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-000518/3/FP

Datum:
Linz, 24. Mai 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von Mag. phil. M A, X gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 15. März 2022, GZ: BHKI/922090004224/22, wegen Übertretung des AWEG 2010

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird im Punkt der Strafe dahin Folge gegeben, dass die verhängte Strafe auf 150 Euro (14 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt wird. Im Übrigen (Punkt der Schuld) wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der Textteil des Spruchs des angefochtenen Straferkenntnisses wie folgt zu lauten hat:

„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 (VO 2658/87; § 2 Z 1 lit. c AWEG 2010) fallenden Arzneiwaren, nämlich 16 Stück Iverheal 3 (Ivermectin) bestellt, welche von Indien im Wege der India Post am 17. Jänner 2022 in das Bundesgebiet (Österreich) eingeführt und vom Zollamt Österreich, Zollstelle Wien entdeckt wurden. Sie haben zu verantworten, dass die vorgenannten Arzneiwaren entgegen § 3 AWEG 2010, wonach die Einfuhr und das Verbringen von Arzneiwaren, dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf, nur zulässig ist, wenn vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde, ohne Vorliegen der erforderlichen Einfuhrbescheinigung in das österreichische Bundesgebiet eingeführt wurden.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 3 Abs. 1 Z1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010 idF BGBl. I 79/2010“

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens reduziert sich auf 15 Euro.

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.1. Mit dem im Rubrum genannten Straferkenntnis reduzierte die belangte Behörde die in einer Strafverfügung vom 8. Februar 2022, GZ: BHKI/922090004224/22 von 360 auf 250 Euro, ohne – trotz vollen Einspruchs – über den Schuldspruch gesondert abgesprochen zu haben.

I.2. In ihrer rechtzeitigen Beschwerde vom 13. April 2022 legte die Bf auf das Wesentliche zusammengefasst dar, nicht nur über die in der Strafverfügung verhängte Höhe der Strafe Beschwerde erhoben zu haben, sollte sie gegen § 21 Abs 1 Z 2 und § 3 Abs 1 AWEG 2010 verstoßen haben entschuldige sie sich dafür und versichere, dass es das erste und das letzte Mal gewesen sei.
Sie sei unbescholten und habe nie ein Produkt von einem Land außerhalb der EU erhalten. Die Begründung, die verhängte Geldstrafe sei angemessen und aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um sie von der Begehung künftiger gleichartiger Verwaltungsübertretungen abzuhalten, könne die Bf nicht nachvollziehen, da sie noch nie wegen eines derartigen Deliktes angeklagt oder beschuldigt worden sei. Der Bf würde pauschal eine böse Absicht unterstellt, die Bf habe keine Interessen geschädigt oder gefährdet. Sie habe keine nachteiligen Folgen verursacht.

Die Bf habe zwei Kinder, die studieren und noch nichts verdienen, weshalb die Strafe für sie unverhältnismäßig hoch sei und ersuche sie um Berücksichtigung und Milderung der Strafhöhe.
Sie stelle daher das Begehren, die Strafe im Falle des Ergehens eines Straferkenntnisses weiter herabzusetzen.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 6. Mai 2022 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Die Bf hat keine Verhandlung beantragt und wurde im Straferkenntnis keine 500 Euro übersteigende Strafe verhängt, weshalb eine Verhandlung gemäß § 44 Abs 3 Z 3 VwGVG unterbleiben kann. Zudem bestreitet die Bf den festgestellten Sachverhalt nicht, vielmehr stellt sie auf das Wesentliche zusammengefasst dar, dass sie nicht darum wusste, dass ihr Handeln verboten ist.

Das Verwaltungsgericht hat dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen am 10. 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:

Die Bf hat bei einem indischen Anbieter im Internet 16 Stück Ivermectin (Iverheal 3) bestellt. Dieser sandte das Arzneimittel, welches in der kombinierten Nomenklatur der EU (VO 2658/87) unter Position 30049000 fällt, per Post nach Österreich. Das Arzneimittel wurde am 17. Jänner 2022 in das Bundesgebiet eingeführt, wo es vom Beamten des Zolls aufgefunden wurde.
Die Bf ist keine Institution gemäß § 4 AWEG 2010. Ein Antrag auf Ausstellung einer Einfuhrbescheinigung liegt nicht vor.
Die Bf verfügt über ein Einkommen von 2.800 Euro und hat zwei Sorgepflichten.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Akt. Die Bf bestreitet nicht, die Tabletten in Indien bestellt zu haben. Vielmehr stellt sie auf das Wesentliche zusammengefasst dar, geglaubt zu haben, dies sei erlaubt.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtswidrigkeit der behördlichen Entscheidung nur über die Strafhöhe:

Die belangte Behörde geht zu Unrecht davon aus, dass die Bf mit ihrem Einspruch lediglich die Strafhöhe bekämpft hat.

Für die Beurteilung der Frage, ob im gegen eine Strafverfügung gerichteten Einspruch nur das Strafausmaß angefochten wird, kommt es auf den Inhalt des Einspruchs in seiner Gesamtheit an. Maßgebend ist, ob bei objektiver Betrachtungsweise davon ausgegangen werden kann, dass der Beschuldigte auch den Schuldspruch bekämpft hat (VwGH 22.4.1999, 99/07/0010; 24.10.2002, 99/15/0172).

Wie sich aus dem Wortlaut des Einspruchs ergibt, hat die Bf „vollen“ Einspruch gegen die Strafverfügung vom 8. Februar 2022 erhoben, stellt sie doch bspw. dar, dass sie nicht gewusst habe, dass die bestellte Ware unter das Arzneimittelgesetz falle. Damit ficht die Bf die Strafverfügung in Bezug auf den subjektiven Tatbestand. Sie führt im Übrigen auch aus, dass sie Einspruch „gegen die gesamte Strafverfügung“ erhebt. Die Bf bekämpft nicht ausdrücklich nur das Ausmaß der Strafe (§ 49 Abs. 2 VStG), wie dies von der belangten Behörde rechtsirrig unterstellt wird.

Es kann keine Rede davon sein, dass die Bf ausdrücklich nur das Ausmaß der Strafe bekämpft hat.

Die belangte Behörde hätte daher das ordentliche Verfahren einleiten müssen und mittels vollständigem Spruch ein Straferkenntnis erlassen müssen.

Dieser Fehler ist nach der aktuellen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vom Verwaltungsgericht zu korrigieren:

„Wenn sich der Einspruch sowohl gegen den Schuld- als auch gegen den Strafausspruch der Strafverfügung wendet, spricht die Behörde mit ihrem Straferkenntnis, mit dem es ausdrücklich nur die Strafe herabsetzt, zumindest implizit bestätigend auch über den Schuldspruch ab, kann sie sich in diesem Fall bei der Entscheidung über die Strafe doch nicht auf einen rechtskräftig gewordenen Schuldspruch stützen. Das VwG hat in diesem Fall in der Verwaltungsstrafsache selbst zu entscheiden, sowohl über die Schuld wie auch über die Strafe abzusprechen und in seiner Entscheidung einen unvollständigen Spruch des behördlichen Strafbescheids zu ergänzen (vgl. VwGH 11.9.2019, Ra 2019/02/0094). […].“ (VwGH 25. Jänner 2022, Ra 2021/09/0221)

III.2. 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.

Gemäß § 4 Abs 1 leg. cit. sind zur Antragstellung auf Ausstellung einer Einfuhrbescheinigung und zur Meldung öffentliche Apotheken, Anstaltsapotheken und Unternehmen, die in einer Vertragspartei des EWR zum Vertrieb von Arzneiwaren berechtigt sind, berechtigt.

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.3. Nach den dargestellten Bestimmungen bedarf die Einfuhr von Arzneiwaren, was der Fall ist, wenn diese aus einem Staat der nicht der EU bzw. dem EWR angehört nach Österreich verbracht werden, einen Antrags an das BASG.

Die Bf hat die Einfuhr des Arzneimittels durch Bestellung im Internet veranlasst. Der vorliegende Spruch entspricht jenem, der auch der vor dem Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 21. November 2019, GZ: Ra 2018/10/0050 entschiedenen Sache zugrunde lag und vom Verwaltungsgerichtshof als rechtmäßig angesehen wurde.

Die Bf hat insofern den objektiven Tatbestand der im Spruch genannten Bestimmungen erfüllt.

III.4. Subjektive Tatseite

Das Vorbringen der Bf konzentriert sich im Wesentlichen auf den subjektiven Tatbestand. Die Bf stellt dar, dass sie nicht gewusst habe, dass sie gegen das Gesetz verstoße.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da das AWEG 2010 über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 23. Dezember 1991, 88/17/0010 mwN).

Die Bf stellt dar, sie habe nicht gewusst, dass ihr Handeln strafbar ist. Sie beruft sich auf einen Verbotsirrtum.
„Ein Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) im Sinne des § 5 Abs 2 VStG setzt voraus, dass demjenigen, der sich auf diesen beruft, das Unerlaubte seines Verhaltens trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Auch eine irrige Gesetzesauslegung entschuldigt den Betroffenen nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es (zur Einhaltung der obliegenden

Sorgfaltspflicht) einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Gerade dann, wenn eine Partei der Ansicht ist, dass die maßgebliche Rechtslage mangels einschlägiger Rechtsprechung komplex gewesen sei, ist sie jedenfalls verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn sie dies unterlassen hat, vermag sie eine fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von ihrer Schuld zu befreien (vgl etwa VwGH vom 27. Jänner 2016, Ra 2015/03/0092; VwGH vom 24. März 2015, 2013/03/0054, mwH).“ (VwGH 21. Juni 2017; Ro 2016/03/0011)

Die Bf könnte sich insofern nur entlasten, wenn sie sich vor ihrer Bestellung bei der zuständigen Behörde informiert hätte, ob ihr Handeln erlaubt ist. Der Umstand, dass man ein Gesetz nicht kennt, entlastet nicht.

Gerade das von der Bf bestellte Medikament war zuletzt Gegenstand häufiger Presseberichte und sind im Internet vielfältige Informationen über Gefahren bei unkontrollierter Einnahme zu finden, jedenfalls aber, dass das Medikament der Rezeptpflicht unterliegt. Gerade diese Umstände und jener, dass die Bf sich eines indischen Händlers bedienen musste, um an das Präparat zu kommen, hätten die Bf veranlassen müssen, sich zu informieren.

Die Bf hat ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

III.5. Strafbemessung

Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28. November 1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist.

Unbescholtenheit bildet einen wesentlichen Milderungsgrund, dieser kommt der Bf zu Gute. Wenn die Bf auch kein der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes

entsprechendes Geständnis ablegt, ist aus dem Vorbringen doch Schuldeinsicht abzuleiten. Auch dieser Umstand wirkt mildernd.

Das Verwaltungsgericht erachtet die von der Behörde verhängte Strafe, vor dem Hintergrund des Einkommens der Bf und ihrer Sorgepflichten, vor Allem aus spezialpräventiven Erwägungen als zu hoch. Das Gericht geht davon aus, dass die Bf aus ihrer Tat ausreichend gelernt hat und keine Medikamente, die Einfuhrbeschränkungen unterliegen, mehr im Internet bestellen wird.
Dennoch ist nicht von nur unerheblichem Verschulden auszugehen, weil die Bf angesichts des Umstandes, dass Ivermectin über österreichische Apotheken und ohne Rezept nicht leicht zu beschaffen ist und aufgrund zahlreicher Berichte in den Medien, hellhörig hätte werden müssen. Zudem ist gerade bei der Bestellung von Ivermectin aus generalpräventiver Sicht eine spürbare Strafe zu verhängen, weil aufgrund einer in der Coronakrise kolportierten Ansicht, Ivermectin zeige Wirkung gegen COVID-19-Erkrankungen, eine erhöhte Nachfrage entstanden ist, das Medikament für diesen Anwendungszweck aber über keine Zulassung verfügt und bei Überdosierung zu Gesundheitsgefährdungen führen kann (vgl. https://www.basg.gv.at/marktbeobachtung/amtliche-nachrichten/detail/warnung-vor-anwendung-von-ivermectin-zur-behandlung-von-covid-19).

Das Gericht erachtet vor diesem Hintergrund eine Strafe von 150 Euro als angemessen und ausreichend um die erforderliche spezialpräventive Wirkung zu entfalten. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde in angemessenem Verhältnis zur Geldstrafe bemessen.

Die Strafe entspricht nur etwa 4 % der Strafdrohung.

Eine Ermahnung gemäß § 45 Abs 1 letzter Absatz VStG kommt aufgrund des nicht als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung und des erheblichen Verschuldens nicht in Betracht und hat die Bf zudem das in der zugrundeliegenden Bestimmung typisierte Verhalten gesetzt.

III.6. Der Beschwerde ist daher im Punkt der Strafe Folge zu geben, im Übrigen aber als unbegründet abzuweisen.

III.7. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG sind der Bf aufgrund ihres teilweisen Obsiegens keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen. Die Kosten des behördlichen Verfahrens sind auf 10 % der Strafe zu reduzieren (§ 64 VStG).

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