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-000528/4/FP

Datum:
Linz, 1. Dezember 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von H R, geb. x, vertreten durch Dr. E B, Rechtsanwalt, x gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 6. Mai 2022, GZ: BHKI/921090036869/21, wegen einer 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 genannten Straferkenntnis machte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) nachstehenden Vorwurf:

„[...]1. Datum/Zeit: 25.11.2021, 10:00 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 24 Stück Sunrise Sildenafil
per Fernkommunikationsmittel bestellt, welche aufgrund der von Ihnen getätigten Bestellung per Postversand am 25.11.2021 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. [...]“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 9. Juni 2022 rechtzeitig Beschwerde, in der er auf das Wesentliche zusammengefasst darstellte, dass es sich um keine Arzneiwaren nach dem AWEG gehandelt habe, weil es sich bei Produkten, die im Onlineversandweg übermittelt würden durchwegs um Fälschungen handle.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 11. Juli 2022 zur Entscheidung vor, 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 26. Juli 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:

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet wie unter Punkt I dargestellt.
[Straferkenntnis]

Die Ware ist am 19. November 2021 in Österreich angekommen.
[Auszug www.post.at]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

III. 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 § 6 Abs 1 AWEG darf das Verbringen von in einer Vertragspartei des EWR zugelassenen oder hergestellten Arzneiwaren nur für Zwecke gemäß § 5 Abs 1 und 2 erfolgen und bedarf – sofern Abs 2 nicht anderes bestimmt – einer Meldung gemäß § 3.
Gemäß Abs 3 leg. cit. hat eine Meldung gemäß Abs 1 spätestens zwei Monate nach dem Verbringen zu erfolgen.

Nach § 21 Abs 1 Z 2 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 bei Arzneiwaren die nachträgliche Meldung des Verbringens gemäß § 6 unterlässt oder Arzneiwaren ohne Meldung entgegen §§ 7, 8 oder 9 verbringt.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. In seinem Erkenntnis vom 3. November 2021, Ra 2020/10/0076 führt der Verwaltungsgerichtshof unter Anderem Nachstehendes aus:

„18 3.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es gemäß § 44a Z 1 VStG rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vgl. etwa VwGH 12.2.2021, Ra 2020/04/0034, mwN).

19 Es bedarf daher zufolge § 44a Z 1 VStG bereits im Spruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Begründung ersetzt werden (vgl. etwa VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201, 0202, mwN).“

[...]

„Es liegt eine Bestrafung nach § 90 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 vor, weil nach Auffassung des VwG ein, für den menschlichen Verzehr ungeeignetes‘ Lebensmittel entgegen dem Verbot des § 5 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 in den Verkehr gebracht wurde. Dieser Auffassung entspricht die Nennung von § 5 Abs. 1 Z 1 und Abs. 5 Z 2 LMSVG 2006 als Übertretungsnormen. § 5 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 untersagt das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, welche ‚nicht sicher‘ gemäß Art. 14 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, somit entweder ‚gesundheitsschädlich‘ oder ‚für den menschlichen Verzehr ungeeignet‘ (vgl. Art. 14 Abs. 2 EG - VO). Eine mangelnde Eignung für den menschlichen Verzehr des Lebensmittels liegt gemäß § 5 Abs. 5 Z 2 LMSVG 2006 dann vor, wenn die ‚bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist‘. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel ‚für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet‘ ist, ist zufolge Art. 14 Abs. 5 EG - VO ‚zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist‘. Daraus erhellt, dass das - eine Voraussetzung einer Bestrafung nach § 90 Abs. 1 Z 1 erste Alt. LMSVG 2006 darstellende - Tatbestandsmerkmal der mangelnden Eignung eines Lebensmittels für den menschlichen Verzehr auf eine schwer wiegende (etwa durch Verunreinigung oder durch chemische Zersetzungsprozesse verursachte) Beeinträchtigung des Lebensmittels mit Blick auf dessen beabsichtigten Verwendungszweck abstellt. Es bedarf zufolge § 44a Z 1 VStG bereits im Spruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind.

Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Begründung ersetzt werden (vgl. VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201, 0202). Diesem Erfordernis wird der Spruch des mit dem angefochtenen Erkenntnis bestätigten, eine Bestrafung nach § 90 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 aussprechenden Straferkenntnisses, nicht gerecht, welcher sich - mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der mangelnden Eignung des Lebensmittels für den menschlichen Verzehr - mit der Tatumschreibung begnügt, den gegenständlichen Dekorzuckerblumen beigefügte Farbstoffe hätten bestimmte Höchstmengenbeschränkungen für Lebensmittelzusatzstoffe iSd. Anhanges II der Verordnung (EG) Nr. 1333/2008 überschritten."

„Der Spruch eines Straferkenntnisses, der die Einfuhr von Waren (hier: Einfuhr von Arzneimitteln ohne Einfuhrbewilligung nach Österreich) betrifft, genügt nur dann dem Konkretisierungsgebot des § 44a lit. a (jetzt § 44a Z 1) VStG, wenn aus dem Spruch mit genügender Deutlichkeit hervorgeht, worin das Einführen der Ware bestanden hat bzw. durch welche Vorgangsweise dies geschehen sein soll (vgl. etwa das zum Weingesetz 1961 ergangene Erkenntnis vom 2. Juli 1984, Zl. 84/10/0030)." (VwGH 28. Februar 2005, 2001/10/0152)

Das Gesetz definiert in § 2 Z 4, dass es sich bei der Einfuhr um die 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 handelt.

Wesentliches Tatbestandsmerkmal ist sohin der Umstand, dass bei der Einfuhr eine Beförderung des Arzneimittels von einem Land, das nicht Vertragspartei des EWR ist, stattfindet. Es handelt sich dabei um ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, das dem Bf bereits im Spruch und nicht erst in der Begründung konkretisiert vorgeworfen werden muss, weil die Tat ansonsten nicht strafbar ist.

Ansonsten wird der Betroffene nicht in die Lage versetzt, sich erfolgreich gegen den Vorwurf zu wehren und die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht.

Vorliegend wird im Spruch nicht dargestellt, von wo aus der Bf Arzneimittel eingeführt hat, weshalb ihm kein Vorwurf gemacht wird, der der gesetzlichen Vorschrift entspricht, sodass ihm im Ergebnis ein falscher Vorwurf gemacht wird.

IV.2. Sache des Beschwerdeverfahrens

IV.2.1. 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 Sachverhalts-elementen 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 Beschwerde-verfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Vorliegend hat die belangte Behörde dem Bf ein Handeln als verpönt vorgeworfen, für das sich – zum von der Behörde vorgeworfenen Zeitpunkt – im Gesetz keine Grundlage findet, weil es am wesentlichen Tatbestandsmerkmal des Verbringens von Arzneiwaren aus einem Land außerhalb des EWR fehlt.

Das Verwaltungsgericht müsste dem Bf erstmalig einen gesetzgemäßen Vorwurf machen, nämlich, dass er Arzneimittel aus Indien eingeführt hat. Dadurch käme es zu einem Austausch der Tat.

Dies ist dem Verwaltungsgericht verboten, weil es den Gegenstand der Sache des Verwaltungsstrafverfahrens überschreiten würde.

IV.2.2. Die belangte Behörde hat dem Bf während aufrechter Verfolgungsverjährungsfrist zudem immer den 25. November 2021 als Tatzeitpunkt vorgeworfen. Die Einfuhr der Ware nach Österreich hat allerdings nach den Feststellungen bereits am 19. November 2021 stattgefunden (was selbst nach der Anzeige des Zolls, die auf Seite 6 von einer Kontrolle am 22. November 2021 spricht, plausibel ist).
Dabei handelt es sich nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes um den relevanten Tatzeitpunkt (vgl. VwGH 21. November 2019, Ra 2018/10/0050).

Dem Verwaltungsgericht ist es schon angesichts der abgelaufenen Verfolgungsverjährungsfrist nicht erlaubt, den Tatzeitpunkt zu korrigieren und dem Bf damit im Übrigen erstmalig eine andere Tat vorzuwerfen.

Auch aus diesem Grund ist das Straferkenntnis aufzuheben.

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

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. 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