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-000537/3/JK

Datum:
Linz, 29. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Kriegner über die Beschwerde des F S, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 23.08.2022, GZ: BHPE/922110006518/22, wegen Übertretung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2010 (AWEG 2010)

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg (im Folgenden: belangte Behörde) vom 23.08.2022, GZ: BHPE/922110006518/22, wurde über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) gemäß § 21 Abs 1 Z 1 iVm § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010 (AWEG 2010) eine Geldstrafe in Höhe von 90 Euro verhängt, da er unmittelbar vor dem 29.03.2022 in Adresse, näher bezeichnete Arzneiwaren im Fernabsatz aus Thailand für seinen Wohnort bestellt und im Postversand über das Postverteilzentrum Adresse, ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen, zu deren Beantragung er auch nicht berechtigt sei, aus einem Drittstaat (Thailand) nach Österreich eingeführt habe. Weiters wurde der Verfall der oben angeführten Arzneiwaren ausgesprochen.

Begründend führt die belangte Behörde aus, der Bf habe die genannten Arzneiwaren in der Zeit unmittelbar vor deren Lieferung und Beschlagnahme am 29.03.2022 von seinem Wohnort in Adresse, aus „im Internet“ bestellt und sich diese an seinen Wohnort per Postsendung liefern lassen. Der Versender sei auf der Versandpackung nicht angegeben und somit nicht bekannt. Die Lieferung sei aus Thailand gekommen. Eine Einfuhrgenehmigung gemäß § 5 AWEG 2010 liege nicht vor und könne für den Bf auch nicht ausgestellt werden, da nur öffentliche Apotheken, Anstaltsapotheken und Arzneimittelgroß-händler antragsberechtigt seien. Es stehe daher objektiv fest, dass der Bf gegen das AWEG 2010 verstoßen habe. Die vom Bf eingewendete Unkenntnis des AWEG 2010 und der darin enthaltenen Verbote stelle keinen Entschuldigungsgrund dar. Der Verfall sei auszusprechen, da eine Anwendung dieser Arzneiwaren verhindert werden solle, zumal die konkrete Gefahr bestehe, dass die gelieferten Arzneimittel nicht sicher seien.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde und bringt darin vor, er habe die beanstandeten Produkte seit ca. 2015 mehrfach gekauft und "importiert". Es sei für einen "normalen Bürger" absolut unmöglich, die erfolgte Änderung im Arzneimittelgesetz in Erfahrung zu bringen. Daher habe er diese Produkte im besten Wissen und Gewissen wieder bestellt, ohne auch nur ansatzweise ahnen zu können, dass dies nicht mehr erlaubt sei.

I.3. Mit Schreiben vom 31.08.2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Ober-österreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) entfallen, da bereits aufgrund der Aktenlage feststand, dass das mit Beschwerde angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist.

II.2. Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Mit Strafverfügung der belangten Behörde vom 04.08.2022, GZ: BHPE/922110006518/22, wurde über den Bf gemäß § 21 Abs 1 AWEG 2010 eine Geldstrafe in Höhe von 90 Euro verhängt wie folgt:

„Datum/Zeit: unmittelbar vor dem 29.07.2022
Ort: Adresse

Sie haben Arzneiwaren, nämlich
1. 2 Tuben a' 120 g (240 g) Counterpain Cool Salbe (Levomenthol 4%) = 240 g Counterpain Cool Salbe (Levomenthol 4%)
2. 1 Tube a' 50 g Counterpain Plus Salbe (Piroxicam 0,5%, Methylsalicylat 10,2%, Levomenthol 5,43%, Eugenol 1,37%) = 50 g Counterpain Plus Salbe (Piroxicam 0,5%, Methylsalicylat 10,2%, Levomenthol 5,43%, Eugenol 1,37%)
3. 1 Tube a' 100 g Difelene Gel (Diclofenac Diethylamin 1,16g/100g) = 100 g Difelene Gel (Diclofenac Diethylamin 1,16g/100g)
4. 1 Flasche a' 50 ml Elmetacin Lösung (Indomethacin 1%) = 50 ml Elmetacin Lösung (Indomethacin 1%)

im Fernabsatz aus Thailand, 20150 Nongprue Banglamung Chonburi für den Bestimmungsort (= Ihren Wohnort) bestellt und im Postversand über das Postverteilzentrum Adresse ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen aus einem Drittstaat (Thailand) nach Österreich eingeführt, obwohl die Einfuhr von Arzneiwaren im Sinne des § 2 Z 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz in das Bundesgebiet dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf nur zulässig ist, wenn dafür eine Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen ausgestellt wurde. Sie sind gem. § 4 Abs. 1 AWEG 2010 nicht berechtigt, diese Einfuhrbescheinigung zu beantragen, da Sie keine öffentliche Apotheke, keine Anstaltsapotheke und kein Unternehmen zum Vertrieb von Arzneiwaren innehaben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 21 Abs. 1 Z 1 i.V.m. §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010 (AWEG 2010), BGBl. I 79/2010, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 163/2015“

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde wurde über den Bf gemäß § 21 Abs 1 AWEG 2010 eine Geldstrafe in Höhe von 90 Euro verhängt wie folgt:

„Datum/Zeit: unmittelbar vor dem 29.03.2022
Ort: Adresse

Sie haben Arzneiwaren, nämlich
1. 2 Tuben a' 120 g (240 g) Counterpain Cool Salbe (Levomenthol 4%) = 240 g Counterpain Cool Salbe (Levomenthol 4%)
2. 1 Tube a' 50 g Counterpain Plus Salbe (Piroxicam 0,5%, Methylsalicylat 10,2%, Levomenthol 5,43%, Eugenol 1,37%) = 50 g Counterpain Plus Salbe (Piroxicam 0,5%, Methylsalicylat 10,2%, Levomenthol 5,43%, Eugenol 1,37%)
3. 1 Tube a' 100 g Difelene Gel (Diclofenac Diethylamin 1,16g/100g) = 100 g Difelene Gel (Diclofenac Diethylamin 1,16g/100g)
4. 1 Flasche a' 50 ml Elmetacin Lösung (Indomethacin 1%) = 50 ml Elmetacin Lösung (Indomethacin 1%)

im Fernabsatz aus Thailand, 20150 Nongprue Banglamung Chonburi für den Bestimmungsort (= Ihren Wohnort) bestellt und im Postversand über das Postverteilzentrum Adresse ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen aus einem Drittstaat (Thailand) nach Österreich eingeführt, obwohl die Einfuhr von Arzneiwaren im Sinne des § 2 Z 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz in das Bundesgebiet dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf nur zulässig ist, wenn dafür eine Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen ausgestellt wurde. Sie sind gem. § 4 Abs. 1 AWEG 2010 nicht berechtigt, diese Einfuhrbescheinigung zu beantragen, da Sie keine öffentliche Apotheke, keine Anstaltsapotheke und kein Unternehmen zum Vertrieb von Arzneiwaren innehaben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 21 Abs. 1 Z 1 i.V.m. §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2010 (AWEG 2010), BGBl. I 79/2010, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 163/2015“

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unstrittig aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere aus der darin einliegenden Strafverfügung und dem angefochtenen Straferkenntnis.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. § 44a Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, lautet:

„§ 44a. Der Spruch hat, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:

1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten."

III.2.1. Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Zur Bezeichnung der als erwiesen angenommenen Tat gehört neben der Umschreibung der Tathandlung und der Anführung des Tatortes auch die Angabe der Tatzeit (vgl. VwGH 08.08.2008, 2006/09/0145; 19.03.2014, 2013/09/0030).

Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (vgl. VwGH 01.07.2010, 2008/09/0149; 24.06.2015, Ra 2015/09/0012) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (vgl. VwGH 29.09.2016, Ra 2016/05/0075; 24.10.2016, Ra 2016/02/0189), 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 29.10.2015, Ra 2015/07/0097; 06.09.2016, Ra 2016/09/0049) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (vgl. VwGH 25.07.2016, Ra 2014/02/0034). 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 (vgl. VwGH 25.02.2003, 2001/10/0257).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist (auch) der Ausspruch über Zeit und Ort der Begehung wesentlich für die Bezeichnung der Tat (vgl. VwGH 25.03.2014, 2013/04/0057; 29.10.2015, Ra 2015/07/0097). Wenn der Spruch des Straferkenntnisses keine oder unrichtige Angaben über den Zeitpunkt der Tat enthält, belastet dies das Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit (vgl. VwGH 09.11.1988, 88/03/0043.)

III.2.2. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wird dem Bf vorgeworfen, „unmittelbar vor dem 29.03.2022" am angeführten Ort näher bezeichnete Arzneiwaren im Fernabsatz aus Thailand für seinen Wohnort bestellt und im Postversand ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen aus einem Drittstaat (Thailand) nach Österreich eingeführt zu

haben. Dieser von der belangten Behörde herangezogene Tatzeitpunkt entspricht jedoch nicht den vom Verwaltungsgerichtshof herausgearbeiteten Konkretisierungskriterien, zumal sich aus dem dem Bf gemachten Vorwurf nicht ergibt, wann die genannten Arzneimittel tatsächlich in das österreichische Bundesgebiet eingeführt worden sind und er damit die ihm vorgeworfene Tat verwirklicht hat.

Mangels Angabe einer konkreten Tatzeit wird dem Bf somit die Möglichkeit genommen, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um diesen Tatvorwurf zu widerlegen. Durch die nicht konkretisierte Tatzeit ist der Bf nicht davor geschützt, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Richtigerweise hätte im angefochtenen Straferkenntnis ein konkreter Tatzeitpunkt, fallbezogen der Zeitpunkt der Einfuhr der Arzneiwaren, angeführt werden müssen.

III.2.3. Zudem wurde der Bf mit Strafverfügung vom 04.08.2022 – als erste Verfolgungshandlung im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren – wegen einer Übertretung des AWEG 2010 „unmittelbar vor dem 29.07.2022“, mit dem angefochtenen Straferkenntnis jedoch wegen einer Übertretung des AWEG 2010 „unmittelbar vor dem 29.03.2022“ bestraft.

Eine Strafe darf jedoch nur für jene Tat verhängt werden, auf die sich die – das Strafverfahren einleitende – erste Verfolgungshandlung bezogen hat (vgl. *Mannlicher/Quell* II8 § 44 a Anm 3; *Walter/Thienel* II2 § 44 a Anm 4; *Thienel/Schulev-Steindl*[5] 493).

III.2.4. „Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung. Ein Austausch der Tat durch das Verwaltungsgericht durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zugrunde gelegten Sachverhalts kommt nicht in Betracht (vgl. VwGH 25.07.2022, Ra 2021/08/0069; 08.03.2023, Ra 2022/03/0103).

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. VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226).

Im bisherigen Verwaltungsstrafverfahren hat die belangte Behörde dem Bf mit Strafverfügung vom 04.08.2022 eine Übertretung des AWEG 2010 „unmittelbar vor dem 29.07.2022“ sowie mit dem angefochtenen Straferkenntnis eine Übertretung des AWEG 2010 „unmittelbar vor dem 29.03.2022“ vorgeworfen. Ein

Vorwurf hinsichtlich eines ausreichend konkreten Tatzeitpunkts erfolgte damit bislang nicht. Wann die gegenständlichen Arzneiwaren tatsächlich in das Bundesgebiet eingeführt wurden, kann dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht entnommen werden. Es finden sich auch keine diesbezüglichen Ermittlungsschritte der belangten Behörde im Akt. Selbst wenn der konkrete Einfuhrzeitpunkt feststehen würde, wäre das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend abzuändern, dass er um eine nach dem Gesetz relevante Tatzeit ergänzt wird, zumal damit dem Bf der konkrete Tatzeitpunkt erstmalig vorgeworfen werden würde.

Insgesamt war das angefochtene Straferkenntnis daher aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III.2.5. Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 9 VwGVG und § 66 Abs 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zu den zu beurteilenden Rechtsfragen die in der rechtlichen Beurteilung zitierte einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs existiert, von der in der gegenständlichen Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegen daher keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Kriegner