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-000362/2/KH/Mu

Datum:
Linz, 4. Februar 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde der E T, vertreten durch B K, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 30. August 2019, GZ: 0024510/2017, wegen Übertretung des Tabak- und Nichtraucherschutzgesetzes (TNRSG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

1. Mit Straferkenntnis vom 30. August 2019, GZ: 0024510/2017, verhängte der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) über E T (im Folgenden: Beschwerdeführerin – Bf) eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 50 Stunden), weil ihr Folgendes vorgeworfen wurde:

„I. Tatbeschreibung:
Die Beschuldigte, Frau E T, geboren am XXXX, hat als Trafikantin am 14.08.2017 um 13:30 Uhr auf dem von ihr ca. 100 m von ihrer Trafik entfernt angebrachten Zigarettenautomaten im Standort L, K Str. X, mittels Werbeplakat Werbung für ein Tabakerzeugnis (Zigaretten) gemacht.
Werbung für Tabakerzeugnisse ist Trafikanten abseits ihres Trafiklokales verboten.

I. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
§ 14 Abs. 1 Z. 4 iVm § 11 Abs. 4 Tabakgesetz, BGBl.Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl.Nr. 120/2008 iVm § 39 Abs. 1 Tabakmonopolgesetz, BGBl.Nr. 830/1995“
[Hervorhebung nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf binnen offener Frist Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Darin wurde von ihr zunächst nicht bestritten, dass sie Eigentümerin des gegenständlichen Zigarettenautomaten ist, allerdings wies sie darauf hin, dass die Fläche auf diesem Automaten vermietet sei. Sie sei daher lediglich für die Bestückung dieses Automaten zuständig. Auf die Oberfläche des Zigarettenautomaten habe sie keinen Einfluss. Daher habe sie weder objektiv noch subjektiv gegen die Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung verstoßen. Auch habe sie von der vom Mieter angebrachten Information keine Kenntnis gehabt, zumal dieser Automat seit dem letzten Plakatwechsel von ihr noch nicht befüllt werden habe müssen.

Außerdem handle es sich hier nicht um eine Zigarettenwerbung, sondern lediglich um einen Hinweis, welche Zigarettensorten sich im Automaten befinden. Eine Werbung sei hingegen das Anpreisen eines bestimmen Produktes. Ein Produkt müsse deshalb abgebildet werden, damit der Kunde weiß, was sich im Zigarettenautomaten befindet und er auch sein gewünschtes Produkt kaufen kann. Diese Werbung liege nicht in ihrer Verfügungsgewalt.

Darüber hinaus sei gemäß § 11 Abs. 4 Z 3 TNRSG die Darbietung der zum Verkauf angebotenen Erzeugnisse an allen zum Verkauf befugten Stellen (!) ausdrücklich vom Werbeverbot ausgenommen. Bei einem dislozierten Zigarettenautomaten, der durch die Monopolverwaltung als Zweigstelle (!) der Trafik genehmigt wurde,

handele es sich unzweifelhaft um eine derartige zum Verkauf befugte Stelle. Da es sich bei der Werbung um die Darbietung eines zum Verkauf angebotenen Erzeugnisses handle, bestehe auch kein Werbeverbot.

Da sie die Werbung nicht selbst angebracht habe und auch nicht erkennen habe können, dass ihre Handlung der Vermietung von Flächen ohne genaueste Überwachung möglicherweise strafbar sein könnte, zumal auch das Anbringen von derartigen Plakaten auf Automaten im gesamten Staatsgebiet seit Jahrzehnten üblich gewesen sei, liege – wenn überhaupt – ein ganz geringes Verschulden vor. Deshalb werde abschließend die Einstellung des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Als Beweis wurde der Beschwerdeschrift ein Mietvertrag beigelegt.

3. Die belangte Behörde übermittelte die rechtzeitig erhobene Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt zu GZ: 0024510/2017 und das Beschwerdevorbringen. Die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung konnte mangels gesonderten Antrages und der Tatsache, dass im angefochtenen Straferkenntnis eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde, unterbleiben (§ 44 Abs. 3 Z 3 VwGVG).

II.2. Aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

1. Frau E T ist Geschäftsführerin der Tabaktrafik T mit Sitz in L, W-straße X.

2. Der Erhebungsdienst der belangten Behörde führte aufgrund einer Anzeige des Zeugen K L am 14. August 2017 um 13:30 Uhr eine Kontrolle beim gegenständlichen Zigarettenautomaten durch, der beim S Markt in der K Straße X in L, aufgestellt war. Dabei wurde die Firma U M, als Eigentümerin und E T als Leasingnehmerin des Zigarettenautomaten festgestellt. Die Werbung sei am ca. 100 Meter von der Trafik entfernten Automaten angebracht worden. Sowohl aus dem Erhebungsbericht vom 23. August 2018, GZ: 0024510/2017 als auch aus dem diesem beigelegten Foto des gegenständlichen Zigarettenautomaten ergibt sich, dass auf diesem Automaten ein Warnhinweis angebracht war.

3. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 7. Februar 2018, GZ: 0024510/2017, wurde die Bf aufgefordert, sich zum Verdacht der Verwaltungsübertretung des § 14 Abs. 1 Z 4 iVm § 11 Abs. 4 Tabakgesetz zu rechtfertigen. Ihr wurde

vorgeworfen, dass sie am 14. August 2017 um 13:30 Uhr als Trafikantin auf dem von ihrer ca. 100 m entfernten Trafik angebrachten Zigarettenautomaten am Standort in L, K Straße X, mittels Werbeplakat Werbung für ein Tabakerzeugnis (Zigaretten) gemacht habe.

4. Bereits in ihrer Rechtfertigung vom 16. Februar 2018 äußerte sich die Bf dahingehend, wie auch nunmehr in ihrer Beschwerdeschrift vom 1. Oktober 2019.

5. Daraufhin erging das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis der belangten Behörde vom 30. August 2019, GZ: 0024510/2017, wegen einer Übertretung des § 14 Abs. 1 Z 4 iVm § 11 Abs. 4 Tabakgesetz iVm § 39 Abs. 1 Tabakmonopolgesetz an die Bf.

6. Aus dem der Beschwerde beigelegten Mietvertrag über einen Zigarettenautomaten vom 3. August 2017 geht hervor, dass dieser Vertrag zwischen der Firma U M als Vermieterin und Frau T als Geschäftsführerin der Tabaktrafik T als Mieterin vereinbart wurde. Unter Punkt VI. auf der Seite 3 dieses Vertrages wurde unter anderem geregelt, dass ausschließlich die Vermieterin am Zigarettenautomaten Werbeflächen anbringen und den Inhalt der Einschaltung am Display bestimmen und gestalten darf. Solche Maßnahmen sind von der Vermieterin im Einklang mit dem Monopolgesetz durchzuführen.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig und widerspruchsfrei aus dem Inhalt des vorgelegten behördlichen Verwaltungsaktes. Die der Bf angelastete Verwaltungsübertretung wird lediglich insoweit von ihr bestritten, als sie zur Rechtfertigung vorbringt, dass der gegenständliche Zigarettenautomat nicht in ihrem Eigentum stehe, sondern von ihr nur gemietet wurde. Im Mietvertrag ist geregelt, dass nur die Eigentümerin am Automaten Informationen anbringen kann. Die Bf habe daher keinen Einfluss darauf, sie sei lediglich für die Bestückung des Zigarettenautomaten zuständig gewesen.

Dies ändert aber nichts daran, dass die Werbung, wie durch das im Akt einliegende Foto dokumentiert, am gegenständlichen Zigarettenautomat angebracht war.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl I Nr. 22/2016 – TNRSG)

sowie des Tabakmonopolgesetzes (BGBl Nr. 830/1995 idF BGBl I Nr. 117/2016 – TabMG) lauten wie folgt:

Gemäß § 11 Abs. 1 TNRSG war Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse 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 gemäß § 11 Abs. 4 Z 4 TNRSG war die Werbung durch Tabaktrafikantinnen und Tabaktrafikanten für Tabakerzeugnisse gemäß § 39 Abs. 1 Tabakmonopolgesetz, BGBl. Nr. 830/1995, sowie Werbung für verwandte Erzeugnisse nach § 1 Z 1e in Trafiken und im darauf spezialisierten Fachhandel.

Nach § 14 Abs. 1 Z 4 TNRSG beging, sofern die Tat nicht nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht war, eine Verwaltungsübertretung und war mit einer Geldstrafe bis zu 7.500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15.000 Euro zu bestrafen, wer entgegen § 11 Werbung oder Sponsoring betrieb.

Gemäß § 36 Abs. 8 des TabMG waren Tabaktrafikanten berechtigt, für den Verkauf von Tabakerzeugnissen auch Automaten zu verwenden, die im Geschäftslokal oder an dessen Außenfront angebracht waren. Das Bereitstellen und Betreiben von Automaten an anderen Standorten war nur mit Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH gestattet.

Nach § 37 Abs. 3 TabMG hatte der Tabaktrafikant seinen Namen oder seine Firma am Geschäftslokal des Tabaktrafikanten von außen ersichtlich zu machen. Auf Automaten außerhalb des Geschäftsstandortes waren neben dem Namen oder der Firma auch die Geschäftsadresse und die Fernsprechnummer des Tabaktrafikanten ersichtlich zu machen.

Gemäß § 39 Abs. 1 TabMG war Tabaktrafikanten die Werbung für Tabakerzeugnisse, soweit in anderen Bundesgesetzen nicht anderes bestimmt war, an der Außenseite des Trafiklokales und im Trafiklokal gestattet.
Für Inhaber von Tabakfachgeschäften und Inhaber von Tabakverkaufsstellen galten vergleichsweise eingeschränktere Werbebefugnisse (Abs. 2 und 3).

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Im gegenständlichen Fall geht unstrittig aus dem Verfahrensakt hervor, dass die Bf Tabaktrafikantin ist und das verfahrensgegenständliche Druckwerk (Werbeposter) auf einem Zigarettenautomaten angebracht war, der sich nicht an

der Außenfront ihres Trafiklokals, sondern an der Wand eines in ca. 100 Meter Entfernung befindlichen Geschäftslokales eines Supermarktes befand. Darüber hinaus wird nicht bestritten, dass dieser Automat seitens der Bf befüllt wurde und der Erlös ihr zugekommen war.

Es steht daher zweifelsfrei fest, dass ein Verkauf von Tabakerzeugnissen durch einen Trafikanten im Wege eines Zigarettenautomaten vorlag (wobei davon auszugehen ist, dass die Bf zu diesem Zweck auch über eine entsprechende Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH verfügte, wenngleich dies gegenständlich nicht entscheidungswesentlich ist).

2.2. Auch kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Verkauf von Waren mittels Automaten in der heutigen Zeit generell eine standardmäßige Vertriebsform darstellt und somit auch in Bezug auf Tabakprodukte zu den in § 11 Abs. 2 letzter Halbsatz TNRSG angeführten „allgemeinen Geschäftsbedingungen“ zählt. Deshalb sind nicht nur an der Außenseite der Tabaktrafik, sondern auch anderswo angebrachte Zigarettenautomaten sohin gleichsam als eine zum Geschäftslokal des Trafikanten gehörige „Außenstelle“ anzusehen.

Hinsichtlich des generellen Werbeverbotes des § 11 Abs. 1 TNRSG 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 TNRSG 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 TNRSG 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.“

2.3. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Ansicht der Bf insoweit als zutreffend, als es jedenfalls als nicht vom Werbeverbot umfasst und damit als zulässig erscheint, dass die Bf auf dem 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 den Großteil der Sichtfläche des Zigarettenautomaten einnehmende Anbringung eines Posters, auf dem eine spezifische Zigarettenmarke angepriesen wird, als nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 11 Abs. 2 letzter Halbsatz TNRSG subsumierbare Tathandlung gegen das generelle Werbeverbot des § 11 Abs. 1 und 2 TNRSG, 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 von der Bf im Zusammenhang mit einem an der Außenseite ihrer Trafik angebrachten Automaten praktiziert worden wäre (vgl. § 39 Abs. 1 TabMG). 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 eines Supermarktes angebracht ist, speziell darauf ab, Personen zum Kauf von Tabakerzeugnissen zu animieren.

2.4. Im vorliegenden Fall bildet jedoch das in § 11 Abs. 2 TNSRG erwähnte Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung ein essentielles Tatbestandsmerkmal des Spruchs i.S.d. § 44a Z 1 VStG und hätte der Bf auch entsprechend angelastet werden müssen. Dies ist jedoch mit dem angefochtenen Straferkenntnis nicht erfolgt.

Da die einjährige Verfolgungsverjährungsfrist bereits abgelaufen ist, ist es dem Landesverwaltungsgericht verwehrt, eine dementsprechende Spruchkorrektur vorzunehmen. Somit war das vorliegende Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, da das Erfordernis des § 44a Z 1 VStG im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der direkten oder indirekten Verkaufsförderung nicht erfüllt ist.

2.5. Der Ausspruch betreffend die Beiträge zu den Kosten des Beschwerde- bzw. des Behördenverfahrens ist in § 52 Abs. 8 und 9 Verwaltungsgerichtsverfahrens-gesetz (VwGVG) begründet.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein 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.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei 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/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, die für eine Vermögensmasse auftreten, 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Hörzing