

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri. in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch Dr. Günter Schmid, Rechtsanwalt, Hafferlstraße 7, 4020 Linz, wegen behaupteter rechtswidriger Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch das Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr (Finanzpolizei Team 44-Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr, Geschäftszahl: FinPol: xxxxx) am 04.12.2015 ab ca. 17:02 Uhr im Zuge einer Glückspielkontrolle im Lokal der Beschwerdeführerin in L. nach mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

- 1. Die Beschwerdeführerin ist dadurch, dass ein Organ der Finanzpolizei im Zuge einer Glückspielkontrolle mit einem Brecheisen die Eingangstüre zum Lokal aufgebrochen hat, in Folge Überschreitung der Befugnisse des § 50 Abs. 4 GspG in ihren Rechten verletzt worden.**
- 2. Die Beschwerdeführerin ist dadurch, dass ein Organ der Finanzpolizei anlässlich einer Glückspielkontrolle einen Kasten geöffnet und darin einen FI-Schalter gesucht hat, im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Hausrecht verletzt worden.**
- 3. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.**
- 4. Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von 1.659,60 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.**
- 5. Darüber hinausgehende Kostenersatzbegehren werden abgewiesen.**
- 6. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.**

# Entscheidungsgründe

## 1. Parteienvorbringen und Sachverhalt

### 1.1. Maßnahmenbeschwerde

Mit Eingabe vom 11.1.2016, eingelangt am 12.1.2016 per Telefax beim Bundesfinanzgericht, ergriff die Beschwerdeführerin (Bf.) gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt das Rechtsmittel der Maßnahmenbeschwerde. Die Bf. beantragte gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, gemäß § 28 Abs. 6 VwGVG die angefochtenen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären, gemäß § 35 VwGVG den Zuspruch der Stempelgebühren und allfälliger Fahrtkosten sowie der pauschalierten Kosten im gesetzlichen Ausmaß zu Händen des ausgewiesenen Vertreters binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen und gemäß § 26 VwGVG den Zuspruch einer allfälligen Beteiligtengebühr iVm den Bestimmungen des GebAG 1975.

Die belangte Behörde hätte am 04.12.2015 ab ca. 17:30 Uhr im Lokal der Bf., L. eine Kontrolle nach dem GSpG durchgeführt. Die belangte Behörde habe sich Zutritt zum Lokal verschafft, indem sie die Eingangstüre sowie zwei weitere Sicherheitstüren aufgebrochen habe. Die belangte Behörde habe die im Lokal befindlichen Sicherheitskameras während der Amtshandlung mit einem Klebeband verklebt, sodass diese nicht mehr funktionsfähig waren. In weiterer Folge habe die Behörde 18 Automaten aufgebrochen, indem das Schloss der Automaten aufgebohrt oder aufgeschnitten wurde. Nachdem die Geräte nicht mit einem Stromkreis verbunden waren, habe die belangte Behörde sodann mit einem mitgebrachten Verlängerungskabel die gegenständlichen Automaten an eine im Lokal befindliche Steckdose an das Stromnetz angeschlossen. Erst dadurch hätten die Automaten in Betrieb genommen werden können.

Die gegenständlichen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt hätten sich am 4.12.2015 zugetragen. Die Maßnahmenbeschwerde sei daher gem. § 7 VwGVG rechtzeitig.

Die Rechtswidrigkeit der Ausübung behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt begründe die Bf. im Einzelnen wie folgt:

#### 1. Betreten des verschlossenen Lokales durch das Aufbrechen von drei Türen

Die belangte Behörde habe sich Zutritt zum Lokal der Bf. beschafft, indem sie drei Türen aufgebrochen habe. Die belangte Behörde könne gem. § 50 Abs.

4 GSpG Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchsetzen. Die belangte Behörde habe dabei eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. In gegenständlicher Angelegenheit sei das Aufbrechen von drei Türen jedenfalls unverhältnismäßig. Ein mittels Zwangsgewalt durchsetzbares Betretungsrecht durch Aufbrechen von drei Türen gestützt auf § 50 Abs. 4 GSpG würde bedeuten, dass im verwaltungsbehördlichen Verfahren ohne Bescheid und ohne richterliche Genehmigung jederzeit und völlig willkürlich Türen aufgebrochen werden könnten. Die Bf. erachte sich aufgrund des gewaltsamen Aufbrechens von drei Türen jedenfalls in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Hausrechts nach Art. 9 StGG und in ihrem Recht nach Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt. Zum Beweis dafür führt die Bf. die von der Behörde vorzulegende Beschlagnahmedokumentation, die Einvernahme sämtlicher teilnehmenden Organe der belangten Behörde als Zeugen und ZV an.

## **2. Abkleben von acht Überwachungskameras**

Die belangte Behörde habe die im Lokal befindlichen acht Sicherheitskameras während der Amtshandlung mit einem Klebeband verklebt, sodass diese nicht mehr funktionsfähig waren. Eine derartige Vorgangsweise stelle eine unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt dar. Diese Vorgangsweise sei rechtswidrig, zumal es kein generelles gesetzliches Verbot von Filmaufnahmen einer Amtshandlung im Verwaltungsrecht gebe.

Die Bf. habe jedenfalls ein berechtigtes Interesse an der Aufzeichnung der Amtshandlung, zumal sich die einschreitenden Organe rechtswidrig Verhalten haben. Dieses Interesse überwiege jedenfalls dem Interesse der belangten Behörde, derartige Aufnahmen zu unterbinden. Zum Beweis dafür führt die Bf. die von der Behörde vorzulegende Beschlagnahmedokumentation, die Einvernahme sämtlicher teilnehmenden Organe der belangten Behörde als Zeugen und ZV an.

## **3. Aufbrechen von 18 Automaten**

Die belangte Behörde habe 18 Automaten aufgebrochen und im Innenraum der Automaten Stecker abgezogen sowie den Stromstecker des Automaten an ein mitgebrachtes Stromkabel angeschlossen. Dieses Stromkabel sei in der Folge an eine Steckdose in der Betriebsstätte der Bf. angeschlossen und die Geräte eingeschaltet worden. Die Behörde habe nach dem Aufbrechen der drei Türen nicht betriebsbereite, stromlose Automaten vorgefunden. Die Behörde habe trotzdem sämtliche Geräte aufgebrochen. Das Aufbrechen der gegenständlichen Automaten sei daher unverhältnismäßig. Zum Beweis dafür führt die Bf. die von der Behörde vorzulegende Beschlagnahmedokumentation, Einvernahme sämtlicher teilnehmenden Organe der belangten Behörde als Zeugen und ZV an.

## **4. Entnahme von Strom**

aa. Wie bereits oben angeführt, seien die gegenständlichen Automaten nicht betriebsbereit gewesen. Die belangte Behörde habe die Automaten nur einschalten können, indem diese ohne Zustimmung der Bf. mittels eines eigens dafür mitgebrachten

Stromkabeln an eine Steckdose angeschlossen worden seien. Die belangte Behörde habe der Bf. jedenfalls rechtswidrig Energie entzogen.

bb. Die belangte Behörde habe für das Werkzeug zum Aufbrechen der Automaten Strom der Bf. verwendet. Auch dies stelle einen rechtswidrigen Eingriff dar.

Die Bf. behalte sich nach der Einvernahme der Organe der belangten Behörde vor, strafrechtliche als auch zivilrechtliche Schritte einzuleiten. Zum Beweis dafür die von der Behörde vorzulegende Beschlagnahmedokumentation, die Einvernahme sämtlicher teilnehmenden Organe der belangten Behörde als Zeugen und ZV.

## **5. Unionsrechtswidrigkeit des GSpG**

Das in den §§ 3 ff GSpG normierte System des Glücksspielmonopols finde in Art. 56 AEUV keine Deckung und würde somit dem Unionsrecht widersprechen, weil dieses einerseits tatsächlich nicht auf einem durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannten zwingenden Grund des Allgemeininteresses - wie etwa dem Verbraucherschutz (in Form des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung) oder der Kriminalitätsbekämpfung und der Kriminalitäts-, insbesondere Betrugsprävention - basiere, sondern de facto primär der Sicherung einer verlässlich kalkulierbaren Quote an Staatseinnahmen (in Höhe von 0,4% der jährlichen Gesamteinnahmen des Bundes) diene sowie andererseits - und unabhängig davon - auch die konkrete Ausgestaltung des Monopolsystems (Privatisierung durch Übertragung der zwar sowohl strengen Antrittsvoraussetzungen als auch einer rigiden staatlichen Kontrolle unterliegenden Ausübungsbefugnisse nicht auf eine unbeschränkte, sondern - im Sinne einer Bedarfsprüfung - auf eine bloß limitierte Anzahl von Konzessionären) und die den staatlichen Behörden zur Abwehr von Beeinträchtigungen dieses Monopols gesetzlich übertragenen Eingriffsbefugnisse (Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsrechte; vorläufige und/oder endgültige Beschlagnahme; Verwaltungsstrafe; Einziehung, Betriebsschließung) insbesondere mangels generell fehlender Notwendigkeit einer vorhergehenden richterliche Ermächtigung jeweils unverhältnismäßig seien. Widerspricht eine innerstaatliche Regelung dem Unionsrecht, so habe diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben. Konkret bedeute dies insbesondere, „dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen kann, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist“ (vgl. EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 [Pfleger, EU:C:2014:281], RN 64, m.w.N.). Die Behörde könne daher ihr Handeln nicht auf das GSpG stützen. Die Vorgangsweise der Behörde sei daher jedenfalls rechtswidrig. Zum Beweis dafür führt die Bf. die von der Behörde vorzulegende Beschlagnahmedokumentation, die Einvernahme sämtlicher teilnehmenden Organe der belangten Behörde als Zeugen und ZV an.

III. a. Bei der gegenständlichen Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt hatten ca. 15 Personen teilgenommen. Der Bf. sei es jedenfalls unzumutbar herauszufinden, welches Organ welche Handlung gesetzt habe. Aufgrund beiliegender Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme gem. § 53 Abs. 2

GSpG sei die Finanzpolizei Freistadt gem. § 9 Abs. 2 VwGVG als „belangte Behörde“ anzusehen.

b. Die Bf. behalte sich nach Einsichtnahme in das Beschlagnahmeprotokoll / Beschlagnahmedokumentation sowie nach Bekanntgabe der mitwirkenden Organe vor, Beweisanträge zu stellen.

c. Die Bf. behalte sich nach Einsichtnahme in das Beschlagnahmeprotokoll, nach Bekanntgabe der mitwirkenden Organe und nach Vorliegen der Stellungnahme der belangten Behörde die weitere Ausführung der Maßnahmenbeschwerde vor.

## **1.2. Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht**

Am 19.1.2016 erging der Beschluss des Bundesfinanzgerichts, mit dem der belangten Behörde die Maßnahmenbeschwerde vom 11.1.2016 zur Kenntnis gebracht wurde. Dazu wurde sie aufgefordert, die zur Beschwerdesache bezughabenden Akten vorzulegen und eine Stellungnahme zur Beschwerdesache abzugeben.

### **1.2.1. Weiterleitung durch das Landesverwaltungsgericht**

Die Maßnahmenbeschwerde vom 11.1.2016 brachte die Bf. auch beim Oberösterreichischen Landesverwaltungsgericht ein. Dieses leitete die Beschwerde mit Schreiben vom 14.1.2016, eingelangt am 21.1.2016, dem Bundesfinanzgericht weiter und begründete dies damit, dass § 12 AVOG 2010 Befugnisse der Organe der Abgabenbehörden (Finanzpolizei) nicht nur für Zwecke der Abgabenerhebung regle, sondern auch zur Wahrnehmung anderer durch Bundesgesetz übertragener Aufgaben (vgl. etwa § 50 Abs. 3 und 4 GSpG). Nach § 12 Abs. 5 AVOG können die zur Überwachung der Einhaltung des Glücksspielgesetzes notwendigen Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen von allen Finanzämtern vorgenommen werden. Als belangte Behörde sei danach das neben anderen auch zuständige Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr anzusehen, dessen finanzpolizeilichen Organe tätig geworden sind. Es handle sich um unmittelbare Vollziehung von Bundesrecht durch Organe der Abgabenbehörden des Bundes (Finanzpolizei).

Nach Art. 131 Abs. 3 B-VG bzw. § 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BGBl I Nr. 14/2013 idF BGBl I. Nr. 105/2014) entscheide das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen in Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben sowie auch über Beschwerden in sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheiten, die unmittelbar von den Abgaben- oder Finanzstraßbehörden des Bundes besorgt werden. Durch den § 1 Abs. 3 Z 2 Bundesfinanzgerichtsgesetz sei nunmehr klargestellt, dass das Bundesfinanzgericht auch für Maßnahmenbeschwerden (Art 130 Abs. 1 Z 2 B-VG) wegen Ausübung finanzpolizeilicher Befugnisse in sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheiten der

Abgabenbehörden (bspw AuslBG, AVRAG oder GSpG) zuständig ist (vgl. dazu Erl RV zu BGBl I Nr. 105/2014, 360 BlgNR 25. GP, 24).

Die Beschwerde sei beim unzuständigen Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingebracht worden. Dieses Gericht habe nach § 17 VwGVG iVm § 6 Abs. 1 AVG vorzugehen und die Beschwerde ohne unnötigen Aufschub auf Gefahr des Einschreiters formlos an die zuständige Stelle, nämlich das zur Behandlung und Entscheidung zuständige Bundesfinanzgericht, weiterzuleiten.

### **1.2.2. Gegenschrift der belangten Behörde**

In der Gegenschrift der belangten Behörde vom 22.2.2016, eingelangt beim Bundesfinanzgericht am 29.2.2016, führte diese aus, 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) handle, mit dem 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 könne 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 - sei 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) bedürfe.

Wird nun ein entsprechender Bescheid erlassen, so höre der AuvBZ auf, ein unmittelbarer Akt zu sein, er verliere also seine Eigenschaft als AuvBZ; ein Beschwerdeverfahren sei somit mangels tauglichen Beschwerdegegenstands einzustellen.

Als Sachverhalt gab die belangte Behörde Folgendes an: Am 04.12.2015 erfolgte durch die Finanzpolizei, FPT 44 für das Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr, sowie durch Organe des Finanzamtes für Gebühren Verkehrssteuern und Glücksspiel als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd GSpG eine Kontrolle des Lokals „Fe. Se. & Et.“ bzw. „Na.“, L.

Organe der Sicherheitsbehörde nahmen ebenfalls an der Kontrolle teil. Dieser Kontrolle seien bereits vorherige Kontrollversuche bzw. Kontrollen vorangegangen, ebenfalls lagen Anzeigen wegen Durchführung illegalen Glücksspiels vor. Im Außenbereich des Lokales seien Kameras bzw. eine Klingel angebracht.

Aufgrund von Vorerhebungen, welche vor Kontrollbeginn durch Beamte der Polizei durchgeführt wurden, sei festgestellt worden, dass mehrere Personen das Lokal verlassen bzw. betreten haben.

Um 17:02 Uhr haben sich die Kontrollorgane vor die Eingangstüre begeben, ein Öffnen derselben war jedoch nicht möglich, da sie versperrt gewesen sei.

In der Folge sei von den Kontrollorganen mehrfach die Türglocke betätigt und an die Türe geklopft worden. Daraufhin sei eine Ausweisleistung (Dienstausweis mit Kokarde) in die Kameras sowie eine Ankündigung der Kontrolle durch die Finanzpolizei nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erfolgt. Es sei ebenfalls auf die Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG sowie auf die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Gewährung des Zutrittes sowie die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung des Betretungsrechtes hingewiesen worden. Eine Öffnung der Türe sei nicht erfolgt, jedoch habe der Einsatzleiter Schritte im Inneren vernommen, weitere Klingel- und Klopfversuche unter nochmaliger Kontrollankündigung und Androhung der zwangsweisen Türöffnung seien trotzdem erfolglos verlaufen.

Daraufhin sei die Türe durch Aufhebeln geöffnet worden.

Hinter der Eingangstüre befand sich eine weitere Türe. Die Kontrollorgane haben sich hier ebenfalls durch Rufen und Klopfen bemerkbar gemacht, was vorerst unbeachtet blieb. Bevor jedoch eine zwangsweise Öffnung erfolgte, sei die Türe von innen durch Beamte der Polizei/Finanzpolizei geöffnet worden. Diese haben über den Hintereingang das Lokal betreten. Eine Öffnung sei hier durch die Kellnerin des Lokales selbst erfolgt, da sie mit den anwesenden Gästen das Lokal verlassen wollte.

Eine zwangsweise Öffnung der zweiten, ebenso wie der dritten Türe habe sohin nicht stattgefunden. Bei Betreten des Lokales durch die Kontrollorgane haben sich dort die Kellnerin, sowie Gäste befunden. Sämtliche (18) vorgefundene Spielgeräte seien ausgeschaltet, jedoch betriebswarm gewesen.

Die im Lokal befindlichen Überwachungskameras seien abgedeckt worden.

Die Kellnerin des Lokals (Frau Ly), Mitarbeiterin der Ma. Hl. Kft, sei durch die Kontrollorgane aufgefordert worden, die Geräte wieder einzuschalten und Testspiele zu ermöglichen, habe dies jedoch verweigert bzw. gab sie an, dazu nicht in der Lage zu sein. In der mit ihr aufgenommen Niederschrift gab sie an, dass einige Geräte schon im Lokal gestanden seien, seit sie dort zu arbeiten begonnen hätte.

Ein im Lokal befindlicher Gast gab niederschriftlich an, dass er vor Beginn der Kontrolle an einem Geräte gespielt habe bzw. dass alle Geräte gelaufen seien. Er vermute, dass die Kellnerin eine Fernbedienung oder Schalter unter dem Tisch habe und die Geräte bei Kontrollbeginn abgeschaltet habe. Dies deshalb, weil plötzlich alle Geräte gleichzeitig ausgeschaltet gewesen waren. Auch weitere Gäste bestätigten, dass die Geräte vor Kontrollbeginn eingeschaltet gewesen waren und sie gespielt hätten.

Da Frau Ly der nochmaligen Aufforderung auf Ermöglichung der Probespiele weiterhin nicht nachgekommen sei, sei damit begonnen worden, zuerst ein Gsp-Gerät zwangsweise zu öffnen (Aufbohren des Schlosses). Nach Wiederherstellung der Stromversorgung habe das Gerät in Gang gesetzt werden können und sei sohin voll betriebsbereit und funktionsfähig gewesen. In der Folge sei die gleiche Vorgehensweise auch bei den anderen Geräten durchgeführt worden.

An sämtlichen 18 Glücksspielgeräte seien Testspiele durchgeführt und dokumentiert worden sowie sei in der Folge die vorläufige Beschlagnahme ausgesprochen, die Geräte versiegelt und vor Ort belassen worden.

Vor Beendigung der Kontrolle sei die Abdeckung der Überwachungskameras wieder beseitigt worden.

Zur Frage der Parteistellung führte die belangte Behörde aus, dass gem. § 50 Abs. 2 GSpG die Abgabenbehörden als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd GSpG tätig seien und in diesem Zusammenhang aus eigenem Antrieb für ihren Amtsbereich berechtigt, die Überwachung der Einhaltung der einschlägigen glücksspielrechtlichen Bestimmungen durchzuführen.

Gemäß § 10b Abs. 1 AVOG 2010-DV wird die Finanzpolizei als besondere Organisationseinheit gemäß § 9 Abs. 3 AVOG 2010 [...] eingerichtet.

Gemäß § 10b Abs. 2 Z 2 lit. c AVOG 2010-DV obliegt der Finanzpolizei im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörde wie diesen die Wahrnehmung des Glücksspielgesetzes.

Gem. § 13 Abs. 1 Z 3 Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010 (AVOG 2010) obliegt den Finanzämtern mit allgemeinem Aufgabenkreis die Vollziehung der den Abgabenbehörden mit dem Glücksspielgesetz zugewiesenen Aufgaben. Zusätzlich können aber gem. § 12 Abs. 5 AVOG 2010 die zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes notwendigen Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen von allen Finanzämtern - unabhängig von ihrer örtlichen Zuständigkeit - vorgenommen werden. In diesen Fällen steht jenem Finanzamt, das die Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen durchgeführt hat, die Parteistellung in den Verwaltungsstrafverfahren zu.

Die Wahrnehmung der den Abgabenbehörden gesetzlich eingeräumten Parteistellung in Verwaltungsstrafverfahren obliegt auch der Finanzpolizei selbst (§ 10b Abs. 2 Z 5 AVOG 2010-DV).

Gemäß § 1 BFGG obliegen dem Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (Bundesfinanzgericht - BFG) Entscheidungen über Beschwerden gemäß 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 Finanzstrafbehörden des Bundes besorgt werden.

Mit Inkrafttretensdatum vom 30.12.2014 wurde die Bestimmung des § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG geändert, welche nunmehr laute:

„Zu den sonstigen Angelegenheiten (Abs. 1) gehören 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.“



Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage führen dazu aus (360 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen; BGBl. I Nr. 105/2014, 2. Abgabenänderungsgesetz 2014 - 2. AbgÄG 2014):

Zu Artikel 11 (Änderung des Bundesfinanzgerichtsgesetzes)

Zu Z 1 und 2 (§ 1 Abs. 3 und § 24 Abs. 1):

Die neue Z 2 stelle sicher, dass für Maßnahmenbeschwerden (Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG) gegen Amtshandlungen von Abgabenbehörden in Angelegenheiten finanzpolizeilicher Befugnisse auch dann das Bundesfinanzgericht zuständig ist, wenn die Angelegenheit keine Abgaben, sondern ordnungspolitische Maßnahmen (zB nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, Glücksspielgesetz) betreffen.

Für solche Maßnahmenbeschwerde gelte nicht die BAO, sondern das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (zB deren §§ 7 Abs. 4 Z 3 und 9).

In gegenständlichem Fall sei die Finanzpolizei FPT 44 als Organ der Abgabenbehörde (Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr) gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010-DV und in der Folge als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 12 Abs. 5 AVOG iVm § 50 Abs. 2 GSpG am 04.12.2015 aus eigenem Antrieb tätig geworden.

Im Hinblick auf die oben getätigten Ausführungen seien die Handlungen der Finanzpolizei als Organe der öffentlichen Aufsicht bezogen auf die gegenständliche Kontrolle nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes der Abgabenbehörde - dem Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr - zuzurechnen, weshalb dieses als belangte Behörde anzusehen sei.

Daher sei davon auszugehen, dass die Abgabenbehörde als Partei im Verfahren gelte.

Wer die belangte Behörde im Verfahren vertritt, sei den jeweils einschlägigen Organisationsvorschriften zu entnehmen (*Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde, 69). Gemäß § 10b Abs. 2 Z 2 lit c der Durchführungsverordnung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (AVOG 2010 - DV) obliegt der Finanzpolizei im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörden wie diesen die Wahrnehmung der den Abgabenbehörden in der Vollziehung des Glücksspielgesetzes übertragenen Aufgaben. Die Finanzpolizei sei somit legitimiert, als Organ der Abgabenbehörde in deren Namen einzuschreiten (vgl. VwGH 27.2.2015, Ra 2014/17/0035).

a) Zum Inhalt der Maßnahmenbeschwerde und konkret zur Frage des Betretens des verschlossenen Lokales durch das Aufbrechen von drei Türen brachte die belangte Behörde vor, dass mit 15.08.2015 (BGBl. I Nr. 118/2015) die neue Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG in Kraft getreten sei und die wie folgt lautet: *„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".*

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage werde 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 anzudrohen und anzuwenden“ .*

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

Schon aufgrund von Anzeigen, Vorkontrollen sei eindeutig der konkrete Verdacht für das Vorliegen eines Glücksspiellokales gegeben, die Vorerhebungen am Kontrolltag, bei denen festgestellt worden sei, dass verschiedene Personen das Lokal betreten und verlassen haben, würde zudem bestätigen, dass auch Betrieb im Lokal herrschte.

Trotz lauter Aufforderung zum Öffnen der Eingangstüre, sowie mehrfachem Klopfen und Läuten, sei die Türe nicht geöffnet worden.

Die Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt sei für den Fall der weiteren Verweigerung des Zutrittes mehrfach - inklusiv einer Rechtbelehrung, die einerseits die

gesetzlichen Grundlagen des Einschreitens der Kontrollorgane erläutert habe sowie auf die Pflichten des jeweiligen Normunterworfenen hingewiesen habe - angedroht worden.

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

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

Die Öffnung selbst sei durch Aufbohren des Schlosses erfolgt und wurde durch einen Aufsperrdienst durchgeführt.

Es sei falsch, dass die inneren Türen ebenfalls zwangsweis geöffnet wurden. Diese seien durch Beamte der Polizei von innen (im Beisein der Kellnerin und Gästen) geöffnet worden.

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 Eingriffs steht“.

Es seien die „gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen anzudrohen und anzuwenden“. Verhältnismäßig bedeute, dass die Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet (zweckmäßig) und daher notwendig sein muss. Das Aufbohren der Türe stelle jedenfalls das gelindeste Mittel zur Durchsetzung des Betretungsrechtes dar, es stünde auch nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg. Im Gegenteil, aufgrund der Öffnung der Türe seien die sich im Lokal befindlichen 18 Glücksspielgeräte, bei welchen mittels Testspielen nicht nur der Verdacht im Sinne des § 53 GSpG, sondern Verstöße gegen § 52 Abs. 1 GSpG festgestellt worden, einer vorläufigen Beschlagnahme zugeführt worden.

Sowohl die Androhung als auch die Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt im Sinne des § 50 Abs. 4 GSpG sei verhältnismäßig und unter Anwendung des gelindesten Mittels erfolgt und sei zur Erreichung des angestrebten Erfolges erforderlich gewesen. Als Beweis dafür diene das Protokoll vom 4.12.2015.

b) Zum Abkleben der acht Überwachungskameras mit einem Klebeband, wodurch sie nicht mehr funktionsfähig gewesen seien, führt die Bf. aus, dass eine derartige Vorgehensweise eine unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt darstelle. Zudem habe die Bf. jedenfalls ein berechtigtes Interesse an der Aufzeichnung der Amtshandlung, dies weil sich die einschreitenden Organe rechtswidrig verhalten haben.

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 Kontrollorgan 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 Ausspielungen 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 betroffenen 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 - die Abdeckung sei am Ende der Kontrolle wieder entfernt worden - stelle sohin kein rechtswidriges Verhalten der Kontrollorgane dar.

c) Zur Frage des Aufbrechens von 18 Automaten bzw. der Entnahme von Strom wird auf die bereits zu Pkt. a) getätigten Ausführungen verwiesen.

Ergänzend dazu wird ausgeführt, dass eine weitere Verpflichtung des § 50 Abs. 4 GSpG in der Ermöglichung von umfassenden Überprüfungen und Testspielen unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen liege bzw. dafür zu sorgen sei, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber den Kontrollorganen nachkomme.

Die vor Ort angetroffene Mitarbeiterin sei mehrfach aufgefordert worden, die Spielbereitschaft der Geräte, welche - trotzdem sie beim Betreten des Lokales ausgeschaltet waren - noch betriebswarm vorgefunden wurden, wiederherzustellen und eine Testbespielung zu ermöglichen, was diese jedoch verweigert habe.

Dass die Geräte jedenfalls bis zum Kontrollbeginn betriebsbereit und funktionsfähig waren, sei durch die Aussagen mehrerer Spieler eindeutig bestätigt. Ein Gast vermutete, dass die Kellnerin die Geräte in der Folge ausgeschaltet habe (mittels Fernbedienung/Schalter), da sie alle gleichzeitig abgeschaltet wurden.

Das nacheinander erfolgte Aufbohren der Geräte sei einzige Möglichkeit und auch gelindestes Mittel, um die in den Geräten befindlichen „Unterbrecher“ (durch diese wurde die Stromzufuhr unterbrochen) zu entfernen. Nach neuerlichem Anschluss an das Stromnetz haben die Geräte problemlos hochgefahren werden können und eine Bespielung sei möglich gewesen.

Die Geräte seien jedenfalls betriebsbereit gewesen (was einerseits durch die Aussagen der Gäste bestätigt wird, andererseits dadurch, dass sie beim Betreten des Lokals noch warm

waren,) und seien (vermutlich durch eine Fernbedienung) kurz zuvor stromlos geschaltet worden.

Zur Frage der Betriebsbereitschaft sei auf die ständige Judikatur des VwGH zu verweisen, der eine Betriebsbereitschaft auch bei ausgeschaltetem und ausgestecktem Gerät bestätigt: *„Das Abschalten des - in einem Gastgewerbebetrieb aufgestellten - Spielapparates und das Trennen des Spielapparates vom Stromnetz sind Maßnahmen, die jederzeit unmittelbar reversibel sind und daher noch nicht die Beendigung der Spielbereitschaft bewirken. Auch wenn ein - in einem Gastgewerbebetrieb aufgestellter - Spielapparat mit der Vorderseite zur Wand gedreht und mit Sesseln umstellt wird, ist dies jederzeit unmittelbar reversibel und bewirkt noch nicht die Beendigung der Spielbereitschaft.“* (VwGH v. 29.03.2007, 2006/15/0088).

Das Aufbohren der Geräte stünde somit nicht außer Verhältnis.

Dass für den Betrieb bzw. die Bespielung von Glücksspielgeräten Strom benötigt werde, liegt in der Natur der Sache, eine rechtswidrige Entnahme könne darin nicht gesehen werden. Vielmehr verpflichte bereits die Bestimmung des § 50 Abs. 4 Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele zu ermöglichen. Diese Verpflichtung zur Ermöglichung der Testspiele erfordere stets die Bereitstellung von Strom. Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz ist die Testbespielung von Geräten zur Feststellung der verbotenen Ausspielungen vorgesehen und es sei sohin nur den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und hier insbesondere der des § 50 Abs. 4 GSpG entsprochen worden. Die Kontrollorgane haben ihrem gesetzlichen Auftrag gemäß gehandelt, ein rechtswidriges Handeln sei auch hier nicht vorgelegen.

Im Übrigen werde auch darauf hingewiesen, dass mit Bescheid der LPD OÖ vom 26.01.2016, GZ VStV 95106/2016 die Beschlagnahme der verfahrensgegenständlichen 18 Geräte angeordnet wurde.

Als Beweis führte die belangte Behörde das Formular GSp 26, den Aktenvermerk GSp 33, Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme GSp3, NS mit Kv. Hd. Es., NS mit Ly Ky., NS mit At. Un., Ui. Km., Mi. Xt., Ui. Hi., Bilddokumentation, Anzeige gem. § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs. 4 GSpG wegen Verstoß gegen die Duldungs- und Mitwirkungsverpflichtung (052/70006/4416), PV G. U. FAGVG, R. Ch. FPT 44, Sr Rd. FPT 44, Mk. Sa. FAGVG, Beschlagnahmebescheid LPD OÖ vom 26.01.2016, GZ VStV 95106/2016.

#### 4. Zur Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes

Die Bf. bringt weiters vor, dass die Behörde ihr Handeln nicht auf das Glücksspielgesetz stützen könne, da diese Regelung dem Unionsrecht widerspreche und sohin nach ständiger Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben habe.

Diese Sichtweise wird aus nachstehenden Gründen nicht geteilt:

Nach der Rechtsprechung des EuGH stelle ein Glücksspielmonopol eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar (vgl. dazu EuGH 15.09.2011, Rs. C-347/09, Dickinger und Ömer). Eine solche Beschränkung könne jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses wie dem Ziel, ein besonders hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, gerechtfertigt sein. Die besonderen ordnungspolitischen Zielsetzungen des österreichischen Glücksspielmonopols werden in der Stellungnahme des BMF von September 2014 ausführlich dargelegt.

Das österreichische Glücksspielmonopol diene demnach u.a. dem Verbraucherschutz, dem Schutz der Sozialordnung, der Kriminalitätsvorbeugung, der Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel bzw. der Begrenzung der Ausnutzung von Spielleidenschaft, Spielerschutzmaßnahmen (Vermeidung von Sucht- und wirtschaftlicher Existenzgefährdung), der Vermeidung von Anreizen für die Bürgerinnen und Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen.

Durch das bestehende Glücksspielmonopol (§ 3 GSpG) sollen die negativen Auswirkungen des Glücksspiels hintangehalten werden. Die kohärente und systematische Regelung des Glücksspiels gewährleistet ein ausreichendes legales Spielangebot für Spieler, das vor allem den Spielerschutz, die Hintanhaltung der Ausbreitung der Spielsucht sowie Vorkehrungen gegen kriminelle Delikte im Zusammenhang mit Spielsucht hochhält. Die Konzessionäre unterliegen einer strengen Aufsicht durch den Bundesminister für Finanzen, sowohl dahingehend, ob sie sich im Rahmen der ihnen erteilten Konzession bewegen, als auch, ob sie keine expansionistische Politik betreiben bzw. die von ihnen durchgeführte Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucherinnen und Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Auf der anderen Seite wird konsequent gegen illegales Glücksspiel vorgegangen.

Diese Zielsetzungen seien ua den erläuternden Bemerkungen zur GSpG Novelle 2010 zu entnehmen, wo unter anderem festgehalten wird, dass „Spielsuchtprävention und Kriminalitätsabwehr, Jugendschutz und Spielerschutz sowie die effiziente Kontrolle“ zentrale Anliegen des GSpG darstellen.

In seiner Entscheidung in der Rechtssache C-390/12, Pfleger u.a. habe der EuGH festgehalten, dass eine Regelung dann Art. 56 AEUV entgegen stehe, wenn diese nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Der EuGH habe im Urteil zur Rs. Pfleger ua., unter anderem ausgesprochen, dass es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, obliegt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (vgl. dazu näher EuGH vom 30.04.2014, C-390/12, Rs. Pfleger ua).

Abschließend werde darauf hingewiesen, dass zahlreiche Landesverwaltungsgerichte die Vereinbarkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes mit Unionsrecht geprüft und das österreichische Glücksspielmonopol für zulässig befunden haben.

Die Regelungen seien einhellig als kohärent befunden worden und es werde ausgeführt, dass die vom Gerichtshof der Europäischen Union vorgegebenen Ziele in systematischer und konsequenter Weise verfolgt werden sowie an der Unionsrechtskonformität der Regelungen des Glücksspielgesetzes keine Zweifel bestehen (siehe zB: LVwG OÖ: LVwG 410428/8/Zo/HUE/PP vom 10.12.2014, LVwG 410429/8/Zo/HUE/PP vom 10.12.2014, LVwG 410340/8/Zo/HUE - 410342/8/Zo/HUE/PP vom 10.12.2014, LVwG 410345/10/HW/BD vom 11.12.2014, LVwG 410401/5/Zo/PP vom 9.2.2015, LVwG-410552/11/Zo vom 22.6.2015, LVwG-410704/7/MS - LVwG 410705/2/MS vom 30.7.2015; LVwG NÖ: LVwG-ME-14-0044 vom 17.11.2014, LVwG- NK-13-0058 vom 15.12.2014, LVwG-ME-13-0002 vom 22.12.2014, LVwG-WB 14-0029 vom 8.1.2015; VwG Wien: VGW 001/023/5739/2014 vom 12.8.2014, VGW 001/059/28733/2014 vom 11.12.2014, VGW 001/V/059/31531/2014 vom 11.12.2014; LVwG Salzburg: LVwG 10/35/13 2014 vom 12.6.2014; LVwG Vorarlberg: LVwG 1 700/E15 2013 vom 13.10.2014).

Unter Berücksichtigung der angeführten Judikatur des EuGH sowie den weiteren Ausführungen ergebe sich eindeutig, dass die Ziele Spielerschutz, Suchtprävention und Kriminalitätsbekämpfung zentrale Anliegen des GSpG darstellen, durch geeignete und angemessene Maßnahmen verwirklicht werden sollen und verhältnismäßig seien. Ein Verstoß gegen Unionsrecht liege daher nicht vor, die Vorgehensweise der Kontrollorgane sei daher nicht rechtswidrig. Zum Beweis dazu: Glücksspielbericht 2010-2013, Informationsschreiben zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ sowie zu Entscheidungen zur Unionsrechtskonformität, Repräsentativerhebung 2015.

Es werde beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, da das amtliche Handeln der Kontrollorgane durch die Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG gerechtfertigt und sohin nicht rechtswidrig gewesen sei.

Bezüglich des Abdeckens der Überwachungskameras wurde bereits vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt, dass ein solches Handeln keinen rechtswidrigen Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt darstelle, weshalb hier ebenfalls die Abweisung der Beschwerde beantragt werde.

Es werde beantragt die Beschwerde bezogen auf die zwei Innentüren als unzulässig zurückzuweisen, da eine zwangsweise Öffnung dieser nicht stattgefunden habe.

Weiters wird gemäß der Verordnung des Bundeskanzlers über die Pauschalierung der Aufwandsätze im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der



Gesetze (VwG-Aufwandersatzverordnung – VwG-AufwErsV), BGBl. II Nr. 517/2013 als Aufwandersatz der belangten Behörde als obsiegende Partei beantragt, der Ersatz des Schriftaufwandes gesamt in Höhe von 368,80 Euro und Ersatz des Vorlageaufwandes der belangten Behörde in Höhe von 57,40 Euro; in eventu der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung, der Ersatz des Verhandlungsaufwandes der belangten Behörde in Höhe von 461,00 Euro.

#### **1.2.2.1. Beschlagnahmebescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich**

Mit dem Bescheid der Landespolizeidirektion für Oberösterreich vom 26.1.2016 wurde für die am 4.12.2015 um 17.02 Uhr im oben angeführten Lokal von Organen des Finanzamtes vorläufig beschlagnahmten 18 Glückspielgeräte die Beschlagnahme angeordnet.

#### **1.2.3. Stellungnahmen der Bf.**

Am 7.3.2016 erging der Beschluss des Bundesfinanzgerichts mit dem der Bf. die Gegenschrift der belangten Behörde vom 22.2.2016 samt den im Aktenverzeichnis verzeichneten Akten vorgelegt und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wurde.

##### **1.2.3.1. Vorbringen der Bf. vom 23.3.2016**

6.1. Im Vorbringen vom 23.3.2016, eingelangt am 23.3.2016, äußerte sich die Bf. dahingehend, dass sie das Bundesfinanzgericht als sachlich unzuständig erachte. Die Bf. habe die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde am 1.12.2015 am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und rein aus prozessualer Vorsicht ebenso am 1.12.2015 auch am Bundesfinanzgericht eingebracht. Die Bf. rege daher an, dass das Bundesfinanzgericht vorab die Frage der Zuständigkeit behandle.

Gemäß § 10b Abs. 2 Z 2 1it c der Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Durchführung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (in der Folge kurz: „AVOG 2010-DV“) obliege der Finanzpolizei im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörden - wie diesen die Wahrnehmung des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 in der geltenden Fassung.

Aus AVOG 2010-DV gehe daher klar hervor, dass die Finanzpolizei - nicht als Behörde, sondern als Unterstützungsorgan tätig werde.

Aus § 50 GSpG gehe hervor, dass die Finanzämter für die BVB oder LPD, sowie die Finanzpolizei als Hilfsorgan des Finanzamtes tätig werden. Behörde könne daher nur die BVB oder die LPD sein. Die in der Erläuterung zur Regierungsvorlage

zu BGBl I Nr. 105/2014, 360 BlgNr 25.GP, 24 vertretene Rechtsansicht, dass für Maßnahmenbeschwerden betreffend Amtshandlungen wegen dem GSpG das Bundesfinanzgericht zuständig sei, entbehre daher jeglicher Grundlage und sei schlichtweg falsch.

Insgesamt folge daraus, dass die Finanzpolizei in Vollziehung des § 50 Abs. 4 GSpG als Hilfsorgan der BH (oder der LPD) tätig werde. Daher komme in diesem Zusammenhang das der Finanzpolizei gemäß § 10b Abs. 2 Z. 5 AVOG 2010-DV eingeräumte Recht zur Wahrnehmung „der den Abgabenbehörden gesetzlich eingeräumten Parteistellung in Verwaltungsstrafverfahren“ - abgesehen davon, dass es sich bei einem Maßnahmenbeschwerdeverfahren nicht um ein „Verwaltungsstrafverfahren“ handle - nicht zum Tragen, weil die BH (bzw. LPD) keine Abgabenbehörde iSd AVOG bzw. der AVOG 2010-DV sei. Die „Gegenschrift“ stamme daher von einer Nichtpartei und darf vom Bundesfinanzgericht weder formell noch inhaltlich beachtet werden.

6.2 Zum Einwand der Unzulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde wegen Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes wurde vorgebracht, dass mit einer Beschwerde gegen die Beschlagnahme von Gegenständen für den Fall des Obsiegens lediglich deren Rückgabe erreicht werden könne (Rückabwicklung des Eingriffes in das Eigentumsrecht oder in eine sonstige Verfügungsbefugnis); soweit mit der Maßnahmenbeschwerde demgegenüber das Aufbrechen von Türen und das Abdecken von Kameraobjektiven als rechtswidrig bekämpft werde, werden damit jedoch rechtswidrige Eingriffe in völlig andere Rechtsgüter geltend gemacht: Die Beschwerde gegen das Aufbrechen von Türen richte sich gegen eine Verletzung des Hausrechts bzw. der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK und, mit dem Abdecken der Objektive wird eine Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren iSd Art. 6 Abs. 1 EMRK (Beweissicherung - Waffengleichheit) geltend gemacht. Die Feststellung der Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter kann, aber mit einer Beschwerde gegen den Beschlagnahmebescheid schon von vornherein nicht erreicht werden. Weil es sich insoweit also um ein völliges „aliud“ handelt, wurde daher konsequenterweise auch vom VwGH in den Erkenntnissen vom 27.2.2013, 2012/17/0430, und vom 15.12.2014, 2011/17/0333, jeweils die Maßnahmenbeschwerde nicht als unzulässig zurückgewiesen, sondern eine Sachentscheidung getroffen.

### 6.3 Zum Aufbrechen von Türen

a) Das Aufbrechen von Türen stelle kein „bloßes Betreten von Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist“ dar. Dies geht auch aus den (echten) Gesetzesmaterialien klar hervor, wenn es dort (vgl. 684 BlgNR, 25. GP, S. 3 f und 750 BlgNR, 25. GP, S. 4) bloß heißt:

*Zu Artikel 5 (Glücksspielgesetz): „Mit der Neuregelung im Bereich des Pokers soll eine Verringerung der Spielmöglichkeiten für Poker bewirkt werden, die zur Stärkung des Spielerschutzes beitragen und einen bedenklichen Verdrängungswettbewerb hintanhaltend soll. Dem damit verbundenen verfassungsmäßig gebotenen erforderlichen Interessenausgleich wird durch eine Übergangsfrist Rechnung getragen. Durch*

*Klarstellungen und Ergänzungen der Verfahrensbestimmungen, die eine effiziente Rechtsdurchsetzung ermöglichen sollen, wird der Vollzug des Glücksspielgesetzes verbessert. Durch konsequentes Vorgehen gegen illegales Glücksspiel werden Jugend- und Spielerschutz sowie die soziale Sicherheit der Familien und Kinder gestärkt und die Wettbewerbsfairness gesteigert.“*

Von der von der Finanzpolizei in der Gegenschrift behaupteten Befugnis zur „zwangsweisen Öffnung verschlossener Behältnisse“ sei dort keine Rede.

Eine solche Ermächtigung fand sich zwar wohl noch im Ministerialentwurf 129/ME, 25. GP, doch ist der Finanzpolizei diesbezüglich entgegenzuhalten, dass es sich insoweit in keiner Weise um einen gesetzgeberischen Willen, sondern bloß um die frühere Meinung von Ministerialbeamten handelte, die im dann, nachfolgenden Gesetzgebungsprozess offensichtlich keinerlei Berücksichtigung gefunden habe.

b) Abgesehen davon erweise sich das Aufbohren der Türen, das zur Unbrauchbarkeit der Schlösser geführt habe, jedenfalls als unverhältnismäßig: Wieso wurden die Türen nicht einfach aufgesperrt, wenn ohnehin ein Mitarbeiter eines professionellen Aufsperrdienstes anwesend war?

#### 6.4 Zum Überkleben der Kameras

Eine Videoaufzeichnung der Amtshandlung läge im höchsten Interesse der Bf., um einen objektiven Beweis für die Rechtswidrigkeit derselben zu schaffen.

Es trifft zwar zu, dass der VwGH in seinen Erkenntnissen vom 27.2.2013, 2012/17/0430, und vom 15.12.2014, 2011/17/0333, jeweils ausgesprochen hat, dass ein Überkleben von Videokameras während der Amtshandlung durch § 50 Abs. 4 GSpG gedeckt sei; allerdings erweist sich die in diesen Entscheidungen getroffene Rechtsgüterabwägung als höchst einseitig, weil sie ausschließlich die öffentlichen Interessen am Schutz des (zudem unionsrechtswidrigen) GSpG-Monopols berücksichtigt. Diese Abwägung stehe im Widerspruch zum Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes und stelle zugleich eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens iSd Art. 6 Abs. 1 EMRK, im Besonderen des Prinzips der Waffengleichheit, dar: Während mehrere Beamte der Finanzpolizei unangekündigt und zwangsweise in die Räumlichkeiten der Bf. eindringen, und dort ohne ihrem Beisein Probespiele durchführen und schließlich eine subjektiv gefärbte Niederschrift anfertigen, deren Richtigkeit nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden könne, sei es der Bf. nicht einmal erlaubt, eine - behaupteterweise ohnehin rechtmäßige - Amtshandlung per Video aufzuzeichnen? Welche anderen Möglichkeiten gäbe es denn unter solchen Umständen - insbesondere der persönlichen Nichtanwesenheit - für die Bf., einen Gegenbeweis zu führen.

#### 6.5 Anregung auf Gesetzesüberprüfung

Soweit es das Interesse der Beamten betrifft, ihre Identität zu verbergen sei darauf hinzuweisen, dass diese im Zuge der Durchführung der Kontrolle ja auch Masken hätten tragen können, wie dies bei Polizeieinsätzen durchaus üblich sei.

Es ergehe die Anregung, das Bundesfinanzgericht möge gemäß Art. 135 Abs. 4 B-VG iVm Art. 89 Abs. 2 B-VG und Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG beim VfGH den Antrag auf Prüfung des präjudiziellen § 50 Abs. 4 GSpG stellen, zumal die Auslegung des VwGH in Bezug auf die Zulässigkeit des Überklebens von Videokameras, gegen Art. 6 EMRK und gegen Art. 7 B-VG verstößt.

Weiters stelle die Bf. einen Antrag auf Akteneinsicht. Die Bf. könne keine umfassende Stellungnahme abgeben, zumal das Bundesfinanzgericht der Bf. lediglich die Gegenschrift der Finanzpolizei ohne Beilagen (insgesamt 10 Beilagen) übermittelt habe.

Die Bf. beantrage daher, das Bundesfinanzgericht möge ihr Akteneinsicht gewähren und die 10 Beilagen laut Aktenverzeichnis zur Stellungnahme übermitteln.

#### **1.2.3.2. Stellungnahme vom 2.1.2017**

In der per E-Mail vom 2. Jänner 2017 eingebrachten Stellungnahme rügte die Bf. die Unterlassung der Aktenübermittlung durch das Gericht. Zudem machte sie umfangreiche Ausführungen zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glückspielmonopols. Die Bf. beantragte die Einholung mehrerer Sachverständigengutachten im Zusammenhang mit der Kohärenzprüfung im Sinne der Judikatur des EuGH zur Unionsrechtskonformität des Glückspielmonopols.

Zudem stellte die Bf. den Antrag das Bundesfinanzgericht möge einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH stellen und formulierte konkrete Fragen zur Unionsrechtskonformität des Glückspielrechtes und zur Auslegung des Art. 47 EGRC iVm. Art 56ff AUEV.

#### **1.2.4. Fristsetzungsverfahren**

Die Bf. brachte beim Verwaltungsgerichtshof mit Schriftsatz vom 18.7.2016 einen Fristsetzungsantrag ein, der am 26. 7.2016 dem Bundesfinanzgericht weiter geleitet wurde. Der Fristsetzungsantrag wurde mit Beschluss vom 25.8.2016 zurückgewiesen. Dem Vorlageantrag der Bf. vom 31. 8. 2016 gab der Verwaltungsgerichtshof Folge und hob den Beschluss vom 25.8.2016 mit Beschluss vom 10.10.2016, Fr 2016/17/0005 auf. Mit verfahrensleitender Anordnung vom 4. November 2016, eingelangt am 9. 11.2016 wurde dem Bundesfinanzgericht eine Frist zur Entscheidung von zwei Monaten eingeräumt. Über Antrag des Bundesfinanzgerichtes vom 9.1.2017 wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit verfahrensleitender Anordnung vom 19.1.2017, eingelangt am 25.1.2017, eine weitere Nachfrist von drei Monaten zur Entscheidung eingeräumt.

### **1.2.5. Mündliche Verhandlungen und weiteres Parteivorbringen**

#### **1.2.5.1. Verhandlung am 3.1.2017**

Der Vertreter der Bf. schränkte das Beschwerdebegehren dahingehend ein, dass lediglich die Haupteingangstüre aufgebrochen worden sei. Die beiden Innentüren seien offensichtlich von Organen der Landespolizeidirektion geöffnet worden.

Der Vertreter der Bf. wurde umfassende Akteneinsicht gewährt.

Der Richter übergab der Vertreterin der belangten Behörde die Stellungnahme der Bf. vom 2. Jänner 2017. Inhaltlich führte der Richter aus, dass in der per E-Mail vom 2. Jänner 2017 eingebrachten Stellungnahme die Bf. die Unterlassung der Aktenübermittlung durch das Gericht rügte. Zudem machte sie umfangreiche Ausführungen zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols. Die Bf. beantragte die Einholung mehrerer Sachverständigengutachten im Zusammenhang mit der Kohärenzprüfung im Sinne der Judikatur des EuGH zur Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols.

Zudem stellte die Bf. den Antrag das Bundesfinanzgericht möge einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH stellen und formulierte konkrete Fragen zur Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechtes und zur Auslegung des Art. 47 EGRC iVm. Art 56ff AUEV.

Der im Zuge der mündlichen Verhandlung einvernommene Zeuge G. U. vom Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel gab über Befragung des Verteters der Bf. an, dass er für das Team 44 Finanzpolizei Freistadt Rohrbach Urfahr eingetreten ist. Basis für die Einsatzleitung sei § 12 AVOG gewesen, wonach jedes Finanzamt Glücksspielkontrollen durchführen könne. Über Befragung des Vertreters der Bf. gibt der Zeuge an, dass es sich um eine Kontrolle des Glücksspielgesetzes gehandelt hat. Dies sei im gegenständlichen Fall von vornherein festgestanden. Der Zeuge hätte sich im konkreten Fall als Glücksspielkontrolle angekündigt. Im gegenständlichen Fall sei nach keiner anderen Rechtsvorschrift seitens der Finanz eingeschritten worden. Die Ankündigung der Glücksspielkontrolle sei gegenüber einer vermeintlich hörbaren Person, die in Richtung verschlossener Tür hörbar gelaufen sei, angekündigt worden. Zuvor sei noch an die Eingangstür geläutet, geklopft und der Dienstaussweis an einer glaublich rechts oben an der Decke befestigten Kamera vorgezeigt worden. Reaktionen seien hörbar schnelle Schritte zur Eingangstür gewesen. Der Zeuge hätte sich noch einmal durch Klopfen lautstark hörbar gemacht. Glaublich sei dann die zwangsweise Öffnung der Tür angedroht worden. Nachdem sich die "Schritte" von der Tür entfernt hätten, sei nichts mehr hörbar gewesen. Dem Zeugen sei keine Sprechanlage aufgefallen. Durch

ein Entry-Tool sei die Tür aufgehebelt worden. Dadurch sei die Tür geöffnet worden. Der Einsatz des beigezogenen Schlossers sei nicht notwendig gewesen. Bei Verlassen des Lokals sei die Tür nach wie vor funktionsfähig gewesen. Der Zeuge gab an, dass dies entweder mit einem Vertreter der einschreitenden Rechtsanwaltskanzlei nach Abschluss der Amtshandlung kontrolliert worden sei.

Über Befragung des Vertreters der Bf. gab der Zeuge weiters an, dass das Entry-Tool aus Metall bestehe. Die Türe sei geschlossen, jedoch nicht zugesperrt gewesen. Die Person die zur Tür gelaufen sei, hätte nicht eingesehen werden können, dürfte glaublich nicht allzu groß gewesen sein und sei schnellen Schrittes gelaufen. Die Feststellung beruhe auf der Vermutung, dass eine kleinere Person schneller laufen könne als eine größere. Während der Ankündigung der Glücksspielkontrolle hätte sich die Person zur Tür hin bewegt und anschließend wieder weg bewegt. Über Vorhalt des Vertreters der Bf. unter Hinweis auf das Tonbandprotokoll vom 20.12.2016 des Landesverwaltungsgerichtes OÖ zu LVwG-411596/11/KH/BHu gab der Zeuge an, dass er die Glücksspielkontrolle mehrfach angekündigt hätte. Wie oft und zu welchen genauen Zeitpunkten, könne er nicht mehr sagen. Der Zeuge gab an, dass er nicht auf Grundlage des Sicherheitspolizeigesetzes einschreiten könne. Ob die Tür durch die Benützung des Entry-Tools beschädigt worden ist, hätte der Zeuge nicht feststellen können. Über Nachfragen gab er an, dass die Türe glaublich bereits vor dem Eingriff Lackschäden gehabt hätte. Im Übrigen sei die Türe nach dem Eingriff nach wie vor funktionsfähig gewesen. Über Befragung des Vertreters der Bf. ob über die aktenkundige Fotodokumentation hinaus Fotos angefertigt worden sind, gab der Zeuge an, dazu hätte er keine Wahrnehmung. Dazu müsse man die Fotografen fragen. Über Befragung des Vertreters der Bf. warum die Automaten aufgebrochen worden sind und nicht nach der Fernbedienung für die Stromunterbrecher gesucht worden ist, gab der Zeuge an, dass das Aufbrechen zur Testbespielung erfolgt sei. Über Befragung des Richters gab der Zeuge an, dass er die anwesende Person befragt hätte, ob sie die Automaten bespielbar machen könne, dies jedoch verneint wurde. In weiterer Folge seien die vorgefundenen Spielautomaten an das Stromnetz angehängt und dann probiert wurden, ob diese einschaltbar sind. Dann sei davon ausgegangen worden, dass diese Geräte mit Stromunterbrechern ausgerüstet sind. In weiterer Folge sei die zwangsweise Bespielung gegenüber der vor Ort befindlichen Kellnerin angedroht worden. Nachdem keine Reaktion erfolgt sei, sei die zwangsweise Öffnung durch den Schlosser erfolgt. Daraufhin sei der Unterbrecher eingeschaltet worden und eine Testbespielung vorgenommen worden. Nach einer Funkfernbedienung für die Stromunterbrecher sei nicht gesucht worden. Nach der Funkfernbedienung sei nicht gesucht worden, obwohl die Kellnerin zur Bespielung aufgefordert wurde. Grund dafür sei, dass nach Ansicht des Zeugen ein Suchen nach der Fernbedienung im Glücksspielgesetz nicht gedeckt ist. Mittels Verlängerungskabel sei die Stromzufuhr bei den Geräten im ersten Spielraum durch Entnahme von Strom von einer Steckdose hinter einem Schreibtisch erfolgt. Im zweiten Raum sei die Stromzufuhr durch Einschalten eines FI-Schalters erfolgt, der in einem Sicherungskasten vorgefunden wurde. Dieser Schalter sei etwas weiter hineingebaut gewesen. Damit seien im zweiten Raum die Steckdosen hinter

den Spielgeräten wieder aktiv gewesen. Der Schaltschrank hätte eine Türe gehabt. Diese Türe sei vom Zeugen geöffnet worden. Die Spielgeräte seien durch Vorhängeschlösser verschlossen gewesen. Diese seien vom Schlosser aufgeschnitten worden. Dadurch sei das Öffnen in weiterer Folge leicht möglich gewesen. Die Geräte selbst seien nicht versperrt gewesen. Ein Sicherungssystem sei am Gerät angebaut gewesen und an diesen wäre das Vorhängeschloss gehangen. Über Befragung des Vertreters der Bf. gab der Zeuge an, dass er den Vorraum, die Automatenräumlichkeiten und das Lager welches zur hinteren Eingangstür führt, betreten hätte. Ob noch weitere Räumlichkeiten vorhanden waren, könne der Zeuge nicht angeben. Über Befragung des Vertreters der Bf. gab der Zeuge an, dass er nicht mehr wisse, ob er einen Tresor aufsperrern wollte. Der Vertreter der Bf. gab an, dass ein Tresor vorhanden war.

Über Befragung des Vertreters der Bf. gab der Zeuge an, dass er nicht den genauen Zeitpunkt des Abklebens der Kameras angeben könne. Dies sei glaublich sukzessive und nicht schon beim Einschreiten erfolgt. Das Abkleben der Kameras sei Standardvorgehen und werde je nach Einsatz von vornherein so verabredet. Über Befragung des Vertreters der Bf., ob nach Abkleben der Kameras ein Überraschungsmoment gesetzt wurde, gab der Zeuge an, er verstehe die Frage nicht. Wurden nach Abkleben der Kameras Amtshandlungen gesetzt, die - sollten sie nach außen dringen - künftige Kontrollhandlungen vereiteln könnten? Zeuge: Es passierte die Testbespielung wie vorhin beschrieben. Es sei kein Geheimnis, wie diese Testbespielung durchgeführt werde.

Über Befragung könne der Zeuge nicht mehr sagen, ob der beigegezogene Schlosser Strom entnommen hätte oder mit Akkugeräten gearbeitet hätte. Der Schlosser wäre jemand von der Firma Zg. gewesen.

Der Vertreter der Bf. erweiterte sein Antragsbegehren wie folgt:

*"Aufgrund der heutigen Aussage des Zeugen Herrn G. U. hat die Bf. erfahren, dass im gegenständlichen Lokal offensichtlich nach einem Schaltschrank gesucht wurde. Der Zeuge G. U. hat angegeben, dass er eine Türe geöffnet hat, wo sich dahinter ein gefallener FI Schalter befunden hat. Weiters hat der Zeuge angegeben, dass er auch einen Lagerraum im gegenständlichen Lokal betreten hat. Nach ständiger Judikatur heißt es einen Raum zu durchsuchen, wenn dessen Bestandteile und die darin befindlichen Objekte zu besichtigen und ob in diesem Raum und an welcher Stelle sich ein bestimmter Gegenstand befindet. Eine Hausdurchsuchung liegt auch bei einer systematischen Besichtigung eines bestimmten Objektes durch ein behördliches Organ vor. Eine Hausdurchsuchung liegt auch insbesondere vor, wenn ein Behältnis bzw. ein Kasten systematisch besichtigt wird. Die Bf. macht daher die Verletzung des Hausrechts geltend und verweist hinsichtlich ihrer rechtlichen Meinung und die schriftliche Stellungnahme vom 2.1.2017.*

*Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde gibt die Bf. an, dass sie erstmals in der heutigen Verhandlung am 3.1.2017 erfahren hat, dass Herr U. zB. einen Kasten geöffnet hat und daher eine Hausdurchsuchung vorliegt. Als belangte Behörde wird das Finanzamt*

*Freistadt Rohrbach Urfahr bzw. die Finanzpolizei Team 44 angegeben. Nach Ansicht der Bf. handelt es sich hierbei nicht um eine gesonderte Maßnahmenbeschwerde sondern lediglich um eine Ausdehnung des Beschwerdegegenstandes. Es entsteht daher kein gesonderter Gebührenanspruch."*

Die mündliche Verhandlung wurde bis auf Weiteres vertagt, um der belangten Behörde Gelegenheit zur Stellungnahme zum Neuvorbringen zu ermöglichen und von der Bf. dazu eine Gegenstellungnahme einzuholen.

#### **1.2.5.2. Stellungnahme der belangten Behörde vom 27.1.2017 zum Neuvorbringen in der mündlichen Verhandlung**

Die belangte Behörde brachte im Wesentlichen vor, das Betreten der Räumlichkeiten des Lokals sei im gegenständlichen Fall auch nicht zu dem Zweck erfolgt, einen Gegenstand oder gar eine bestimmte Person zu suchen, sondern ausschließlich dazu, zu Recht vermutete (bzw. bestand aufgrund von Anzeigen bereits der dahingehende berechtigte Verdacht) Gegenstände festzustellen, diese in Augenschein zu nehmen und die entsprechenden weiteren Maßnahmen nach dem Glückspielgesetz zu setzen.

Das Öffnen des Sicherungskasten könne ebenso wenig als eine Hausdurchsuchung gesehen werden. Aus der Aussage des Zeugen U. sei erkennbar, dass es sich augenscheinlich um einen Sicherungskasten handelte, womit nicht von einem „systematische Besichtigung“ dieses Objektes ausgegangen werden kann. Es sei für den Zeugen doch beim Öffnen der Türe des Sicherungskastens klar gewesen, dass er dort einen entsprechenden (FI)-Schalter finden würde, dessen Betätigung die Stromzufuhr wieder herstellen und sohin eine umfassende Überprüfung und Ermöglichung von Testspielen im Sinne des § 50 Abs.4 GSpG erfolgen konnte.

Im gegenständlichen Fall könne daher weder von einem Eingriff in das nach Art 9 StGG geschützte Recht noch von einer Hausdurchsuchung gesprochen werden. Das bloße Betreten der Betriebsräumlichkeiten sei, ebenso wenig wie das Öffnen eines Sicherungskastens, kein systematisches Durchsuchen im Sinne der angeführten Rechtsprechung. Insofern sei eine Verletzung des Hausrechtes auszuschließen.

Der Beschwerdeführerin wurde die Stellungnahme der belangten Behörde zur Kenntnis gebracht.

#### **1.2.5.3. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24.2.2017**

Die Beschwerdeführerin beantragte zur behaupteten Hausdurchsuchung die amtswegige Beischaffung bzw. die Vorlage sämtlicher Lichtbilder die von der Finanzpolizei und vom Finanzamt angefertigt worden sind.



Weiters wurde die Einvernahme sämtlicher Organe der Finanzpolizei und des Finanzamtes, welche bei der gegenständlichen Amtshandlung anwesend waren, beantragt.

Der Zeuge U. hätte in seiner Einvernahme angegeben, dass er die Eingangstüre mit einem aus Metall bestehenden „Entrytool“ geöffnet hat. Dies entspreche nach Ansicht der Beschwerdeführerin einem gewaltsamen Aufhebeln einer Türe. Diese Vorgangsweise sei in keinsten Weise verhältnismäßig, zumal noch dazu ein Schlosser anwesend gewesen wäre. Dieser Schlosser hätte die unversperrte Türe beschädigungsfrei öffnen können. Der beigezogene Schlosser sei namhaft zu machen und die Beschwerdeführerin beantragte sodann die Einvernahme dieses Schlossers.

Der Vertreterin der belangten Behörde wurde die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht.

#### **1.2.5.4. Namhaftmachung von Zeugen durch die belangte Behörde**

Dazu führte die Vertreterin im E-Mail vom 7.3.2017 aus:

*"nachfolgend die bei der ggstdl. Kontrolle anwesenden Organe der Finanzpolizei, FPT 44 (Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr) :*

*R. Ch.:*

*Tätigkeit: Außensicherung und Niederschrift mit Frau Ly Ky. (Kellnerin) (die Niederschrift wurde im Bürobus vor dem Lokal aufgenommen), Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme*

*Sr Rd.:*

*Tätigkeit: Außensicherung und Niederschrift mit Frau Ly Ky. (Kellnerin) (die Niederschrift wurde im Bürobus vor dem Lokal aufgenommen), Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme*

*Ar. C.:*

*Tätigkeit: Dokumentation eines Teils der vorhandenen Glücksspielgeräte (GSp 26) (der andere Teil wurde von Mitarbeitern des FA GVG dokumentiert: Fh. Hu., Mk. Sa., Sy. T.)*

*Wl. Md. (mittlerweile Team BV, FA 52, Freistadt Rohrbach Urfahr):*

*Tätigkeit: Dokumentation eines Teils der vorhandenen Glücksspielgeräte (Gsp 26) (der andere Teil wurde von Mitarbeitern des FA GVG dokumentiert: Fh. Hu., Mk. Sa., Sy. T.)*

*Organe des FAGVG:*

*Sy. G., Mk. Sa., Fh. Hu., Sy. T.*

*SCHLOSSER:*

*Beim hinzugezogenen Schlosser handelte es sich um den Firmeninhaber der Firma Zg., Herrn Kl. Zg.. Firmenadresse: S-Straße"*

#### **1.2.5.5. Ladung von Zeugen zur mündlichen Verhandlung am 22.3.2017**

Die von der belangten Behörde als an der Amtshandlung namhaft gemachten beteiligten Personen wurden mit Ladung vom 7.3.2017 als Zeugen geladen.

G. U. hat sich mit E-Mail vom 7.3.2017 entschuldigt, da er bereits eine Zeugenladung für ein Verfahren beim Landesverwaltungsgericht Steiermark zu diesen Termin hätte.

Sa. Mk. hat sich mit E-Mail vom 8.3.2017 entschuldigt, da sie sich vom 20.3. bis einschließlich 24.3.2017 auf Erholungsurlaub befinde. Dieser Urlaub sei schon seit längerem geplant und ist auch schon gebucht.

Md. Wl. hat sich mit E-Mail vom 10.3.2017 entschuldigt, da er sich vom 20. März bis Mitte Juni 2017 an der Bundesfinanzakademie in Wien (Betriebsprüferkurs) befinde.

Ch. R. hat sich mit E-Mail vom 10.3.2017 entschuldigt, da er sich vom 18. bis 25. März 2017 auf Skiurlaub in Tirol befinde.

#### **1.2.5.6. schriftliche Befragung der verhinderten Zeugen**

Die verhinderten Zeugen wurden mit E-Mail vom 13.3.2017 unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht ersucht, bis 17. März 2017 folgende Fragen schriftlich (per e-mail) zu beantworten:

Haben Sie im Zuge der oben angeführten Glücksspielkontrolle eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt?

Haben Sie im Zuge der oben angeführten Glücksspielkontrolle eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes von anderen Organen beobachtet?

Wenn ja, wer hat diese Durchsuchung vorgenommen?

Bei welchen konkreten Amtshandlungen waren Sie im Zuge der oben angeführten Glücksspielkontrolle beteiligt?

Dazu führte Md. Wl. im E-Mail vom 15.3.2017, 12:28 Uhr aus:

*"Ich hatte die Aufgabe mit meinem Koll. C. Ar. die Automaten zu bespielen und die Bespielung zu dokumentieren.*

*Ich habe bei der Glücksspielkontrolle weder eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt.*

*Nach dem Betreten des Glücksspiellokals hatten Koll. Ar. und ich die Aufgabe die Automaten sofort mit fortlaufenden Nummern zu versehen um danach mit dem Bespielen der Geräte zu beginnen.*

*Koll. U. stellte durch irgendwelchen Tätigkeiten am Stromkasten den Strom im Lokal wieder her. Er bohrte dann (ich glaube mit dem Schosser) die Automaten auf, worauf diese wieder betriebsbereit waren. Koll. Ar. und ich begannen sofort mit der Bespielung und Dokumentation der Geräte. Mir selbst viel keine Durchsuchung von Räumlichkeiten auf. Ich konzentrierte mich auf meine eigene Tätigkeit, da es erfahrungsgemäß mit der Dokumentation und Bespielung der Geräte sehr schnell gehen muss. Meist werden die Automaten nach kurzer Zeit heruntergefahren und sind nicht mehr zu Bespielen."*

Dazu führte Ch. R. im E-Mail vom 16.3.2017, 10:33 Uhr aus:

*"... die u. a. Fragen werden von mir nach dem Lesen der Rechtsbelehrung wie folgt beantwortet:*

*Frage 1:*

*Nein, ich habe weder etwas durchsucht, noch geöffnet.*

*Frage 2:*

*Nein, derartige Beobachtungen konnte ich nicht machen.*

*Frage 3:*

*Zu Beginn der Kontrolle war ich für die Sicherung im Außenbereich (Haupteingang vor dem Lokal) zuständig. In weiterer Folge verfasste ich eine Niederschrift (GSp 2) mit einem Spieler (Kv. Hd. Es.), ebenso mit der Kellnerin des Lokals (Ly Ky., GSp 1), sprach die vorläufige Beschlagnahme aus und verfasste zuletzt eine Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme. Sämtliche Niederschriften wurden im Bus vor dem Lokal erstellt (bei diesen war auch mein Kollege Rd. Sr anwesend). Ich war während der Kontrolle fast ausschließlich vor dem Haupteingang bzw. im Bus. Soweit ich mich erinnern kann, ging ich vor der Niederschrift mit Frau Ly zwei Mal kurz in das Lokal, um mich zu erkundigen, ob Frau Ly für die Niederschrift zur Verfügung steht. Dabei bekam ich die Information, dass der o. a. Herr Kv. zu einer Aussage bereit ist. Dessen Aussage wurde dann zuerst aufgenommen."*

Dazu führte G. U. im E-Mail vom 16.3.2017, 18:41 Uhr aus:

*"... ich habe die Rechtsbelehrung verstanden und möchte anbei die gestellten Fragen wie folgt beantworten:*

*1.)*

*Ich habe keine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtungen deren Inhaltes durchgeführt.*

*Ich habe lediglich, wie bereits bei meiner Zeugenaussage beschrieben, im Rahmen der Reaktivierung der Glücksspielgeräte einen für mich klar erkennbaren Sicherungskasten / Schaltschrank geöffnet, um die Stromzufuhr für die Geräte – zwecks Testbespielung –*

wieder einzuschalten. Dieser Schaltschrank war aufgrund seiner optischen Erscheinung klar als solcher zu erkennen.

2.)

*Ich habe nicht beobachtet, dass eine anderes Organ eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtungen deren Inhaltes durchgeführt hat.*

3.)

*Zusammengefasst war ich bei folgenden Amtshandlungen beteiligt:*

*Anmeldung der Kontrolle an der Vordertüre – wie in der Vernehmung beschrieben.*

*Androhung der zwangsweisen Öffnung der Eingangstüre.*

*Zwangsweise Öffnung der Eingangstüre durch Aufhebeln mit dem Entry Tool.*

*Anmerkung: Die Methode wurde gewählt, da es sich nach meiner Erfahrung um eine einfache und schonende Öffnungsmethode handelt. So war es möglich,*

*den Druck langsam zu steigern, bis das Schließsystem aufgrund des Spielraums die Türe freigab.*

*Zutritt zum Lokal durch die Eingangstüre, Klopfen an der nächsten Türe ( die dann durch die Organe, welche durch den Hintereingang ins Lokal gelangt sind geöffnet wurde)*

*Persönliche Kontrollanmeldung bei der anwesenden Kellnerin*

*Mehrmalige Aufforderung an die Kellnerin, die Glücksspielgeräte einzuschalten, bzw. für das Einschalten zu sorgen.*

*Danach: Ersuchen an den Schlosser mit der Geräteöffnung zu beginnen.*

*Einschalten der Glücksspielgeräte im ersten Spielraum*

*Wiederherstellung der Stromversorgung für die Geräte im 2. Spielraum*

*Ersuchen an den Schlosser die restlichen Geräte zu öffnen*

*Reaktivierung der restlichen Glücksspielgeräte*

*Unterstützung bei der Durchführung der vorläufigen Beschlagnahme einiger Glücksspielgeräte (Geräte bewegen/kippen, damit die Versiegelungsetiketten auf der Rückseite angebracht werden konnten)*

*Im Laufe der Amtshandlung habe ich auch den Hintereingang gesehen, durch den der 2. Teil der Einsatzmannschaft das Lokal betreten hat.*

*Am Ende der Amtshandlung habe ich dann die Vordertüre geschlossen und festgestellt, dass diese ordnungsgemäß schließt."*

*Dazu führte Sa. Mk. im E-Mail vom 17.3.2017, 11:17 Uhr aus:*

*"... ich darf Ihnen mit diesem E-Mail, die an mich gerichteten Fragen beantworten.*

Zu 1. *Ich habe keine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten incl. der Öffnung von Läden oder Kästen durchgeführt.*

Zu 2. *Auch habe ich niemanden bei einer solchen systematischen Durchsuchung incl. Öffnung von Läden oder Kästen beobachtet.*

Zu 3. *Meine Tätigkeit bei dieser Amtshandlung war:*

*Befragen der Spieler (hierbei habe ich eine handschriftliche Niederschrift erstellt), befragt wurden 4 Spieler, die durch die Hintertüre das Lokal verlassen wollten.*

*Die Namen der Spieler lauten Ahmeti Un.,*

*Ui. Km.*

*Mi. Xt. und*

*Ui. Hi.*

*Außerdem war ich noch für das Ausfüllen der Gsp26 (Geräte mit FA-Kontrollnummer 7-12 und 14-18) verantwortlich.*

*Nur zum besseren Verständnis führe ich aus, dass ich das Lokal durch die Hintertüre gemeinsam mit Polizisten betreten habe.*

*Die Türe wurde uns durch Spieler und Angestellte von innen geöffnet.*

*Ich habe das Lokal hinter den Polizisten betreten."*

#### **1.2.5.7. Mündliche Verhandlung am 22.3.2017 (Zeugeneinvernahmen)**

Den Parteien des Verfahrens wurden die schriftlichen Stellungnahmen der Herren U., R. und Wl., sowie von Frau Mk. durch Verlesung zur Kenntnis gebracht. Dem Vertreter der Beschwerdeführerin wurde der Ordner mit aus dem elektronischen Akt der Finanzpolizei FinPol: xxxxx übermittelten Fotos von der Amtshandlung am 4.12.2015 zu Einsichtnahme bereitgestellt. Dabei handelt es sich um Fotos aus 2 Kameras, Kamera 1 rund 150 Fotos und Kamera 2 rund 200 Fotos. Die Fotos wurden zum Akt genommen.

Der Zeuge **Hu. Fh.**, Vertragsbediensteter des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel verneinte, dass er eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Läden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt oder von anderen Organen beobachtet hätte. Er gab an, zu Beginn der Amtshandlung bei der Eingangstüre gewesen zu sein. Dort sei die Kontrolle mehrmals und lautstark angekündigt worden und zwar durch Klopfen, Rufen und durch Herzeigen der Dienstausweise in eine im Eingangsbereich angebrachte Kamera. Der Zeuge könne sich nicht mehr erinnern ob tatsächlich eine Kamera angebracht war, es sei jedoch übliches Prozedere die Ausweise in jede mögliche Richtung vorzuweisen. Die Tür wurde nicht geöffnet. Nach seiner Beobachtung hätte der Einsatzleiter (Herr U.) Schritte vernommen. Er hätte derartige Schritte nicht vernommen, jedoch hätte der Einsatzleiter etwa mit den Worten

"Leise, da kommt jemand!" (an den genauen Wortlaut könne er sich nicht mehr erinnern) angekündigt, dass jemand zur Tür komme. Nach mehrmaligem Hinweisen, die Türe möge geöffnet werden bzw. der Androhung einer zwangsweisen Öffnung hätte der Einsatzleiter mit dem Gericht vorgelegten "Entery Tool" (Anmerkung des Gerichts: Dabei handelt es sich um ein einfaches Werkzeug zum Aufbrechen, Heben und Bewegen. Die Wirkung beruht auf dem Hebelgesetz. Es besteht aus einer festen, großen Stange aus Stahl. Ein Ende dient zum Anfassen, das andere Ende ist flach, um damit in enge Spalten zu dringen, und abgewinkelt, damit man hebeln kann.) die Türe geöffnet.

Die Vorgangsweise war Folgende: Mit dem schmalen Teil des Entery Tools wurde im Bereich des Schlosses versucht am dort befindlichen Türspalt Druck aufzubauen. Dabei wurde versucht die Türe unter möglicher Schonung aufzuhebeln. Dies sei jedoch nicht bei jeder Tür möglich, hier müsste das jeweilige Organ entscheiden, ob eine einfache Öffnung ohne Beschädigung möglich sei. Im gegenständlichen Fall sei die Tür relativ rasch und unproblematisch aufgegangen. Weder im Zeitpunkt der Öffnung noch zu einem späteren Zeitpunkt hätte der Zeuge Beschädigungen an der Tür feststellen können. Da sich die Tür relativ leicht öffnen lies, hätte er nach keinen Beschädigungen konkret gesucht. In der Regel seien diese Beschädigungen sofort erkennbar. Er könne nicht ausschließen, dass etwaige Kratzer an der Tür verursacht wurden. Zum Schluss jeder Amtshandlung werde routinemäßig kontrolliert, ob nicht irgendwelche Unterlagen im Lokal vergessen wurden. In weiterer Folge werde auch kontrolliert ob die Eingangstüre verschließbar ist. Nach Abschluss der Amtshandlung sei die Tür geschlossen worden, ob diese versperrt wurde könne er nicht mehr sagen. Im Falle, dass sich die Tür nicht verschließen lässt, müsste der anwesende Schlosser die Türe versperrbar machen. Im gegenständlichen Fall sei dies nicht erfolgt. Das Entery Tool werde folgenden Gründen verwendet: Um einen Spielbetrieb dokumentieren zu können, sei es notwendig möglichst rasch in das Lokal zu gelangen, daher werde oftmals der Schlosser nicht beigezogen. Hier würde das Prozedere zu lange dauern um die notwendigen Dokumentationen durchzuführen.

Zudem werde im Vorfeld observiert, ob tatsächlich ein Spielbetrieb stattfindet.

Auf Befragung durch den Vertreters der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus:

Im Vorfeld wurde im konkreten Fall die Observierung dadurch durchgeführt, dass beobachtet wird ob Personen das Lokal betreten oder verlassen. Im konkreten Fall hätten Organe der Landespolizeidirektion unmittelbar vor Einsatzbeginn eine "Beobachtung" gemacht. Auf Befragen des Vertreter der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus, dass die Beobachtung weder von Organen der Finanzpolizei, des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel noch von Organen des Magistrats durchgeführt wurde, daher gehe er davon aus, dass die Beobachtungen durch Organe der Landespolizeidirektion erfolgt seien. Konkret wisse er nicht, welche Personen Beobachtungen durchgeführt hätten. Der "Startschuss" erfolge aufgrund Informationen durch die Landespolizeidirektion, es handelte sich um einen gemeinsamen Einsatz. Über Befragen des Vertreter der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus, dass ein

Informationsaustausch zwischen den jeweiligen Einsatzleitern der einzelnen beteiligten Behörden erfolge.

Auf Befragung des Richters gab der Zeuge an: Observationen seitens des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel hätte es nicht gegeben. Auch seitens der Finanzpolizei seien keine Beobachtungen durchgeführt worden.

Über Befragen des Vertreters der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus, dass er fotografiert hätte und nach seiner Wahrnehmung auch Organe der Finanzpolizei (zumindest eine Person) Fotos angefertigt hätten. Die Aufgabe des Zeugen sei die fotografische Dokumentation des Spielablaufes gewesen. Über die Haupteingangstüre hätte der Zeuge das Lokal betreten. Wie die Geräte bespielbar gemacht wurden, konnte er nicht feststellen, da er in der Zwischenzeit mit der Erstellung einer Niederschrift im Nebenraum (in der Nähe des Hinterausganges) beschäftigt war. Neben der Fotodokumentation sei er bei der Einvernahme von Zeugen, sowie bei der Beschlagnahme der Glückspielgeräte beteiligt gewesen.

Auf Befragung des Richters gibt der Zeuge an, dass sämtliche Fotos, die er gemacht hätte unter "Fotos Kamera 1" dem Gericht vorgelegt wurden. Weitere Fotos seien im Zuge dieser Amtshandlung nicht gemacht worden.

Der Zeuge **T. Sy.**, Finanzbeamter des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel, verneinte, dass er eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt oder von anderen Organen beobachtet hätte.

Der Zeuge sei am Hintereingang des Lokals zusammen mit Bediensteten der Bundespolizei postiert gewesen. Der Zeuge sei am Hintereingang postiert gewesen, weil vermutet wurde, dass Personen das Lokal durch Hintereingang verlassen würden. Es sei mit der Einsatzleitung abgesprochen gewesen, dass am Vordereingang die Ankündigung der Kontrolle erfolge. Nach kurzer Zeit sei die Tür von innen geöffnet worden. Der anwesende Polizist hätte die Personen aufgefordert sich wieder in die Mitte des Lokales zu begeben. In weiterer Folge seien die Kollegen durch den Vordereingang dazugekommen. Wie diese den Vordereingang benutzt hätten, hätte er konkret nicht feststellen können. Dazu habe er lediglich Kenntnis aus den Akten. In weiterer Folge seien die Geräte zum laufen gebracht worden. Dzu habe er beobachtet, dass die Geräte durch den anwesenden Schlosser geöffnet wurden. Die Geräte seien offenbar durch keinen Unterbrecher ausgeschaltet gewesen. Seine Aufgabe sei es gewesen, die Geräte zu bespielen. Frau Mk. hätte die Bespielung dokumentiert und zwar durch Ausfüllen des Formulars GSp 26. Ein weiterer Kollege (Herr Fh.) hätte die Fotodokumentation durchgeführt. Dabei werde festgehalten, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Glückspiels gegeben sind oder nicht.

Auf Befragung durch den Vertreters der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus:

Wie konkret die Zufuhr des Stromes erfolgt sei ihm nicht Erinnerung. Ob im konkreten Fall die Unterbrecher mittels Fernbedienung bedienbar waren, könne er nicht sagen.

Betreffend des Schlüssels für die Geräte sei die anwesende Kellnerin befragt worden, diese hätte den Schlüssel nicht hergegeben. Eine Durchsuchung sei nicht durchgeführt worden, weil diese gesetzlich nicht gedeckt sei. Zudem sei der Schlüssel nicht offen herumgelegt. Der Zeuge gibt an, dass er konkret nicht nach einem FI-Schalter gesucht hätte. Was er in der Zeit zwischen dem Eintritt in das Lokal und der Bespielung konkret gemacht hätte, sei ihm nicht mehr rememberlich.

Der Zeuge **Rd. Sr**, Finanzpolizei Freistadt, verneinte, dass er eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt oder von anderen Organen beobachtet hätte.

Der Zeuge gab an, als Protokollführer eingeteilt gewesen zu sein. Beginn der Amtshandlung sei um 17:02 Uhr gewesen. Er hätte sich im Bereich des Einganges befunden. Der Einsatzleiter, Herr U., hätte durch Rufen die Glückspielkontrolle, vor verschlossener Tür, angekündigt. Der Einsatzleiter hätte ca 10 - 15 Minuten zugewartet, sodann sei die erste Tür geöffnet worden. Wie konkret dies erfolgt ist, habe er nicht beobachtet. Die zweite Türe sei von innen von der Polizei geöffnet worden. In weiterer Folge habe er das Lokal betreten. Es sei ein sehr schummriges "Dämmerungslicht" gewesen. In weiterer Folge sei der Einsatzleiter zum Sicherungskasten gegangen und hätte den Strom wieder angestellt. Dies sei ca. um 17:22 Uhr gewesen. Was er bis 17:30 Uhr getan habe, sei ihm nicht mehr rememberlich. Eine Durchsuchung hätte er jedenfalls nicht durchgeführt. Um 17:30 Uhr sei er abgelöst worden. In weiterer Folge sei er glaublich von Herrn Gr. Ö. (Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel) abgelöst worden. Er habe im Bus der Finanzpolizei gemeinsam mit dem Teamleiter, Ch. R., Niederschriften aufgenommen. Weitere Wahrnehmungen zu den Vorgängen im Lokal könne er nicht machen, weil er sich - bis auf eine kurze Nachfrage im Lokal - im Bus der Finanzpolizei befunden hätte.

Auf Befragung durch den Vertreters der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus: Was in den 7 Minuten zwischen 17:15 Uhr und 17:22 Uhr konkret passiert sei, sei ihm nicht mehr rememberlich. Über Befragung des Richters gibt der Zeuge an, protokolliert würden nur Ereignisse, die ihm relevant vorkommen. Auf die Frage des Richters, ob es protokolliert wird, wenn etwas durchsucht wird, gibt der Zeuge an: *"Nein. Wenn etwas gewesen wäre, hätte ich es dokumentiert."*

Nach Befragung des Vertreters der Beschwerdeführerin gibt der Zeuge an, dass um 17:22 Uhr der FI-Schalter entdeckt und auch eingeschaltet wurde. Was in der Zeit zwischen 17:22 Uhr und 17:30 Uhr (Androhung der Zwangsöffnung der Geräte) erfolgt sei, könne er nicht mehr angeben.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin will das Protokoll dahingehend ergänzt haben, dass Herr Sr ausgesagt hätte, der Sicherungskasten sei als solcher erkennbar gewesen und dann der FI-Schalter eingeschaltet worden ist.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin legt vor: ein Schreiben der LPD OÖ vom 23.5.2016, GZ: VStV 275837/2016, welches in Ablichtung zum Akt genommen wird.



Herr Sr liest nach Vorhalt des Protokolls über die Glücksspielkontrolle vor:

*"17:22 Uhr versteckter FI-Schalter vom Einsatzleiter eingeschaltet."*

Verwiesen wird seitens der Vertreterin der belangten Behörde auf folgendes Foto der Kamara 2 welches zur Niederschrift genommen wurde:



Glaublich sei der Kasten nicht versperrt gewesen und konnte einfach geöffnet werden.

Zur Frage des Richters, was die Formulierung bedeute: *"17:30 Uhr Geräte werden nicht geöffnet, Anordnung von Einsatzleiter."*, antwortete der Zeuge, das dürfte der Einsatzleiter so diktiert haben.

Bei der Öffnung der Geräte sei der Zeuge nicht mehr anwesend gewesen. Bei der Androhung der Öffnung der Geräte sei der Zeuge nicht dabei gewesen. Im Protokoll stehe nicht, dass um 17:30 Uhr die Androhung der Zwangsöffnung der Geräte durch den Einsatzleiter erfolgt sei.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin hält dem Zeugen den in der Anzeige an die LPD vom 22.2.2016 übermittelten Sachverhalt vor, wonach um 17:30 Uhr die Androhung der Zwangsöffnung der Geräte durch den Einsatzleiter erfolgt sei.

Zeuge: Dazu kann ich nichts angeben.

Vertreterin der belangten Behörde gibt an: Laut Protokoll sei um 17:15 Uhr die Androhung der Zwangsbespielung durch den Einsatzleiter erfolgt. 17:13 Uhr Androhung der Bespielung im Lokal = Ka. Ly (SV.Nr. xxxx).

Auf Befragung durch den Vertreter der Bf., wie der Zeuge zur SV.Nr. gekommen sei, gab er an, diese dürfte im Nachhinein hinzugefügt worden sein bzw. habe er dazu keine Erinnerung mehr.

Auf Vorhalt des Vertreters der Beschwerdeführerin wonach sich die Frau Ly bei der Befragung um 18:30 Uhr mit Studentenausweis der Uni Graz und dem Aktivpass des Magistrats Linz ausgewiesen hätte und in der Niederschrift keine SV.Nr. angeführt wurde, gibt der Zeuge an es sei ihm nicht mehr erinnerlich, wie er zur SV.Nr. gekommen ist.

Auf Befragung des Richters gibt der Zeuge an, dass im Bus der Finanzpolizei Abfragemöglichkeiten bestünden. Dabei könne auch eine Hauptverbandsabfrage gemacht werden. Ob eine Abfrage durchgeführt wurde, könne er nicht mehr angeben.

Die Vertreterin der belangten Behörde gibt an, dass im Vorfeld von Kontrollen Dienstgeberabfragen durchgeführt werden. Dies diene zur Feststellung der dort angemeldeten Arbeitnehmer.

Der Zeuge **Kl. Zg.**, Inhaber eines Schlüsseldienstes und einer Schlosserei, gab an, er hätte sich mit Bediensteten der Finanzpolizei in der D-Straße getroffen. Er sei dann mit den Finanzpolizisten und den Polizisten zu dem Einsatzort gefahren. Ein aufhebeln der Türe hätte er nicht beobachtet. Die Polizei sei vorgefahren, es sei alles relativ schnell gegangen, er hätte nachgefragt ob seine Dienste benötigt würden, daraufhin hätte er die Antwort bekommen, dass er kurz warten solle, weil der Zugang von hinten versucht werde. Ob in weiterer Folge die Türe mittels dem vorliegenden Entry Tool geöffnet wurde könne er nicht sagen, schließe er aber mit großer Wahrscheinlichkeit aus. Wäre ein derartiges Gerät zum Einsatz gekommen, wäre die Tür so kaputt, dass sie nicht mehr versperrbar wäre. Ob die Türe nach dem Einsatz versperrbar war oder nicht hätte er nicht beobachtet. Die Türe sei auf und zu gegangen. Schäden an der Türe hätte er nicht beobachtet, ihm sei nichts aufgefallen.

Sollte die Türe nicht versperrt sein, tauche er die Schlossfalle zurück und sollte sie versperrt sein müsse man in 90 % der Fälle den Zylinder aufbohren.

Über Befragung des Vertreters der Beschwerdeführerin gibt der Zeuge an, dass im Falle einer unverschlossenen Tür in 99 % der Fälle kein Schaden bei Öffnung durch den Schlüsseldienst entstehe.

Auf Befragen des Richters ob durch Organe der Finanzpolizei oder des FA GVG eine Durchsuchung durch öffnen von Laden, Kästen erfolgt sei, gab der Zeuge an, hätte er nichts wahrgenommen.

Zur Beteiligung an Amtshandlungen im Zuge der oben angeführten Glückspielkontrolle gab der Zeuge an, im ersten Raum seien mehrere Automaten gestanden, wo er nicht tätig wurde. In weiterer Folge sei er durch eine von innen geöffnete Tür in den zweiten Raum eingetreten. Im zweiten Raum hätten sich Automaten befunden. Wie der Zeuge den Raum betreten hätte, seien die Automaten noch beleuchtet gewesen, dann sei der Strom abgeschaltet worden. In weiterer Folge sei mit der Mitarbeiterin verhandelt worden, die Stromzufuhr wieder anzustellen. In weiterer Folge sei nach einer Stromzufuhr gesucht worden, dazu sei von einschreitenden Organen geschaut worden, ob ein Stromschalter sich irgendwo befunden hätte. In weiterer Folge sei die Mitarbeiterin immer wieder "traktiert" worden, die Automaten wieder einzuschalten. Der Zeuge hätte festgestellt, dass sich die Mitarbeiterin nach seiner Ansicht unkooperativ verhalten hat. Genaue Wahrnehmungen zur Befragung der Mitarbeiterin könne er nicht machen, weil er den Raum verlassen hätte, um Werkzeug zu holen. In weiterer Folge hätte er die Schlösser von den Hintertüren (*Anmerkung: der Automaten*) mittels Aufbohren geöffnet. Teilweise hätten sich darin Schlüssel befunden, mit denen die Seitentüren (*Anmerkung: der Automaten*) aufsperrbar waren. Darauf sei bei jedem einzelnen Automaten der Stromkontakt wieder hergestellt worden, dies sei mittels Zusammenschluss eines Unterbrechers zusammengeführt. In weiterer Folge hätte er nach Öffnung der Automaten den Einsatzort verlassen. Einen genauen Zeitpunkt könne er nicht sagen.

Auf Befragung durch den Vertreter der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus, wer konkret den Auftrag zum Aufbohren der Automaten gegeben hätte, könne er nicht mehr sagen. Glaublich sei das jemand von der Finanzpolizei gewesen. Der Auftrag hätte gelautet, er solle im Rahmen einer Glückspielkontrolle sich zur Öffnung vor Ort bereit halten.

Bei dem (*dem Gericht vorgelegten*) Entry Tool handle es sich um einen "Goaßfuß". Die Verwendung dieses Werkzeuges sei nicht das gelindeste Mittel, um eine unversperrte Tür zu öffnen. So ein Gerät hätte er selbst nicht und würde es auch nicht benutzen, dass sei für die Feuerwehr wenn jemand schnell hinein müsse. So breche man Türen auf. Beim Einsatz dieses Gerätes sei die Tür kaputt.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin legt vier Fotos vor, worauf er auf ein Foto besonders mit Kreuz hinweist. Diese Fotos seien dem Vertreter von der Beschwerdeführerin übermittelt worden, wann dieses Foto aufgenommen wurde, könne er nicht angeben. Er hält das Foto dem Zeugen vor. Auf den vorgelegten Fotos könne der Zeuge nicht erkennen, dass die Türe mit dem Entry Tool geöffnet wurde bzw. seien keine typischen Schäden erkennbar. Zu 100 % könne er es nicht sagen, jedoch mit sehr großer Wahrscheinlichkeit.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin legt ein weiteres Foto vor, welches von der Beschwerdeführerin übermittelt wurde, jedoch kein Aufnahmedatum bekannt sei. Dieses hält er dem Zeugen vor. Dabei handle es sich, nach Aussage des Zeugen, um eine einfache Tür. Ob dies die geöffnete Tür sei, könne er nicht sagen.

Der Zeuge vermutet aufgrund der vorgelegten Fotos, dass es sich um verschiedene Türen handelt.

Folgende Fotos wurden zum Akt genommen:



*(vom Vertreter der Bf. gekennzeichnetes Foto)*







Auf dem Vorhalt des Vertreters der Bf., warum nicht mit dem Schlüssel aufgesperrt worden wäre und nicht danach gesucht worden wäre, gibt der Zeuge an, die Mitarbeiterin sei befragt worden. Ob nach Schlüsseln gesucht worden ist, könne er nicht sagen. Auch sei die Mitarbeiterin mehrmals gefragt worden, den Strom bei den Automaten wieder einzuschalten. In weiterer Folge sei er mit der Öffnung der Automaten beauftragt worden. Mit einem Schlüssel hätte man die Automaten nicht aufbrechen müssen. Ein Schlüssel zum probieren sei dem Zeugen nicht gegeben worden. Es hätte auch niemand versucht die Automaten mittels Schlüssel aufzusperren. Das Aufbohren sei mit Akkugeräten erfolgt. Auch seien Vorhängeschlösser mit einem Bolzenschneider geöffnet worden. Die Automaten seien immer doppelt abgesichert gewesen

Der Zeuge **C. Ar.**, Finanzpolizei Freistadt, verneinte, dass er eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt oder von anderen Organen beobachtet hätte.

Der Zeuge gab an, dass er beim Vordereingang postiert war, er hätte sich hinter dem Einsatzleiter und dem Schlosser befunden. Zur Frage wie der Einsatzleiter hineingekommen ist gibt der Zeuge an: Der Einsatzleiter hätte sich lautstark bemerkbar gemacht, hätte die Glückspielkontrolle angekündigt, den genauen Wortlaut könne er nicht wiedergeben, er hätte den Dienstaussweis hergezeigt und hinaufgezeigt. Der Zeuge gehe davon aus, dass eine Kamera vorhanden gewesen ist. In weiterer Folge sei nicht geöffnet

worden. Die Tür sei von Herrn U. und vom Schlosser Zg. geöffnet worden. Welcher der beiden dies vorgenommen hätte, könne er nicht sagen. Er wäre 3 - 4 Meter entfernt gewesen. Weiters sei eine Treppe dort gewesen.

Der Richter hält dem Zeugen das vorgelegte "Entry Tool "vor. Dass dieses Werkzeug jemand mitgehabt hätte, könne er bestätigen. Wer dieses Werkzeug konkret mitgehabt hätte, könne er nicht sagen. Ob dieses benutzt worden wäre, könne er nicht sagen. Wie die Türe konkret geöffnet wurde wisse der Zeuge nicht mehr. Als er durch die Türe gegangen sei, wäre er in einem Raum gestanden in dem sich rechts eine Türe befunden hätte, die wieder verschlossen war. Diese Tür sei von innen geöffnet worden. Wer die Tür geöffnet hätte, könne er nicht sagen. In weiterer Folge sei er beim Dokumentationsteam tätig gewesen. Er hätte die Nummerierung der Geräte vorzunehmen gehabt. In weiterer Folge seien die Geräte mit Nummern versehen worden. In weiterer Folge sei versucht worden die Geräte Probe zu bespielen. Die Stromzufuhr zu den Geräten sei jedoch unterbrochen gewesen. Die Gerätebespielung sei mittels probieren des Startknopfes erfolgt. In weiterer Folge hätte der Einsatzleiter U. die Stromzufuhr wieder hergestellt. Im Raum hätte sich hinten ein Sicherungskasten befunden. Der Einsatzleiter hätte offensichtlich den FI-Schalter betätigt. Was er genau gemacht hat, könne er nicht sagen. In weiterer Folge hätten der Einsatzleiter und der Schlosser die Glückspielgeräte aufgebohrt und offenbar eine Überbrückung betätigt. Was genau erfolgt ist, könne er nicht sagen. Anschließend seien die Geräte bespielt worden. Er hätte mit Herrn Wl. die Geräte bespielt. Herr Wl. hätte das GSp 26 dokumentiert und er hätte fotografiert bzw. die Geräte bespielt. Er hätte die Fotos mit der Kamera 2 erstellt. Wie viele Fotos er genau gemacht habe, könne er nicht sagen. Es würden keine Fotos gelöscht. Zugleich hätte er die Automaten bespielt. Die Bespielung hätte bis ca. 19:00 Uhr gedauert. In weiterer Folge hätte er nach Ausspruch der Beschlagnahme durch den Einsatzleiter die Geräte versiegelt. Auf jede mögliche Öffnung werde eine Versiegelungsplakette angebracht. In weiterer Folge sei der Einsatz beendet worden.

Auf Befragung durch den Vertreter der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus, es sei nicht versucht worden, die Geräte mit einem Schlüssel zu öffnen, bevor diese aufgebohrt wurden. Ob ein Schlüssel vorhanden war, könne er nicht sagen. Er hätte keinen Schlüssel gesucht, seine Aufgabe sei die Dokumentation gewesen. Er hätte auch nicht beobachtet, dass nach einem Schlüssel gesucht worden ist. Es seien die verschiedenen Knöpfe auf den Glückspielgeräten versucht worden. Wer die Kameras abgeklebt hat, könne er nicht mehr sagen.

Der Einsatzleiter U. hätte 2 - 3 mal lautstark die Kontrolle angekündigt. Wer die Türe aufgemacht hat, könne er nicht mehr sagen.

Der Zeuge Ö. wurde telefonisch ersucht, zur Befragung zu erscheinen, da eine Ladung nicht erfolgt ist, weil die belangte Behörde nicht angegeben hat, dass er am Einsatz beteiligt war. Der Zeuge **Gr. Ö.**, Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern, verneinte, dass er eine systematische Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung von Kästen,

Laden und Ablichtung deren Inhaltes durchgeführt oder von anderen Organen beobachtet hätte.

Der Zeuge gab an, dass er am Hinterausgang postiert war. Einsatzbeginn sei gewesen, wie sich die Türe von innen geöffnet hätte. Einige Personen hätten das Lokal verlassen wollen. Organe der Bundespolizei hätten die Personen aufgefordert vor Ort zu bleiben und in Lokal zurück zu gehen. In weiterer Folge sei er ihnen durch den Abstellraum gefolgt und dann hätten sie sich im Lokal befunden. Zu diesem Zeitpunkt hätte ein Polizist den Schlüsselbund der Kellnerin gehabt, wie er zu diesem gekommen ist, könne er nicht sagen. Dieser sei dann Frau Mk. übergeben worden. Was sie mit diesem Schlüsselbunde getan hätte, wisse er nicht. Es sei eine weibliche Person (Kellnerin) und mehrere männliche Personen seien im Lokal gewesen. Diese Personen hätten das Lokal durch die Hintertür verlassen wollen. Ein konkretes Aufgabengebiet sei dem Zeugen nicht zugeteilt worden. Er sei eingesprungen, falls notwendig. Daraufhin hätte er gewartet und mit Spielern gesprochen. Ein Spieler hätte ihm zu verstehen gegeben, dass die Kellnerin den Strom hier ausgesteckt hätte. Dies sei die Stromzufuhr zu den PC-Terminals gewesen. Es sei in weiterer Folge die Stromzufuhr durch Einstecken erfolgt und die PC-Terminals seien wieder hochgefahren und spielbereit gewesen. In weiterer Folge hätte ich mich mit Dr. Hr. *(Anmerkung: Vertreter der Bf. in der mündlichen Verhandlung)* unterhalten und sich bei der Versiegelung der Geräte beteiligt.

Der Richter hält dem Zeugen das Protokoll über die Glücksspielkontrolle vor und befragt diesen ob er dieses angefertigt hätte. Der Zeuge gibt an, dass er dieses Protokoll nicht angefertigt hätte. Dieses Protokoll sei unter anderem von Herrn X. erstellt worden.

Auf Befragung durch den Vertreters der Beschwerdeführerin führte der Zeuge aus, dass das Protokoll glaublich jemand von der Finanzpolizei geführt hätte. Nach der Handschrift hätte das Protokoll Herr X. weitergeführt. Wo genau der Wechsel erfolgt sei, könne er nicht sagen, er schätze ab 17:48 Uhr. Ob es üblich sei den Protokollführer zu wechseln, könne der Zeuge nicht sagen, da er üblicherweise nur bei der Bespielung anwesend sei. Wie viele Fotografen im Einsatz waren, könne er nicht sagen. Wie der Einsatzleiter in das Lokal gekommen ist, könne er nicht sagen, weil er beim Hintereingang war. Wie der Strom eingeschaltet wurde, könne er nicht sagen. Ob Observationen stattgefunden haben, dazu hätte er keine Wahrnehmung. Wie die Automaten bespielbar gemacht wurden, dazu hätte er keine Wahrnehmungen.

Keine weiteren Fragen.

Auf Befragung durch den Vertreter der belangten Behörde führte der Zeuge aus:

Keine weiteren Fragen.

Der Zeuge X. wurde telefonisch ersucht, zur Befragung zu erscheinen, da eine Ladung nicht erfolgt ist, weil die belangte Behörde nicht angegeben hat, dass er am Einsatz beteiligt war. Der Zeuge **Kd. X.**, Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern, erschien.



Der Vertreter der Beschwerdeführerin führte vor der Befragung an, dass den Zeugen Herr Fh. (*Anmerkung: vor dem Verhandlungssaal*) informiert hätte, um was es hier gehe. Dazu führte der Zeuge aus, dass Herr Fh. ihn informiert hätte, dass es um den Einsatz vom 4.12.2015 gehe, dass gerade Verhandlungspause sei und es gleich weiter gehen würde.

Der Richter legt dem Zeugen das Protokoll über die Glücksspielkontrolle vor. Dazu führte der Zeuge aus, es schaue so aus, dass dieses Protokoll ab einer gewissen Phase, ab 17:50 Uhr von ihm verfasst worden sei.

Auf Befragung durch den Vertreters der Beschwerdeführerin zitierte der Zeuge aus dem (handschriftlich) verfassten Protokoll:

*"Kollegin Mk. gibt an, dass als sie das Lokal betreten hat ihr der Schlüssel sofort von einem Polizisten übergeben wurde. 20:32 Uhr Schlüssel wurde von EL und RA probiert. Er passt. Danach wurde der Schlüssel von RA wortlos eingezogen."*

Mir wurde dies angesagt, und ich habe dies protokolliert.

Zur Frage, was er vor der Protokollführung gemacht hätte: *"Nix"* Es sei eine schleppende Geschichte bis die Amtshandlung anläuft.

Auf Befragung durch den Vertreter der belangten Behörde zitierte der Zeuge aus dem Protokoll vor:

*"20:27 EL nimmt den am Schreibtisch liegenden Schlüssel zu dem RA Schmid angibt, dass dieser dem Personal bzw. der Briefftasche der hier beschäftigten Dame abgenommen ist und einer Verwertung nicht zugänglich ist. Er wurde bereits beim Haupteingang probiert. Er hat nicht gepasst. Eine weitere Verwendung wäre nach Aussage des RA rechtswiedrig. EL nimmt das zur Kenntnis und probiert den Schlüssel an der Hintertür."*

Über Ersuchen der Behördenvertreterin liest der Zeuge aus dem Protokoll vor:

*"Nach 18:20 der RA behauptet, dass Herr Rr. (Pol) der Wettkellnerin die Schlüssel entwendet hat."*

Der Vertreter der Beschwerdeführerin verzichtet auf die weitere Vernehmung der Zeugen U., R., Wl. und Mk.. Die Behördenvertreterin schließt sich dem an.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin bringt vor:

*"1. Zum Betreten des verschlossenen Lokales durch Aufbrechen einer verschlossenen Türe: Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass die Kellnerin aufgrund der Klopffzeichen der Hintertüre diese geöffnet hat und den Organen somit Eintritt gewährt hat, nachdem die anwesenden Gäste und die Kellnerin wieder in das Lokal zurück gehen mussten hat die Polizei sodann von innen die Zwischentüre zum Vorraum geöffnet wo sich der Einsatzleiter befunden hat. Aufgrund der Zeugenaussagen, dass nach dem gewaltsamen Aufbrechen der Vordertüre der Einsatzleiter unmittelbar zur Zwischentüre weitergegangen ist, ergibt sich, dass das Aufbrechen der Vordertüre offensichtlich zu einem Zeitpunkt stattgefunden hat, wo die Organe sich bereits durch den hinteren Zugang Zutritt zum Lokal verschafft haben. Die Anwendung der unmittelbaren*

*Zwangsgewalt war daher nicht notwendig selbst wenn das geschätzte Gericht zu anderen Feststellungen kommen sollte, so ist das Aufbrechen der Vordertüre mit dem Entry Tool unverhältnismäßig zumal aufgrund der Aussage des Zeugen Zg. dies beschädigungsfrei möglich gewesen wäre.*

*2. Zum Abkleben von den Überwachungskameras wird bemerkt, dass es kein Geheimnis sei wie die Testspielung durchgeführt werde. Die belangte Behörde kann sich daher nicht auf die vorliegende VwGH Judikatur berufen.*

*zu 4. Zum Aufbrechen von 18 Automaten: Aufgrund des vorliegenden Protokolls und der Zeugenaussage insbesondere von Herrn Ar. hat sich ergeben, dass zwar ein Schlüsselbund vor Ort gewesen sei man diesen aber nicht probiert hat ob dieser bei den Automaten passen würde.*

*5. Zur behaupteten Hausdurchsuchung und dem Öffnen des Sicherungskastens: Es ergibt sich aus dem durch die belangte Behörde vorgelegten Protokoll bzw. aufgrund der Anzeige vom 22.2.2016, dass die belangte Behörde offensichtlich zumindest im Zeitraum 17:15 Uhr bis 17:22 Uhr das Lokal durchsucht hat, um einen Sicherungskasten bzw. den FI-Schalter zu finden, dass dies nicht eine rein oberflächliche Begutachtung des Lokals war, ergibt sich aus dem handschriftlichen Protokoll wo der Zeuge Sr angibt "17:22 Uhr versteckter FI-Schalter von EL eingeschaltet." Von dem abgesehen, ergibt sich von dem zum Akt genommenen Bild, dass der Sicherungskasten von außen als solcher nicht erkennbar ist. Die Zeugen konnten allesamt nicht angeben was in der Zeit zwischen 17:15 und 17:22 Uhr geschehen sei. Aus der Anzeige vom 22.2.2016 geht jedoch sodann deutlich hervor, dass um 17:22 Uhr der FI-Schalter entdeckt wurde. Nach Ansicht des Vertreter der Beschwerdeführerin hat die belangte Behörde offensichtlich intensiv die Lokalitäten systematisch durchsucht.*

*Der Vertreter der Beschwerdeführerin verweist auf den schriftlichen Antrag."*

Die Vertreterin der belangten Behörde verweist auf die Gegenschrift und die Stellungnahme führte ergänzend aus, dass die Ausübung der Zwangsgewalt notwendig war und gesetzesentsprechend durchgeführt wurde. Dass die Hintertüre durch die Kellnerin geöffnet wurde, sei lediglich dem Zufall zuzuschreiben. Sie hätte mit den Gästen das Lokal verlassen wollen, keineswegs die Kontrollorgane hineinlassen. Die Bespielung der Geräte sei die Intention der Kontrollorgane gewesen. Trotz Aufforderung an die Kellnerin, die Stromzufuhr wieder herzustellen bzw. die Schlüssel für die Geräte herauszugeben, sei sie dieser Aufforderung nicht nachgekommen. Eine Bespielung der Geräte sei deshalb nur mittels Öffnen der Geräte und Wiederherstellung der Überbrückung möglich gewesen. Bezogen auf die Hausdurchsuchung, insbesondere im Zeitraum 17:15 bis 17:22 Uhr werde angemerkt, dass das Protokoll allein keinen Beweis für eine Durchsuchung liefere. Die Zeitspanne ergäbe sich vielmehr aus der mehrminütigen Diskussion des Einsatzleiters mit der Kellnerin, wie aus dem Protokoll ersichtlich ist (Androhung der Zwangsbespielung durch den Einsatzleiter). Es liegt somit

insgesamt keine widerrechtliche Zwangsgewalt vor und werde somit beantragt, dass die Maßnahmenbeschwerde abgewiesen wird.

Die mündliche Verhandlung wurde bis 5.4.2017, 10:00 Uhr vertagt. Die Parteienvertreter verzichteten auf eine förmliche Ladung. Grund der Vertagung war die Absicht des Richters, bis zu diesem Verhandlungstermin die Zeugenaussagen samt den vorgelegten Beweisen nochmals zu sichten und zum angeführten Termin das Erkenntnis zu verkünden.

Folgende Beilagen wurden zur Niederschrift genommen:

1 Schreiben der LPD OÖ. vom 23.5.2016

2 durch Bf. vorgelegte Fotos (Eingangstüre)

3 durch Bf vorgelegtes Fotos (Eingangstüre)

4 durch Bf vorgelegtes Foto (Eingangstüre)

6 durch bel. Beh. vorgelegte Foto (Spiel-PC-Terminal)

7 durch bel. Behörde vorgelegtes Foto (Übersicht Automatenraum mit Sicherungskasten)

Den Parteienvertretern wurde die Niederschrift zur Bestätigung vorgelegt und jeweils eine Ausfertigung ausgehändigt.

#### **1.2.5.7. Mündliche Verhandlung am 5.4.2017**

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 5.4.2017 erstatteten die Parteien kein weiteres Vorbringen und verwiesen auf bisher gestellten Anträge.

Der Richter verkündete das Erkenntnis und begründete kurz den Spruch.

## **2. Rechtslage**

Artikel 130 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl. Nr. 1/1930 (WV) idF BGBl. I Nr. 102/2014 lautet: „*Die Verwaltungsgerichte erkennen über Beschwerden*

*1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit;*

*2. gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit;*

*3. wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde;*

*4. gegen Weisungen gemäß Art. 81a Abs. 4.“*

Art. 131 Abs. 3 B-VG lautet: „*Das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen erkennt 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.“*

§ 9 Abs. 3 und 4 des Bundesgesetzes über den Aufbau und die Zuständigkeitsregelung der Abgabenverwaltung des Bundes – Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010 – (AVOG 2010) idF BGBl. I Nr. 14/2013 lauten:

*„ (3) 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.*

*(4) Dienststellen der besonderen Organisationseinheiten können im gesamten Bundesgebiet eingerichtet werden. Die von Organen der besonderen Organisationseinheiten gesetzten Amtshandlungen sind, sofern keine unmittelbare Beauftragung für den Einzelfall durch eine Abgaben- oder Finanzstraßbehörde erfolgt ist, jener Abgabenbehörde zuzurechnen, in deren Amtsbereich die Dienststelle des Organes eingerichtet ist. “*

§ 12 Abs. 5 AVOG lautet:

*"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 Verwaltungsstraßverfahren zu, wobei sich dieses Finanzamt zur Wahrnehmung der Parteistellung auch durch Organe anderer Abgabenbehörden vertreten lassen kann."*

§ 13 Abs. 1 Z 3 AVOG 2010 lautet:

*„Den Finanzämtern mit allgemeinem Aufgabenkreis obliegen für ihren Amtsbereich*

*3. die Vollziehung der den Abgabenbehörden mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz und dem Glücksspielgesetz zugewiesenen Aufgaben.“*

§ 10b Abs. 2 Z 2 lit. c der Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Durchführung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (AVOG 2010 – DV) idF BGBl. II Nr. 6/2016 lautet:

*„Der Finanzpolizei obliegt im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörden wie diesen die Wahrnehmung*

*2. der den Abgabenbehörden in der Vollziehung*

*c) des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 in der geltenden Fassung“*

§ 3 des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG) idF BGBl. I Nr. 118/2015 lautet:

*„Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).“*

§ 50 GSpG:

*„(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.*

*(5) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung*

und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.

[...]“

§ 1 des Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG) idF BGBl. I Nr. 105/2014 lautet:

*„(1) Dem Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (Bundesfinanzgericht – BFG) obliegen Entscheidungen über Beschwerden gemäß 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 Finanzstrafbehörden des Bundes besorgt werden.*

*(2) Abgabenbehörden des Bundes sind ausschließlich:*

- 1. Bundesministerium für Finanzen,*
- 2. Finanzämter und*
- 3. Zollämter.*

*(3) Zu den sonstigen Angelegenheiten (Abs. 1) gehören*

- 1. Angelegenheiten der Beiträge an öffentliche Fonds oder an Körperschaften des öffentlichen Rechts, die nicht Gebietskörperschaften sind, soweit diese Beiträge durch Abgabenbehörden des Bundes (Abs. 2) zu erheben sind,*
- 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.“*

### **3. Erwägungen**

#### **3.1. Zur behaupteten Unzuständigkeit des Bundesfinanzgerichts**

Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG regelt die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Beschwerden gegen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Zuständig für die Behandlung von Beschwerden können das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesfinanzgericht oder ein Landesverwaltungsgericht sein. Die Abgrenzung der jeweiligen Zuständigkeiten wird in Art. 131 B-VG geregelt. Nach Art. 131 Abs. 3 B-VG erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen 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 der Abgaben- oder Finanzstraßbehörden des Bundes besorgt werden. Für die Frage, welches Verwaltungsgericht (ein Landesverwaltungsgericht oder das Bundesfinanzgericht) zuständig ist, ist ein organisatorisches und nicht ein funktionelles Verständnis des Begriffes Abgabenbehörde maßgeblich.

§ 1 Abs. 1 BFGG normiert dazu, dass dem Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen Entscheidungen über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 bis 3 B-VG [...] in sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheiten, soweit die genannten Angelegenheiten unmittelbar von den Abgaben- oder Finanzstraßbehörden des Bundes besorgt werden, obliegen. Die § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG führt diesbezüglich genauer aus, was unter „sonstigen Angelegenheiten“ zu verstehen ist. Dazu gehören 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 Beiträge (Z 1) betroffen sind.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG wird ausgeführt, dass die neue Ziffer 2 sicherstellen soll, dass für Maßnahmenbeschwerden (gem. Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG) gegen Amtshandlungen von Abgabenbehörden in Angelegenheiten finanzpolizeilicher Befugnisse auch dann das **Bundesfinanzgericht zuständig** ist, wenn die Angelegenheit keine Abgaben, sondern **ordnungspolitische Maßnahmen** (zB nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, Glücksspielgesetz) betreffen. Für solche Maßnahmenbeschwerde gilt nicht die BAO, sondern das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) (vgl. ErlRV 360 BlgNR XXV. GP, 24). Dazu gehören auch die in § 13 Abs. 1 Z 3 AVOG 2010 normierten - den Finanzämtern mit allgemeinem Aufgabenkreis für ihren Amtsbereich zugewiesenen - Aufgaben, wie die Vollziehung des Glücksspielgesetzes. Diese Maßnahmen sind ebenfalls durch § 12 Abs. 2 AVOG (Aufsichts- und Kontrolltätigkeit der Finanzpolizei) erfasst (vgl. VwGH 18.12.2013, 2013/17/0293).

In § 9 Abs. 3 AVOG 2010 ist vorgesehen, dass der Bundesminister für Finanzen mit Verordnung besondere Organisationseinheiten zur Besorgung der Geschäfte der Steuer- und Zollverwaltung einrichten kann. Diese Organisationseinheiten werden bei Erfüllung ihrer Aufgaben als Organe der Abgabenbehörden tätig. Von dieser Ermächtigung macht der Bundesminister für Finanzen in § 10b AVOG 2010-DV Gebrauch, indem er die Finanzpolizei als besondere Organisationseinheit gemäß § 9 Abs. 3 AVOG 2010 mit Dienststellen bei allen Finanzämtern einrichtet. Laut § 10b Abs. 2 Z 2 lit. c AVOG 2010-DV obliegt der Finanzpolizei im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörde wie diesen die Wahrnehmung des Glücksspielgesetzes. § 50 Abs. 3 GSpG normiert, dass zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Organe der öffentlichen Aufsicht (gemäß § 50 Abs. 2 GSpG gehören zu den Organen der öffentlichen Aufsicht jedenfalls die Organe der Abgabenbehörden) auch aus eigenem Antrieb berechtigt sind. § 50 Abs. 4 GSpG legt die diesbezüglichen

Kompetenzen der in Abs. 2 und 3 genannten Organe, welche zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG erforderlich sind fest.

Daraus ergibt sich, dass die Organe der Finanzpolizei als gemäß § 9 Abs. 3 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010-DV eingerichtete Organisationseinheit in Erfüllung der Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG gemäß § 50 Abs. 2 und 3 als Organe der Abgabenbehörde tätig wurden und dieser zurechenbar sind.

Die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch die Finanzpolizei, fand im Rahmen einer Kontrolle im Sinne des Glücksspielgesetzes für ein Finanzamt als belangte Behörde statt. Es liegt damit eine Amtshandlung in einer sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheit gemäß § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG vor, nämlich eine Amtshandlung einer Abgabenbehörde, die eine ordnungspolitische Maßnahme darstellt. Diese aus eigener Macht gesetzten finanzpolizeilichen Zwangsakte zählen damit zur Verwaltung und unterliegen der Kognitionsbefugnis des Bundesfinanzgerichtes.

Die Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichts zur Behandlung der vorliegenden Maßnahmenbeschwerde als „sonstige Maßnahme“ ist gem. § 1 Abs. 3 BFGG gegeben. § 24 Abs. 1 BFGG regelt, dass für Beschwerden nach § 1 Abs. 3 Z 2 BFGG das Verfahren nach dem Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) zur Anwendung kommt.

Die Beschwerde wurde von der Bf. am 12.1.2016 auch beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingebracht. Dieses leitete die Beschwerde gemäß § 17 VwGVG iVm § 6 Abs. 1 AVG unter Begründung seiner Unzuständigkeit an das Bundesfinanzgericht weiter. Es liegt damit keine Kompetenzstreitigkeit innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit iSd § 71 VwGG vor, welche durch den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 1 Z 3 zu entscheiden ist, da sich einerseits das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich für unzuständig erklärte und andererseits vom Bundesfinanzgericht das Verfahren durch Setzung weiterer Verfahrensschritte aufgenommen wurde.

### **3.2. Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde**

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

Ein Verwaltungsakt der Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt liegt dann vor, wenn Verwaltungsorgane im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen individuell bestimmte Adressaten einen Befehl erteilen oder Zwang ausüben und damit unmittelbar - das heißt ohne vorangegangenen Bescheid - in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen. Das ist im Allgemeinen dann der Fall, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (zB VwGH 22.2.2007, 2006/11/0154; 29.9.2009, 2008/18/0687).



Die Abgabenbehörde hat als Lokalbetreiberin und somit als Inhaberin der Glücksspielgeräte die Bf, ermittelt.

Die Bf. ist daher jedenfalls zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

### 3.3. Belangte Behörde

Im gegenständlichen Fall sind Organe der Finanzpolizei im Amtsbereich des Finanzamtes Linz eingeschritten. Das Gericht ging daher davon aus, dass das Finanzamt Linz die belangte Behörde sei. Dazu wurde bereits in der Gegenschrift vorgebracht, im gegenständlichen Fall sei die Finanzpolizei FPT 44 als Organ der Abgabenbehörde (Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr) gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010-DV und in der Folge als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 12 Abs. 5 AVOG iVm § 50 Abs. 2 GSpG am 04.12.2015 aus eigenem Antrieb tätig geworden.

Im Hinblick auf die oben getätigten Ausführungen seien die Handlungen der Finanzpolizei als Organe der öffentlichen Aufsicht bezogen auf die gegenständliche Kontrolle nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes der Abgabenbehörde - dem **Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr** - zuzurechnen, weshalb dieses als belangte Behörde anzusehen sei.

Daher sei davon auszugehen, dass **Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr** als Partei im Verfahren gelte.

Wer die belangte Behörde im Verfahren vertritt, sei den jeweils einschlägigen Organisationsvorschriften zu entnehmen (*Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde, 69). Gemäß § 10b Abs. 2 Z 2 lit c der Durchführungsverordnung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (AVOG 2010 - DV) obliegt der Finanzpolizei im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit für die Finanzämter als Abgabenbehörden wie diesen die Wahrnehmung der den Abgabenbehörden in der Vollziehung des Glücksspielgesetzes übertragenen Aufgaben. Die Finanzpolizei sei somit legitimiert, als Organ der Abgabenbehörde in deren Namen einzuschreiten (vgl. VwGH 27.2.2015, Ra 2014/17/0035).

Die Kontrollbefugnisse nach dem Glücksspielgesetz können von allen Finanzämtern ausgeübt werden und stehen allen Finanzämtern ungeachtet ihres örtlichen Zuständigkeitsbereiches zu (vgl. VwGH 30.6.2015, 2012/17/0270) .

Das Einschreiten der Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr in der Stadt Linz erfolgte daher nicht in Überschreitung ihrer Befugnisse nach dem AVOG 2010. Deren Einschreiten ist dem Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr zuzurechnen.

### 3.4. Zum Antrag auf Akteneinsicht

Die Bf. beantragte im Schriftsatz vom 17.3.2016, dass ihr das Bundesfinanzgericht Akteneinsicht gewähren und die anderen 13 Beilagen zur Stellungnahme übermitteln möge. § 17 Abs 1 AVG gewährt den Parteien des Verfahrens nicht nur ein subjektives Recht darauf, bei der Behörde in den Verwaltungsakt **Einsicht** zu nehmen, sondern auch darauf, sich von den Akten(teilen) an Ort und Stelle **Abschriften selbst anzufertigen** oder auf ihre Kosten **Kopien oder** – seit der Novelle BGBl I 2008/5 ausdrücklich auch – **Ausdrucke erstellen zu lassen** (vgl VwGH 28. 2. 2008, 2007/06/0293 ). Die Bf. hat jedoch keinen Anspruch auf Übermittlung einer Aktenkopie (vgl VwGH 25. 2. 2010, 2009/06/0226 zu § 17 AVG), auf förmliche Mitteilung, dass die Partei zu bestimmten Zeiten Einsicht in den Verwaltungsakt nehmen kann (vgl VwGH 14. 4. 2010, 2007/08/0125 zu § 17 AVG), oder auf Aufforderung zur Akteneinsicht (VwGH 24.11.1993, 90/13/0084) . Im gegenständlichen Fall standen die Akten während der Dauer des gesamten Beschwerdeverfahrens zur Einsichtnahme zur Verfügung. Die Bf. bemühte sich weder um einen Termin zur Akteneinsicht zu erlangen, noch nahm sie diesbezüglich Kontakt mit dem Gericht auf. Erst in der Stellungnahme vom 2.1.2017 wurde moniert, dass die Übermittlung von Aktenteilen durch das Gericht nicht erfolgt sei und daher eine Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung nicht möglich gewesen wäre. Diesem Einwand ist auf Grund der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht näher zu treten. Zudem ist die Akteneinsicht im Zuge der mündlichen Verhandlung ermöglicht worden.

### 3.5. Zum Inhalt der Maßnahmenbeschwerde

Beschwerdegegenstand sind Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt; Prüfungsmaßstab ist die Rechtswidrigkeit. Akte der Behörde sind als solche zu qualifizieren, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls droht. Es muss daher ein Verhalten vorliegen, das als "Zwangsgewalt", zumindest aber als - spezifisch verstanden - Ausübung von "Befehlsgewalt" gedeutet werden kann. Als unverzichtbares Merkmal eines Verwaltungsakts in Form eines Befehls gilt, "dass dem Befehlsadressaten eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird". Liegt ein Befolgungsanspruch aus einer solchen dem Befehlsadressaten bei Nichtbefolgung des Befehls unverzüglich drohenden physischen Sanktion (objektiv) nicht vor, so kommt es darauf an, ob bei objektiver Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen bei Beurteilung des behördlichen Vorgehens in seiner Gesamtheit der Eindruck entstehen musste, dass bei Nichtbefolgung der behördlichen Anordnung mit ihrer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist (VwGH 29.9.2009, 2008/18/0687). Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt können auch vorliegen,

wenn die Maßnahmen für den Betroffenen nicht unmittelbar wahrnehmbar sind, vielmehr kommt es darauf an, ob ein Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen erfolgt. Dies kann auch ohne sein Wissen der Fall sein (VwGH 22.2.2007, 2006/11/0154).

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. Ein nicht zu unterschätzender Faktor ist das Überraschungsmoment und die Unkenntnis der Inhaber der kontrollierten Betriebe vom genauen Kontrollablauf (vgl. VwGH 27.02.2013, 2012/17/0430). Bei einer verwaltungspolizeilichen Maßnahme verlangt der maßgebende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Vorhandensein mehrerer geeigneter potentieller Maßnahmen die Wahl der am wenigsten belastenden Maßnahme (vgl. VwGH 16.3.2012, ). Es darf jeweils nur das gelindeste Mittel, das zum Erfolg führt, angewendet werden.

### **3.6. Zum festgestellten Sachverhalt**

Unstrittig ist, dass die Finanzpolizei am 04.12.2015 ab 17:02 Uhr im Lokal der Bf. eine Glücksspielkontrolle durchgeführt und dabei

- durch das zwangsweise Öffnen einer Tür mit einem Brecheisen das Lokal betreten,
- acht Überwachungskameras abgeklebt,
- Strom entnommen,
- 18 Automaten aufgebrochen,
- und einen Sicherungskasten geöffnet hat.

Behauptet wurde ursprünglich seitens der Bf., dass zwei weitere Türen zwangsweise geöffnet wurden. Diese Behauptung wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung am 3.1.2017 zurückgenommen.

#### **3.6.1. Zum Aufbrechen der Eingangstüre**

Unstrittig ist im gegenständlichen Fall, dass die Eingangstür durch Aufhebeln mit einem Brecheisen zwangsweise geöffnet wurde. Zudem sind die Organe der Finanzpolizei in das Lokal eingedrungen und haben anschließend darin verweilt. Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG sind die in Abs. 2 und 3 genannten Organe 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. Es ist nicht Voraussetzung für eine derartige Betretung von Betriebsstätten

zu Kontrollzwecken, dass schon vor der Betretung feststeht, dass eine Übertretung des Glücksspielgesetzes stattgefunden habe. Sinn und Zweck einer Kontrolle ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG eingehalten werden (VwGH 18.12.2013, 2013/17/0293). Weiters ermächtigt § 50 Abs. 4 GSpG zur Setzung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und normiert gleichzeitig ihre Grenzen. Die Ausübung ist dem Betroffenen anzudrohen und 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.

Zum Betreten des Lokals waren die Organe der belangten Behörde unter Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt berechtigt. Der Zweck der zwangsweisen Öffnung der Tür war die Betretung des Lokals, um eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes durchzuführen, da aufgrund von Beobachtungen ein begründeter Verdacht bestand, dass illegales Glückspiel in den Räumlichkeiten durchgeführt wurde. Vor dem zwangsweise Öffnen der Türe versuchten die Kontrollorgane nach übereinstimmenden Zeugenaussagen durch Klopfen und Betätigen der Türglocke, die Personen im Inneren des Lokals zum Öffnen der Tür zu bewegen und kündigten an, dass es zu einer zwangsweisen Türöffnung kommen würde. Daraufhin erfolgte die Öffnung der Tür durch den Einsatzleiter durch Aufhebeln der Tür mittels Brecheisen und damit die Beendigung der Maßnahme, da eine Betretung des Lokals nun möglich war.

Wie sich aus der Zeugenaussage des beigezogenen Schlossers ergibt, ist die Verwendung des Brecheisens nicht das gelindeste Mittel gewesen, um die unversperrte Tür zu öffnen. Beim Einsatz dieses Gerätes müsse man damit rechnen, dass die Türe kaputt geht.

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 - wenn auch grundsätzlich zu Recht - eingesetzte 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 Maßnahmenbeschwerde<sup>2</sup> (2016), 90f).

Für das Gericht steht daher fest, dass - unabhängig davon ob und welcher Schaden an der Tür entstanden ist - der Einsatz des als "Entry Tool" bezeichneten Brecheisens im konkreten Zeitpunkt unverhältnismäßig war, da ein Schlosser vor Ort war, der die Tür sachgemäß hätte öffnen können. Warum der Schlosser nicht beigezogen wurde, konnte seitens der belangten Behörde nicht plausibel dargestellt werden. Das Aufbrechen einer Türe, ohne zu prüfen, ob eine gewaltfreie oder schonendere Öffnung möglich wäre, stellt eine behördliche Zwangsgewalt dar (vgl. dazu auch VwGH 6.7.1999, 96/01/0061 wonach etwa das Aufbrechen einer Garagentüre und das Eindringen in einen Lkw unter

Beschädigung eines Seitenfensters, ohne zu prüfen, ob eine gewaltfreie Öffnung möglich wäre, nicht mehr als durch den richterlichen Auftrag zur Hausdurchsuchung erfasst angesehen werden und somit sich als der Sicherheitsbehörde zuzurechnende Maßnahme der Befehlsgewalt und Zwangsgewalt darstellt). § 50 Abs. 4 GSpG sieht zwar die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor, doch sind dabei die gelindesten noch zum Ziel führenden Mittel anzudrohen und anzuwenden (vgl. ErlRV 684 BlgNR 25. GP, 33). Die Türöffnung mit einem Brecheisen, obwohl ein Schlosser anwesend ist, stellt somit ein rechtswidriges exzessives Vorgehen dar, das die Befugnis zur Anwendung von Zwangsgewalt nach § 50 Abs. 4 GSpG überschreitet.

### 3.6.2. Zum Abkleben der Videokameras

Die Kontrollorgane verklebten während der Amtshandlung die acht sich im Lokal befindlichen Sicherheitskameras und entfernten diese Abdeckung vor Verlassen des Lokals wieder. Wie im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 27.2.2013, 2012/17/0430, 0435 ist auch hier davon auszugehen, dass die Finanzpolizisten die anwesende Angestellte daran gehindert hätten, das Klebeband zu entfernen.

Ein nicht zu unterschätzender Faktor von unangekündigten glücksspielrechtlichen Kontrollen ist das Überraschungsmoment und die Unkenntnis der Inhaber der kontrollierten Betriebe vom genauen Kontrollablauf. Im oben angeführten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs 2012/17/0430 beurteilte dieser das temporäre Abdecken der Videokamera im Beschwerdefall verhältnismäßig und nicht rechtswidrig, denn *„würde die genaue Vorgehensweise bei glücksspielrechtlichen Kontrollen - ebenso wie bei Kontrollen nach anderen Vorschriften - dem von den Kontrollen betroffenen 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 von der Kontrolle Betroffenen an der Anfertigung der Aufnahmen, welches 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“*.

Im gegenständlichen Fall erfolgte das temporäre Abdecken der acht Videokameras verhältnis- und rechtmäßig. Daran vermag auch nichts ändern, dass die Methode der Testbespielung ohnehin bekannt ist. Gerade die mögliche Beeinflussung von Zeugen und Parteien durch Abspielen auch nur von Teilen der gefilmten Amtshandlung, der Schutz der Persönlichkeitsrechte der anwesenden Organwalter insbesondere durch eine mögliche Verbreitung ihres Bildnisses, berechtigten nach der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die einschreitenden Organe zu dieser Maßnahme.

### **3.6.3. Zum Aufbrechen von Automaten und die Entnahme von Strom**

Die zwangsweise Öffnung der 18 Automaten und die Entnahme von Strom zur Ermöglichung einer Probebespielung durch den Einsatzleiter mithilfe des anwesenden Schlossers (ersichtlich aus dem Protokoll über die Glücksspielkontrolle vom 4.12.2015) stellen einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dar. Wie bereits oben ausgeführt, normiert § 50 Abs. 4 GSpG, dass die Organe zu einer umfassenden Überprüfung und zur Durchführung von Testspielen, wobei Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, dies unter Bereithaltung von Geld und Spieleinsätzen zu ermöglichen haben, befugt sind. Weiters werden die Organe ermächtigt, diese Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Unter die umfassende Überprüfung und Durchführung von Testspielen ist auch die Maßnahme des Öffnens der 18 Automaten zur Testbespielung zu subsumieren und damit gesetzlich gedeckt.

Zur Wahrung der aufsichtsrechtlichen Aufgaben ist es erforderlich, dass Behörden sich zu glücksspielrechtlich relevanten Sachverhalten einen ausreichenden Informationsstand verschaffen können. Im Rahmen der Vollziehung ist zunehmend der Versuch illegaler Glücksspielanbieter wahrzunehmen durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Die im § 50 Abs. 4 GSpG statuierten Duldungs- und Mitwirkungspflichten stellen daher eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar. Die Kontrollorgane sind nicht verpflichtet, Anschlüsse von Glücksspieleinrichtungen an das Stromnetz, Internet u.Ä. selbst vorzunehmen. Der Wortlaut des § 50 Abs. 4 GSpG, wonach den Organen der öffentlichen Aufsicht u.a. umfassende Überprüfungen zu ermöglichen sind, schließt es aus, dass die Kontrollorgane selber die Voraussetzungen für die erforderlichen Überprüfungen zu schaffen haben. Vielmehr wäre der Beschuldigte als Person, die die Glücksspieleinrichtungen bereithielt, dazu verpflichtet gewesen (VwGH 21.08.2014, Ra 2014/17/0004). Eine anwesende Person muss diesen Verpflichtungen stets in geeigneter Art und Weise im Zeitpunkt der Kontrolle nachkommen. Gesetzlich klargelegt wurde auch, dass den Kontrollorganen Testspiele unentgeltlich ermöglicht werden sollen und sich die Verpflichteten nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflichten entziehen können (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1960 BlgNR 24. GP 51 zu § 50 Abs. 4 GSpG).

Die Kontrollorgane forderten die sich im Lokal befindliche Mitarbeiterin mehrfach auf, die Spielbereitschaft der Geräte, welche sie ausgeschaltet, aber betriebswarm vorgefunden haben, betriebsbereit zu schalten, um eine Testbespielung zu ermöglichen. Diese verweigerte dies allerdings. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 20.6.2012, 2012/17/0114 ausgesprochen, dass die in § 50 Abs. 4 GSpG angeführten Mitwirkungspflichten alle Personen treffen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Glücksspielautomaten sorgen. Zu diesem Personenkreis zählt die anwesende Mitarbeiterin unzweifelhaft. Indem sie als Vertretung in der Bar anwesend war und den Strom ausgeschaltet und sich geweigert hat, diesen wieder anzuschalten, hat sie faktisch für deren Verfügbarkeit bzw. auch Nicht-Verfügbarkeit gesorgt. Sie hat damit die Glücksspielgeräte bereitgehalten, hatte der Mitwirkungspflicht nachzukommen und somit durch Einschalten der Stromzufuhr eine Testbespielung zu ermöglichen.

Sinn und Zweck einer Kontrolle ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG eingehalten werden (VwGH 18.12.2013, 2013/17/0293). § 50 Abs. 4 GSpG ermächtigt die Kontrollorgane, diese Überwachungsmaßnahmen, zu denen insbesondere die Durchführung von Testspielen gehört, mit Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Dass kurz vor der Glücksspielkontrolle eine Bespielung funktionierender Automaten möglich war, ist durch die Zeugenaussage des bei der Überprüfung anwesenden Herrn Kv. bestätigt. Nach erfolglosem Auffordern der Mitarbeiterin erfolgte das Öffnen der Geräte durch den Einsatzleiter und den Schlosser (ersichtlich aus dem Protokoll über die Glücksspielkontrolle vom 4.12.2015). Da wiederum dieser als Fachmann zur Öffnung beigezogen wurde und dies unter den vorhandenen geeigneten potentiellen Maßnahmen das gelindeste darstellt, handelten die Kontrollorgane unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Durch das Öffnen konnten die in den Automaten angebrachten „Unterbrecher“ der Stromzufuhr entfernt werden und nach Anschluss an das Stromnetz, war die Testbespielung möglich. Wie oben bereits ausgeführt, fällt die Herstellung einer Stromzufuhr zweifellos unter die Mitwirkungspflicht. Die Nutzung und Zufuhr des Stroms für die Dauer der Testbespielung ist verhältnis- und rechtmäßig erfolgt, weshalb keine rechtswidrige Maßnahme vorliegt.

#### **3.6.4. Zur behaupteten Hausdurchsuchung**

Behauptet wird die Durchführung einer systematischen Durchsuchung der Räumlichkeiten samt Öffnung sämtlicher Kästen, Laden und Ablichtung deren Inhaltes. Die Bf. schließt aus dem Umstand, dass für den Zeitraum von 17:15 Uhr bis 17:22 Uhr keine Aktivitäten der Organe der Finanzpolizei protokolliert worden sind, auf eine intensive und systematische Durchsuchung der Lokalität. Untermauert wird diese Annahme durch den unbestrittenen Umstand, dass der Einsatzleiter einen Sicherungskasten geöffnet und einen "versteckten" FI-Schalter betätigt habe.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (z.B. VfGH 6.6.1980, B444/79 und die dort zitierte Vorjudikatur) ist es für das Wesen der Hausdurchsuchung charakteristisch, dass nach einer Person oder nach einem Gegenstand, von denen es unbekannt ist, wo sie sich befinden, gesucht wird. Im gegenständlichen Fall, kann keine Rede davon sein, dass die amts handelnden Organe die Geschäftsräumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei durchsucht hätten. Die in der Folge (vorläufig) beschlagnahmten Glücksspielautomaten sind ihrem Zweck entsprechend frei aufgestellt gewesen. Eine Durchsuchung der Geschäftsräumlichkeiten der beschwerdeführenden Partei war daher überflüssig. Dies wird auch durch die übereinstimmenden Aussagen der einvernommenen Zeugen bestätigt.

Wenn jedoch die Bf. im Auffinden und der Betätigung FI-Schalters in einem verschlossenen Sicherungskasten als "Durchsuchung" qualifiziert, ist ihr beizupflichten. Nun hat der VfGH schon wiederholt dargelegt, dass durch den Schutz des Hausrechtes "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 soll (VfSlg. 1486/1933, 5182/1965, 9525/1982). Desgleichen hat er mehrmals ausgesprochen, dass "eine systematische Besichtigung wenigstens eines bestimmten Objektes" genügt, um als Hausdurchsuchung gewertet zu werden (VfSlg. 3351/1958, 6528/1971, 8642/1979, 10897/1986, 11895/1988). Ein Kasten ist nun aber jener Teil eines Raumes, für den die entscheidende Voraussetzung - dass darin nämlich Dinge dem Einblick Fremder berechtigter- und gewohnterweise entzogen werden - in ganz besonderem Maße zutrifft. Dass sich eine Durchsuchung in einer Räumlichkeit "bloß" auf einen bestimmten Kasten beschränkt (weil es höchst wahrscheinlich ist, dass der gesuchte Gegenstand sich dort befindet), nimmt ihr daher nicht den Charakter einer Hausdurchsuchung. Daher ist die Öffnung eines Sicherungskastens, in dem sich höchstwahrscheinlich der FI-Schalter zur Ermöglichung der Stromzufuhr der im Raum aufgestellten Geräte befand, als ein rechtswidriger Eingriff in das Hausrecht anzusehen.

Hat aber eine Hausdurchsuchung - wenn auch in einem sehr beschränkten Rahmen - stattgefunden, so steht auch schon ihre Gesetzwidrigkeit fest.

Für die Durchsuchung weiterer Kästen und Laden bzw. der Ablichtung deren Inhaltes ergeben sich nach den übereinstimmenden Zeugenaussagen keine Hinweise.

### **3.7. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG**

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Beschluss vom 10.10.2016, Fr 2016/17/0005 in der gegenständlichen Beschwerdesache ausgeführt:

*"10 Der Maßnahmenbeschwerde der antragstellenden Partei liegt eine Kontrolle gemäß § 50 Abs 4 GSpG zugrunde. Gemäß dieser Bestimmung sind die*



Behörden gemäß § 50 Abs 1 GSpG (die Bezirksverwaltungsbehörden bzw die Landespolizeidirektion) und die in § 50 Abs 2 und 3 GSpG genannten Organe (Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und der Abgabenbehörden) 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 des GSpG erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleimichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs 1, dem Amtssachverständigen 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 dem GSpG 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 Durchführung erforderlichen Eingriff steht. Eine Gefährdung des Lebens oder eine nachhaltige Gefährdung der Gesundheit ist jedenfalls unzulässig.

11 Eine Kontrolle nach § 50 Abs 4 GSpG dient demnach grundsätzlich der Überwachung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und nicht nur ausschließlich der Überwachung der Einhaltung des in § 4 GSpG normierten und sowohl in der gegenständlichen Maßnahmenbeschwerde von der antragstellenden Partei als auch in den dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofes zugrunde liegenden Verfahren in Bezug auf die Bestimmungen der §§ 52 bis 54 GSpG als unionsrechtswidrig monierten Glücksspielmonopols. Sinn und Zweck einer Kontrolle gemäß § 50 Abs 4 GSpG ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG und nicht nur jene das Glücksspielmonopol des Bundes betreffenden Bestimmungen eingehalten werden (vgl VwGH vom 29. Juni 2016, Ra 2016/09/0007).

12 Eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols des Bundes und eine etwa daraus folgende Unanwendbarkeit der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des GSpG, insbesondere der sich darauf beziehenden Strafbestimmungen des § 52 Abs 1 GSpG sowie der §§ 53 und 54 GSpG betreffend die Beschlagnahme und Einziehung von Glücksspielautomaten und sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das

*Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, bewirkt daher nicht zwangsläufig die Rechtswidrigkeit einer Kontrolle gemäß § 50 Abs 4 GSpG und damit verbundener Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Dies gilt selbst für den Fall, dass sich im Zuge einer Kontrolle nach § 50 Abs 4 GSpG der Verdacht eines Verstoßes gegen das Glücksspielmonopol und einer Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs I Z 1, 6 bzw 9 GSpG ergibt und in weiterer Folge Glücksspielautomaten, sonstige Eingriffsgegenstände oder technische Hilfsmittel gemäß § 53 GSpG beschlagnahmt und gemäß § 54 GSpG eingezogen werden. Der Einwand der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols ist in diesem Fall im jeweils der Kontrolle nachfolgenden Beschlagnahme-, Einziehungs— und Strafverfahren zu prüfen."*

Nach den klaren Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im Beschluss vom 10.10.2016, Fr 2016/17/0005 ist der Einwand der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols im gegenständlichen Verfahren nicht zu prüfen. Die dazu eingebrachten Beweisanträge sind daher für das gegenständliche Verfahren unerheblich und somit nicht aufzunehmen.

### **3.8. Zur Anregung auf Gesetzesüberprüfung**

Die Bf. behauptet, dass die Auslegung des VwGH in Bezug auf die Zulässigkeit des Überklebens von Videokameras gegen Art. 6 EMRK und gegen Art. 7 B-VG verstoßen würde und regte dahingehend eine Prüfung des präjudiziellen § 50 Abs. 4 GSpG durch den Verfassungsgerichtshof an.

Im gegenständlichen Fall kam es im Zuge der Amtshandlung zum temporären Abdecken der acht sich im Lokal befindlichen Sicherheitskameras durch die Kontrollorgane. Zu dieser Thematik nimmt der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 27.3.2013, 2012/17/0430 und 2012/17/0435 umfassend Stellung: *„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. Ein nicht zu unterschätzender Faktor ist 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 betroffenen 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 von der Kontrolle Betroffenen an der Anfertigung der Aufnahmen, welches 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“.*

Die Bedenken der Bf. werden in Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht geteilt, zumal dieser auch keinen Anlass für die Anregung eines Normenprüfungsverfahrens sah, obwohl ihn die gleiche Verpflichtung nach Art. 89 Abs. 2 B-VG wie das Bundesfinanzgericht trifft.

Das Betreten des Hauses und die Nachschau in einigen Räumlichkeiten durch Organe der Finanzpolizei erfolgte ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten. Diese Maßnahme stellt eine in Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ergangene Verwaltungsakte dar, die beim Bundesfinanzgericht bekämpfbar sind. Es liegt jedoch keine Verletzung im Hausrecht und keine Verletzung des durch Art 9 StGG bzw. Art 8 MRK verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Achtung der Wohnung vor (vgl. VfGH 25.9.1989, B233/89 uvm.).

Die verfassungsrechtlichen Bedenken der Bf. gegen die Einräumung eines Betretungsrechtes zur Durchführung von Glückspielkontrollen sowie die Einräumung der Befugnis des § 50 Abs. 4 GSpG zur Anwendung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durch die für die Abgabenbehörde einschreitenden Organe der Finanzpolizei werden nicht geteilt.

### **3.9. Zur Zulässigkeit der Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgericht ist die Revision an den Verwaltungsgerichtshof 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 des Verwaltungsgerichtshofes fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im gegenständlichen Fall sind die zu klärenden Rechtsfragen durch die zitierte ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs entschieden, sodass eine Revision nicht zulässig ist.

### **3.10. Kostenentscheidung**

Gemäß § 35 VwGVG hat die im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG) obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterlegene Partei. Gemäß § 35 Abs. 4 Z 3 VwGVG gelten als Aufwendungen die durch Verordnung des Bundeskanzlers festzusetzenden Pauschalbeträge für den Schriftsatz-, den Verhandlungs- und den Vorlageaufwand.

§ 1 der Verordnung über die Pauschalierung der Aufwandsätze im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze (VwG-Aufwandsatzverordnung – VwG-AufwErsV) normiert die Höhe der jeweiligen zu ersetzenden Pauschalbeträge in dessen Z 3 und Z 4. Der Ersatz, welcher vom Bund zu leisten ist, ergibt sich aus dem Ersatz des Schriftsatzaufwands der Bf. als obsiegende Partei in Höhe von 737,60 Euro und dem Ersatz des Verhandlungsaufwandes in Höhe von 922,00 Euro.

Da im gegenständlichen Verfahren keine Beteiligten dem Verfahren beizuziehen waren, sind die geltend gemachten Gebühren nach § 26 VwGVG nicht angefallen. Das diesbezügliche Kostenbegehren war daher abzuweisen.

Linz, am 5. April 2017