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-000583/2/KHu

Datum:
Linz, 1. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Huemer über die Beschwerde des A S, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 23. Jänner 2023, GZ: BHLL/921100115938/21, wegen Übertretung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2010

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des behördlichen Verfahrens zu leisten.

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. Verfahrensgang, Sachverhalt:

1. Mit Strafverfügung der Bezirkshauptmannschaft Linz Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 29.12.2021 wurde dem Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) zusammengefasst zur Last gelegt, er habe vom Inland aus dem Anwendungsbereich des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2010 (AWEG) unterliegende und unter der Position 3004 der Kombinierten Nomenklatur der EU (§ 2 Z. 1 lit. c AWEG) fallende Arzneiwaren, nämlich 10 Stück Azithromycin, KN-Code 30049000, per Fernkommunikationsmittel bestellt, welche aus Indien kamen und per Postversand am 25.11.2021 in das Bundesgebiet eingeführt worden seien. Für diese Waren sei bis dato keine (nachträgliche) Meldung an das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen erfolgt. Der Bf habe daher zu verantworten, dass – entgegen § 3 Abs. 1 AWEG, wonach das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkehr nur zulässig sei, wenn binnen einer Frist von zwei Monaten ab der Verbringung eine Meldung gemäß § 6 AWEG an das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen erfolge – die genannten Arzneiwaren ohne Vorliegen der erforderlichen Meldung in das österreichische Bundesgebiet verbracht worden seien.

2. Der Bf erhob einen begründeten Einspruch. Die Behörde setzte laut Akteninhalt keine sonstigen Verfolgungshandlungen.

3. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 23.1.2023 wurde dem Bf die oben bei der Strafverfügung beschriebene Übertretung angelastet. Der Spruch des Straferkenntnisses besteht zunächst aus der oben unter Pkt. 1. genannten Tatanlastung und enthält darüber hinaus eine Ergänzung zur Tatanlastung, wonach eine derartige Meldung, zu der nur die in § 4 Abs. 1 AWEG genannten Institutionen berechtigt seien, bis dato nicht erfolgt sei bzw. sei der Bf zu einer Meldung als Privatperson ex lege nicht berechtigt, weshalb eine rechtskonforme Einfuhr nach § 3 Abs. 1 AWEG ohnehin nicht möglich gewesen wäre. 17 Abs. 1 AWEG normiere darüber hinaus, dass der Bezug von Arzneiwaren, die im Fernabsatz bestellt worden seien, durch Personen, die nicht zur Antragstellung auf Ausstellung einer Einfuhrbescheinigung oder einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung oder zur Meldung berechtigt seien, verboten sei.

Der Bf habe dadurch § 21 Abs. 1 Z 2 AWEG (iVm. weiteren Bestimmungen) verletzt. Über den Bf wurde wegen der genannten Übertretung eine Geldstrafe von 160 Euro verhängt und ein Verfahrenskostenbeitrag vorgeschrieben; ferner wurde (wegen vorsätzlicher Begehung) der Verfall nach § 21 Abs. 3 AWEG ausgesprochen.

4. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf eine Beschwerde, die neben Ausführungen zur Strafbemessungen auch Ausführungen zur Schuld enthält.

5. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt Akt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 2.3.2023 zur Entscheidung vor.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

1. Der Bf hat am 4.11.2021 bei einem ausländischen Anbieter im Internet 10 Stück Azithromycin unter Angabe seiner Wohnadresse als Empfängeradresse bestellt. Die Tabletten wurden per Postversand aus Indien nach Österreich versandt und wurden am 25.11.2021 in das Bundesgebiet eingeführt. Die Arzneiwaren wurden vom Zollamt Wien beschlagnahmt.

Die Bf ist keine Institution gemäß § 4 AWEG 2010. Vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen ist für die Einfuhr keine Einfuhrbescheinigung ausgestellt worden.

2. Der festgestellte Sachverhalt sowie der (ebenfalls entscheidungsrelevante) Verfahrensgang ergeben sich eindeutig aus dem vorgelegten Akt, insbesondere aus der einliegenden Anzeige des Zollamts, aber auch aus den Ausführungen des Bf.

3. Da bereits aufgrund der Aktenlage feststand, dass der Bescheid aufzuheben war, entfiel gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG die Verhandlung.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. 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 (VO 2658/87) gelten Waren der Position 3004 als Arzneiwaren.

Nach § 2 Z 4 AWEG ist unter dem Begriff „Einfuhr“ zu verstehen: 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.

Nach § 2 Z 5 AWEG ist unter „Verbringen“ zu verstehen: Beförderung von Arzneiwaren oder Blutprodukten aus einer Vertragspartei des EWR in das Bundesgebiet mit Ausnahme der nachweislichen Durchfuhr.

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

Nach § 4 Abs. 1 AWEG sind zur Antragstellung auf Ausstellung einer Einfuhrbescheinigung und zur Meldung berechtigt:

1. öffentliche Apotheken,
2. Anstaltsapotheken, und
3. Unternehmen, die in einer Vertragspartei des EWR zum Vertrieb von Arzneiwaren berechtigt sind.

Nach § 5 Abs. 1 AWEG darf eine Einfuhrbescheinigung gemäß § 3 nur für Arzneiwaren ausgestellt werden, die

1. zur Wiederausfuhr aus dem Bundesgebiet bestimmt sind, oder
2. für wissenschaftliche Zwecke nicht zur Anwendung an Mensch oder Tier bestimmt sind, oder
3. zur Anwendung an Mensch oder Tier für medizinische, zahnmedizinische, veterinärmedizinische oder wissenschaftliche Zwecke benötigt werden.

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 Abs. 3.

Gemäß § 6 Abs. 3 AWEG hat die Meldung spätestens zwei Monate nach dem Verbringen zu erfolgen.

Gemäß § 17 Abs. 1 AWEG ist der Bezug von Arzneiwaren und Blutprodukten, die im Fernabsatz bestellt wurden, durch Personen, die nicht zur Antragstellung auf Ausstellung einer Einfuhrbescheinigung oder einer Verkehrsfähigkeits-bescheinigung oder zur Meldung berechtigt sind, verboten. Abs. 1 gilt nicht für in Österreich zugelassene nicht rezeptpflichtige Arzneispezialitäten, die in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge aus einer Vertragspartei des EWR von einer dort zum Versand befugten Apotheke bezogen werden.

Nach § 21 Abs. 1 AWEG 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 (Z 1) oder bei

Arzneiwaren die nachträgliche Meldung des Verbringens gemäß § 6 unterlässt (Z 2).

2. Der Bf wurde bestraft, weil er die verfahrensgegenständlichen Arzneiwaren im Internet bestellt habe, wobei diese aus einem Nicht-EWR-Staat (Indien) nach Österreich versandt worden seien.

3. Es liegt daher eine Einfuhr nach § 2 Z 4 AWEG vor. Nach § 3 Abs. 1 ist die Einfuhr nur zulässig ist, wenn eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde, wobei der Bf gemäß § 4 Abs. 1 zur Antragstellung nicht berechtigt ist. Die Einfuhrbescheinigung ist in § 5 AWEG näher geregelt.

4. Dem Bf wurde in der Strafverfügung – das Straferkenntnis ist insoweit gleichlautend – aber zur Last gelegt, er habe keine *„(nachträgliche) Meldung an das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen*“ erstattet, weshalb er zu verantworten habe, „*dass – entgegen § 3 Abs. 1 AWEG 2010, wonach das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkehr nur zulässig ist, wenn binnen einer Frist von zwei Monaten ab der Verbringung eine Meldung gemäß § 6 AWEG 2010 an das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen erfolgt – die genannten Arzneiwaren ohne Vorliegen der erforderlichen Meldung in das österreichische Bundesgebiet verbracht wurden*“.

Eine andere Verfolgungshandlung als die Strafverfügung erfolgte nicht.

Das Straferkenntnis wurde mehr als 12 Monate nach dem Tatzeitpunkt und daher außerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist (§ 31 Abs. 1 VStG) erlassen; angemerkt wird darüber hinaus, dass die dortigen Ergänzungen im Spruch ebenfalls auf die fehlende „Meldung“ Bezug nehmen.

5. Der eindeutige Wortlaut der Tatanlastung in der Strafverfügung (als Verfolgungshandlung) geht vom Unterlassen einer Meldung aus. Eine solche käme aber bei einer Einfuhr aus Indien nicht in Betracht. Vielmehr hätte es, wie die Behörde in der Begründung des Straferkenntnisses richtig ausführt (siehe dazu Pkt. 8.), einer Einfuhrbescheinigung bedurft.

6. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist „Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens 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 Sachverhaltes kommt nicht in Betracht. Eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) ist dagegen nach der ständigen Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofs zulässig, wenn es nicht zu einem „Austausch der Tat“ durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt. Auch berechtigt eine nicht ausreichende Umschreibung der Tat im Sinn des § 44a Z 1 VStG das Verwaltungsgericht nicht, das Straferkenntnis zu beheben. Es ist vielmehr verpflichtet, in der Sache, selbst zu entscheiden und dabei die Tat in einer dem § 44a Z 1 VStG entsprechenden Weise zu präzisieren, darf aber dabei die Tat nicht auswechseln (vgl. zuletzt VwGH 8.3.2023, Ra 2022/03/0103, mwN).

7. Das Verwaltungsgericht verkennt nicht, dass es verpflichtet ist, einen allenfalls fehlerhaften Spruch im behördlichen Straferkenntnis richtig zu stellen oder zu ergänzen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist rechtzeitig eine alle der Bestrafung zugrunde liegenden Sachverhaltselemente enthaltende Verfolgungshandlung durch die Behörde gesetzt wurde (vgl. etwa VwGH 15.10.2021, Ra 2021/02/0158, mwN).

Dem Bf wurde in der Verfolgungshandlung – wie ausgeführt – unmissverständlich das Unterlassen der (nachträglichen) Meldung angelastet. Es liegt daher keine gegebenenfalls zu konkretisierende Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit der Tatanlastung vor, sondern das gegenständliche Verfahren betrifft eine nicht einschlägige Übertretung (dadurch unterscheidet sich die gegenständliche Konstellation auch von der in VwGH 21.11.2019, Ra 2018/10/0050, bei Rz 14 thematisierten Unvollständigkeit einer Tatanlastung, weil dort dem Bf grundsätzlich die richtige Übertretung angelastet wurde). Die Änderung dieser Tatanlastung durch das Gericht würde daher im ggst. Fall einen unzulässigen Austausch der Tat darstellen.

8. Dass in der Begründung des Straferkenntnisses richtig ausgeführt wurde, dass bis dato keine Einfuhrbescheinigung vorliege und in der rechtlichen Begründung von einer Einfuhr von Arzneiwaren ausgegangen wurde, ändert daran nichts, weil das Straferkenntnis außerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist erlassen wurde.

9. Aus diesem Grund war der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Ungeachtet dessen wird der Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es verboten ist, im Internet Arzneiwaren aus dem Ausland zu bestellen; es sei denn, es handelt sich um in Österreich zugelassene nicht rezeptpflichtige Arzneispezialitäten, die in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge aus einer Vertragspartei des EWR von einer dort zum Versand befugten Apotheke bezogen werden (siehe § 17 AWEG).

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage zu klären war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung stützt sich auf die zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes; die einzelfallbezogene Beurteilung des Sachverhaltes warf keine Fragen auf, die über den konkreten Anlassfall hinausgehen.

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. Huemer