

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Richard Tannert in der Beschwerdesache der A-sro , XXX, Slowakei, vertreten durch Mag. Julia Eckhart, Rechtsanwältin, Hofgasse 3, 8010 Graz, wegen behaupteter Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form einer vorläufigen Beschlagnahme eines "E-Kiosk" am 15. November 2015 im "Y", YYY, nach § 53 Abs. 2 Glücksspielgesetz (GSpG) durch Organe der Finanzpolizei als Organe des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf (Anbringen ohne Datum; eingebracht am 24. November 2015 beim Bundesverwaltungsgericht) den Beschluss gefasst:

- I. Das Beschwerdeverfahren wird infolge des Wegfalles eines selbständigen Anfechtungsgegenstandes eingestellt.
- II. Ein Ausspruch eines Kostenersatzes hat zu unterbleiben.
- III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

### Entscheidungsgründe

Mit einem an das Bundesverwaltungsgericht gerichteten Schriftsatz ohne Datum, eingebracht am 24. November 2015, hat die A-sro in ihrer behaupteten Eigenschaft als Eigentümerin des Beschlagnahmegegenstandes eine Maßnahmenbeschwerde folgenden Inhaltes erhoben:

Am 15. November 2015 [an anderer Stelle irrtümlich: 29. Oktober 2015] um 12.30 Uhr sei im "Y" mit der Anschrift YYY, von der Finanzpolizei, Team 10, konkret von den Organwaltern B und C unter anderem ein Gerät mit der Bezeichnung "E-Kiosk" gemäß § 53 Abs. 2 GSpG vorläufig beschlagnahmt und abtransportiert worden.

Bei dem vorläufig beschlagnahmten Gegenstand handle es sich um ein Dienstleistungsgerät mit bestimmten, in einem dem Anbringen beigeschlossenen

Gutachten näher ausgeführten Funktionen und Bildschirmanzeigen, welches im Eigentum der Beschwerdeführerin stehe.

Keinesfalls handle es sich dabei um einen Glücksspielautomaten oder um einen Eingriffsgegenstand in das Glücksspielmonopol, sodass die Beschlagnahme nach § 53 Abs. 2 GSpG eindeutig rechtswidrig und gesetzlich nicht gedeckt gewesen sei.

Woraus die Organwälter, die die Beschlagnahme vorgenommen haben, den gesetzlich erforderlichen Verdacht ableiteten, der "E-Kiosk" könne unter das Glücksspielmonopol des Bundes fallen oder ein Hilfsmittel im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 7 GSpG darstellen, sei völlig unergründlich. Wäre die erfolgte Beschlagnahme rechtskonform, so könnten die Finanzbeamten ebenso gut Getränkeautomaten, Bankautomaten oder Einkaufsterminals, wie sie beispielsweise in Bahnhöfen zum Kauf von Zugtickets oder in Kinos zum Kauf von Kinotickets stehen, beschlagnahmen. Tatsächlich liege der vom Gesetz geforderte Verdacht aber nicht vor, vielmehr stelle die erfolgte Beschlagnahme einen reinen Willkürakt dar.

Eine Subsidiarität der Beschwerde liege nicht vor, weil die vorläufige Beschlagnahme des "E-Kiosk" nicht mit einem glücksspielrechtlichen Tatbestand im Zusammenhang stehe, sich daher nicht auf die Bestimmung des § 53 Abs. 2 GSpG gründen lasse und deshalb die unverzügliche Ausfolgung des Gegenstandes im ordentlichen Verwaltungsweg nicht betrieben werden könne. Um diesbezüglich ein ordentliches Verwaltungsverfahren führen zu können, wäre es Voraussetzung, dass ein Glücksspielautomat oder ein Eingriffsgegenstand aufgrund eines tatsächlichen Verdachtes eines Verstoßes gegen ein oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG vorläufig beschlagnahmt worden wäre, was aber gegenständlich keinesfalls vorliege.

Mit der vorläufigen Beschlagnahme des "E-Kiosk" sei daher gegen das Grundrecht auf Eigentum gemäß Art. 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK verstößen worden.

Die Beschwerdeführerin sei eine in der Slowakei ansässige Firma und berufe sich daher auf die Grundfreiheiten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach den Art. 15, 16 und 17 in Verbindung mit Art. 51 und Art. 56 AEUV der Dienstleistungsfreiheit, welche durch die vorläufige willkürliche Beschlagnahme massiv verletzt sei.

Für den Fall, dass sich die belangte Behörde dennoch auf den Verdacht gemäß § 53 GSpG berufen sollte, werde darauf hingewiesen, dass das Glücksspielmonopol der Republik Österreich unionrechtswidrig sei. Verwiesen werde dazu insbesondere auf den Rechtssatz des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 8. Mai 2014, LVwG-410285/4/Gf/Rt, dem auch ein Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liege, womit ebenfalls verlässlich feststehe, dass die Beschlagnahme selbst unter der fiktiven Annahme eines glücksspielrechtlichen Sachverhaltes jedenfalls rechtswidrig gewesen sei.

Es werde daher nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Kostenersatz begehrt, die in Beschwerde gezogene vorläufige Beschlagnahme, welche für rechtswidrig zu erklären sei, aufzuheben und die Ausfolgung des "E-Kiosk" anzuordnen.

Der Beschwerde ist ein privates "Typengutachten" über die Funktionsweise "des mehrstufigen Dienstleistungsapparates 'E-KIOSK'", gerichtet an die D-sro , gleiche Anschrift wie die Beschwerdeführerin, datiert mit 5. Oktober 2015, des Ing.E, gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Geldspiel- und Glücksspielautomaten, Glücksspiel, Glücksspieleinrichtungen und Zubehör [Briefkopf], beigeschlossen.

In Pkt 4 "GUTACHTEN - SCHLUSSFOLGERUNG" führt Ing.E aus:

"Die Untersuchung und Prüfung am Ort der Befundaufnahme ergab, das es sich beim Apparat Z im Gehäuse der D-sro, Bratislava, mit der Applikation 'E-Kiosk' um einen mehrstufigen Dienstleistungsapparat handelt, bei dem Dienste wie Internet-Verkaufsmöglichkeiten mit integrierten Bargeldbezahlsystem, soziale Netzwerke, Zeitungslesen, eigene E-Mailkontos abfragen, googeln, firmenspezifische Prepaidkarten anlegen, Anzeigen aufgeben, Spenden u.a.m. genutzt werden können.

Beim Banknoteneinsteckschlitz können eine oder mehrere € Banknoten, eingeschoben und gutgeschrieben werden oder Wertbons geladen bzw. als Zahlungsmittel genutzt werden.

Der gegenständliche Dienstleistungsapparat Z mit 'E-Kiosk' verfügt über keine Geschicklichkeits- oder Gewinnspiele, keine Spiele die eine verrohende Wirkung ausüben, die Verletzung oder Tötung von Menschen oder kriegerische Handlungen darstellen, keine Spiele mit denen um vermögenswerte Gewinne oder Verluste gespielt wird, keine Wettabgaben- oder Wettmöglichkeiten, kein Musikautomat, sondern ist lediglich auf kommerzielle Dienste für gebührenpflichtige Leistungen oder kostenlose Nutzung diverser Webanwendungen konzipiert."

Die zitierte Gesetzesbestimmung in ihrer am 15. November 2015 geltenden Fassung lautet:

#### *"Beschlagnahmen*

§ 53. [GSpG BGBI 1989/620 idFd BGBI I 2010/111] (1) *Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen Hilfsmittel anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn*

*1. der Verdacht besteht, dass*

- a) mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, oder*
- b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder*

2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß Z 1 lit. a gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstößen wird oder

3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstößen wird.

(2) Die Organe der öffentlichen Aufsicht können die in Abs. 1 genannten Gegenstände auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um unverzüglich sicherzustellen, daß die Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. Sie haben darüber außer im Falle des § 52 Abs. 1 Z 7 dem Betroffenen sofort eine Bescheinigung auszustellen oder, wenn ein solcher am Aufstellungsort nicht anwesend ist, dort zu hinterlassen und der Behörde die Anzeige zu erstatten. In der Bescheinigung sind der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter und der Inhaber aufzufordern, sich binnen vier Wochen bei der Behörde zu melden; außerdem ist auf die Möglichkeit einer selbständigen Beschlagnahme (Abs. 3) hinzuweisen. Tritt bei dieser Amtshandlung der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter oder der Inhaber auf, so sind ihm die Gründe der Beschlagnahme bekanntzugeben.

(3) [...]

(4) Die beschlagnahmten Gegenstände sind amtlich zu verwahren. Bereitet die amtliche Verwahrung Schwierigkeiten, so sind die Gegenstände einer dritten Person in Verwahrung zu geben; sie können aber auch dem bisherigen Inhaber belassen werden, wenn hierdurch der Zweck der Beschlagnahme nicht gefährdet wird. In solchen Fällen ist ein Verbot zu erlassen, über die Gegenstände zu verfügen, wobei hinsichtlich der Benutzung, Pflege und Wertsicherung der Gegenstände die erforderlichen Bedingungen und Auflagen festzulegen sind. Die Gegenstände können auch durch amtliche Verschlüsse gesichert werden."

In dem von der Finanzpolizei des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf (Team 10) am 15. November 2015 erstellten Protokoll betreffend eine Bescheinigung über eine vorläufige Beschlagnahme gemäß § 53 Abs. 2 GSpG ist wie folgt ausgeführt:

"Datum: 15.11.2015 Beginn der Amtshandlung: 12:30 Uhr

Ort der Amtshandlung: YYY

Leiterin/Leiter der Amtshandlung: B

Weitere amtliche Organe und sonstige Anwesende: C

aufgenommen mit

Name: F

Geburtsdatum: fxxx

Staatsbürgerschaft: AT

Wohnanschrift: FXXX

## 1.) Gerätedaten

Obgenanntem(r) wird mitgeteilt, dass folgende Gegenstände gemäß § 53 Abs. 2 GSpG vorläufig beschlagnahmt wurden:

Finanzamt Geräte- nummer	Gehäuse- bezeichnung	Serien- nummer	Typen- bezeichnung	Versiegelungs- plaketten-Nr.
1	qqqq	SN1	Internetterminator	M1
2	qqqq	SN2	Internetterminator	M2
3	qqqq	SN3	Internetterminator	M3
4	qqqq	SN4	Internetterminator	M4
5	qqqx	SN5	EKiosk	V5

Die Beschlagnahme war vorzunehmen, um sicher zu stellen, dass mit den genannten Gegenständen - nicht fortgesetzt oder wiederholt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

Die Beschlagnahme erfolgte gem. § 53 Abs. 2 GSpG im Wege einer selbständigen Beschlagnahme durch die Organe der Abgabenbehörde als Organe der öffentlichen Aufsicht.

## 2.) Zuständige Behörde

Obgenanntem(r) wird mitgeteilt, dass die unter Z 1 bezeichneten beschlagnahmten Gegenstände in Verwahrung der Bezirksverwaltungsbehörde LPD Wien, Wasagasse, übernommen werden.

Obgenanntem(r) wird mitgeteilt, dass über die unter Z 1 bezeichneten beschlagnahmten Gegenstände ein Verfügungsverbot erlassen wurde und diese unter Anbringung von amtlichen Siegeln vor Ort verbleiben. Auf die besondere Strafbestimmung des Verstrickungsbruches gem. § 271 StGB (Zerstörung oder Entziehung von behördlich in Beschlag genommenen Gegenständen) sowie auf die Strafbestimmung bei Siegelbruch gem. § 272 StGB (Entfernung oder Beschädigung von amtlichen Siegeln) wird ausdrücklich hingewiesen.

Der Eigentümer der Geräte, der Veranstalter und der Inhaber werden hiermit aufgefordert, sich binnen vier Wochen bei der zuständigen Behörde, der Bezirksverwaltungsbehörde LPD Wien, zu melden. Erfolgt die Meldung durch Eigentümer, Veranstalter und Inhaber nicht binnen dieser Frist oder sind die genannten Personen zwar bekannt, aber unbekannten Aufenthaltes, so kann die Behörde die Beschlagnahme selbständig durchführen.

## 3.) Aussage der Auskunftsperson siehe Niederschrift

Die unterfertigte Auskunftsperson bestätigt, dass ihr

- eine Ausfertigung dieser Bescheinigung ausgefolgt wurde,
- sie den Inhalt dieser Bescheinigung gelesen hat,
- für allfällige weitere von der Amtshandlung Betroffene (Veranstalter, Eigentümer) jeweils eine Ausfertigung hinterlassen wurde.

[...]

{Unterschriften}" (Kopie Niederschrift)

Zu dem behördlichen Einschreiten vom 15. November 2015 hat der Finanzbeamte B einen Aktenvermerk folgenden Inhaltes angelegt:

"Aktenvermerk 16.11.2015

Während der am 15.11.2015 im Lokal XY der G-kft in YYY durchgeführten Kontrolle wurde dienstlich wahrgenommen, dass an den in Folge mit den Nummern FA KNr.1 bis FA-KNr.4 versehenen Geräten Testspiele durchgeführt werden konnten, bei denen für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Die ermöglichten Spiele (virtuelle Walzenspiele) konnten an jedem Gerät durch Betätigung virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen, bzw. ausgelöst werden. Nach Eingabe von Geld in Form von mit Spieleinsatzbeträgen dotierten QQQ, welche nach Eingabe eines Codes die Darstellung des Spielguthabens am Bildschirm bewirkten, Auswahl eines Einsatzbetrages mittels Tastenbetätigung und Auslösung des Spieles wurden bei den virtuellen Walzenspielen die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand.

Nach etwa einer Sekunde kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Ein Vergleich der nun neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes.

Bei den Walzenspielen hatte man keinerlei Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen.

Es war bei den Spielen nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben, den Einsatz zu wählen, die Start-Taste zu betätigen, bis das aufgerufene (z.B.) Walzenspiel ausgelöst wurde und die Entscheidung über das Spielergebnis abzuwarten. Nach etwa einer Sekunde, also nach Stillstand der Walzen, konnte der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn festgestellt werden.

Sämtliche Geräte waren betriebsbereit aufgestellt. Dies wurde durch Testspiele durch die Organe der Abgabenbehörde an dem Gerät FA02 und niederschriftlich festgehaltene Aussagen des Lokalverantwortlichen bestätigt.

Beim Gerät mit der FA-Nr.1, 3 und 4 konnte kein Testspiel durchgeführt werden, da plötzlich die Seite wwwXXX nicht mehr aufrufbar war. Der Lokalverantwortliche konnte

sich nicht erklären warum dies nicht mehr möglich war. Er gab an, dass alle 4 Geräte ident seien und auf allen Geräten dieselben Programme aufgerufen werden können.

Die Entscheidung über das Spielergebnis hing bei allen diesen Spielen jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG werden Spiele, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis vorwiegend oder ausschließlich vom Zufall abhängt, als Glücksspiele bezeichnet.

Hinsichtlich jedes einzelnen Gerätes lag damit ein hinreichend begründeter Verdacht eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Gemäß den Aussagen von Hr. F in der Funktion als zur Auskunft verpflichteten Person, konnte festgestellt werden, dass die Glücksspielereinrichtungen, welche verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG ermöglichen, zumindest seit einem Monat im Lokal betrieben werden.

Mit den Glücksspielereinrichtungen wurde somit fortgesetzt gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen.

Für eine fortgesetzte Begehung ist es gem. der ständigen Judikatur des VwGH nicht erforderlich, dass auch der Nachweis über eine [zukünftige] Begehung geführt wird. Der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass die Maßnahme dazu dienen soll, die weitere Begehung des Verstoßes zu unterbinden, wenn (in der Vergangenheit) fortgesetzt gegen das GSpG verstoßen wurde. (z.B. VwGH 97/17/0233 v 20.12.1999)

Aufgrund der festgestellten Betriebsdauer, der beim Testspiel getätigten und geforderten Einsätze und der dazu in Aussicht gestellten Gewinne war der Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes gegeben und somit der hinreichend begründete Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gerechtfertigt.  
Eine Konzession oder Bewilligung für die Veranstaltung der ermöglichten Ausspielungen wurde weder behauptet, noch vorgewiesen.

Aus den vorstehend angeführten Gründen wurde zur Verhinderung eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes durch eine weitere oder wiederholte Verwaltungsübertretung gem § 52 Abs 1 Z 1 GSpG die vorläufige Beschlagnahme des/der Gerät/e/s und ein Verfügungsverbot ausgesprochen.

Vorläufige Ermittlungen zur Feststellung der Identität des Eigentümers der Geräte / des Inhabers / des Veranstalters:

Die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt 03, FPT 10, gem § 9a Abs 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010 - DV hat auf Grund der Auskunft von Herrn F

Firma unbekannt, als Eigentümer der Eingriffsgegenstände vorläufig ermittelt.

Firma G-kft als Inhaber der Eingriffsgegenstände vorläufig ermittelt.

Der Veranstalter der ermöglichten verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2/4 GSpG konnte seitens der Finanzpolizei nicht ermittelt werden.

Die Abgabenbehörde als Amtspartei regt daher an, dass von Seiten der Behörde die Identität der Eigentümerschaft / des Inhabers / des Veranstalters /ermittelt und/ durch eine Aufforderung zur Rechtfertigung bzw. durch eine Einvernahme verifiziert wird.

Die Niederschrift wurde vom KO B angefertigt." (Kopie Aktenvermerk)

Dem Aktenvermerk war eine den Darlegungen entsprechende Bilddokumentation beigeschlossen.

Mit Beschluss vom 4. Dezember 2015, GZ W195 2117585-2/2E, hat das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren betreffend die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde gemäß § 6 AVG iVm § 17 VwG VG an das Verwaltungsgericht Wien abgetreten.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2015, GZ VGW-102/012/14273/2015-1, wurde die Finanzpolizei Wien, Team 10, vom Verwaltungsgericht Wien zur Aktenvorlage, Erstattung einer Gegenschrift und Mitteilung, ob mittlerweile ein Beschlagnahmebescheid erlassen wurde, aufgefordert.

Mit Antwortschreiben vom 7. Jänner 2016 an das Verwaltungsgericht Wien hat die Finanzpolizei auf die Zuständigkeitslage verwiesen und dieses ersucht, die Maßnahmenbeschwerde an das nun tatsächlich zuständige Bundesfinanzgericht gemäß § 6 AVG iVm § 17 VwG VG weiterzuleiten.

Mit Beschluss vom 2. Februar 2016, GZ VGW-102/012/14273/2015-3, hat nun das Verwaltungsgericht Wien über die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde dahingehend entschieden, dass diese "wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zurückgewiesen" wird (Akt), andererseits aber die Akten dem Bundesfinanzgericht übermittelt. Der Beschluss wurde beim Verwaltungsgerichtshof nicht bekämpft (Akt).

In der Begründung seines Beschlusses hat das Verwaltungsgericht Wien ausgeführt, dass es mit dieser Formulierung seines Beschlusses lediglich einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgt (VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0035) und eigentlich ohne Abschluss des inhaltlichen Verfahrens zur erhobenen Maßnahmenbeschwerde lediglich - zusätzlich - eine für die Verfahrensparteien bekämpfbare Unzuständigkeitsentscheidung schaffen wollte, also feststellend beschließen wollte, dass ihm keine Zuständigkeit zukommt.

In der zitierten Entscheidung führt der Verwaltungsgerichtshof zu einer Konstellation eines negativen Kompetenzkonfliktes wie folgt aus:

"Ungeachtet der durch die subsidiäre - sinngemäß - Anwendbarkeit des § 6 AVG auch den Verwaltungsgerichten eröffneten Möglichkeit, Anbringen, zu deren Behandlung sie nicht zuständig sind, an die zuständige Stelle - die auch ein anderes sachlich oder örtlich zuständiges Verwaltungsgericht sein kann - durch verfahrensleitenden Beschluss im Sinne des § 31 Abs. 2 VwG VG weiterzuleiten, ist jedenfalls dann, wenn die Unzuständigkeit eines Verwaltungsgerichts zweifelhaft und nicht offenkundig ist, eine

Entscheidung über die Zuständigkeit in der in den Verfahrensgesetzen vorgesehenen Form (Beschluss über die Zurückweisung wegen Unzuständigkeit oder Erkenntnis in der Sache bzw. Zurückweisung aus anderen Gründen oder Einstellung unter Bejahung der Zuständigkeit) zu treffen (vgl. den hg. Beschluss vom 18.2.2015, Ko 2015/03/0001). Während der Behörde in der Konstellation eines Berufungsverfahrens vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 eine Zurückweisung wegen Unzuständigkeit verwehrt war (vgl. das von einem verstärkten Senat beschlossene Erkenntnis vom 30.5.1996, 94/05/0370 = VwSlg. 14.475 A/1996, sowie die weiteren Nachweise bei *Hengstschläger/Leeb*, AVG I<sup>2</sup> (2014) § 6 Rz. 15), stellt die förmliche Ablehnung der Zuständigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren - wie der Verwaltungsgerichtshof im hg. Beschluss vom 18. Februar 2015 bereits festgestellt hat - nunmehr nach Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Voraussetzung für eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über einen Kompetenzkonflikt zwischen Verwaltungsgerichten gemäß Art. 133 Abs. 1 Z 3 B-VG dar. Da das VwGVG für ein Absprechen über die Nichtzuständigkeit des Verwaltungsgerichts keine gesonderte Form vorsieht, kommt hier nur ein Zurückweisungsbeschluss in Betracht. Wie sich dem zitierten Beschluss Ko 2015/03/0001 entnehmen lässt, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass das Verwaltungsgericht, das den (ersten) förmlichen Zurückweisungsbeschluss zu erlassen hat, auch verpflichtet ist, die Akten des Verfahrens an das für zuständig erachtete Verwaltungsgericht rückzuübermitteln, um diesem die Möglichkeit zu geben, selbst einen förmlichen Beschluss über seine Unzuständigkeit zu erlassen (Pkt. 9.7.).

Ausgehend davon ist die angefochtene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Hinblick auf seine eindeutige Begründung, die ausdrücklich auf den hg. Beschluss Ko 2015/03/0001 Bezug nimmt, dahin zu deuten, dass die Beschwerde "wegen Unzuständigkeit" zurückgewiesen wurde und somit lediglich ein Abspruch über die Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts erfolgte (vgl. zur Einbeziehung der Begründung bei der Auslegung einer Zurückweisungsentscheidung das hg. Erkenntnis vom 9.8.2013, 2013/08/0137). Die vom Bundesverwaltungsgericht ausgesprochene Zurückweisung der Beschwerde "als unzulässig" ist bei dieser Begründung als Vergehen im Ausdruck anzusehen (vgl. zur Umdeutung eines Spruches das hg. Erkenntnis vom 11.7.2014, 2012/17/0176)."

Unter Bedachtnahme auf diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der Spruch des Verwaltungsgerichtes Wien wohl dahin zu deuten, dass beschlossen wurde, dass das genannte Verwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde nicht zuständig sei (und die Rechtssache nicht zurückgewiesen wurde).

Mit Bescheid vom 3. März 2016, GZ A2/380.529/2015, gerichtet einerseits an die G-kft als Inhaber und Eigentümer der vier vorläufig beschlagnahmten Internetterminals und andererseits an die A-sro als Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen "E-Kiosk" mit der Finanzamtgerätenummer 5, beide vertreten durch die hier einschreitende

Rechtsanwältin Mag. Julia Eckhart, Hofgasse 3, 8010 Graz, hat die Landespolizeidirektion Wien in Bestätigung der erhobenen Verdachtslage gemäß § 53 Abs. 1 GSpG die Beschlagnahme sämtlicher Eingriffsgegenstände, also auch des "E-Kiosk", und in einem weiteren Schritt die Einziehung gemäß § 54 Abs. 1 GSpG derselben angeordnet (Ablichtung Bescheid).

Der gegenständliche "E-Kiosk" stellte nach Auffassung der Landespolizeidirektion Wien im konkreten Fall einen "Einrichtungsgegenstand / technisches Hilfsmittel" zum Eingriff in das Glücksspielmonopol dar.

Mit Schriftsatz vom 6. September 2016 hat die belangte Behörde eine Gegenschrift erstattet und ebenfalls einen Kostenersatz begehrt.

### **Zur Entscheidung wurde erwogen:**

Es liegt also eine Maßnahmenbeschwerde der A-sro vor, welche sich als Eigentümerin eines "E-Kiosk", der von Beamten der Finanzpolizei als Organe des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf am 15. November 2015 im "Y" an der Anschrift YYY, vorläufig beschlagnahmt worden ist, in ihren diesbezüglichen Rechten beeinträchtigt fühlt, wobei diese Rechtssache nach ihrer Abtretung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesfinanzgericht geworden ist.

Zur Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichtes zur Entscheidung über derartige Beschwerden hat sich folgende Entwicklung ergeben:

Gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (das Bundesfinanzgericht) u.a. (3. Alternative) über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z. 2 B-VG, also über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit, in sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheiten, soweit die genannten Angelegenheiten unmittelbar von den Abgabenbehörden oder (hier nicht relevant:) den Finanzstrafbehörden des Bundes besorgt werden.

Dazu führt bereits § 1 Abs. 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG) mit Wirkung ab dem 1. Jänner 2014 hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichtes (BFG) aus, dass dem BFG die Entscheidungen über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 bis 3 B-VG (also auch über die Maßnahmenbeschwerden nach Art. 130 Abs. 1 Z 2 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 obliegen, soweit die genannten Angelegenheiten unmittelbar von den Abgaben- oder Finanzstrafbehörden des Bundes besorgt werden.

Zumal in Anbetracht des Umstandes, dass die Organe der Finanzpolizei bei Durchführung der ihnen übertragenen allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen - in Unterstützung für die Finanzämter als Abgabenbehörden (§ 10b der Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Durchführung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 - AVOG 2010-DV) - als Organe des jeweils zuständigen Finanzamtes tätig werden (§ 12 Abs. 4 letzter Satz des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 - AVOG 2010) und sich die Zurechnung des Handelns der Organe der Finanzpolizei gemäß § 10b Abs. 3 Satz 1 AVOG 2010-DV) nach § 9 Abs. 4 AVOG 2010 richtet (wonach die von Organen der besonderen Organisationseinheiten, wie der Finanzpolizei, gesetzten Amtshandlungen, sofern keine unmittelbare Beauftragung für den Einzelfall durch eine Abgaben- oder Finanzstrafbehörde erfolgt ist, jener Abgabenbehörde zuzurechnen ist, in deren Amtsbereich die Dienststelle des Organes eingerichtet ist), wurde die Ansicht vertreten, dass dann, wenn die Finanzpolizei bei Durchführung ihrer allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen gemäß §§ 143 f BAO (beispielsweise in Entsprechung des § 50 Abs. 2 Satz 2 GSpG) in eine Situation gebracht wird, eine unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt auszuüben, beispielsweise Glücksspielautomaten gemäß § 53 Abs. 2 GSpG vorläufig in Beschlag zu nehmen, die dagegen mögliche Maßnahmenbeschwerde nach den Bestimmungen des § 283 Bundesabgabenordnung (BAO) auszuführen ist und als Rechtssache in einer Angelegenheit der öffentlichen Abgaben in die Zuständigkeit des BFG fällt. Dagegen konnte eingewendet werden, dass möglicherweise gerade eine Angelegenheit der öffentlichen Abgaben nicht vorgelegen hat, wenn diese eine ordnungspolitische Maßnahme nach dem Glücksspielgesetz betroffen hat.

Zur ausdrücklichen Klarstellung wurde daher mit dem 2. AbgÄG 2014, BGBI I 2014/105, mit Wirkung ab dem 30. Dezember 2014, in § 1 Abs. 3 BFGG eine Z. 2 angefügt, wonach zu den sonstigen Angelegenheiten im Sinne des Abs. 1 auch die Entscheidungen über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG (also die gegenständlichen Maßnahmenbeschwerden) gegen Abgabenbehörden des Bundes gehören, soweit Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben (Abs. 1) oder Beiträge (Abs. 3 Z 1) nicht betroffen sind. - Woraus sich wohl der Umkehrschluss ergibt, dass in Abweichung einer vormaligen Rechtsansicht (vgl. diesbezügliche Erlässe des Bundesministeriums für Finanzen) jedenfalls nach Ansicht des Gesetzgebers eine Zuständigkeit des BFG zur Behandlung derartiger Beschwerden vor dem 30. Dezember 2014 nicht bestanden hätte.

Diese Unsicherheit ist aber jetzt infolge des Zeitablaufes ausgeräumt, wobei aber nunmehr in Abänderung der vormaligen Rechtslage gemäß § 24 Abs. 1 letzter Satz BFGG mit Wirkung ab dem 30. Dezember 2014 das Verfahrensrecht des VwGVG zur Anwendung gelangt.

In der Sache selbst ist auszuführen:

Wie oben ausgeführt, bezieht sich die Maßnahmenbeschwerde der A-sro als Eigentümerin auf einen vorläufig beschlagnahmten "E-Kiosk", hinsichtlich welchem aber zwischenzeitlich am 3. März 2016 eine Beschlagnahme durch die zuständige Landespolizeidirektion Wien infolge seiner Verwendung als offenkundig

technisch notwendige Einrichtung zum Betrieb der am genannten Tage dort ebenfalls vorläufig durch die Finanzpolizei und in weiterer Folge durch die genannte Landespolizeidirektion beschlagnahmten weiteren Glücksspieleinrichtungen erfolgte. Laut Rechtsmittelbelehrung des Beschlagnahme- und Einziehungsbescheides der Landespolizeidirektion Wien vom 3. März 2016 wurde der verfahrensgegenständlichen Beschwerdeführerin ein Beschwerderecht auch gegen diesen Bescheid eingeräumt (Bescheidkopie, vorletzte Seite).

Anders als von der Beschwerdeführerin ausgeführt, war die A-sro daher sehr wohl in der Lage, die Fragestellung, ob der bewusste "E-Kiosk" einer Beschlagnahme im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG unterliegt, im Verfahren vor der zuständigen Verwaltungsbehörde klären zu lassen.

Welche Gegenstände grundsätzlich für eine solche Beschlagnahme in Frage kommen, bestimmt § 53 Abs. 1 1. Satzteil GSpG: Es sind dies Glückspielautomaten, sonstige Eingriffsgegenstände und die technischen Hilfsmittel, letztere also diejenigen Gegenstände technischer Art, die den Eingriff in das Glücksspielmonopol mittels der Eingriffsgegenstände unterstützen.

Dabei sind technische Hilfsmittel nicht nur dann beschlagnahmefähig, wenn der Verdacht besteht, dass mit ihnen fortgesetzt oder wiederholt durch ihre Verwendung gegen § 52 Abs. 1 Z 7 GSpG verstoßen wird (weil sie geeignet sind, dem Anwender dadurch selbst oder anderen einen unlauteren Spielvorteil zu verschaffen oder den Spielablauf zu beeinflussen), sondern auch, wenn sie als technische Hilfsmittel für Glückspielautomaten oder sonstige Eingriffsgegenstände, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, dienen und hinsichtlich dieser Eingriffsgegenstände der Verdacht besteht, dass mit ihnen fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird (§ 53 Abs. 1 Z 1 lit a GSpG).

In diesem Sinne bereits die Erläuternden Bemerkungen in der RV zu BGBI 747/1996: "Die Novellierung der §§ 53 bis 55 [GSpG] trägt der zwischenzeitig eingetretenen technischen Entwicklung Rechnung. Eine Einschränkung der - ansonsten unveränderten - Beschlagnahme- und Einziehungsbestimmung auf [...] Glückspielautomaten ist nicht mehr zeitgemäß. Durch die Novellierung wird es möglich, auch andere Eingriffsgegenstände bzw. technische Hilfsmittel (bspw. Roulettetische, Kartenmischvorrichtungen, Kartenschlitten, Glücksräder oder Würfelbahnen usw., aber auch zum Eingriff benutzte moderne Technologien wie EDV-Anlagen, Datenleitungen, Modems usw.) einzuziehen bzw. zu beschlagnahmen."

Dabei kommt es gar nicht darauf an, dass das technische Hilfsmittel (welches für den Monopoleingriff verwendet wurde, hier: der "E-Kiosk", von welchem laut Beschreibung der Finanzpolizei geldwerte QQQ nach Geldeingabe ausgedruckt wurden und mit welchen dann auf den Eingriffsgeräten selbst die Glücksspiele in Gang gesetzt werden konnten) unbedingt notwendig gewesen wäre (vgl. VwGH 21.8.2014, 2011/17/0248) oder dass es nicht etwa nicht auch eine andere Verwendung ohne Zuordnung zu einem

Glücksspielgerät finden hätte können (so VwGH 6.7.2016, Ra 2014/17/0005, zu USB-Sticks).

Statt als untergeordnete technisches Hilfsmittel könnte der vorläufig beschlagnahmte E-Kiosk auch als sonstiges Eingriffsgerät im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG gesehen werden, von welchen - so der Vorwurf - nach Bezahlung Bargeld-Bons mit Strichcode zur Entsperrung von PC-Terminals (Touchscreen-Bildschirm samt Bonlesegeräte) und nachfolgendem Glücksspiel über die Webseite wwwX ausgegeben wurden (eine Fähigkeit, welche gerichtsbekannt den von der Beschwerdeführerin zitierten Getränkeautomaten, Bankautomaten, Zugticket- und Kinoticketautomaten nicht zu eigen ist). Auch eine Sichtweise, diesen Gegenstand als beschlagnahmefähige Komponente der Glücksspielgeräte (der Touchscreen-Bildschirme) zu sehen, ist möglich, führte aber für sich - bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen - immer zum selben rechtlichen Ergebnis.

Einer Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes in der Sache selbst steht nun entgegen, dass die zuständige Landespolizeidirektion Wien - wie oben ausgeführt - hinsichtlich sämtlicher vorläufig beschlagnahmter Gegenstände einen Beschlagnahmebescheid erlassen hat. Mit diesem ist das Rechtsschutzinteresse der im Maßnahmenbeschwerdeverfahren eingeschrittenen Partei zur Frage der Rechtsrichtigkeit der ausgeübten unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beendet. Mit dem Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides über die Beschlagnahme vom 3. März 2016 hat die separat bekämpfte vorläufige Beschlagnahme aufgehört, ein selbständig anfechtbarer verfahrensfreier Verwaltungsakt zu sein (VwGH 30.1.2013, 2012/17/0432; VwGH 27.2.2013, 2012/17/0531).

Soweit die Beschwerdeführerin unter Behauptung eines den Wahrnehmungen der einschreitenden Beamten widerstreitenden Sachverhaltes einwendet, der von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmte "E-Kiosk" könne von seiner Ausgestaltung her gar kein Eingriffsgerät in das Glücksspielmonopol bzw. ein diesbezügliches technisches Hilfsmittel dazu sein, ist auch die Feststellung dieses relevanten Lebenssachverhaltes, welcher in der Folge einer rechtlichen tatbestandlichen Würdigung zur Frage zu unterziehen ist, ob sich daraus ein entsprechender Verdacht (hier: im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG) erschließen lässt, eine wesentliche und unabdingbare Aufgabe derjenigen Behörde (hier: der Landespolizeidirektion Wien), welche nach Vornahme der vorläufigen Beschlagnahme des Gerätes über seine Beschlagnahme zu entscheiden hatte.

Hätte - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - ein tatsächlicher Verdacht eines Verstoßes gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG nicht vorgelegen, hätte es sich bei dem "E-Kiosk" um keinen Gegenstand gehandelt, mit welchem möglicherweise in das Glücksspielmonopol eingegriffen worden wäre, oder hätte die Finanzpolizei bei ihrer vorläufigen Beschlagnahme rechtsirrig tatsächlich rechtsgrundlos gehandelt, hätte die Landespolizeidirektion Wien von einer Beschlagnahme Abstand zu nehmen gehabt - was aber tatsächlich nicht geschehen ist.

An der nicht gewollten Parallelität der Entscheidungsprozesse hinsichtlich der Prüfung einer Rechtmäßigkeit der vorläufigen Beschlagnahme durch die Finanzpolizei (in einem Beschwerdeverfahren vor dem Bundesfinanzgericht) und hinsichtlich der Prüfung, ob die Voraussetzungen zur Vornahme einer Beschlagnahme durch die Landespolizeidirektion Wien und allenfalls einer Rechtmäßigkeit einer solchen Entscheidung (vor dem zuständigen Landesverwaltungsgericht, hier: vor dem Landesverwaltungsgericht Wien) vorliegen, tritt durch die Behauptung einer grob rechtswidrigen Anwendung eines Rechtsinstrumentes durch die eingeschrittenen Organwalter keine Änderung ein.

Selbst wenn mangels ausreichendem Rechtfertigungsgrund für den behördlichen Eingriff eine Verletzung des Rechtes auf Eigentum oder der Dienstleistungsfreiheit festzustellen gewesen wäre oder wenn das Glücksspielmonopol der Republik Österreich unionsrechtswidrig wäre (siehe dazu aber die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, wonach die Bestimmungen des GSpG nicht unionsrechtswidrig sind [Rz 123]; dieses bestätigend VwGH 28.6.2016, Ra 2016/17/0225; - das angeführte Erkenntnis des LVwG Oberösterreich vom 8.5.2014, GZ. LVwG-410285/4/Gf/Rt, wurde durch VwGH 20.1.2015, Ro 2014/17/0118 übrigens aufgehoben; ebenso der Verfassungsgerichtshof, VfGH 15.10.2016, E945/2016 u.a., VfGH 14.3.2017, E3282/2016, wonach das GSpG weder verfassungswidrig ist noch dem Unionsrecht widerspricht) und z.B. die §§ 52 und 53 GSpG als - rein spekulativ - unionrechtswidrig in der nunmehrigen Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes nicht zur Anwendung gelangten, ließe dies das Gebot einer Verfahrenseinstellung als allgemeines verfahrensrechtliches Prinzip unverändert:

So führt beispielsweise *Fister* in *Lewitsch/Fister/Weilguni*, VStG (2013) § 39 Rz 17 zum Rechtsschutz im Falle einer Beschlagnahme von Verfallsgegenständen aus: Vor der Erlassung des Beschlagnahmebescheides durch die Behörde kann die vorläufige Beschlagnahme als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt mit Maßnahmenbeschwerde vor dem UVS (ab 1.1.2014: vor dem Verwaltungsgericht) bekämpft werden (vgl. VwGH 16.9.2003, 2002/05/1033; *Walter/Thienel* II<sup>2</sup> § 39 Anm 10; *Thienel/Zeleny*<sup>18</sup> § 39 VStG Anm 6), danach ist der Beschlagnahmebescheid selbst zu bekämpfen (vgl. VfGH 28.11.1989, B 1212/88 [zur vorläufigen Beschlagnahme von Glückspielgeräten nach § 39 Abs. 2 VStG 1952 und weiterer diesbezüglicher Judikatur]; VfGH 3.10.2005, B 153/04 u.a. [zum Wegfall eines Rechtsschutzinteresses]; VwGH 17.3.2006, 2004/05/0106 [zur Maßnahmenbeschwerde nach § 67a Abs. 1 Z. 2 AVG als Rechtsbehelf zur Schließung einer Rechtslücke ohne dass eine Zweigleisigkeit des Verfahrens beabsichtigt wäre]; *Stöger* in *N. Raschauer/Wessely* § 39 Rz 4; ein bereits vorher beim Verwaltungsgerichtshof eingeleitetes Verfahren ist einzustellen (*Thienel/Zeleny*<sup>18</sup> § 39 VStG Anm 6)).

Das beim Bundesfinanzgericht anhängige - so gesehen tatsächlich subsidiäre - Verfahren betreffend die Maßnahmenbeschwerde der A-sro war daher spruchgemäß gemäß § 28 Abs. 1 2. Alt. VwGVG jedenfalls einzustellen.

Die gegenständliche Entscheidung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung bereits aufgrund der gegebenen Aktenlage getroffen werden.

Mangels einer obsiegenden oder unterliegenden Partei im Sinne des § 35 VwGVG (Kosten im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt) hat auch ein Kostenaußspruch zu unterbleiben.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen einen Beschluss des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Im gegenständlichen Fall liegt aber eine eindeutige und durch die Rechtsprechung der Höchstgerichte gesicherte Rechtslage vor, weshalb keine ordentliche Revision zuzulassen ist.

Linz, am 21. April 2017