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-000509/3/KH

Datum:
Linz, 6. September 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des A L, vertreten durch RA Dr. S K, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 27. Oktober 2021, GZ: BHBR/921040004398/21, wegen Übertretung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes (AWEG)

zu Recht:

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

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

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 27. Oktober 2021, GZ: BHBR/921040004398/21, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Braunau (im Folgenden: belangte Behörde) über A C L (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) zwei Verwaltungsstrafen in Höhe von 100 Euro und 20 Euro, da ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„1. Datum/Zeit: 21.09.2020, 06:30 Uhr
Ort: M, X

Sie haben entgegen des Bundesgesetzes über die Einfuhr und das Verbringen von Arzneimitteln, Blutproben und Produkten natürlicher Heilvorkommen (Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010) von M, X und somit vom Inland aus per Fernkommunikationsmittel Arzneiwaren, dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf (also für den Endverbraucher bestimmt), welche unter Position 3003 und 3004 der Kombinierten Nomenklatur der EU fallen, nämlich
10x2 kg Säcke Van Kava, KN-Code 3003900000
10x2 kg Säcke Fii Kava, KN-Code 3003900000
im Fernabsatz am 13.08.2020 bestellt und welche von A, X, X, aufgrund der von Ihnen getätigten Bestellung – Flugverkehr durch die D GmbH, X, X eine Importabfertigung am Warenort Flughafenstraße X, X zur Abfertigung angemeldet wurde. Die Kontrolle vor Ort fand am 22.09.2020 um 6:30 Uhr statt.

Sie haben somit diese Arzneiwaren ohne die erforderliche Einfuhrbescheinigung in das Bundesgebiet eingeführt.

Gemäß § 21 Abs. 3 AWEG, BGBl.I Nr. 65/2011 wird das beschlagnahmte Arzneimittel für verfallen erklärt

Insbesondere möge angeführt werden, von welcher Adresse die Bestellung getätigt wurde.

„2. Datum/Zeit: 22.09.2020, 06:30 Uhr
Ort: M, X

Die Einfuhr von Produkten natürlicher Heilvorkommen ist – wenn diese im Inland unter Anführung medizinischer Indikationen in Verkehr gebracht werden sollen – nur zulässig, wenn dafür eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt worden ist.

Insbesondere möge angeführt werden, von welcher Adresse die Bestellung getätigt wurde.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 3 Abs. 1 iVm § 21 Abs. 1 Z. 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010, BGBl. Nr. 79/2010 idgF
2. § 18 Abs. 1 iVm § 21 Abs. 1 Z. 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010, BGBl. Nr. 79/2010 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

	Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß	Vormerkdelikt
1.	€ 100,00	0 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)			§ 21 Abs. 1 Z. 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010, BGBl. I. 79/2010 idgF
2.	€ 20,00	0 Tage(n) 1 Stunde(n) 0 Minute(n)			§ 21 Abs. 1 Z. 5 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010, BGBl. I. 79/2010 (AWEG 2010)“

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf vor, dass in Österreich derzeit kein Arzneimittel zugelassen sei, das kavahältig sei und der Bf auch nicht vor hatte, ein solches herzustellen. Das Pulver müsse zumindest weiterverarbeitet werden, um eine Arzneimitteleigenschaft iSd AWEG aufzuweisen. Weiters wurden verfassungsgesetzlich verbotene Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit sowie in das Eigentumsrecht des Bf sowie die Rechtswidrigkeit des angeordneten Verfalls vorgebracht.
Beantragt wurde die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses, in eventu die Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Aufhebung und Zurückverweisung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe. Weiters wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Aushändigung der beschlagnahmten Ware sowie der Ersatz der Verfahrenskosten durch die belangte Behörde beantragt.

3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Anlässlich einer Zollkontrolle durch Organe des Zollamtes Linz Wels am Flughafen H (X, X) am 22. September 2020 wurden 10x2kg Säcke Van Kava sowie 10x2kg Säcke Fii Kava (hellbraunes, mehlfeines Pulver) vorgefunden. Von jeder Sorte wurde ein 2kg-Sack zum Zweck der Untersuchung einer Probe durch die Technische Untersuchungsanstalt (SZKTUA) entnommen [Anzeige Zollamt].

2. Die Proben wurden von der Technischen Untersuchungsanstalt als Fii Kava mit dem Tarifierungsvorschlag 3003490000 / V999 sowie Van Kava mit dem Tarifierungsvorschlag 3003490000 / V999 eingeordnet. Es handelt sich bei den im Rahmen der Kontrolle vorgefundenen Waren (beide Sorten) um Arzneiwaren, die aus zwei oder mehr zu therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken gemischten Bestandteilen bestehen, die weder dosiert, noch in Aufmachungen für den Einzelverkauf vorliegen. Das Pulver ist eine getrocknete Zubereitung aus einem arzneilichen Wirkstoff (Alkaloide: Kavain, Kavalctone) in einer pflanzlichen Matrix Kava Kava (Piper methysticum), einem Pflanzenauszug sowie strukturverwandten Inhaltsstoffen. [Untersuchungsbefunde Technische Untersuchungsanstalt v. 16.10.2020, 1648/2020 und 1649/2020].

3. Die vorgefundenen Waren waren am 13. August 2020 im Fernabsatz bestellt und von A, X, nach Österreich gesandt worden.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verwaltungsakt. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht notwendig, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist.

2. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich eindeutig und widerspruchsfrei aus den in den eckigen Klammern genannten Beweismitteln.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

<u>1. Rechtsgrundlagen:</u>

Die maßgeblichen Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes (AWEG), BGBl. I Nr. 79/2010 lauten wie folgt:

„Gemäß § 2 Z 1 lit c Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010 (AWEG) iVm der Verordnung (EWG) 2658/87 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif (im Folgenden: VO 2658/87) gelten Waren der Position 3004 als Arzneiwaren.“

§ 2 Z. 1, 3 und 4 AWEG:
„§ 2. Im Sinne dieses Bundesgesetzes bedeutet:
1. Arzneiwaren: nachstehende Waren im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif, ABl. Nr. L 256 vom 07. 09. 1987, S 1:
a) Waren der Unterposition 3002 20,
b) Waren der Unterposition 3002 30,

c) Waren der Position 3004,
d) Röntgenkontrastmittel und diagnostische Reagenzien zur innerlichen Anwendung am Patienten aus der Unterposition 3006 30,
e) Waren der Unterposition 3006 60, und
f) Netzflüssigkeiten für harte Kontaktlinsen und Pflegeprodukte für weiche Kontaktlinsen aus der Unterposition 3307 90;
[…]
3. Produkte natürlicher Heilvorkommen: Waren der Unterpositionen 2201 10, ex 2201 90, ex 2501 00, ex 2530 90, ex 3003 90 und 3004 90 im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87;
4. Einfuhr: Beförderung von Arzneiwaren, Blutprodukten oder Produkten natürlicher Heilvorkommen aus Staaten, die nicht Vertragsparteien des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) sind, in das Bundesgebiet mit Ausnahme der nachweislichen Durchfuhr;“

§ 2 Z. 4 AWEG:
„4. Einfuhr: Beförderung von Arzneiwaren, Blutprodukten oder Produkten natürlicher Heilvorkommen aus Staaten, die nicht Vertragsparteien des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) sind, in das Bundesgebiet mit Ausnahme der nachweislichen Durchfuhr.“

§ 3 Abs. 1 AWEG normiert, dass die Einfuhr oder das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf, soweit dieses Bundesgesetz nichts anderes bestimmt, nur zulässig ist, wenn im Fall der Einfuhr eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde oder im Falle des Verbringens eine Meldung erfolgt ist.“

§ 21 Abs. 1 Z. 1 und 2 AWEG:
„§ 21. (1) Wer
1. Arzneiwaren entgegen § 3 ohne Einfuhrbescheinigung einführt, […]
begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 3 600 Euro, im Wiederholungsfall mit einer Geldstrafe bis zu 7 260 Euro zu bestrafen.“

Gemäß Kapitel 30 der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 vom 23. Juli 1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif finden sich folgende KN-Codes und Warenbezeichnungen:

„3003: Arzneiwaren (ausgenommen Erzeugnisse der Position 3002, 3005 oder 3006), die aus zwei oder mehr zu therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken gemischten Bestandteilen bestehen, weder dosiert noch in Aufmachungen für den Einzelverkauf“

„3003 40 00 — Alkaloide oder ihre Derivate, jedoch weder Hormone noch andere Erzeugnisse der Position 2937 noch Antibiotika enthaltend“

„3004: Arzneiwaren (ausgenommen Erzeugnisse der Position 3002, 3005 oder 3006), die aus gemischten oder ungemischten Erzeugnissen zu therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken bestehen, dosiert oder in Aufmachungen für den Einzelverkauf“

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Dem Bf wird in Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses wörtlich vorgeworfen, vom Inland aus per Fernkommunikationsmittel „Arzneiwaren, dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf (also für den Endverbraucher bestimmt)“ bestellt zu haben, welche unter Position 3003 und 3004 der Kombinierten Nomenklatur der EU fallen, nämlich 10x2kg Säcke Van Kava, KN-Code 3003900000 sowie 10x2kg Säcke Fii Kava, KN-Code 3003900000, im Fernabsatz bestellt und ohne Einfuhrbescheinigung in das Bundesgebiet eingeführt zu haben.

Dazu ist festzuhalten, dass unter Heranziehung der Untersuchungsberichten 1648/2020 und 1649/2020, der Technischen Untersuchungsanstalt jeweils vom 16. Oktober 2020, davon auszugehen ist, dass es sich bei den beprobten und vom Bf bestellten Waren (je ein 2kg Sacke jeder Sorte – Van Kava / Fii Kava) weder um dosierte, noch in Aufmachung für den Einzelverkauf befindliche Arzneiwaren handelte. Demgemäß wurden sie auch im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses unter KN-Codes der Gruppe 3003, welche per definitionem Arzneiwaren umfassen, die weder dosiert noch in Aufmachungen für den Einzelverkauf vorliegen, eingeordnet, was auch dem Tarifierungsvorschlag der Technischen Untersuchungsanstalt entspricht. Dennoch wurde im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wörtlich ausgeführt, dass die verfahrensgegenständlichen Waren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf vorlagen bzw. auch die Bestimmung des § 3 Abs. 1 AWEG als präjudizielle Norm zitiert, was jedoch wie erwähnt aufgrund einer – auch im Spruch des Straferkenntnisses angeführten – Tarifierung, welche eben nicht von einer Dosierung oder Aufmachung für den Kleinverkauf ausgeht, nicht den Tatsachen entspricht, wobei auch die im Rahmen der Zollkontrolle vorgefundenen Verpackungsgrößen (2kg-Säcke) gegen die Annahme einer Dosierung bzw. Aufmachung für den Kleinverkauf sprechen.

Somit ist festzuhalten, dass hinsichtlich Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses der dem Bf vorgeworfene Verstoß gegen § 3 Abs. 1 AWEG im Hinblick auf den objektiven Tatbestand nicht vorliegt. Eine Abänderung des Spruchs ist aufgrund der bereits eingetretenen Verfolgungsverjährung nicht mehr möglich, weshalb dieser Spruchpunkt zu beheben ist.

2.2. Zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses ist festzuhalten, dass dieser wörtlich lautet „Die Einfuhr von Produkten natürlicher Heilvorkommen ist - wenn diese im Internet unter Anführung medizinischer Indikationen in Verkehr gebracht werden sollen – nur zulässig, wenn dafür eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt worden ist. Insbesondere möge angeführt werden, von welcher Adresse die Bestellung getätigt wurde.“

Somit wird in Spruchpunkt 2. lediglich der Wortlaut des § 18 Abs. 1 AWEG zitiert. Es finden sich darüber hinaus jedoch keinerlei Hinweise, um welche Produkte es sich dabei handeln soll bzw. welche Tathandlung dem Bf diesbezüglich konkret vorgeworfen wird.

Hiezu wird auf die zur Bestimmung des § 44a VStG im Hinblick auf die notwendige Konkretisierung der Tathandlung auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen: „Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1.7.2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (zB VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017; 17.4.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl VwGH 20.7.1988, 86/01/0258; 31.1.2000, 97/10/0139; s auch VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124).“

Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (VwGH 25. Februar 2003, 2001/10/0257).

Da Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses jedoch nicht erkennen lässt, welche Tathandlung dem Bf konkret vorgeworfen wird, ist den Anforderungen des § 44a VStG mit der Formulierung dieses Spruchpunktes nicht genüge getan. Somit ist auch Spruchpunkt 2. zu beheben.

2.3. Zu den Anträgen in der Beschwerde, dem Bf die beschlagnahmte Ware auszuhändigen bzw. die belangte Behörde zum Ersatz von Verfahrenskosten zu verhalten, ist auszuführen, dass einerseits im angefochtenen Straferkenntnis, welches Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ist, keine Beschlagnahme der gegenständlichen Waren ausgesprochen wurde und andererseits der Ersatz von Verfahrenskosten durch die belangte Behörde für den Fall der Aufhebung des Straferkenntnisses gesetzlich nicht vorgesehen ist.

2.4. Der Ausspruch zu den Verfahrenskostenbeiträgen ist in § 52 Abs. 8 und 9 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (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 Entscheidung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. 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 außerordentlichen 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 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.

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 Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Hörzing