OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-000361/2/Gf/RoK

Datum:
Linz, 5. November 2019

IM NAMEN DER

REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde des A. S., vertreten durch die RAe Dr. G. B. und Mag. E. K., gegen das wegen einer Übertretung des Tabak- und Nichtraucherschutzgesetzes ergangene Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 28. August 2019, Zl. 0018599/2017,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG weder einen Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren der belangten Behörde noch einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem LVwG OÖ zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a VwGG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Gegenstand und Zulässigkeit der Beschwerde

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden auch: belangte Behörde) vom 28. August 2019, Zl. 0018599/2017, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden auch: Bf. bzw. Rechtsmittelwerber) wegen Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl 431/1995 in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung BGBl I 22/2016 (im Folgenden: TNRSchG), eine Geldstrafe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 50 Stunden) verhängt sowie ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde in Höhe von 30 Euro festgesetzt.

2. Dieses Straferkenntnis wurde dem Bf. am 3. September 2019 zugestellt.

3. Dagegen hat der Rechtsmittelwerber mit einem am 1. Oktober 2019 – und somit rechtzeitig – zur Post gegebenen Schriftsatz Beschwerde erhoben.

4. Der Magistrat der Stadt Linz hat dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) diese Beschwerde mit Schreiben vom 2. Oktober 2019 samt dem Bezug habenden Akt zur do. Zl. 0018599/2017 (im Folgenden auch kurz: Behördenakt) unter gleichzeitiger Abstandnahme von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung vorgelegt.

5. Da gegenständlich auch die übrigen, in den §§ 7 und 9 VwGVG normierten Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist die vorliegende Beschwerde als zulässig zu werten.

II.

Funktionell-organisatorische und örtliche Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich

Die vorliegende, auf Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG gegründete Beschwerde richtet sich gegen einen Bescheid („Straferkenntnis“) einer Verwaltungsbehörde, deren Amtssprengel im Bundesland Oberösterreich liegt.

Weil diesbezüglich weder in Art. 131 Abs. 2 bis 6 B-VG noch im TNRSchG noch im VwGVG Abweichendes angeordnet ist, hatte das LVwG OÖ im vorliegenden Fall gemäß Art 131 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 1 B-VG durch (seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen) Einzelrichter zu entscheiden.

III.

Tatbild der angelasteten Übertretung

1. Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wird dem Bf. im Kern zur Last gelegt, dass er mittels eines an einem Zigarettenautomaten, der sich an der Hauswand des Geschäftslokales einer in der E. situierten Pizzeria – und damit in ca. 80 Meter Entfernung von seiner Trafik – befunden hätte, angebrachten Plakates in verbotener Weise für ein Tabakerzeugnis geworben habe.

2. Nach § 11 Abs. 1 TNRSchG war Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse grundsätzlich verboten. Dieses Werbeverbot umfasste insbesondere Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft, in der Presse bzw. in anderen gedruckten Veröffentlichungen mit dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung, nicht jedoch den allgemeinen Geschäftsverkehr (Abs. 2).

Ausgenommen von diesem Verbot war gemäß § 11 Abs. 4 Z. TNRSchG die Werbung durch Tabaktrafikanten für Tabakerzeugnisse in Trafiken bzw. im darauf spezialisierten Fachhandel.

Nach § 14 Abs. 1 Z. 4 TNRSchG war u.a. derjenige mit einer Geldstrafe bis zu 7.500 Euro (im Wiederholungsfall bis zu 15.000 Euro) zu bestrafen, der entgegen § 11 TNRSchG für ein Tabakerzeugnis geworben hatte.

3. Gemäß § 36 Abs. 8 des Tabakmonopolgesetzes, BGBl 830/1995 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I 117/2016 (im Folgenden: TMonG), waren Tabaktrafikanten berechtigt, für den Verkauf von Tabakerzeugnissen auch Automaten zu verwenden, die im Geschäftslokal oder an dessen Außenfront angebracht waren; für das Bereitstellen und Betreiben von Automaten an anderen Standorten war hingegen eine gesonderte Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH erforderlich, wobei auf solchen Automaten neben dem Namen oder der Firma auch die Geschäftsadresse und die Fernsprechnummer des Tabaktrafikanten ersichtlich zu machen war (§ 37 Abs. 1 TMonG).

Nach § 39 Abs. 1 TMonG war Tabaktrafikanten die Werbung für Tabakerzeugnisse an der Außenseite des Trafiklokales und im Trafiklokal so weit gestattet, als in sonstigen Bundesgesetzen nicht Anderes bestimmt war; für Inhaber von Tabakfachgeschäften und Inhaber von Tabakverkaufsstellen galten vergleichsweise eingeschränktere Werbebefugnisse (Abs. 2 und 3).

4. Im gegenständlichen Fall geht aus dem Behördenakt hervor – und all dies ist auch zwischen den Verfahrensparteien nicht strittig –, dass der Bf. ein Tabaktrafikant ist und das verfahrensgegenständliche Druckwerk (Werbeposter) auf einen Zigarettenautomaten positioniert war, der sich nicht an der Außenfront seines Trafiklokals, sondern an der Wand eines in ca. 80 Meter Entfernung befindlichen Geschäftslokals einer Pizzeria befand. Weiters besteht allseitige Übereinstimmung dahin, dass dieser Automat seitens des Rechtsmittelwerbers befüllt wurde und die Erlöse jeweils ihm zugekommen waren.

Somit lag zweifelsfrei ein Verkauf von Tabakerzeugnissen durch einen Trafikanten im Wege von einem Zigarettenautomaten vor (wobei davon auszugehen ist, dass der Bf. – wenngleich dies gegenständlich nicht entscheidungswesentlich ist – hierfür auch über eine entsprechende Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH verfügte).

5.1. Daran, dass der Verkauf von Waren mittels Automaten in der heutigen Zeit generell eine standardmäßige Vertriebsform darstellt und somit auch in Bezug auf Tabakprodukte zum dem in § 11 Abs. 2 letzter Halbsatz TNRSchG angeführten „allgemeinen Geschäftsverkehr“ zählt, kann im Grunde kein Zweifel bestehen. Nicht an der Außenseite der Tabaktrafik, sondern anderswo angebrachte Zigarettenautomaten sind sohin gleichsam als eine zum Geschäftslokal des Trafikanten gehörige „Außenstelle“ anzusehen.

Hinsichtlich des generellen Werbeverbotes des § 11 Abs. 1 TNRSchG bedeutet das jedoch nicht, dass dieses deshalb in Bezug auf dislozierte Automaten schon von vornherein nicht zum Tragen käme. Wie nämlich aus § 11 Abs. 2 TNRSchG hervorgeht, ist insoweit (nicht nur in Bezug auf Automaten, sondern generell) darauf

abzustellen, ob und inwieweit eine der in dieser Bestimmung genannten Werbemaßnahmen – im Besonderen mit Blick auf den hier vorliegenden Fall: eine „gedruckte Veröffentlichung“ in Form des Affichierens eines Posters auf der Frontseite eines Zigarettenautomaten – dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung dient.

In Richtung einer dementsprechend restriktiven Auslegung der in § 11 Abs. 2 letzter Halbsatz TNRSchG festgelegten Ausnahme vom Werbeverbot deuten auch die Gesetzesmaterialien (vgl. die E zur RV, 1056 BlgNR, 25. GP, S. 7), wenn es dort heißt:

> „Vom Werbeverbot nicht umfasst ist der allgemeine Geschäftsverkehr; d.h., dass das Aushändigen von Visitenkarten wie auch die Nennung des Unternehmens, etwa bei Stellen-/Ausschreibungen, Vergaben oder Kundmachungen zulässig ist. Meinungsäußerungen sind dann ausgeschlossen, wenn sich diese verkaufsfördernd auswirken; d.h., dass z.B. die Teilnahme an öffentlichen Diskussionsveranstaltungen möglich ist, wenn damit kein Werbeauftritt verbunden ist.“

5.2. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Ansicht des Bf. insoweit als zutreffend, als es jedenfalls als nicht vom Werbeverbot umfasst und damit als zulässig erscheint, dass der Bf. auf den verfahrensgegenständlichen Automaten die Logos der unterschiedlichen dort käuflichen Zigarettensorten – und diese zudem jeweils bloß in derselben Flächengröße wie die entsprechenden Auswahltasten – angebracht hatte.

Dem gegenüber verstieß jedoch die Anbringung eines die gesamte Sichtfläche des Zigarettenautomaten zu nahezu einem Viertel einnehmende Anbringung eines Posters, auf dem eine spezifische Zigarettenmarke als „Testsieger“ angepriesen wird, als nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 11 Abs. 2 letzter Halbsatz TNRSchG subsumierbare Tathandlung gegen das generelle Werbeverbot des § 11 Abs. 1 und 2 TNRSchG, weil sie zweifelsfrei das Ziel der Verkaufsförderung von Zigaretten im Allgemeinen bzw. dieser Marke im Besonderen verfolgte.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass eine solche Vorgangsweise zulässig wäre, wenn sie vom Bf. im Zusammenhang mit einem an der Außenseite seiner Trafik angebrachten Automaten praktiziert worden wäre (vgl. § 39 Abs. 1 TMonG). Während nämlich in diesem Fall ein bloß eingeschränkter Kundenkreis angesprochen wird, zielt eine an einem Zigarettenautomaten angebrachte Werbung gerade dann, wenn dieser – wie hier – an der Hausfront einer Pizzeria angebracht ist, speziell darauf ab, auch solche – v.a. jugendliche – Personen zum Kauf von Tabakerzeugnissen zu animieren, die solchen bisher abstinent gegenübergestanden sind.

5.3.1. Bildet demnach das Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung ein essentielles Tatbestandsmerkmal i.S.d. § 44a Z. 1 VStG, so dies dem Rechtsmittelwerber auch entsprechend angelastet werden müssen.

Derartiges ist jedoch mit dem angefochtenen Straferkenntnis nicht erfolgt.

5.3.2. Würde davon ausgehend der Spruch seitens des LVwG OÖ entsprechend ergänzt, so käme dies aber aus systematischer Sicht im Ergebnis einer Ausdehnung der Anklageschrift – als eine solche ist nämlich nach Ansicht der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts „*das erstinstanzliche Straferkenntnis der belangten Behörde ... im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht*“ zu qualifizieren (vgl. VfGH vom 14. März 2017, E 3282/2016, RN 38, und VwGH vom 13. Dezember 2016, Ra 2016/09/0040) – gleich.

Ungeachtet des Grundsatzes der Amtswegigkeit (vgl. § 25 VStG i.V.m. § 38 VwGVG) ist es jedoch einem Verwaltungsgericht bereits dem Anschein nach verwehrt, richterliche und Anklagefunktion zu vermischen (vgl. EGMR vom 20. September 2016, 926/08, und EuGH vom 14. Juni 2017, C-685/15).

5.3.3. Aus allen diesen Gründen war daher der gegenständlichen Beschwerde gemäß § 50 VwGVG stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG einzustellen, weil dem Rechtsmittelwerber eine Tat angelastet wurde, die – wie gezeigt – in dieser Form nicht strafbar ist.

6. Bei diesem Verfahrensergebnis hat der Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG weder einen Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren der belangten Behörde noch einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem LVwG OÖ zu leisten.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis eine ordentliche Revision zulässig, weil bislang – soweit ersichtlich – eine einheitliche Rechtsprechung des VwGH konkret zu der Frage fehlt, ob bzw. inwieweit die Verpflichtung des Verwaltungsgerichtes zur Spruchergänzung dadurch eingeschränkt wird, dass kein Anschein einer Vermischung von richterlicher und Anklagefunktion entstehen darf.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Eine solche Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Beschlusses – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb derselben Frist auch eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigen Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

Es besteht auch die Möglichkeit, auf eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat jedoch zur Folge, dass

eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und/oder eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Der Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verfahrenshilfe

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr bzw. ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, das bzw. der für eine Vermögensmasse auftritt, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f