

Hausdurchsuchung

Ausgleichsanspruch des Behandlers für
Entfallene Behandlungsleistungen

VfGH zu den bisherigen
COVID-19-Maßnahmen

Kündbarkeit eines Markenlizenzvertrags trotz
Ausschluss des Kündigungsrechts

Die Tücken des Frühwarnsystems nach
§ 45 a AMFG

Von „Green Bonds“ zum „Green Deal“
Nachhaltigkeit am Kapitalmarkt

Vertragsverletzungsverfahren als Entscheidungen
Über Grundwerte der EU

Überblick & Must-Knows zu Hausdurchsuchungen im finanzstrafbehördlichen Verfahren

Neben den allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen zur Durchsuchung von Orten und Gegenständen sowie von Personen gem § 119 StPO bestehen in diversen Materiengesetzen ähnliche Bestimmungen. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Must-Knows zu Hausdurchsuchungen im finanzstrafbehördlichen Verfahren.

CHRISTOPH HAID / MARCO THORBAUER

A. Kontrollen, Nachschauen und Hausdurchsuchungen im Aufwind

Die Corona-Kurzarbeit wurde bereitwillig angenommen: Für mehr als 1 Mio Arbeitnehmer wurde Kurzarbeit beantragt. Großzügige und einfache Hilfestellung lädt aber auch zum Missbrauch ein. Das wiederum ruft die Finanzpolizei auf den Plan. Seit 21. 4. 2020 wurden bei Schwerpunktkontrollen rund 2.500 Betriebe kontrolliert.¹⁾

Die Finanzpolizei ermittelt ua dann, wenn Anzeigen und Verdachtsfälle auf Missbrauch vorliegen. Obwohl es sich bei den Ermittlungen regelmäßig nicht um Hausdurchsuchungen handelt, sondern Schwerpunktkontrollen im Rahmen der Corona-Kurzarbeit, kann es zukünftig vermehrt zu finanzstrafbehördlichen Hausdurchsuchungen kommen. Umso wichtiger ist es, dass Unternehmen wissen, wie sie im Ernstfall einer derartigen Hausdurchsuchung zu reagieren haben.

B. Begriff der Hausdurchsuchung

Im österr Finanzstrafgesetz (FinStrG) regeln unterschiedliche Bestimmungen das Vorgehen bei Hausdurchsuchungen. Maßgeblich ist, ob es sich um ein behördliches oder gerichtliches Finanzstrafverfahren handelt. Das finanzstrafbehördliche Verfahren ist abschließend in §§ 53–194 FinStrG geregelt, während sich das gerichtliche Finanzstrafverfahren primär nach den Bestimmungen der StPO richtet und nur Sonderbestimmungen in §§ 195–247 FinStrG bestehen.

Das FinStrG definiert den Begriff der Hausdurchsuchung für das finanzstrafbehördliche Verfahren in § 93 Abs 2 FinStrG. Demnach handelt es sich bei Hausdurchsuchungen um die Durchsuchung von Wohnungen und sonstigen zum Hauswesen gehörigen Räumlichkeiten sowie von Wirtschafts-, Gewerbe- oder Betriebsräumen. Der Begriff der sonstigen zum Hauswesen gehörigen Räumlichkeiten ist sehr weit auszulegen. Es fällt bspw auch ein nicht der Wohnung angeschlossenes Kellerabteil darunter.²⁾ Der Begriff der Hausdurchsuchung gem § 93 Abs 2 FinStrG ist jedenfalls von der abgabenrechtlichen Nachschau iSd §§ 144–146 BAO zu unterscheiden. Während bei der Nachschau nur offenliegende oder offengelegte Gegenstände oder Verhält-

nisse erhoben werden dürfen, ist der Umfang der Hausdurchsuchung iSd § 93 ff FinStrG weiter:

Grundtatbestand ist der Begriff der „Durchsuchung“. Gemäß der Rsp des VfGH erfordert die „Durchsuchung“ eine Besichtigung der in der Wohnung befindlichen Sachen und insb der dort vorhandenen Behältnisse mit dem Ziel, bestimmte Sachen oder Sachen bestimmter Art darunter zu finden.³⁾ Das bloße Betreten von Räumen hingegen ist noch keine Hausdurchsuchung.

C. Voraussetzung für eine finanzstrafbehördliche Hausdurchsuchung

Wesentliche Voraussetzung für die Vornahme einer Hausdurchsuchung ist der sog „doppelte“ Verdacht: Neben einem konkreten Tatverdacht eines Finanzvergehens iSd FinStrG ist ein begründeter Verdacht notwendig, dass das Gesuchte sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten befindet.⁴⁾ Liegt also ein bloßer Verdacht einer Finanzordnungswidrigkeit vor, sind die Voraussetzungen einer zulässigen Hausdurchsuchung nicht erfüllt. Der konkrete Verdacht eines Finanzvergehens muss bereits zum Zeitpunkt des Hausdurchsuchungsbefehls vorliegen.

Die Durchführung einer Hausdurchsuchung bedarf einer mit Gründen versehenen schriftlichen Anordnung des Vorsitzenden des Spruchsenats des BFG (sog Hausdurchsuchungsbefehl).⁵⁾ Diese schriftliche Anordnung ist als Bescheid zu qualifizieren.⁶⁾ Die im Anordnungsbescheid erwähnten Gründe dienen primär dazu, die Verdachtsgründe zu untermauern, aber sie sollen auch dem Inhaber der zu durchsu-

Dr. *Christoph Haid* ist Partner bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH mit einem Fokus auf Compliance & Investigations. Mag. *Marco Thorbauer* ist Rechtsanwalt bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH und spezialisiert auf nationales und internationales Steuerrecht.

1) Finanzpolizei deckt Missbrauch bei Kurzarbeit auf, <https://www.diepresse.com/5832576/finanzpolizei-deckt-missbrauch-bei-kurzarbeit-auf> (abgerufen am 6. 7. 2020).

2) *Fellner*, Finanzstrafgesetz (2016) § 93 Rz 5.

3) VfGH 12. 10. 1971, B 143/70; 27. 9. 1971, B 178/71.

4) § 93 Abs 2 FinStrG; VwGH 19. 5. 1994, 92/15/0173.

5) § 93 Abs 1 FinStrG.

6) FinStrG-Nov 1985 RV 668 BlgNR 16. GP; VfGH 7. 10. 1959, B 165/59; 23. 6. 1973, B 194/72; 3. 3. 1982, B 357/81; 25. 2. 1983, B 174/82; 4. 3. 1987, B 144/86.

chenden Räumlichkeiten die Möglichkeit geben, die Verdachtsgründe zu entkräften. Neben der Beschreibung der Verdachtsgründe ist auch das gesuchte Beweismittel zu nennen. Dieses ist möglichst genau zu be- bzw. umschreiben.

Sowohl die Anordnungseinholung als auch die Anordnung durch den Spruchsenat selbst erfolgen idR schriftlich; sie können aber auch mündlich erfolgen. In derartig gelagerten Fällen ist eine Kopie der schriftlichen Anordnung innerhalb der nächsten 24 Stunden nachzuliefern.

Ist der Inhaber der Räumlichkeiten bzw. der von der Hausdurchsuchung Betroffene nicht anwesend, kann der Anordnungsbescheid hinterlegt werden. Liegt Gefahr im Verzug vor, so kann eine Hausdurchsuchung auch dann erfolgen, wenn weder eine schriftliche noch eine mündliche Anordnung des Spruchsenats eingeholt werden kann.

D. Zuständigkeit

Im finanzstrafbehördlichen Verfahren ist die Finanzstrafbehörde zuständig. Eine gerichtliche Zuständigkeit besteht erst bei Erreichen der maßgeblichen Wertgrenzen des § 53 Abs 1 FinStrG.

Die Hausdurchsuchung selbst wird grundsätzlich von Organen der Finanzstrafbehörde, der Abgabenbehörde oder des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorgenommen.

E. Überblick: Ablauf einer finanzstrafbehördlichen Hausdurchsuchung

Generell ist eine Hausdurchsuchung gem § 94 Abs 1 FinStrG möglichst unter Schonung und Vermeidung unnötigen Aufsehens, Belästigung und Störung des Betroffenen durchzuführen. Auch die Durchsuchung selbst steht, ebenso wie die Anordnung, unter dem allg Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁷⁾ Eine finanzstrafbehördliche Hausdurchsuchung gliedert sich idR in folgende Punkte:

1. Ausweisleistung und Rechtsbelehrung

Nach einer Ausweisleistung der mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organe der Finanzstrafbehörde wird der Betroffene über die Einleitung einer Hausdurchsuchung verständigt. Gemeinsam mit der Verständigung wird idR der Anordnungsbescheid (sog Hausdurchsuchungsbefehl) zugestellt. Ist der Betroffene nicht vor Ort, kann der Anordnungsbescheid hinterlegt werden.

Im Anschluss kommt es zur Rechtsbelehrung des Betroffenen durch die Organe der Finanzstrafbehörde. Eine derartige Rechtsbelehrung findet sich auch am Anordnungsbescheid. Nach Übergabe des Anordnungsbescheids und erfolgter Rechtsbelehrung wird der Betroffene aufgefordert, das gesuchte Beweismittel herauszugeben.

2. Beziehung von Vertrauenspersonen und Rechtsvertreter

Auf Verlangen des Betroffenen sind der Hausdurchsuchung bis zu zwei von ihm namhaft gemachte Per-

sonen seines Vertrauens zuzuziehen. Diese Vertrauenspersonen dürfen jedoch nicht der gleichen oder einer damit im Zusammenhang stehenden Straftat verdächtigt sein.⁸⁾ Über dieses Recht ist der Betroffene in der Rechtsbelehrung ebenso zu belehren. Zusätzlich kann jederzeit auch der Rechtsvertreter des Betroffenen beigezogen werden. Dieser zählt idR nicht als Vertrauensperson.

Die Hausdurchsuchung darf erst dann fortgesetzt werden, wenn diese Vertrauensperson(en) eingetroffen ist/sind, sofern die Amtshandlung dadurch nicht unangemessen verzögert oder ihr Erfolg gefährdet würde. Die Vertrauenspersonen dürfen zwar – wie auch der Betroffene selbst – *Notizen, Tonbildaufnahmen*⁹⁾ oder *Fotos* über den Ablauf der Amtshandlungen anfertigen, eine Einmischung in die Hausdurchsuchung selbst ist aber nicht gestattet. Bei Fehlverhalten der Vertrauensperson kann diese entfernt werden. Nach Ansicht des BMF ist es dem Betroffenen jedoch nicht gestattet, Filmaufnahmen anzufertigen. Das BMF begründet dies durch die „Nichtöffentlichkeit der Amtshandlung“.¹⁰⁾ Nach Ansicht von *Seiler* geht diese Begründung des BMF ins Leere und findet auch im Gesetz keine Deckung. *Seiler* hält zutreffend fest, dass der Betroffene jederzeit berechtigt sei, in seinen privaten Büro- oder Wohnräumlichkeiten Filmaufnahmen zur Dokumentation anzufertigen.¹¹⁾ Die Nichtöffentlichkeit verbiete lediglich die Veröffentlichung des Filmmaterials.

Neben der Hinzuziehung von Vertrauenspersonen hat der Betroffene auch das Recht, Telefongespräche zu führen.¹²⁾ Eine Kontaktaufnahme mit dem Rechtsanwalt ist daher jederzeit gestattet. Nach Ansicht des BMF dürfen diese Telefonate generell „beaufsichtigt“ werden, um Gespräche, die „offensichtlich der Verdunkelung dienen“, unterbinden zu können.¹³⁾ Eine derartige generelle Beaufsichtigungsmöglichkeit entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage. Die Strafverfolgungsorgane sind nicht pauschal legitimiert, Gespräche von Personen zu „beaufsichtigen“, die möglicherweise einen Inhalt haben, der den Strafverfolgungszielen entgegenläuft.¹⁴⁾ Dementsprechend steht es dem Betroffenen grundsätzlich frei, sich vom Ort der Hausdurchsuchung zu entfernen und ungestört zu telefonieren. „Ungestört“ bedeutet aber nicht, dass es nicht zu Telefonüberwachungen kommen kann. Das ist nach Hausdurchsuchungen sogar regelmäßig der Fall.

3. Niederschrift

Neben der Berechtigung des Betroffenen, die Hausdurchsuchung mittels *Notizen, Tonbandprotokollen, Fotos* oder *Filmaufnahmen* (strittig) zu dokumentie-

7) BVerfG 22. 3. 1999, 2 BvR 2158/98; *Stetsko in Leitner/Brandl/Kert* (Hrsg), Handbuch Finanzstrafrecht⁴ (2017) 921.

8) § 93 Abs 5 FinStrG.

9) BMF-Erlass v 16. 12. 1985, FS-130/5-III/9/85.

10) BMF-Erlass v 16. 12. 1985, FS-130/5-III/9/85.

11) *Seiler*, Eine Hausdurchsuchung ist keine Festnahme, SWK 2010, 386.

12) *Seiler/Seiler*, FinStrG⁵ (2017) § 93 Rz 38.

13) BMF-Erlass v 16. 12. 1985, FS-130/5-III/9/85.

14) *Seiler*, SWK 2010, 386.

ren, hat auch die Finanzstrafbehörde gem § 93 Abs 6 FinStrG über das Ergebnis der Hausdurchsuchung eine Niederschrift aufzunehmen. Die gefundenen und beschlagnahmten Gegenstände sind dabei mit genauer Bezeichnung zu protokollieren.¹⁵⁾

F. Pflichten des durchsuchten Unternehmens

Grundsätzlich wird der Betroffene bzw der interne Leiter der Hausdurchsuchung des betroffenen Unternehmens vor Beginn der Hausdurchsuchung aufgefordert, das gesuchte Objekt bzw die gesuchten Daten freiwillig herauszugeben. Weiters ist es dem Betroffenen bzw dem internen Leiter der Hausdurchsuchung des betroffenen Unternehmens möglich, Gründe für die Durchsuchung gegenüber dem mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organ zu beseitigen. In diesem Zusammenhang kommt es zu Beginn der Hausdurchsuchung idR zur Befragung des Betroffenen. Hauptzweck dieser Befragung ist die Beseitigung der die Durchsuchung veranlassenden Gründe. Diese Befragung gilt nicht als förmliche Vernehmung. Über diese Befragung ist eine gesonderte Niederschrift aufzunehmen.

Wird das Gesuchte vollständig herausgegeben oder sind sonst die Gründe für die Durchsuchung weggefallen, darf die Durchsuchung nicht vorgenommen werden.¹⁶⁾

Weiters ist gem § 94 Abs 3 FinStrG der Betroffene von den mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organen aufzufordern, der Hausdurchsuchung beizuwohnen. Der Betroffene ist verpflichtet, den mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organen Räume und Behältnisse auf Verlangen zu öffnen und die darin aufbewahrten Gegenstände vorzuweisen. Ist der Betroffene jedoch verhindert oder abwesend, so ist eine andere erwachsene Person aufzufordern, der Amtshandlung beizuwohnen. Ist der Inhaber der Räumlichkeiten allerdings gleichzeitig auch Beschuldigter, kann eine solche Verpflichtung wohl nicht angenommen werden, da niemand verpflichtet ist, Beweismaterial gegen sich selbst vorzulegen.¹⁷⁾

Sollten der Betroffene sowie sämtliche sonstige erwachsene Personen, die sich zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten aufhalten, die Öffnung der zu durchsuchenden Räume oder Behältnisse verweigern, so können die mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organe sich selbst Zutritt zu den Räumlichkeiten verschaffen oder aber die Öffnung durch andere Personen veranlassen.¹⁸⁾

Weigert sich der Betroffene, die zu durchsuchenden Räumlichkeiten oder einzelne Räume/Behältnisse zu öffnen, so können diese Räume/Behältnisse von dem mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organ dennoch geöffnet werden.¹⁹⁾ Außerdem ist bei Hausdurchsuchung eine gewisse Verhaltensanordnung von den Betroffenen einzuhalten. Dies gilt insb wenn es darum geht, den durchsuchenden Organen ungestört Zutritt zu ermöglichen oder allfällige Behinderungen abzustellen. In diesem Rahmen sind auch Zwangsmaßnahmen vom Hausdurchsuchungsbefehl gedeckt und mithin der Kognition des BFG entzogen.²⁰⁾

IZm Zwangs- und Ordnungsstrafen gelten die Bestimmungen der BAO. Dies deshalb, weil § 56 Abs 2 FinStrG die Bestimmungen der BAO für *Anbringen, Niederschriften, Aktenvermerke, Vorladungen, Erledigungen, Fristen* sowie *Zwangs- und Ordnungsstrafen* sinngemäß für das FinStrG anwendbar erklärt. Nach den Bestimmungen des § 111 Abs 3 BAO dürfen derartige Zwangsstrafen jeweils den Betrag von € 5.000,- nicht übersteigen. Aus der Anwendbarkeit der BAO diese Bestimmungen betreffend ergibt sich die wesentliche Befugnis der Sitzungspolizei für den Leiter der Hausdurchsuchung vor Ort.²¹⁾ Demnach ist der Leiter der Hausdurchsuchung vor Ort ermächtigt, Ermahnungen auszusprechen, das Wort zu entziehen, die Entfernung bestimmter Personen zu veranlassen und Ordnungsstrafen zu verhängen.

G. Rechtsschutz gegen widerrechtliche Hausdurchsuchung

Hinsichtlich der finanzstrafbehördlichen Hausdurchsuchungen steht dem Betroffenen das RM der Beschwerde zu. Diese Beschwerde kann sich entweder gegen den Anordnungsbescheid richten oder gegen die Durchführung der Hausdurchsuchung; Beschwerdeinstanz ist das BFG.

Dabei wird häufig zu klären sein, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurde. Die Hausdurchsuchung gilt als Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Hausrecht gem Art 9 StGG. Vor Durchführung der Durchsuchung ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob sie zum Erreichen des angestrebten Zwecks erforderlich ist, der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Straftat und zum Gewicht des Tatverdachts steht und ob der Zweck nicht durch ein gelinderes Mittel genauso erreicht werden kann.²²⁾ Nach Ansicht der Finanzverwaltung darf eine Hausdurchsuchung nur iZm gewichtigen Abgabehinterziehungen vorgenommen werden, wenn keine anderen geeigneten Mittel zur Wahrheitsfindung zur Verfügung stehen.²³⁾

Geht eine Hausdurchsuchung über den Umfang des Anordnungsbescheids hinaus, ist dies nicht als Vollzug der bescheidmäßigen Durchsuchungsanordnung zu werten, sondern gilt ein derartiges Verhalten als Ausübung unmittelbarer finanzstrafbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Dagegen steht dem Betroffenen das RM einer Maßnahmenbeschwerde gem § 152 Abs 1 Satz 1 zweite Alternative FinStrG zur Verfügung.²⁴⁾ Entscheidendes Kriterium ist der

15) Seiler, SWK 2010, 386.

16) BMF-Erlass v 16. 12. 1985, FS-130/5-III/9/85.

17) Seiler/Seiler, FinStrG⁵ § 94 Rz 4.

18) § 94 Abs 5 FinStrG.

19) Reger/Hacker/Kneidinger, FinStrG³ (2002) § 94 Rz 1.

20) VwGH 23. 9. 1998, 97/01/1084.

21) Hribernigg/Weber, Steuerfahndung und Hausdurchsuchung, in Gröhs/Kotschnigg, Finanzstrafrecht in der Praxis II (2008) 90.

22) Seiler/Seiler, FinStrG⁵ § 93 Rz 28.

23) BMF-Erlass v 16. 12. 1985, FS-130/5-III/9/85; BFG 20. 3. 2015, RV/5300025/2011, RM/5300001/2015.

24) VwGH 26. 7. 1995, 95/16/0169; 31. 5. 2000, 99/13/0084.

Zwangscharakter. Fehlt es an dem Zwangscharakter, weil bspw der Betroffene der Überschreitung freiwillig zugestimmt hat, ist eine Maßnahmenbeschwerde kein geeignetes RM.

Es gilt jedoch zu beachten, dass auch eine erfolgreiche Beschwerde nicht zwingend zur Unverwertbarkeit des erlangten Beweismaterials führt. Solch generelle Verwertungsverbote sind dem FinStrG weitgehend fremd. Dem Ermittlungserfolg schadet ein Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen des FinStrG meist nicht.

Wird also durch die mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organe der Anordnungsbescheid überschritten, steht dagegen das RM einer Maßnahmenbeschwerde iSd § 152 Abs 1 Satz 1 zweite Alternative FinStrG zur Verfügung. Soll aber der Anordnungsbescheid direkt bekämpft werden, ist dagegen eine Beschwerde iSd § 93 Abs 7 FinStrG zu erheben.

H. Verhaltensregeln in der Praxis

In den oben genannten Punkten hoffen wir, einen praxisnahen Überblick über die wesentlichen Bestimmungen betreffend Hausdurchsuchungen im finanzstrafbehördlichen Verfahren gegeben zu haben. Im Beitrag von *Kucsko*, S 667 ff dieses Hefts, findet der interessierte Leser eine Checkliste zur Vorbereitung auf Hausdurchsuchungen. Aus Sicht des Finanzstrafrechts ist diese Liste um folgende Besonderheiten zu ergänzen:

- Zu Beginn der Hausdurchsuchung muss die unternehmensintern nominierte Kontaktperson klären, worum es sich bei der „Durchsuchung“ handelt und wer die zuständige Behörde ist. Es gilt herauszufinden, ob es sich tatsächlich um eine finanzstrafbehördliche Hausdurchsuchung handelt, oder ob eine Nachschau oder eine Schwerpunktkontrolle iS der Corona-Kurzarbeit vorliegt. Lediglich in den Fällen der finanzstrafbe-

hördlichen Hausdurchsuchung sind auch die nachfolgenden Punkte zu beachten.

- Für den Fall, dass der Betroffene bspw bei der Hausdurchsuchung nicht anwesend ist, ist der beschlagnahmte Gegenstand ohne weitere Untersuchung unter Siegel zu nehmen und ohne Verzug dem Vorsitzenden des Spruchsenats des zuständigen BFG vorzulegen.²⁵⁾ Selbiges gilt, wenn strittig ist, ob bestimmte Daten oder Unterlagen eingesehen werden dürfen. In diesen Fällen ist das mit der Hausdurchsuchung beauftragte Organ zu bitten, die Unterlagen zu versiegeln und sie dem Spruchsenat zur Entscheidung vorzulegen. Bei strittigen Rechtsfragen ist zu empfehlen, dass Widerspruch zu Protokoll gegeben wird bzw diese strittige Rechtsfrage an den zuständigen Spruchsenat kommuniziert wird.
- Vor Beendigung der Hausdurchsuchung sollte eine von den mit der Hausdurchsuchung beauftragten Organen eine Auflistung der beschlagnahmten Unterlagen verlangt werden.
- Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass es nach erfolgten Hausdurchsuchungen auch vermehrt zu Telefonüberwachungen kommt.

25) § 89 Abs 5 FinStrG.

SCHLUSSTRICH

Neben Hausdurchsuchungen, die sich idR nach der StPO richten, sowie neben abgabenrechtlichen Nachschau iSd BAO sieht das FinStrG auch eigene Regelungen für finanzstrafbehördliche Hausdurchsuchungen vor. Dieser Beitrag gibt möglichen Betroffenen einen Überblick über die wesentlichen finanzstrafrechtlichen Bestimmungen und listet praxisrelevante Verhaltensregeln auf.