einer systematischen Durchsuchung unterzogen worden, sei auf die Rechtsprechung der Höchstgerichte hingewiesen.

Nach dieser stellt die bloße Besichtigung eines wenn auch durch das Hausrecht geschützten Raumes bzw. die Vornahme eines Augenscheins in einem solchen keine Hausdurchsuchung iSd HausRG dar. Ein Betreten zum Zwecke einer Kontrolle nach dem GSpG ist sohn nicht als Hausdurchsuchung zu werten.

Der VfGH befasste sich bereits mit der Frage nach der Suche nach illegalen Glücksspielautomaten im Zusammenhang mit einer behaupteten Hausdurchsuchung und stellte dabei fest, dass eine Durchsuchung der Geschäftsräumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei überflüssig war (da die Geräte offen aufgestellt waren, eine Durchsuchung daher auch nicht stattfand), und bestätigte damit auch die Grenzziehung zwischen bloßen Betretungsrechten und Hausdurchsuchung (VfGH 28. 11. 1989, B 1212/88).

Charakteristisch für das Wesen einer Hausdurchsuchung in der Bedeutung des (auf Verfassungsstufe stehenden) Gesetzes vom 27. Oktober 1862, RGBl. 88, zum Schutze des Hausrechtes (HausrechtsG) ist das Suchen nach einer Person oder einem Gegenstand, von denen es unbekannt ist, wo sie sich befinden. Durch den Schutz des Hausrechtes soll - wie der Verfassungsgerichtshof schon wiederholt dargelegt hat (zB VfSlg. 10897/1986) - ein die persönliche Würde und Unabhängigkeit verletzender Eingriff in den Lebenskreis des Wohnungsinhabers, in Dinge, die man im allgemeinen berechtigt und gewohnt ist, dem Einblick Fremder zu entziehen, hintangehalten werden; bereits eine systematische Besichtigung wenigstens eines bestimmten Objektes (so etwa eines Kastens) genügt, um als Hausdurchsuchung gewertet zu werden.

Das Hausrecht des Art95tGG unterscheidet sich vom Recht auf Achtung der Wohnung nach Art 8 EMRK im Ansatz dadurch, dass es nicht die Funktion einer Wohnung, sondern die Freiheit einer räumlichen Sphäre schützt. Art 9 StGG geht insoweit über Art 8 EMRK hinaus, als er nicht nur Wohnungen erfasst, sondern sich auch auf andere, zum Hauswesen gehörende Räumlichkeiten bezieht, und daher unter anderem Betriebsräume und ähnliches einschließt. Er bleibt jedoch hinter Art 8 EMRK zurück, weil er ausschließlich gegen Hausdurchsuchungen schützt.

Der Verfassungsgerichtshof setzt in ständiger Rechtsprechung den Schutzbereich von Art 9 StGG mit dem Anwendungsbereich des Hausrechtsgesetzes gleich. Unter der Unverletzlichkeit des Hausrechtes - so die seit VfSlg 872/1897 ständig wiederkehrende Feststellung - ist nur der Schutz gegen willkürliche Hausdurchsuchungen zu verstehen.

Nach der höchstgerichtlichen Judikatur setzt das Durchsuchen einer Räumlichkeit das "Suchen nach einer Person oder einem Gegenstand voraus, von denen es unbekannt ist, wo sie sich befinden" (Vfslg 1486/1932, 5080/1965 und 5738/1968). Einen Raum durchsuchen bedeutet, "dessen einzelne Bestandteile und die darin befindlichen Objekte zu dem Behufe beaugenscheinigen und festzustellen, ob in diesem Raum und an welcher Stelle desselben sich ein bestimmter Gegenstand befindet" (Vfslg 6328/1970 und 8642/1979). Davon kann nach einer inneren Ergänzung der Formel erst dann gesprochen werden, wenn das einschreitende Organ "eine systematische Besichtigung wenigstens eines bestimmten Objekts" vorgenommen hat (Vfslg 3351/1958).

Aufgrund der ausgeprägten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes scheidet eine "Durchsuchung" im Sinne des Art. 9 StGG dann aus, wenn es sich nicht um die Ergreifung von Personen oder Gegenständen, sondern um die Aufnahme eines Sachverhaltes handelt. Insbesondere die Vornahme eines Augenscheines oder die Besichtigung von Räumlichkeiten zur "Konstatierung gewisser Verhältnisse" stellt keinen Grundrechtseingriff dar (Vfslg 1486/1932, 3352/1958 und 6736/1972, VwGH 22.02.2007, 2006/11/0154 uva.).

Die bloße Besichtigung eines wenn auch durch das Hausrecht geschützten Raumes bzw. die Vornahme eines Augenscheins in einem solchen stellt nach herrschender Rechtsprechung keine Durchsuchung dar (siehe die Nachweise bei WIEDERIN, in KORINEK/HOLOUBEK, Bundesverfassungsrecht, Art. 9 StGG RN 34).

Aus den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, der BAO sowie des AVOG ergibt sich, dass den Kontrollorganen der Finanzpolizei für die jeweilige Abgabenbehörde (Anm. vor dem 01.01.2021 sich ereignende Sachverhalte) eine Zuständigkeit für Kontrollmaßnahmen aus eigenem Antrieb zukommt, die das Betreten der Geschäftsräumlichkeiten umfasst.

Das Betreten der Räumlichkeiten des Lokals erfolgte im gegenständlichen Fall auch nicht zu dem Zweck, einen Gegenstand oder gar eine bestimmte Person zu suchen, sondern ausschließlich dazu, Gegenstände (bei denen der Verdacht der verbotenen Ausspielung vorlag) von denen bereits aufgrund von Anzeigen bekannt war, dass sie sich in gegenständlichem Lokal befinden bzw. zudem der Raum bekannt war, in dem sie aufgestellt waren, festzustellen, diese in Augenschein zu nehmen und einer Testbespielung zu unterziehen, sowie die entsprechenden weiteren Maßnahmen nach dem Glücksspielgesetz zu setzen.

Die Kontrollorgane handelten sohin im Sinne ihres gesetzlichen Auftrages, nämlich der Überwachung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und im Rahmen ihrer Befugnisse gemäß §50 Abs.4 GSpG.

Im gegenständlichen Fall kann daher keinesfalls von einem Eingriff in das nach Art 9 StGG iVm §§ 2, 3, 5 HausRG geschützte Recht auf Unverletzlichkeit des Hausrechts gesprochen werden. Das bloße Betreten der Betriebsräumlichkeiten ist kein systematisches Durchsuchen im Sinne der angeführten Rechtsprechung.

Zur Frage des Aufbrechens der Eingangstüre des verschlossenen Lokales

In Hinblick auf die Hintanhaltung von potentiellen Gefährdungen darf ua auf das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2014 zu 2011/17/0333 hingewiesen werden, wonach es den Organen bei Kontrollen noch dem GSpG unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gestattet ist, jene Maßnahmen zu setzen, die für den reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig sind.

Mit 15.08.2015 (BGBl. I Nr. 118/2015) trat die neue Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG in Kraft und lautet wie folgt:

„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 noch 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 anzudrehen. 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."

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage wird dazu ausgeführt (129/ME XXV. GP - Ministerialentwurf- Erläuterungen):

Zu Z 3 (§ 50 Abs. 4 GspG);

„Die im Abs. 4 statuierten Duldungs- und Mitwirkungspflichten stellen eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar und sind aus diesem Grund als Verstöße gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. im Vollzug hat sich diese Maßnahme als äußerst wirksam herausgestellt.

Mit der Änderung wird klargestellt, dass die Durchsetzung der Befugnisse nach diesem Bundesgesetz auch zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt. Daher sollen beispielsweise verschlossene Haus- und Zimmertüren sowie verschlossene Behältnisse, wie insbesondere auch Glücksspielautomaten, zum Zwecke der Durchsetzung der Überwachungsaufgaben auch zwangsweise geöffnet werden können. Dabei sind die jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen anzudrehen und anzuwenden"

Die Kontrollorgane haben sich im gegenständlichen Fall zweifelsfrei im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse verhalten.

Schon aufgrund von Anzeigen, der stattgefundenen Vorkontrollen war eindeutig der konkrete Verdacht für das Vorliegen eines Glücksspiel lokales gegeben. Trotz lauter Aufforderung zum Öffnen der Eingangstüre, sowie mehrfachem Klopfen und Läuten, wurde die Türe nicht geöffnet.

Die Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt für den Fall der weiteren Verweigerung des Zutrittes wurde mehrfach - inklusiv einer Rechtbelehrung, die einerseits die gesetzlichen Grundlagen des Einschreitens der Kontrollorgane erläuterte sowie auf die Pflichten des jeweiligen Normunterworfenen hinwies, angedroht.

Da dieser Aufforderung nicht nachgekommen wurde, erfolgte die zwangsweise Öffnung der Eingangstüre.

Es erfolgte sohin die im Gesetz beschriebene Androhung von Befehls- und Zwangsgewalt und damit zusammenhängend die Aufforderung zum gesetzeskonformen Verhalten.

Die Öffnung selbst wurde durch einen der Amtshandlung beigezogenen Schlosser durchgeführt.

Die Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt ist nach dem Gesetzeswortlaut und Erläuternden Bemerkungen 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".

Es sind die „gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen anzudrehen und anzuwenden.“

Verhältnismäßig bedeutet, dass die Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet (zweckmäßig) und daher notwendig sein muss.

Das Aufbrechen der Türe stellte jedenfalls das gelindeste Mittel zur Durchsetzung des Betretungsrechtes dar, es stand auch nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg. Im Gegenteil, aufgrund der Öffnung der Türe konnten die sich im Lokal befindlichen 4 Glücksspielgeräte sowie ein Router als weitere Komponente einer vorläufigen Beschlagnahme zugeführt werden. Angemerkt sei in diesem Kontext, dass die 4 Geräte zu Beginn der Kontrollmaßnahme heruntergefahren waren und konnten keine Testspiele durchgeführt werden.

Das Gerät 2 konnte kurzfristig in Betrieb genommen werden, wodurch die Spielauswahl (klassische amtsbekannte Walzenspiele) am Bildschirm ersichtlich war. In der Folge erschien „NET ERROR“ am Bildschirm.

Sowohl die Androhung als auch die Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt im Sinne des § 50 Abs.4 GSpG erfolgten verhältnismäßig und unter Anwendung des gelindesten Mittels und waren zur Erreichung des angestrebten Erfolges erforderlich.

Hinsichtlich näherer Details darf zur Vermeidung von Wiederholungen auf die in der Anlage angeschlossene Bilddokumentation samt Erläuterungen hingewiesen werden.

Zur Frage des Abkleben von Videokameras

Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, die Kontrollorgane hätten die im Lokal angebrachten Videokameras mit Klebebändern abgeklebt und dadurch unbrauchbar gemacht.

In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.2.2013, 2012/17/0430 und 0435, hingewiesen, welcher sich im Zuge einer Maßnahmenbeschwerde mit der Frage auseinandergesetzt hatte, ob das temporäre Abdecken von Videokameras im Zuge einer Glücksspielkontrolle ein rechtswidriges Verhalten der Kontrollorgane darstelle.

Dazu der VwGH wörtlich (Hervorhebungen nicht im Original):

„Aufgrund der Feststellungen der belangten Behörde ist zweifellos davon auszugehen, dass es sich bei dem von den einschreitenden Organen vorgenommen Abdecken der Videokamera mit einem Post-it um einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt handelt. Im Beschwerdefall wurde nach Nichtbefolgung der behördlichen Anordnung gegen den Willen der Mitbeteiligten die Abdeckung des Kameraobjektives seitens der Organwalter vorgenommen. Die belangte Behörde hat in dem angefochtenen Bescheid die Feststellung getroffen, dass die Mitbeteiligte - letzten Endes auch physisch - daran gehindert worden wäre, die angebrachte Abdeckung zu entfernen. im Anbringen der Abdeckung lag daher ein Zwangsakt und ein von der

Mitbeteiligten zu befolgender Duldungsbefehl, bei dessen Missachtung die Mitbeteiligte damit rechnen musste, dass der von der Behörde erwünschte Zustand zwangsweise wiederhergestellt worden wäre.

Es ist daher zu prüfen, ob die Vorgangsweise rechtswidrig war.

Den einschreitenden Organen ist es unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gestattet, jene Maßnahmen zu setzen, die für den reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig sind, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er würde zwar die Durchführung einer Kontrolle vorsehen, den kontrollierenden Organen aber nicht gestatten, Maßnahmen zu setzen, die einen zweckdienlichen Ablauf ermöglichen. Die Durchführung von Kontrollen nach dem GSpG erfolgt zu dem Zweck, Eingriffe in das Glücksspielmonopol hintanzuhalten. Dazu werden im Rahmen dieser Kontrollen die Lokalitäten, bezüglich derer der Verdacht besteht, dass in ihnen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, aufgesucht und betreffend vorgefundene Glücksspielgeräte eine Überprüfung dahin vorgenommen, ob mit diesen Auspielungen im Sinne des § 2 Abs. 3 GSpG durchgeführt wurden. Bei diesen Kontrollen, die nicht nur vereinzelt, sondern regelmäßig durchgeführt werden, kommt es naturgemäß zu sich immer wieder wiederholenden Abläufen. Ein nicht zu unterschätzender Faktor ist dabei das Überraschungsmoment und die Unkenntnis der Inhaber der kontrollierten Betriebe vom genauen Kontrollablauf. Würde die genaue Vorgehensweise bei glücksspielrechtlichen Kontrollen - ebenso wie bei Kontrollen nach anderen Vorschriften - dem von den Kontrollen betrogenen Personenkreis bekannt sein, so bestünde die Gefahr, dass durch entsprechende Maßnahmen versucht wird, den Zweck der Kontrolle zu vereiteln. Außerdem könnten Parteien und Zeugen durch Abspielen auch nur von Teilen der gefilmten Amtshandlung beeinflusst werden. Aufgrund dieser Überlegungen besteht ein berechtigtes öffentliches Interesse daran, Videoaufzeichnungen derartiger Kontrollen zu unterbinden, welche die Gefahr ihrer schnellen Verbreitung und Veröffentlichung in sich tragen. Der Behörde kann daher ein Interesse nicht abgesprochen werden, die Anfertigung von Videoaufnahmen der Amtshandlung, auf deren weiteren Verwendung sie keinerlei Einfluss hat, zu unterbinden.

Insbesondere spricht auch der Schutz der Persönlichkeitsrechte der anwesenden Organwalter gegen eine Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Diese sind davor zu schützen, dass ihr Bildnis als Kontrollen nach dem GSpG durchführende Organe verbreitet wird.

Das nur hypothetische Interesse der Mitbeteiligten an der Anfertigung der Aufnahmen, welches laut dem angefochtenen Bescheid im Wesentlichen darin bestanden haben soll, Beweismaterial für etwaige Rechtswidrigkeiten der einschreitenden Organe zu sammeln, überwiegt die Interessen der einschreitenden Organe bzw. Behörde nicht. Im Übrigen stehen dafür in der Regel andere Beweismittel zur Verfügung.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen war das temporäre Abdecken der Videokamera im Beschwerdefall verhältnismäßig und nicht rechtswidrig.

Unabhängig von der Frage, ob die Mitbeteiligte überhaupt berechtigt war, eine Videoüberwachung durchzuführen, belastete die belangte Behörde, indem sie die von den einschreitenden Organen gesetzte Maßnahme für rechtswidrig erklärte, den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb dieser jedenfalls gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben war."

Mit dieser Thematik setze sich der VwGH auch in seiner Entscheidung vom 15.12.2014, 2011/17/0333 auseinander.

Das temporäre Abdecken der Überwachungskameras während des Zeitraumes der Dauer der Kontrolle stellte sohin kein rechtswidriges Verhalten der Kontrollorgane dar.

Zur bekämpften vorläufigen Beschlagnahme von Glückspielgeräten und sonstigen Eingriffsgegenständen gem. §53 Abs2 GSpG

Diesbezüglich sei festgehalten, dass es sich gem RSpr und Lehre bei der Maßnahmenbeschwerde lediglich um ein subsidiäres Rechtsmittel (vgl. z.B. VwGH 96/02/0309 v. 4.10.1996) handelt, mit welchem Rechtsschutzlücken geschlossen werden sollen. Insbesondere solle die Maßnahmenbeschwerde keine Zweigleisigkeiten für die Verfolgung ein- und desselben Rechtes schaffen (VwGH 91/15/0147 v. 29.6.1992). Nach ständiger RSpr des VwGH kann daher nicht Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde sein, was in einem Verwaltungsverfahren ausgetragen werden kann.

In vielen Fällen - auch in gegenständlichem Verfahren wegen der vorläufigen Beschlagnahme von Eingriffsgegenständen gem § 53 Abs. 2 GSpG - ist angeordnet, dass gewissermaßen als vorläufige Regelung, der AuvBZ der Bestätigung durch einen nachfolgenden Bescheid (hier Beschlagnahmebescheid gem § 53 Abs. 1 iVm § 53 Abs. 3 GSpG) bedürfen.

Wird nun ein entsprechender Bescheid erlassen, so hört der AuvBZ auf, ein unmittelbarer Akt zu sein, er verliert also seine Eigenschaft als AuvBZ, ein Beschwerdeverfahren ist somit mangels tauglichen Beschwerdegegenstands obsolet.

*Mit Bescheid der LPD Wien vom 31.03.201 zu ZI ***17*** ergangenen Beschlagnahme - und Einziehungsbescheid vom 31.03.2021 wurde hinsichtlich sämtlicher vorläufig beschlagnahmter Glückspielgeräte und des Eingriffsgegenstandes zu 1 die Beschlagnahme gem § 53 Abs1 ausgesprochen, zu 2 gemäß § 54 Abs. 1 leg. cit die Einziehung verfügt - siehe Anlage Beschlagnahme - und Einziehungsbescheid.“*

Als Beilage zur Stellungnahme übermittelte die belangte Behörde die

- Fotodokumentation Gsp-Kontrolle 3.12.2020
- Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid der Landespolizeidirektion Wien vom 31.3.2021, GZ ***17***
- Besuchsprotokoll Spielerinfo vom 4.8.2020
- Aktenvermerk Gsp 33 vom 9.12.2020

5) Gegenäußerung der Beschwerdeführerin vom 26.7.2021 und 4.8.2021

Mit Beschluss des Bundesfinanzgerichtes vom 22.6.2021 wurden die Stellungnahme der belangten Behörde vom 29.4.2021, 11.5.2021 und 12.5.2021 samt Beilagen (in Kopie) der

Beschwerdeführerin übermittelt und ihr die Möglichkeit zu einer diesbezüglichen Stellungnahme gegeben, insbesondere dahingehend, dass laut Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid der LPD Wien vom 31.3.2021 der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuerkennung der Parteistellung im Verfahren abgewiesen wurde. Zudem wurde die Beschwerdeführerin nochmals – hinsichtlich der Frage der Beschwerdelegitimation – aufgefordert, Überweisungsbestätigungen für die Zahlung der Untermiete für die Monate 06-12/2020, einen Nachweis für die Erbringung der Kautions, eine Bestätigung der Vergebührung des Untermietanbotes sowie Einzahlungs-/Überweisungsbelege für Strom-/Gas-/Internet-Abrechnungen vorzulegen.

Mit E-Mail vom 26.7.2021 nahm die Beschwerdeführerin nachfolgend Stellung:

„Wir nehmen Bezug auf den Beschluss vom 22.06.2021, eingelangt am 28.06.2021, betreffend Maßnahmenbeschwerde zur GZ: RM/7100002/2021 und erlauben uns Pkt. 2 des gegenständlichen Beschlusses entsprechend binnen offener Frist zunächst zu den von der Finanzpolizei getätigten Ausführungen nachfolgende Stellungnahme abzugeben:

Den Ausführungen der Finanzpolizei ist zunächst einmal zu entgegnen, dass allein der Umstand, dass im Zeitraum März 2020 – Jänner 2021 229 Lokale kontrolliert wurden, jedenfalls nicht die Tatsache entkräftet, dass das hier gegenständliche Lokal zum Zeitpunkt der Kontrolle am 03.12.2020 geschlossen und darin auch niemand anwesend war. Es liegt daher auf der Hand, dass zum Kontrollzeitpunkt keine lokalverantwortliche Person, die den Verpflichtungen gem. § 50 Abs. 4 GSpG gegenüber den Kontrollorganen nachkommen hätte können, anwesend war. Eine derartige Anwesenheit ist jedoch dann nicht notwendig, wenn das Lokal – wie es eben hier der Fall war - aufgrund der durch Covid-19 erlassenen Betretungsverbote geschlossen und damit ohnehin nicht öffentlich zugänglich war. Dementsprechend waren auch die darin befindlichen Geräte nicht eingeschaltet und nicht betriebsbereit.

Zu den Ausführungen hinsichtlich der Durchführung einer Hausdurchsuchung:

Die von der Finanzpolizei erwähnte höchstgerichtliche Judikatur ist nicht einschlägig, zumal sich keine der zitierten Entscheidungen mit einer Kontrolle nach dem GSpG während eines aufgrund einer Pandemie verhängten „Lockdowns“ beschäftigt, während dem das Betreten von Freizeiteinrichtungen strikt untersagt und ein diesbezügliches Zuwiderhandeln mit Strafe sanktioniert ist. Aufgrund der Tatsache, dass das Lokal der Beschwerdeführerin nicht betreten werden durfte und dieses daher gezwungenermaßen geschlossen sein musste, ergab sich auch keine Zuständigkeit der Kontrollorgane der Finanzpolizei für Kontrollmaßnahmen aus eigenem Antrieb. Die Finanzpolizei nahm daher gegenständlich eine Zuständigkeit in Anspruch, die ihr so nach dem Gesetz gerade nicht zukommt und verletzte hierdurch die Beschwerdeführerin offenkundig in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK und auf Unverletzlichkeit des Hausrechtes gemäß Art 9 StGG iVm §§ 2, 3, 5 HausRG, Art 8 EMRK.

Zu den Ausführungen hinsichtlich des Aufbrechens der Eingangstüre:

Da – wie bereits ausgeführt - der Finanzpolizei im gegenständlichen Fall von vornherein die Zuständigkeit zur Durchführung der gegenständlichen Kontrolle aufgrund der zu diesem Zeitpunkt aufrechten Betretungsverbote fehlte, kann diesbezüglich auch nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der einschreitenden Kontrollorgane gewahrt worden sein, zumal ein derartiges Lokal, wie es auch hier verfahrensgegenständlich ist, gezwungen war, geschlossen zu bleiben, um die zum damaligen Zeitpunkt geltenden behördlichen Vorschriften einzuhalten. Die Kontrollorgane der Finanzpolizei waren selbstverständlich in Kenntnis über den aufgrund von COVID-19 erlassenen „Lockdown“ und die damals geltenden Rechtsvorschriften, führten die gegenständliche Kontrolle jedoch dennoch durch und verletzen damit auch offenkundig den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Unabhängig davon stellt sich hier die Frage, ob die gegenständliche Kontrolle überhaupt am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen ist, zumal die Kontrollmaßnahme im Sinne des GSpG mangels diesbezüglicher Veranlassung ohnehin nicht durchzuführen gewesen wäre und daher nicht verhältnismäßig sein kann.

Zu den Ausführungen hinsichtlich des Abklebens von Videokameras:

Hier ist auf die zuvor getätigten Ausführungen hinzuweisen. Die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist evident, die glücksspielrechtliche Kontrolle war aufgrund des landesweit geltenden „Lockdowns“ und der Tatsache, dass das gegenständliche Lokal von außen klar sichtbar geschlossen war, unzulässig. Alle im Zuge dieser Kontrolle getätigten Maßnahmen erweisen sich daher als unverhältnismäßig und haben die diesbezüglichen Ausführungen der Finanzpolizei daher unbeachtlich zu bleiben. Die Rechtswidrigkeit ist daher zweifelsohne gegeben.

*Zur Abweisung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Zuerkennung der Parteistellung im Beschlagnahme und Einziehungsbescheid der LPD Wien vom 31.03.2021 zur GZ: ***17***:*

Gegen den Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid und die in diesem Zusammenhang erfolgte Abweisung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Zuerkennung der Parteistellung wurde bereits Bescheidbeschwerde an das Verwaltungsgericht Wien erhoben, unter anderem aus dem Grund, da die Abweisung auf Zuerkennung der Parteistellung zu Unrecht erfolgte. Die Beschwerdeführerin wird daher in diesem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ihre Inhabereigenschaft – wie auch hier - darlegen, damit ihr die Parteistellung zuerkannt wird.

Hinsichtlich Pkt. 3. des gegenständlichen Beschlusses wird höflichst um eine Erstreckung der Frist zur Vorlage der im Beschluss angeforderten Unterlagen um 10 Tage ersucht, da sich die hierfür zuständige Mitarbeiterin der Beschwerdeführerin derzeit noch im Urlaub befindet und dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin daher eine Vorlage der Unterlagen innerhalb der im Beschluss festgesetzten Frist nicht möglich ist.“

Mit E-Mail vom 4.8.2021 übermittelte die Beschwerdeführerin Rechnungen betreffend

- „Miete inkl. BK Juni 2020“ iHv. € 1.887,60, Rechnungsdatum 8.6.2020, Rechnungsnummer: 05080620

- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 8.6.2020, v
Rechnungsnummer: 06080620
- „Miete inkl. BK Juli 2020“ iHv. € 1.887,60, Rechnungsnummer: 08030720
- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 3.7.2020,
Rechnungsnummer: 09030720
- „Miete inkl. BK August 2020“ iHv. € 1.887,60, Rechnungsnummer: 12110820
- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 11.8.2020,
Rechnungsnummer: 13110820
- „Miete inkl. BK Sept. 2020“ iHv. € 1.887,60, Rechnungsnummer: 14070920
- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 7.9.2020,
Rechnungsnummer: 15070920
- „Miete inkl. BK Oktober 2020“ iHv. € 1.887,60, Rechnungsnummer: 19121020
- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 12.10.2020,
Rechnungsnummer: 20121020
- „BK November 2020“ iHv. € 253,37, Rechnungsnummer: 23031120
- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 3.11.2020,
Rechnungsnummer: 24031120
- BK Dec. 2020“ iHv. € 253,37, Rechnungsnummer: 27021220
- „Business Internet, Gas, Strom“ iHv. gesamt € 331,31, Rechnungsdatum 2.12.2020,
Rechnungsnummer: 28021220

und führte aus:

*„Wir nehmen Bezug auf den Beschluss vom 22.06.2021, eingelangt am 28.06.2021, betreffend Maßnahmenbeschwerde zur GZ: RM/7100002/2021 und erlauben uns binnen offener Frist für die Mandantschaft ergänzend die im Anhang befindlichen Unterlagen zu übermitteln. Es handelt sich diesbezüglich um Vorschriften hinsichtlich der Untermiete und der Kosten für Internet, Strom und Gas für die Monate 06/2020 bis einschließlich 12/2020 für das Objekt in der Thaliastraße 81, Top 4-5, 1160 Wien. Die Kosten für Internet, Strom und Gas wurden von der ***5*** direkt an die Mandantschaft weiterverrechnet. Überweisungsbestätigungen können keine vorgelegt werden, da sowohl die Untermiete als auch die Kosten für Internet, Strom und Gas von der Mandantschaft in bar an die ***5*** bezahlt wurden.“*

Das Untermietanbot wurde durch Bezahlung der ersten Miete faktisch angenommen, weshalb eine Gebührenpflicht nicht entstand.“

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

I. Sachverhalt

Am 3.12.2020 um 13:50 Uhr wurde im Geschäftslokal an der Adresse ***1***, durch die Finanzpolizei ***2*** eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durchgeführt.

Da nach Ankündigung der Kontrolle durch den Einsatzleiter der Finanzpolizei die Türe Lokales nicht geöffnet wurde, erfolgte eine zwangsweise Öffnung derselben durch einen Schlosser. Es wurden keine Personen in den Räumlichkeiten angetroffen.

Es wurden 4 Geräte vorgefunden, welche in der Folge samt eines WLAN – Routers durch die Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt und durch die MA 48 in ein Lager der LPD verbracht wurden. Nach Anordnung durch die LPD Wien wurde eine Betriebsschließung hinsichtlich des Lokals ausgesprochen.

Zur Frage der Identität des Eigentümers der Geräte, des Inhabers und des Veranstalters stellte die Finanzpolizei vor Ort fest und (hielt dies im Aktenvermerk Gsp 33 fest), dass aufgrund der Seriennummern der Geräte auf einer Geräteeigentümerschaft der ***20*** s.r.o. zu schließen sei. Die Hausverwaltung des Gebäudes sei die ***4***. Laut Information der Hausverwaltung (***18***) am 1.12.2020 sei die „***5***“ nach wie vor Hauptmieter des Lokals, es habe sich an den Mietverhältnissen nichts geändert. Laut Auskunft von Wien Strom sei ebenfalls die ***5*** der Strombezieher des Lokals.

Mit Schriftsatz vom 12.1.2021 (eingelangt beim BFG am 14.1.2021) erhob die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Amtshandlung vom 3.12.2020 Maßnahmenbeschwerde gem. Art. 130 Abs. 1 Z 2 iVm Art. 132 Abs. 2 B-VG.

Mit E-Mail vom 20.1.2021, gerichtet an die LPD Wien, teilte RA Dr. Maschke als rechtsfreundlicher Vertreter der ***5*** bezugnehmend auf die Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme vom 4.1.2021, GZ ***17*** mit, dass nicht die ***5*** Mieterin und Inhaberin des gegenständlichen Lokals sei, sondern die ***Bf1***.

Mit Bescheid des Amtes für Betrugsbekämpfung vom 18.2.2021, GZ ***13***, wurde gemäß § 8 Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG) das Vorliegen eines Scheinunternehmens betreffend die Beschwerdeführerin ab 3.11.2020 festgestellt. Begründend wurde unter anderem ausgeführt, dass keine Hinweise auf einen Firmensitz an der im Firmenbuch

geänderten Sitzadresse gegeben sei, dem Vermieter des Gebäudes die Firma nicht bekannt sei, eine Kontaktaufnahme nicht möglich sei, die UID- Nummer lediglich bis 1.7.2020 gültig gewesen sei, sowie bei der ÖGK ein Rückstand bestehe.

Dieser Bescheid erwuchs in Rechtskraft und erfolgte eine diesbezügliche Eintragung am 19.3.2021 im Firmenbuch (FN ***14***). Daraus ergibt sich auch, dass handelsrechtliche Geschäftsführer ***19*** und ***3*** waren, ab 3.11.2020 ***11***.

Das als „Vollmacht“ an Rechtsanwalt Dr. Maschke betitelte und mit „***3*** ***Bf1***“ und einer Unterschrift unterfertigte Schreiben, welches der Maßnahmenbeschwerde vom 12.1.2021 beigelegt war, war mit 27.11.2020 datiert, ein Zeitpunkt zu dem ***3*** nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführerin war.

Ein neuerliches als „Vollmacht“ an Rechtsanwalt Dr. Maschke betiteltes Schreiben, dieses Mal datiert mit 15.4.2021 und mit „***11***, ***12***“, ***Bf-1***“, und einer Unterschrift unterfertigt, wurde dem BFG am 29.4.2021 aufgrund einer Nachfrage hinsichtlich dieser Unstimmigkeit vorgelegt.

Mit Bescheid der LPD Wien vom 31.3.2021, GZ ***17*** wurde hinsichtlich der ***5*** (als Inhaber), der ***20*** s.r.o. (als Eigentümer) (beide vertreten durch RA Dr. Maschke) und an unbekannte Berechtigte (als Veranstalter) hinsichtlich der am 3.12.2020 durch die Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmten Glücksspielautomaten/Eingriffsgegenstände und deren Bestandteile bzw. technische Hilfsmittel die Beschlagnahme gemäß § 53 Abs. 1 GSpG angeordnet und Einziehung gemäß § 54 Abs.1 GSpG verfügt.

Unter Punkt III. des Spruches des o.a. Bescheides wurde der Antrag der ***Bf1*** (vertreten durch RA Dr. Maschke) als behauptete Inhaberin auf Zuerkennung der Parteistellung im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren abgewiesen. Begründend führte die LPD dazu aus, dass die ***5*** aufgrund des Mietvertrages und des Berichts der Finanzpolizei, wonach die ***5*** auch Strombezieherin des Lokales war, als Mieterin und Inhaberin angesehen werde. Hinsichtlich der ***Bf1*** sei kein entsprechender Mietvertrag vorgelegt und die behauptete Inhaberschaft auch sonst nicht glaubhaft gemacht worden. Zudem läge ein rechtskräftiger Bescheid des Amtes für Betrugsbekämpfung vom 18.2.2021 vor, mit welchem gemäß § 8 SBBG die ***Bf1*** als Scheinunternehmen festgestellt wurde. Der Antrag der ***Bf1*** auf Parteistellung war sohin abzuweisen.

Es liegt ein am 17.4.2019 abgeschlossener Mietvertrag zwischen der ***4*** (als Vermieterin) und der ***5*** (als Mieterin), hinsichtlich der Räumlichkeiten im Haus ***1***, vor. Unter § 2 wurde der Beginn des Mietverhältnisses ab 1.5.2019 auf unbestimmte Zeit vereinbart.

Unter § 5 wurde „ausdrücklich vereinbart, dass der Mieter berechtigt ist die gemieteten Geschäftsräumlichkeiten gänzlich oder teilweise unter zu vermieten“.

Unter § 9 wurden als monatlicher Mietzins einschließlich Betriebskosten, öffentlicher Abgaben, Umsatzsteuer € 1.551,35 vereinbart.

Mit E-Mail vom 29.4.2021 wurde dem BFG durch den Vertreter der Beschwerdeführerin ein „Untermietanbot Geschäftsräumlichkeiten“ vorgelegt. Mit diesem stellte die ***5***, ***7***, der ***Bf1***, ***8*** ein rechtsverbindliches Mietanbot hinsichtlich verfahrensgegenständlichen Lokals, mit welchem erstere bis einschließlich 1.5.2020 im Wort bleibt. Das Mietanbot kann durch Zahlung der ersten Miete angenommen werden und beginnt das Mietverhältnis konkludent ab Zahlungseingang. Als Miete inkl. Betriebskosten wurden € 1.887,60 (inkl. USt) angegeben, Übernahme und Übergabe des Mietgegenstandes erfolgt mit Zahlungseingang, Mietbeginn ab Zahlungseingang und Mietdauer 3 Jahre. Als Kautions wurde ein Betrag vom € 11.325,60 angeführt.

Das Mietanbot trug den Stempel der Anbotstellerin, war datiert mit 1.5.2020 und enthielt als Ortsangabe Wien.

In den von der Beschwerdeführerin für die Monate Juni bis Dezember 2020 hinsichtlich der jeweils monatlichen Miete inkl. Betriebskosten vorgelegten Rechnungen der ***5***, wurde um Überweisung auf das Bankkonto der ***5*** ersucht. Ebenso in den der Beschwerdeführerin durch die ***5*** in Rechnung gestellten Kosten für Strom, Gas und Internet.

Weder für die Miete noch für die Gas-/Strom- und Internetzahlungen noch für den Kautionsbetrag wurden Zahlungsnachweise oder Überweisungsbestätigungen vorgelegt.

II. Beweiswürdigung

Beweis wurde erhoben durch die von der Finanzpolizei vorgelegten Aktenteile sowie deren Stellungnahmen, den Bescheid der Landespolizeidirektion Wien betreffend Beschlagnahme und Einziehung vom 31.3.2021, GZ ***17***, den Feststellungsbescheid des Amtes für Betrugsbekämpfung vom 18.2.2021, GZ ***13***, Firmenbuchauszügen sowie die durch die Beschwerdeführerin beigebrachten Unterlagen insbesondere das Untermietanbot sowie die Miet-, Strom-, Gas- und Internet-Abrechnungen.

Aufgrund dieser dem BFG vorliegenden Unterlagen konnte der Sachverhalt insbesondere hinsichtlich der – nicht gegebenen - Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin gem. § 45 Abs. 2 AVG iVm § 17 VwGVG als erwiesen angenommen werden.

III. Rechtliche Beurteilung

1. Rechtsgrundlagen

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG erkennen Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (BFG) über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 bis 3 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.

Gemäß Art. 132 Abs. 2 B-VG kann gegen die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben, wer durch sie in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

Gemäß § 1 Abs. 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG ; in der verfahrensrelevanten Fassung) 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.

Gemäß § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG gehören zu den sonstigen Angelegenheiten (Abs. 1) Entscheidungen über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG gegen Abgabenbehörden des Bundes oder das Amt für Betrugsbekämpfung soweit nicht Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben (Abs. 1) oder der Beiträge (Z 1) betroffen sind.

Gemäß § 24 Abs. 1 BFGG ist das Verfahren für Beschwerden gemäß § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG im VwGVG geregelt.

Gemäß § 9 Abs. 3 AVOG 2010 (in der verfahrensrelevanten Fassung) kann 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.

Gemäß § 12 Abs. 5 AVOG können 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.

Zur Finanzpolizei als besondere Organisationseinheit ist in der Durchführungsverordnung des AVOG 2010 – DV (in der verfahrensrelevanten Fassung) gemäß § 10b AVOG DV-Durchführungsverordnung bestimmt:

Abs. 1: Die Finanzpolizei wird 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.

Die für die Beschwerde 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.

2. Zuständigkeit:

Bei der hier in Beschwerde gezogenen Amtshandlung handelte es sich um eine durch Organe einer Abgabenbehörde, konkret der Finanzpolizei, durchgeführte Amtshandlung und war daher aufgrund der gesetzlichen Bestimmung in § 1 Abs. 1 BFGG das BFG für die Entscheidung über die gegenständliche Beschwerde zuständig.

Der Maßnahmenbeschwerde der Beschwerdeführerin lag eine Kontrolle gemäß § 50 GSpG zugrunde.

3. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

Gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde gegen einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sechs Wochen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Betroffene Kenntnis von diesem Akt erlangt.

Die Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz fand am 3.12.2020 statt.

Die Beschwerde wurde am 14.1.2021 per Post beim BFG eingebracht. Die Beschwerde war sohin rechtzeitig.

4. Erwägungen:

Unbestritten ist, dass am 3.12.2020 durch die Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes im Lokal in ***1*** durchgeführt wurde.

4.1. Zur Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin:

Grundsätzlich liegt ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) 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.

Inwieweit es sich bei den gesetzten Handlungen, dem Abkleben von Videokameras und dem Durchführen einer vorläufigen Beschlagnahme nach § 53 GSpG um rechtswidrige Maßnahmen handelte, ist in der Sachentscheidung festzustellen.

Die Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache setzte jedoch voraus, dass die Beschwerdeführerin auch zur Erhebung der Beschwerde berechtigt war, d.h. dass die Aktivlegitimation gegeben war.

Die Berechtigung dazu ist nicht allein schon dadurch gegeben, wenn mangels Bescheid von einer faktischen Amtshandlung auszugehen war und die Beschwerdeführerin behauptete dadurch in subjektiven Rechten verletzt worden zu sein. Vielmehr muss auch die Möglichkeit bestehen, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin den Tatsachen entsprechen kann.

Es war daher durch das BFG vor der Entscheidung in der Sache zu prüfen, ob die Möglichkeit der Verletzung von subjektiven Rechten der Beschwerdeführerin überhaupt vorlag. Eine solche Möglichkeit wird dann nicht gegeben sein, wenn die Beschwerdeführerin durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt - unabhängig von der Frage einer etwaigen Rechtswidrigkeit - in ihren subjektiven Rechten gar nicht verletzt werden konnte.

Zur Frage der Legitimation der Beschwerdeführerin war daher zu prüfen, ob diese zum Kontrollzeitpunkt Mieterin und Betreiberin des gegenständlichen Lokals war, sie somit über das Lokal Verfügungsgewalt hatte und daraus subjektive Rechte abgeleitet werden konnten.

Den Akten der Finanzpolizei (GSp 33) war zu entnehmen, dass durch die Kontrollorgane im Zuge der Kontrollmaßnahmen im Lokal keine Feststellungen über die tatsächliche Identität des Mieters, Veranstalters und Eigentümers der Geräte getroffen werden konnten. Es wurden im

Lokal auch keine Personen angetroffen, die der Beschwerdeführerin als Angestellte oder Vertreter zuordenbar gewesen wären.

Anhand der Seriennummern der Geräte bei Vorkontrollen habe die Finanzpolizei auf einen möglichen Geräteeigentümer geschlossen.

Laut mündlicher Auskunft der Hausverwaltung ***4*** gegenüber der Finanzpolizei am 1.12.2020, sei die ***5*** nach wie vor Hauptmieter des Lokals sei und sich an diesen Mietverhältnissen auch nichts geändert habe. Laut Auskunft von Wien Strom sei die ***5*** Strombezieherin des verfahrensgegenständlichen Lokals.

Dem BFG lagen zur Beurteilung die folgenden Unterlagen vor:

- 1) Mietvertrag vom 17.4.2019 zum gegenständlichen Lokal, abgeschlossen auf unbestimmte Zeit zwischen der ***4*** und der ***5***. Gemäß § 5 des Vertrages, war der Mieter berechtigt die gemieteten Geschäftsräumlichkeiten gänzlich oder teilweise unter zu vermieten. Als monatlicher Mietzins einschließlich Betriebskosten, öffentlicher Abgaben, Umsatzsteuer € 1.551,35 vereinbart.

Die Berechtigung Geschäftsräumlichkeiten unter zu vermieten, lässt jedoch noch nicht darauf schließen, dass eine Untervermietung auch tatsächlich stattgefunden hat.

- 2) GSp 33 – Aktenvermerk der Finanzpolizei, wonach nach Auskunft der Hausverwaltung am 1.12.2020 die ***5*** Hauptmieterin des Lokales ist und nach Auskunft von Wien Strom ebenfalls diese Strombezieher für verfahrensgegenständliches Lokal ist.

- 3) Untermietanbot zwischen der ***5*** als Anbotstellerin und der ***Bf1***, als Anbotnehmerin. Das Anbot wies den Stempel der Anbotstellerin den Ort Wien und eine (namentlich nicht zuordenbare) Unterschrift auf und war datiert mit 1.5.2020.

Das Anbot galt laut § 1 seitens des Anbotstellers unwiderruflich bis einschließlich 1.5.2020. Weiters war enthalten, dass das Mietanbot nur durch Zahlung der ersten Miete angenommen werden kann und das Mietverhältnis konkludent ab Zahlungseingang beginnt.

Im § 2 des Angebotes wird die monatliche Gesamtbelastung inkl. Betriebskosten mit € 1.887,60 inkl. 20% USt angegeben. Im § 4 wird eine Kautions in Höhe von € 11.325,60 angegeben, die der Anbotnehmer bei Beginn des Untermietverhältnisses zu erbringen hat. Das Untermietverhältnis wird in § 5 des Angebotes auf 3 Jahre ab konkludentem Beginn (durch Zahlungseingang) abgeschlossen.

Über eine Anbotsannahme lagen dem BFG keine Nachweise oder Auskünfte vor. Zudem erscheint es realitätsfern, dass ein Mietanbot datiert mit 1.5.2021 bis einschließlich 1.5.2021 gelten soll.

3) Vorschreibungen, mit denen die ***5*** die Miete inkl. Betriebskosten (November und Dezember 2020 nur Betriebskosten) bzw. die Gas-, Strom und Internetkosten für die Monate Juni bis Dezember 2020 der Beschwerdeführerin in Rechnung stellte. Die Rechnungsnummern waren nahezu durchlaufend (05,06,08,09,12,13,14,15,19,20,23,24,27,28). Alle Vorschreibungen enthielten den Hinweis, dass diese bei Erhalt fällig sind und um Überweisung auf das angeführte Bankkonto ersucht wird.

Trotz mehrmaliger Nachfrage des Bundesfinanzgerichtes und Aufforderung an die Beschwerdeführerin Zahlungsnachweise oder Überweisungsbestätigungen für die Miete bzw. dafür, dass die Kautionserlegt wurde, vorzulegen, kam die Beschwerdeführerin dem nicht nach. Ebenso wenig wurden Zahlungsnachweise für die Strom-, Gas- und Internetkosten vorgelegt.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin brachte im E-Mail vom 4.8.2021 vor, dass die Kosten für Strom, Internet und Gas von der ***5*** direkt an die Beschwerdeführerin weiterverrechnet wurden. Das Untermietanbot sei durch die Bezahlung der ersten Miete faktisch angenommen worden. Überweisungsbestätigungen könnten nicht vorgelegt werden, da sowohl die Untermiete als auch die Kosten für Internet, Strom und Gas von der Beschwerdeführerin in bar an die ***5*** bezahlt wurden. Zahlungsnachweise dafür wurden aber trotzdem nicht vorgelegt.

Die vorliegenden Unterlagen und Angaben der Beschwerdeführerin bilden nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes jedoch keine Nachweise, aus denen hätte geschlossen werden können, dass die Beschwerdeführerin das Mietanbot angenommen hatte, dadurch ein Untermietverhältnis geschlossen worden war und damit von der Beschwerdeführerin als Mieterin des gegenständlichen Lokals auszugehen sei.

Den einzig tatsächlich nachvollziehbaren und damit als erwiesen anzusehenden Vertragsabschluss bildet der Mietvertrag vom 17.4.2019 zwischen der ***4*** und der ***5***.

Bestärkt wird dies dadurch, dass auch die Verträge über Strom-, Gas- und Internet offensichtlich – bestätigt durch die Beschwerdeführerin – durch die Primar Entertainment abgeschlossen waren. Die Beschwerdeführerin tritt gegenüber diesen Versorgungsunternehmen nicht als Vertragspartner auf.

Für das Untermietanbot lagen keine Nachweise über dessen Annahme vor, die einen tatsächlichen Vertragsabschluss begründet hätten oder darauf hätten schließen lassen.

Durch die Beschwerdeführerin wurden keinerlei Zahlungsnachweise erbracht um von einem faktischen Vertragsabschluss ausgehen zu können. Dass sowohl Untermiete als auch Strom-, Gas- und Internetkosten - wie vom Vertreter ausgeführt – in bar bezahlt worden wären, ist für das BFG nicht glaubhaft. Insbesondere widerspricht es den Erfahrungen des täglichen Lebens und den Gepflogenheiten im Geschäftsleben, dass ein Unternehmer (hier die Beschwerdeführerin) Zahlungen von mehr als € 2.000 monatlich (für die Monate Juni bis Oktober, danach COVID 19 lockdown-bedingt weniger), bar leistet und darüber keine Belege (Zahlungsbestätigungen) existieren. Eine solche Vorgehensweise eines Unternehmers wäre auch aus buchhalterischer Sicht (beispielsweise im Hinblick auf die Geltendmachung von Betriebsausgaben, oder die Erfassung im Rechenwerk des Unternehmens) wenig sinnvoll bzw. sogar kontraproduktiv.

Der Aufforderung des BFG hinsichtlich eines Nachweises der Entrichtung der Kautions in Höhe von ca. € 11.000,- wurde durch die Beschwerdeführerin hingegen überhaupt nicht nachgekommen.

Hinzu kommt, dass auch die Ablehnung der Parteilegitimation durch die LPD Wien im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren nach dem GSpG sowie dem rechtskräftigen Bescheid nach dem SBBG, nicht völlig unbeachtet bleiben können bzw. sie in die Gesamtbeurteilung, ob die Behauptung der Beschwerdeführerin beschwert zu sein, substantiiert ist, miteinzuziehen sind.

Das BFG kam bei Beurteilung aller vorliegenden Unterlagen zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Kontrolle, dem 3.12.2020, nicht als Mieterin des verfahrensgegenständlichen Lokals, anzusehen war.

Demzufolge verfügte die Beschwerdeführerin über keine Rechte an diesem Lokal und konnte sie durch die Amtshandlung und Kontrollmaßnahmen nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt worden sein.

Die durchgeführte Kontrollmaßnahme stellte somit keinen Eingriff in die Rechtssphäre der Beschwerdeführerin dar.

Da die Beschwerdeführerin somit nicht die Betroffene der Kontrollmaßnahmen war, war sie zur Erhebung der gegenständlichen Beschwerde nicht legitimiert.

Die Beschwerde war als unzulässig zurückzuweisen. Von einer Entscheidung in der Sache war folglich abzusehen.

5. Keine Durchführung einer mündlichen Verhandlung

Gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG kann eine öffentliche mündliche Verhandlung entfallen, wenn die Beschwerde zurückzuweisen ist (vgl. VwGH 2.11.2016, Ra 2016/06/0088; VwGH 18.10.2017, Ra 2017/19/0226; VwGH 27.7.2007, 2006/10/0040; VwGH 27.9. 2007, 2006/07/0066).

Bereits aufgrund der dem BFG vorliegenden Unterlagen und Ausführungen der Beschwerdeführerin sah es das Gericht als erwiesen an, dass kein Eingriff in die subjektiven Rechte der Beschwerdeführerin durch die verwaltungsbehördlichen Maßnahmen – mangels Mietereigenschaft – möglich war. Die Beschwerde war daher zurückzuweisen und konnte die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung unterbleiben.

6. 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.

Gemäß § 1 VwG-Aufwandsersatzverordnung wird die Höhe der jeweilig zu ersetzenden Pauschalbeträge in dessen Z 3 und Z 4 normiert. Demnach ergibt sich der Ersatz, welcher der belangten Behörde zu leisten ist, aus dem

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

Zulässigkeit einer Revision

Gegen einen Beschluss 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 Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im gegenständlichen Beschwerdefall wurden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof war daher nicht zulässig.

Wien, am 27. September 2021