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-000548/3/JK

Datum:
Linz, 3. Juli 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Kriegner über die Beschwerde des Mag. M F, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 14.09.2022, GZ: BHPE/922110006814/22, 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 14.09.2022, GZ: BHPE/922110006814/22, 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 180 Euro verhängt, da er unmittelbar vor dem 20.06.2022 in Adresse, 108 Stück Cenforce Professional (Sildenafil) im Fernabsatz aus Dubai 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 (Dubai) nach Österreich eingeführt habe. Weiters wurde der Verfall der genannten Arzneiwaren ausgesprochen.

Begründend führt die belangte Behörde aus, der Bf habe die genannten Arzneiwaren in der Zeit unmittelbar vor der Lieferung und Beschlagnahme am 20.06.2022 von seinem Wohnort in Adresse, aus im Fernabsatz (im Internet) bestellt und sich diese an seinen Wohnort per Postsendung liefern lassen. Bei dem Versender handle es sich laut Etikett auf der Postsendung um „ARC Global FZC, F23 Hamriya Free Zone, Dubai“. Die Lieferung sei aus Dubai gekommen. Eine Einfuhrbescheinigung gemäß § 5 AWEG 2010 liege nicht vor und könne für den Bf auch nicht ausgestellt werden, da nur öffentliche Apotheken, Anstaltsapotheken und Arzneimittelgroßhändler antragsberechtigt seien. Bei der Behauptung des Bf, er hätte die Waren nicht bestellt und würde auch den Versender nicht kennen, handle es sich um eine bloße Schutzbehauptung. Dass den Bf an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe, habe er nicht glaubhaft gemacht. Der Bf habe daher gegen die Bestimmungen des AWEG 2010 verstoßen. 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 betone nochmals, dass er die gegenständliche Bestellung nicht durchgeführt habe. Es sei zwar richtig, dass er dieses Arzneimittel online bestellt habe, jedoch nicht bei dem von der belangten Behörde angeführten Versender, sondern auf der Webseite „potenzmittel-apotheke.at“. Auf deren Startseite sei ausdrücklich angeführt, dass die Lieferung aus der EU erfolgen werde. Er habe auch per Mail an die Kontaktadresse darauf hingewiesen, dass man eine Versendung von außerhalb der EU unterlassen solle und mittlerweile die Rückzahlung angefordert. Nachdem ausdrücklich auf der Homepage angeführt sei, dass die Lieferung aus der EU erfolgen werde, habe er nicht davon ausgehen

können, dass man hier anders vorgehe. Er hätte eine solche Versendung weder beauftragt noch einer solchen zugestimmt.

I.3. Mit Schreiben vom 20.10.2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 16.08.2022, GZ: BHPE/922110006814/22, wurde über den Bf gemäß § 21 Abs 1 AWEG 2010 eine Geldstrafe in Höhe von 180 Euro verhängt wie folgt:

„1. Datum/Zeit: unmittelbar vor dem 20.06.2022
Ort: Adresse

Sie haben Arzneiwaren, nämlich 108 Stück Cenforce Professional (Sildenafil) im Fernabsatz aus Dubai, F 23 Hamriyah-Free Zone für den Bestimmungsort (= Ihren Wohnort) bestellt und im Postversand über das Postverteilzentrum Adresse ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen aus einem Drittstaat (Dubai) 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 180 Euro verhängt wie folgt:

„1. Datum/Zeit: unmittelbar vor dem 20.06.2022
Ort: Adresse

Sie haben Arzneiwaren, nämlich 108 Stück Cenforce Professional (Sildenafil) im Fernabsatz aus Dubai, F 23 Hamriyah-Free Zone für den Bestimmungsort (= Ihren Wohnort) bestellt und im Postversand über das Postverteilzentrum Adresse ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen aus einem Drittstaat (Dubai) 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).

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 20.06.2022“ am angeführten Ort näher bezeichnete Arzneiwaren im Fernabsatz aus Dubai für seinen Wohnort bestellt und im Postversand ohne Einfuhrbescheinigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen aus einem Drittstaat (Dubai) nach Österreich eingeführt zu haben. Dieser von der belangten Behörde herangezogene Tatzeitpunkt entspricht nicht den vom Verwaltungsgerichtshof herausgearbeiteten Konkretisierungs-kriterien, zumal sich aus dem dem Bf gemachten Vorwurf nicht ergibt, wann die genannten Arzneimittel tatsächlich in das österreichische Bundesgebiet ohne Einfuhrbescheinigung 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 in das Bundesgebiet, angeführt werden müssen.

III.2.3. „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 08.032017, Ra 2016/02/0226).

Im bisherigen Verwaltungsstrafverfahren hat die belangte Behörde dem Bf stets vorgeworfen, die ihm angelastete Verwaltungsübertretung „unmittelbar vor dem 20.06.2022“ begangen zu haben. 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.

Das angefochtene Straferkenntnis war daher aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III.2.4. 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