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-000513/3/FP

Datum:
Linz, 24. Mai 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von St R B, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 14. März 2022, GZ: BHKI/921090035926/21, wegen Übertretung des AWEG 2010

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. 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.1. Mit dem im Rubrum bezeichneten Straferkenntnis warf die belangte Behörde dem Bf vor, er habe am 19. August 2021 an einer bestimmten Adresse in P im Fernabsatz vom Inland aus dem Anwendungsbereich des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2010 (AWEG 2010) unterliegende und unter Position 3004 der Kombinierten Nomenklatur der EU (§ 2 Z 1 lit. c AWEG 2010) fallenden Arzneiwaren, nämlich 10 Stück Vega Extra (Sildenafil) per Fernkommunikationsmittel bestellt, welche aufgrund der von ihm getätigten Bestellung per Postversand am 19. August 2021 in das Bundesgebiet (Österreich) eingeführt und vom Zollamt Österreich, Zollstelle Wien, entdeckt worden seien. Er habe somit zu verantworten, dass entgegen § 3 AWEG 2010, wonach die Einfuhr und das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkehr nur zulässig ist, wenn vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt worden sei. Die Arzneiwaren seien ohne Vorliegen der erforderlichen Einfuhrbescheinigung in das österreichische Bundesgebiet eingeführt worden.

In ihrer Begründung spricht die belangte Behörde von einem Postversand aus Ungarn und stellt dar, dass die Angaben des Bf, der darlegt das Arzneimittel nicht bestellt zu haben, eine Schutzbehauptung seien.

I.2. In seiner rechtzeitigen Beschwerde vom 29. März 2022 stellt der Bf auf das Wesentliche zusammengefasst dar, dass er das gegenständliche Potenzmittel nicht bestellt habe.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde dem Verwaltungsgericht samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 27. April 2022 zur Entscheidung vorgelegt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Bereits aus diesem ergibt sich, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, weshalb eine Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG entfällt.

Das Verwaltungsgericht hat dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen am 3. Mai 2022 gemäß § 10 VwGVG Mitteilung von der Beschwerde gemacht, auf welche dieses nicht reagiert hat.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Das Zollamt, Zollstelle Wien hat am 19. August 2021 eine Postsendung entdeckt, in welcher sich das Arzneimittel Sildenafil mit dem Handelsnamen Vega Extra befunden. Dieses ist nach dem KN-Code 30049000 einzuordnen. Das Paket war an den Bf adressiert und soll von einer Person mit der Adresse X abgesendet worden sein. Die Sendung trug eine Nummer der ungarischen Post und wurde am 16. August 2021 von einem Postamt in X entgegen genommen und von dort nach Österreich gesandt.
[Anzeige; Einsicht in die Sendungsverfolgung der ungarischen Post]

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet:

„Datum/Zeit: 19.08.2021, 14:00 Uhr
Ort: X

Sie haben im Fernabsatz mit der Empfängeradresse X und somit vom Inland aus dem Anwendungsbereich des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2010 (AWEG 2010) unterliegende und unter Position 3004 der Kombinierten Nomenklatur der EU (§ 2 Z 1 lit. c AWEG 2010) fallenden Arzneiwaren, nämlich 10 Stück Vega Extra (Sildenafil) per Fernkommunikationsmittel bestellt, welche aufgrund der von Ihnen getätigten Bestellung per Postversand am 19.08.2021 in das Bundesgebiet (Österreich) eingeführt und vom Zollamt Österreich, Zollstelle Wien, entdeckt wurden und haben somit zu verantworten, dass entgegen § 3 AWEG 2010, wonach die Einfuhr und das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkehr nur zulässig ist, wenn vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde, die vorgenannten Arzneiwaren ohne Vorliegen der erforderlichen Einfuhrbescheinigung somit in das österreichische Bundesgebiet eingeführt wurden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 21 Abs. 1 Zif. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010 BGBl. I 79/2010 i.d.g.F.“
[Straferkenntnis]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
Es darf an dieser Stelle – und für den Ausgang des ggst. Verfahrens ohne Belang - angemerkt werden – und scheint dies weder dem Zoll, noch der belangten Behörde aufgefallen zu sein, dass sich die vom Zoll angegebene Absenderadresse vorliegend als besonders dubios erweist, zumal sich W, also W, bekanntermaßen in Polen und nicht in Ungarn befindet (auch die Postleitzahl folgt der polnischen Nomenklatur). Die Postadresse X existiert demgegenüber in Ungarn, das Postamt X ist allerdings fast 1 1/2 Stunden von dieser entfernt. Dies wäre durch

Einsichtnahme in das Internet leicht feststellbar gewesen. Es liegt nahe, dass der Versender kein großes Interesse an einer Identifikation gehabt zu haben scheint und kann insofern auch die Verantwortung des Bf nicht ohne weiteres als Schutzbehauptung abgetan werden, zumal hier offensichtlich kein Vorgang über offizielle Wege vorliegt und es zumindest nicht ausgeschlossen scheint, dass auch in Bezug auf den Sendungsempfang der Versuch der Verschleierung erfolgte.
Angesichts des Versands aus Ungarn, jedenfalls aber aus dem EU-Ausland, erweisen sich weitere Ermittlungen aber als irrelevant.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen:

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.

Nach § 2 Z 4 AWEG bedeutet 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.

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

Nach § 21 Abs 1 Z 1 leg cit 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, wer Arzneiwaren entgegen § 3 ohne Einfuhrbescheinigung einführt.

III.2. Die belangte Behörde wirft dem Bf vor, im Fernabsatz mit der Empfängeradresse X Arzneiwaren per Fernkommunikationsmittel bestellt zu haben, welche aufgrund der von ihm getätigten Bestellung per Postversand in das Bundesgebiet eingeführt worden seien. Er habe somit zu verantworten, dass entgegen § 3 AWEG 2010, wonach die Einfuhr und das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkehr nur zulässig ist, wenn vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde, die Arzneiwaren ohne Vorliegen der

erforderlichen Einfuhrbescheinigung in das österreichische Bundesgebiet eingeführt wurden.
Dabei übersieht die belangte Behörde, dass es sich vorliegend schon nicht um eine „Einfuhr“ im Sinne des Gesetzes handelt, weil von einer Einfuhr gemäß der Definition des § 2 Z 4 AWEG 2010 nur dann auszugehen ist, wenn die Ware aus einem Land, welches nicht Mitglied des EWR ist nach Österreich gelangt.

Dementsprechend war aber auch keine Einfuhrbescheinigung des BASG einzuholen und liegt keine Verletzung des § 21 Abs 1 Z 2 iVm § 3 Abs 1 AWEG 2010 vor.

Die belangte Behörde hat dem Bf insofern nach dem Wortlaut des Spruchs eine Tat gemäß § 21 Abs 1 Z 1 AWEG vorgeworfen. Eine solche hat der Bf nicht begangen, weil es, wie bereits dargestellt nicht zu einer Einfuhr gekommen ist.

Vorliegend hat viel mehr eine Bestellung im Fernabsatz und in der Folge wohl ein Verbringen von einem EU-Land nach Österreich stattgefunden, wofür das Gesetz eine nachträgliche Meldung durch eine gemäß § 4 AWEG berechtigte Institution vorsieht.

Die belangte Behörde hätte dem Bf insofern einen diesbezüglichen Vorwurf machen müssen.

III.3. Spruchmangel und „Sache des Beschwerdeverfahrens“

III.3.1. Eine (die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende) Verfolgungshandlung nach § 32 Abs 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften iSd § 44a Z 2 VStG zu beziehen; (VwGH 21. Oktober 2014, Ra 2014/03/0006;).

„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).

(*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2)."

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).

Diesen Kriterien wird der vorliegende Spruch nicht gerecht, weil die belangte Behörde dem Bf den Vorwurf gemacht habe, er habe aufgrund seiner Bestellung im Fernabsatz zu verantworten, dass ein Arzneimittel ohne Einfuhrbescheinigung in das Bundesgebiet eingeführt worden sei.

Gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Februar 2019, Ro 2019/10/0004 kommt es nicht auf § 17 AWEG an, sondern auf § 21 iVm § 3 Abs 1 AWEG, welche jedoch jeweils unterschiedliche Tatbestände (Einfuhr, Verbringen) die demnach bei der Spruchfassung maßgeblich sind, weil der VwGH in dieser Entscheidung davon ausgeht, dass die strafbare Handlung nicht in der Bestellung gemäß § 17 AWEG 2010, sondern in der Einfuhr bzw. der Verbringung zu sehen scheint.

Demgemäß hätte die belangte Behörde dem Bf einen Vorwurf in Bezug auf das Verbringen ohne Meldung, nicht aber in Bezug auf die Einfuhr ohne Einfuhrbescheinigung machen müssen, weil gegenständlich keine Einfuhr erfolgte und keine Einfuhrbescheinigung auszustellen war.

III.3.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig, wenn es nicht zu einem Austausch der Tat durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl VwGH 17. Februar 2016, Ra 2016/04/0006; VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226).
Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus besteht nicht. Zum Beispiel stellt die Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht weiterhin (wie früher im Berufungsverfahren) eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl näher VwGH 5. November 2014, Ra 2014/09/0018). Dies muss gleichermaßen für eine so weitreichende Änderung des Spruchs dahingehend gelten, dass eine Strafbarkeit durch diese erstmalig begründet wird.

„Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8. November 2000, 99/04/0115).
Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

III.4. Vorliegend hat die belangte Behörde dem Bf ein Handeln als verpönt vorgeworfen, wofür sich im Gesetz keine Grundlage findet. Das Gesetz kennt bei Sendungen aus EU-Staaten keine „Einfuhr“ und auch kein Verbot bei Fehlen einer Einfuhrbescheinigung.

Das Verwaltungsgericht müsste dem Bf erstmalig einen gänzlich anderen Vorwurf nach dem AWEG machen, wodurch es zu einem Austausch der Tat käme.
Dies ist dem Verwaltungsgericht verboten, weil es den Gegenstand der Sache des Verwaltungsstrafverfahrens überschreiten und die Tat austauschen würde.

Der Beschwerde des Bf ist insofern schon aus diesem Grund Folge zu geben, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

IV. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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. Pohl