



VERWALTUNGSGERICHT
WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38669
Telefax: (43 01) 4000 99 38640
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: 1) VGW-021/020/16938/2017-7
J. G.
2) VGW-021/V/020/17098/2017
J. GmbH

Wien, 07.05.2018
Zah

Geschäftsabteilung: VGW-F

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schopf über die Beschwerde des Herrn J. G. und der J. GmbH, beide vertreten durch Mag. S., gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 03.11.2017, Zl. MBA ... - S 45263/17, wegen Verwaltungsübertretung gemäß § 14 Abs. 1 Z. 4 iVm. § 11 Abs. 1 und 2 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 i.d.g.F.,

zu Recht e r k a n n t:

I. Die Beschwerden werden in der Schuldfrage als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich bestätigt. In der Straffrage wird den Beschwerden insoweit Folge gegeben, als die Geldstrafe von EUR 1.750,00 auf EUR 1.400,00, die Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen und 9 Stunden auf 3 Tage herabgesetzt wird.

Dementsprechend verringert sich der behördliche Verfahrenskostenbeitrag auf EUR 140,00 und der Haftungsbetrag gemäß § 9 Abs. 7 VStG auf insgesamt EUR 1.540,00 sowie sonstiger in Geld bemessener Unrechtsfolgen.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG ist kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Das angefochtene Straferkenntnis hat folgenden Spruch:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der J. GmbH, mit Sitz in Wien, ..., zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Betreiberin der Internetseite „www.x.at“, insofern gegen § 11 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idgF, verstoßen hat, wonach Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse verboten sind, als zumindest am 12.09.2017 auf der Seite www.x.at E-Zigaretten und E-Liquids wie folgt beworben wurden:

"Das geniale ...lokal: Die X. ist ein neues Konzept. Liquids, Aromen, Basen, Akkuträger, Clearomizer, Drip Tips und Dampf-Zubehör von den bekannten Marktführern sind bei uns erhältlich.

Unsere Empfehlungen:

- Crazy Bahia Tabacco 10 ml € 6,00
- Crazy Chest Tobacco 10 ml € 6,00
- Crazy Erdbeere 10 ml € 6,00
- Von Erl - Tabak e-Liquid Base 10 ml € 5,95
- Avoria Liquid Base 50/50 1000 ml - 00 mg/ml Nikotin € 9,90

Das Werbeverbot umfasst dabei insbesondere Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft, in der Presse oder anderen gedruckten Veröffentlichungen mit dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 14 Abs. 1 Z 4 iVm. § 11 Abs. 1 und 2 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 1.750,00, falls diese uneinbringlich ist,
Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen und 9 Stunden

gemäß § 14 Abs. 1 1.Strafsatz Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 175,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung). Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 1.925,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die J. GmbH, haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn J. G. verhängte Geldstrafe von € 1.750,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 175,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In der dagegen innerhalb offener Frist eingebrachten Beschwerde wird zunächst Verletzung des Rechtes auf Akteneinsicht geltend gemacht, weil dem Beschwerdeführer trotz entsprechenden Antrages an die Magistratsabteilung 59 die Einsicht in den Erhebungsakt, der der Anzeige und der Bestrafung zugrunde liege, verweigert worden sei. Damit sei den Beschwerdeführern das Recht entzogen worden, sich zu verteidigen, da Person und Motivation des Anzeigers und dessen Beziehung zur Behörde nicht hinterfragt werden könne. Weiters wird Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vorgebracht, da die belangte Behörde davon ausgehe, dass die Beschwerdeführerin auf der Website die Produkte bewerbe, statt sie zulässigerweise zu verkaufen. Es sei als Faktum des Lebens zwischen Verkauf eines Produktes und Werbung dafür zu unterscheiden. In der Begründung des Straferkenntnisses unterlasse die belangte Behörde eigene Erhebungsschritte und eigene Würdigung. Die belangte Behörde begnüge sich mit dem Hinweis auf den Anzeigenleger und schließe sich kommentarlos der Würdigung des Anzeigeleger an. Damit habe sie die Feststellung der Strafbarkeit einer unzuständigen Behörde überlassen. Die Behörde setze sich mit dem vom Anzeigenleger behaupteten Sachverhalt nicht auseinander und unterziehe diesen keiner rechtlichen Würdigung. Dem Straferkenntnis lasse sich nicht entnehmen, ob die dort aufgezählten Produkte von der belangten Behörde nun als E-Zigaretten oder Liquids oder als beides beurteilt würden und welche als was und weshalb diese als das eine oder andere beurteilt würden. Insbesondere sei nicht erkennbar, worin die belangte Behörde eine Strafbarkeit sehe. Es sei für

die Beschwerdeführer nicht erkennbar, wie die belangte Behörde zum Schluss gelange, dass strafbares Verhalten vorliege. Unterstelle man der belangten Behörde eine Auseinandersetzung mit der Rechtslage, verkenne diese den Unterschied zwischen einer Darbietung der Ware in einer Verkaufsstelle, welcher auch in Form eines Online-Shops geführt werden könne bzw. setze sich nicht mit dem Unterschied dieser mit Werbung im Sinne einer Anpreisung an Orten, die nicht mit dem Geschäftsbetrieb des Anbieters zusammenhängen und daher von nicht-interessierten Personen aufgesucht werden, auseinander. Ferner übersehe die belangte Behörde auch, dass Werbung im Fachhandel zulässig sei. Die Online-Verkaufsstelle der Beschwerdeführerin sei zulässig, deren Betreten durch Interessierte sei zulässig, die Darbietung von Ware und Preis ebenso. Werbung im Fachhandel sei zulässig. Ein absolutes Werbeverbot würde gegen Art. 10 EMRK verstoßen. Beantragt wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses, in eventu die Aufhebung und Zurückverweisung an die belangte Behörde.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien äußerte sich der Vertreter der Beschwerdeführer wie folgt:

„Die Entscheidung des VGW vom 25.7.2017 zur ZI. VGW-021/014/13613/2016 ist bekannt. Mit dieser Entscheidung wurde allerdings die Frage der Zulässigkeit eines on-line-Shops in der gegebenen Konstruktion nicht behandelt und auch auf die Ausnahmebestimmung des § 11 Abs. 4 Zif. 4 TNRSG wurde in diesem Erkenntnis nicht eingegangen.

Im Straferkenntnis hat sich die Behörde mit den konkreten Produkten nicht beschäftigt. Vorliegendenfalls liegt ein Handel mit anderen Kaufleuten vor. Es ist kein Versand und keine Lieferung an Verbraucher gegeben. Ein Versand oder eine Lieferung an andere Kaufleute kann durchaus vorkommen und wäre auch zulässig. Natürlich kann das Gesetz in die eine oder andere Richtung interpretiert werden, im Zweifelsfall sollte aber zugunsten des Rechtsunterworfenen entschieden werden, zumal es dem Gesetzgeber frei stünde, wenn er nicht diese Interpretation teilt, eine exakte Definition zu finden.

Ergänzend in dem Erkenntnis vom 25.7. ist über unser damaliges Vorbringen auch auf das Erkenntnis des VfGH 2018/2009 eingegangen worden. Allerdings kommt die Entscheidung hier zu einem falschen Schluss, weil dieses Erkenntnis des VfGH sehr wohl in diesen Fällen heranzuziehen wäre. Weiters wurde nicht auf das vorgebracht Urteil des EuGH vom 4.5.2016 eingegangen. Schlussendlich wäre noch auf die RV 700, 22 GP, Rücksicht zu nehmen, wonach Personen die hauptsächlich von Tabakerzeugnissen und damit verbundenen Produkten leben, aus den betroffenen Werbe- und Sponsoringregelungen keine gravierenden wettbewerblichen Nachteilen gegenüber anderen Personen entstehen sollen.“

Diese Äußerung erging, nach dem seitens des Vertreters der Beschwerdeführer auf die Verlesung der gesamten Akteninhalte verzichtet wurde. Im Text der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Beurteilung des Beschwerdeführers wurden von diesem Korrekturen angefügt.

Nach dieser Verhandlung wurde seitens der Beschwerdeführer durch deren Vertreter ein schriftliches Ergänzungsvorbringen erstattet. Darin wurde im Wesentlichen neuerlich das Recht zur Akteneinsicht in den Erhebungsakt der Magistratsabteilung 59 geltend gemacht, vorgebracht, dass dem beschuldigten Beschwerdeführer kein Verschulden treffe, da dem Gesetz ein Verbot des konkret vorgehaltenen Verhaltens nicht, auch bei sachkundiger Lektüre, erkennbar sei. Vielmehr sei juristische Interpretationsakrobatik auf hohem Niveau erforderlich, um schließlich dennoch den äußersten Wortsinn verlassen zu müssen, um auf die Strafbarkeit des vorgeworfenen Verhaltens zu kommen. Eine strenge Auslegung von Werbung in Bezug auf Tabakerzeugnisse sei nicht zwingend auch auf verwandte Erzeugnisse anzuwenden. Insofern sei eine klassische Auslegung des Begriffs Werbung in Bezug auf verwandte Erzeugnisse vertretbar. Des Weiteren wird neuerlich unklarer Sachverhalt in den Feststellungen des Straferkenntnisses gerügt. Nach Anführung der heranzuziehenden Normen macht der Vertreter der Beschwerdeführer unrichtige rechtliche Beurteilung im Straferkenntnis geltend und rügt insbesondere, die belangte Behörde verkenne den Unterschied zwischen einer Darbietung von Ware in einer Verkaufsstelle, welcher auch in Form eines Online-Shops geführt werden könne und Werbung im Sinne einer Anpreisung an Orten, die nicht mit dem Geschäftsbetrieb des Anbieters zusammenhängen und daher von nicht-interessierten Personen aufgesucht würden. Auch verkenne die belangte Behörde, dass Werbung im Fachhandel mit verwandten Erzeugnissen vom Werbeverbot ausgenommen sei. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich, dass der Gesetzgeber des TNRSG die Definition von Versandhandel in Anlehnung an das Tabaksteuergesetz als ein auf den eigentlichen Liefer- oder Versandvorgang eingeschränkten Begriff, der keine Einschränkung der Form des Geschäftsabschlusses umfasse, bewusst gewählt habe. Die Wortwahl Versandhandel zeige auch weiters, dass der Versand und die Lieferung entgeltlich sein müssten, um umfasst zu sein. Hätte der Nationalrat etwas anderes beabsichtigt, wären ihm andere Begriffe für die Umschreibung des verbotenen

zur Verfügung gestanden, die in der österreichischen Rechtsordnung lange und bestens verankert seien. Demnach bleibe für eine Auslegung des Verbotes des Versandhandels jenseits des Liefer- oder Versandvorganges, der jeweils auch entgeltlich sein müsse, kein Raum, es sei denn, man wolle die hinreichend dokumentierte Absicht des Gesetzgebers ignorieren, dieses in Anlehnung an das Tabaksteuergesetz zu definieren. Das Betreiben des Online-Shops durch die Beschwerdeführerin verstoße nicht gegen das Werbeverbot des § 11 Abs. 1 TNRSRG, denn beim Betreiben einer Homepage handle es sich um eine Maßnahme des allgemeinen Geschäftsverkehrs im Sinne des § 11 Abs. 2 TNRSRG, die vom Werbeverbot ausgenommen sei. Ähnlich wie eine Visitenkarte, die ausweislich der Gesetzesmaterialien zum TNRSRG im Rahmen des allgemeinen Geschäftsverkehrs ausgehändigt werden dürfe, sei in der heutigen Zeit die Homepage eines Geschäftslokals als virtuelle Visitenkarte anzusehen, die im allgemeinen Geschäftsverkehr von Unternehmen dazu verwendet werde, um über die Geschäftstätigkeit zu informieren.

Darüber hinaus sei die Darbietung der von den Beschwerdeführern zum Verkauf angebotenen elektronischen Zigaretten inklusive Preisangaben auch an allen zum Verkauf von elektronischen Zigaretten befugten Stellen explizit nach § 11 Abs. 4 Z 3 TNRSRG erlaubt. Angesichts des Betriebens eines Fachhandels für E-Zigaretten, Liquids und des dazugehörigen Zubehörs im Rahmen des Gewerbes sei Werbung für verwandte Erzeugnisse nach § 1 Z 1e TNRSRG in Trafiken und im darauf spezialisierten Fachhandel erlaubt. Eine Beschränkung des Verkaufs von E-Zigaretten und Liquids auf Ladengeschäfte, vergleichbar dem § 36 Abs. 7 Tabakmonopolgesetz, enthalte das Gesetz nicht. Letztlich macht der Vertreter der Beschwerdeführer auch geltend, dass beim Auslegen des TNRSRG der Absicht des Gesetzgebers Rechnung zu tragen sei, den von solchen Produkten lebenden Händlern keinen unverhältnismäßigen Nachteil gegenüber anderen zuzufügen. Somit sei der eigentliche Verkauf und Vertrieb nicht Teil des Werbeverbotes, da sonst jedwedes Gespräch zwischen Verkäufer und Kunden, etwa auch in einer Tabaktrafik „Kommunikation mit dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung von Tabakerzeugnissen“ wäre. Der beschuldigte Beschwerdeführer habe somit keine im Sinne des TNSRG unzulässige Werbung betrieben.

Das Verwaltungsgericht Wien geht von folgendem Sachverhalt aus:

Der Beschwerdeführer J. G. ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der haftungsbeteiligten J. GmbH mit Sitz in Wien, Die zuletzt genannte Gesellschaft besitzt die Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe und betreibt einen Online-Shop mit dem Namen X.. Auf deren Homepage www.x..at werden E-Zigaretten und E-Liquids insoweit beworben, als von einem „genialen ...lokal“ gesprochen wird und die X. als eine neues Konzept beschrieben wird und Liquids, Aromen, Basen, Akkuträger, Clearomizer, Drip Tips und Dampf-Zubehör von bekannten Marktführern als dort erhältlich angepriesen und Empfehlungen für Liquids und E-Liquid Base mit entsprechendem Preis abgegeben werden.

Das Verwaltungsgericht Wien hat sich mit den wesentlichen Rechtsfragen bereits in seiner veröffentlichten Entscheidung vom 25.07.2017, GW-021/014/13613/2016 beschäftigt und dabei unter anderem Folgendes ausgeführt:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSZG), BGBl I 431/1995 idF BGBl I 22/2016, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

1. 'Tabakerzeugnis' jedes Erzeugnis, das zum Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt ist, sofern es ganz oder teilweise aus Tabak, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Tabak in gentechnisch veränderter oder unveränderter Form handelt, besteht,

1a. 'neuartiges Tabakerzeugnis' jedes Tabakerzeugnis, das nicht in eine der Kategorien Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen, Pfeifentabak, Wasserpfeifentabak, Zigarren, Zigarillos, Kautabak, Schnupftabak und Tabak zum oralen Gebrauch fällt und erstmals nach dem 19. Mai 2014 in Verkehr gebracht wurde,

1b. 'elektronische Zigarette' ein Erzeugnis, das zum Konsum nikotinhaltigen oder nikotinfreien Dampfes (Nebels) mittels eines Mundstücks verwendet werden kann, oder jeder Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche,

eines Tanks, und des Gerätes ohne Kartusche oder Tank. Elektronische Zigaretten können Einwegprodukte oder mittels eines Nachfüllbehälters oder Tanks nachfüllbar sein oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden,

...

1e. 'verwandtes Erzeugnis' jedes neuartige Tabakerzeugnis, pflanzliche Raucherzeugnis, die elektronische Zigarette und deren Liquids,

...

1l. 'Liquid' jede nikotinhaltige oder sonstige nikotinfreie Flüssigkeit, die dafür vorgesehen ist, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden,

...

7. 'Werbung' jede Form der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder der indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern.

§ 11 Abs. 1 TNRSG verbietet Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (darunter fallen E-Zigaretten, deren Bestandteile, Liquids). Nach Abs. 2 leg. cit. umfasst das Werbeverbot dabei insbesondere Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft, in der Presse oder anderen gedruckten Veröffentlichungen mit dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung; davon nicht erfasst ist der allgemeine Geschäftsverkehr.

Zur Definition von Diensten der Informationsgesellschaft ist auf das Notifikationsgesetz, E-Commerce-Gesetz und Zugangskontrollgesetz bzw. deren Materialien zurückzugreifen:

Die Dienste sind in der Regel gegen Entgelt bereitgestellt, d.h. man erhält eine wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung. Hierunter fallen zB kommerzielle elektronische Dienste, Dienste die in Ertragsabsicht erbracht werden, vom Nutzer unentgeltlich abrufbare Websites, unentgeltlich bereitgestellte Angebote, die im Endeffekt den Unternehmenswert steigern sollen etc. (siehe GP XX RV 1898, S. 12; GP XXI RV 817, S. 17). Der Dienst muss auch im Fernabsatz, elektronisch und auf individuellen Abruf des Empfängers erfolgen. D.h. Erbringer und Empfänger müssen nicht gleichzeitig physisch anwesend sein; beim Sender und Empfänger muss eine elektronische Speicherung erfolgen; der Dienst erfolgt nur auf individuelle Anforderung (zB interaktiv: übermittelte Information hängt überwiegend von der Eingabe des Empfängers ab) (GP XX RV 1898, S. 12; GP XXI RV 817, S. 17; GP XXI RV 99, S. 11).

§ 3 Z 1 E-Commerce-Gesetz nennt beispielsweise ausdrücklich den Online-Vertrieb von Waren, Online-Informationsangebote, Online-Werbung etc. Da der Beschwerdeführer mit dem Betreiben seiner Homepage (zumindest) diese drei Dienste bereitstellt, sind diese jedenfalls als Dienste der Informationsgesellschaft zu beurteilen.

§ 11 Abs. 4 TNRSG normiert folgende Ausnahmen von den Verboten der Abs. 1 und Abs. 2:

1. Mitteilungen, die ausschließlich für im Tabakhandel bzw. im Bereich des Handels mit verwandten Erzeugnissen, wie zum Beispiel elektronischen Zigaretten und/oder Nachfüllbehältern tätige Personen bestimmt und ausschließlich diesen zugänglich sind;
2. Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen, die in Drittländern gedruckt und herausgegeben werden, sofern diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Markt der Europäischen Union bestimmt sind;
3. die Darbietung der zum Verkauf angebotenen Tabakerzeugnisse und verwandten Erzeugnisse sowie Preisangaben für diese Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse an allen zum Verkauf von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen befugten Stellen;
4. Werbung durch Tabaktrafikantinnen und Tabaktrafikanten für Tabakerzeugnisse gemäß § 39 Abs. 1 Tabakmonopolgesetz, BGBl. Nr. 830/1995, sowie Werbung für verwandte Erzeugnisse nach § 1 Z 1e in Trafiken und im darauf spezialisierten Fachhandel.

Den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu der Novelle BGBl. I Nr. 22/2016, GP XXV, RV 1056, S. 7, ist zu § 11 TNRSG Folgendes zu entnehmen:

„Die Regelung hinsichtlich des Werbe- und Sponsoringsverbotes wurde redaktionell angepasst und es wurden verwandte Erzeugnisse miterfasst, was in Umsetzung der TPD II jedenfalls für nikotinhaltige E-Zigaretten notwendig ist. In Österreich sind grundsätzlich Werbung und Sponsoring für alle Tabakerzeugnisse und verwandten Erzeugnisse (auch z.B. für nikotinfreie E-Zigaretten) verboten, es bestehen jedoch Ausnahmen gemäß Abs. 4.

Vom Werbeverbot nicht umfasst ist der allgemeine Geschäftsverkehr; d.h., dass das Aushändigen von Visitenkarten wie auch die Nennung des Unternehmens, etwa bei Stellen-/Ausschreibungen, Vergaben oder Kundmachungen zulässig ist. Meinungsäußerungen sind dann ausgeschlossen, wenn sich diese verkaufsfördernd auswirken; d.h., dass zum Beispiel die Teilnahme an öffentlichen Diskussionsveranstaltungen möglich ist, wenn damit kein Werbeauftritt verbunden ist.

Die Bestimmungen zum Sponsoringverbot entsprechen der Rechtslage unter Miteinbeziehung der verwandten Erzeugnisse nach § 1 Z 1 e. “

Entsprechend § 14 Abs. 1 Z 4 TNRSG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 7 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15 000 Euro zu bestrafen, wer entgegen § 11 TNRSG Werbung oder Sponsoring betreibt.

Die zitierten Textstellen der Homepage, die zwar das Verbot des Versandhandels benennen, dieses aber als „vorübergehend“ abschwächen, bzw. dazu auch widersprüchliche Angaben (Versand in Österreich mit konkreter Preisangabe) beinhalten und überdies phantasievolle Alternativen (Online-Bestellung von „Bruder, Oma, Tante, Meinem Taxifahrer, [...] Zustelldienste, Fahrradboten etc. abholen lassen“ im Zusammenhalt mit den im Spruch genannten und auf der Homepage des Beschwerdeführers angeführten E-Zigaretten(bestandteile) sowie

Liquids intendieren, den Kauf von E-Zigaretten, Bestandteilen davon bzw. Liquids im Online-Shop und das Abholen lassen bzw. den Zugang dazu zu erleichtern. Der Beschwerdeführer lässt den Online-Kauf mit den oben zitierten Angaben zum Versand einfacher und attraktiver erscheinen, obwohl § 2a TNRSG den Versandhandel von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen gemäß § 1 Z 1e leg. cit. an Verbraucher verbietet; die Verfassungskonformität dieses Verbot wurde inzwischen durch den Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 14.3.2017, ZI. G 164/2016, bestätigt. Auch erscheint dadurch der Erwerb von E-Zigaretten, Bestandteilen davon und Liquids im Online-Shop des Beschwerdeführers attraktiver und hat damit - zumindest indirekt - die Wirkung, den Verkauf dieser Produkte zu fördern.

Das Anpreisen von E-Zigaretten als moderne Alternative zur herkömmlichen Tabakzigarette und als für sich stehende Produkte, die mit ihrer Geschmacksvielfalt zu begeistern wissen, sowie des Zieles des Beschwerdeführers, dem Verbraucher zu einem „maximalem Dampfvergnügen zu verhelfen“, die in Aussichtstellung der ungeteilten Aufmerksamkeit und kompetenten Beratung, während eines persönlichen Verkaufsgesprächs mit dem immer aktuell informierten Team des Beschwerdeführers, um ein breit gefächertes qualitätsvolles Sortiment der erwähnten Produkte und um ausschließlich das beste auf dem Markt Erhältliche anzubieten, ist unverkennbar darauf ausgerichtet, den Verkauf von E-Zigaretten und Liquids zu fördern. Die dabei verwendeten Formulierungen widersprechen der Intention des Gesetzgebers, „Tabakwerbung“ auf ihre Rolle als Informationsträger zu beschränken und nicht ein „positives Raucherimage“ zu schaffen (GP XIX RV 163, S. 13).

Zum Beschwerdevorbringen, dass keine Werbung im Sinne des § 1 Z 7 TNRSG vorliege, ist gleichfalls darauf hinzuweisen, dass nach der Regierungsvorlage (GP XIX RV 163, 10) "angesichts der Verknüpfung der einzelnen Werbemittel untereinander und zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten der Begriff Werbung umfassend zu definieren ist. Das Streben nach möglichst einheitlicher Regelung vergleichbarer Tatbestände gebietet eine Einbeziehung werbewirksamer Marktstrategien, die sonst vielleicht nicht dem Begriff Werbung in seiner allgemein üblichen Bedeutung subsumierbar wären". Die erwähnten, vom Beschwerdeführer gewählten Formulierungen seiner Homepage verfolgen das Ziel der direkten bzw. (zumindest) indirekten Wirkung, den Verkauf von E-Zigaretten, Bestandteilen davon und Liquids zu fördern und stellen demnach Werbung (nach GP XIX RV 163, S. 10: umfassend zu definierender Begriff) im Sinne des § 1 Z 7 TNRSG dar.

Vom Werbeverbot nicht umfasst ist der allgemeine Geschäftsverkehr. Der Gesetzgeber erläuterte, dass darunter das Aushändigen von Visitenkarten wie auch die Nennung des Unternehmens (bei Stellenausschreibungen, Vergaben, Kundmachungen) zu verstehen seien. Meinungsäußerungen seien dann ausgeschlossen, wenn sich diese verkaufsfördernd auswirkten (GP XXV RV 1056,

S. 7). Eine Homepage kann nicht als „virtuelle Visitenkarte“ für ein Unternehmen verstanden werden, wenn dort nicht nur Firma und (Kontakt)Daten angeführt sind, sondern – wie im gegenständlichen Fall – u.a. Produkte zum Verkauf angeboten werden. Das ist keinesfalls mit dem Verteilen einer physischen Visitenkarte oder dem bloßen Nennen des Unternehmens vergleichbar. Zudem äußert der Beschwerdeführer auf der Homepage seine Meinung auf verkaufsfördernde Art und Weise (zB „maximale Dampfvergnügen“).

Dem Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich der Rechtsprechung ist entgegenzuhalten, dass der EuGH sehr wohl erkannte, dass man Werbung im Wesentlichen verbieten dürfe, außerdem erlaube die Richtlinie 2014/40/EU über Tabakerzeugnisse den Mitgliedstaaten, den grenzüberschreitenden Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern im Fernabsatz zu verbieten (EuGH 4.5.2016, Rs. C-477/14). Dass die Antragsteller im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 3.7.2015, ZI G 118/2015 einen Online-Shop betrieben und der Verfassungsgerichtshof dies nicht beanstandete, ist nicht von Relevanz, weil dieser mit (jüngerem) Erkenntnis vom 14.3.2017, ZI G 164/2016 das Versandhandelsverbot gemäß § 2a TNRSG für verfassungskonform erklärte. Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshof vom 23.9.2010, ZI G 218/2009 ist ebensowenig von Bedeutung, weil in diesem ein umfassendes Werbeverbot als verfassungswidrig erachtet wurde und im gegenständlichen Fall keinesfalls die Rede von einem solchem sein kann, zumal gewisse Ausnahmen vom Werbeverbot vorgesehen sind (§ 11 Abs. 4 TNRSG).

Zu klären ob es sich beim Betreiben des Online-Shops durch den Beschwerdeführer um eine Umgehung des Versandhandelsverbotes gemäß § 2a TNRSG und des dazu ergangenen Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 14.3.2017, ZI G 164/2016) handelt, ist nicht Sache dieser Entscheidung. Ungeachtet dessen, ob der Beschwerdeführer den Online-Shop zu Recht betreibt oder nicht, enthält seine Homepage Werbung für E-Zigaretten und Liquids. Die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 4 Z 3 TNRSG sieht vor, dass die Darbietung der zum Verkauf angebotenen E-Zigaretten und Liquids sowie Preisangaben für diese an allen zum Verkauf befugten Stellen zulässig ist. Dadurch soll den zum Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen befugten Stellen weiterhin die Möglichkeit belassen bleiben, ihre Waren offen – beispielsweise in Regalen – samt Preisangaben anzubieten, überdies soll damit den Konsumenten weiterhin die Möglichkeit der freien Wahl zwischen den angebotenen Produkten möglich bleiben (GP XXII RV 700, S. 5). Ob der Online Shop eine solche Stelle ist, ist im gegenständlichen Fall nicht von Bedeutung, weil der Beschwerdeführer ohnehin auf der Homepage nicht nur seine Waren mit Preisangaben darbietet, sondern eben auch verkaufsfördernde Werbung (zB „Produkte, die mit ihrer Geschmacksvielfalt zu begeistern wissen“) macht und in dieser Form – unabhängig davon, ob sie an einer zum Verkauf befugten Stelle betrieben wird – unzulässig ist.

...“

Diese Ausführungen sind auch auf den gegenständlichen Fall zu übertragen, wobei fallbezogen ergänzend Folgendes auszuführen ist:

Das Verwaltungsgericht Wien teilt nicht die Ansicht der Beschwerdeführer, dass eine zulässige Werbung im Fachhandel vorliegt. Wie sich aus dem Wortlaut des § 11 Abs. 4 Z 4 TNRSG ergibt, wird dort die Werbung für verwandte Erzeugnisse in Trafiken und im darauf spezialisierten Fachhandel erlaubt. Durch diese Verknüpfung ist, anders als die Beschwerdeführer meinen, eine Beschränkung der Werbung auf die jeweiligen Ladengeschäfte gemeint, weil es auch Trafiken nicht erlaubt ist, solche Produkte in Diensten der Informationsgesellschaft zu bewerben. Damit liegt auch keine unzulässige Beschränkung vor, weil damit nur unterbunden werden soll, dass für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse auf für jedermann zugängliche Websites Tag und Nacht Werbung betrieben werden kann.

Darüber hinaus zeigt der im Straferkenntnis wiedergegebene Wortlaut durch die entsprechenden Hervorhebungen eines neuen Konzepts und durch die Bezeichnung „geniale ...lokal“, dass es sich nicht um eine bloße Bekanntgabe von Waren und Preis handelt, sondern dass damit eine verkaufsfördernde Wirkung zumindest indirekt erreicht werden soll.

In Zusammenschau der aufgezählten Produkte mit den verkaufsfördernden Hervorhebungen ist auch der von der Behörde festgestellte Sachverhalt ausreichend umschrieben, sodass der beschuldigte Beschwerdeführer durchaus in die Lage versetzt war, sich zu verteidigen und vor der Gefahr der Doppelbestrafung geschützt ist.

Soweit eine unzulässige Benachteiligung inländischer Händler geltend gemacht wird, ist in Entgegnung des Vorbringens der Beschwerdeführer nochmals darauf hinzuweisen, dass es hier um das Werbeverbot und nicht um ein Verkaufsverbot geht.

Letztlich ist festzuhalten, dass der in Rede stehende Sachverhalt den Beschwerdeführern bekannt war und die Möglichkeit bestand, sowohl in den behördlichen Strafakt wie auch in den Akt des Verwaltungsgerichtes Wien Einsicht zu nehmen. Die dort dargestellten Ergebnisse sind Grundlage dieser Entscheidung. Eine Einsicht in nicht dieser Entscheidung zugrunde liegende Akten, insbesondere um etwa die Motivation des Anzeigegers herauszufinden, ist zwingend nicht vorgesehen.

Eine Übertretung des § 14 Abs. 1 Z 4 TNRSG stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, weil zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt (VwGH 27.3.1990, ZI. 89/04/0226). Das Verwaltungsgericht Wien folgt nicht der Meinung der Beschwerdeführer, dass nur eine den äußersten Wortsinn verlassende Interpretation zum Ergebnis führt, dass sich das Verhalten des beschuldigten Beschwerdeführers als strafbar erweise. Die Umschreibungen im TNRSG sind ausreichend, um erkennen zu lassen, dass eine Bewerbung verwandter Erzeugnisse im Sinne dieses Gesetzes im Rahmen von Diensten der Informationsgesellschaft verboten ist. Mit seinem Vorbringen vermochte der Beschwerdeführer daher nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden traf. Demnach ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

Der Beschwerde war somit in der Schuldfrage keine Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich zu bestätigen.

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

Gemäß Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß

anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Übertretungen nach § 14 Abs. 1 Z 4 erster Strafsatz TNRSG sind mit Geldstrafen bis zu 7 500 Euro zu ahnden.

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Ausmaß das als besonders bedeutsam eingeschätzte Interesse an einem verantwortungsbewussten Gesundheits-, Konsumenten- und Jugendschutz, wozu insbesondere auch die Reduzierung der Attraktivität von Tabak- und verwandter Erzeugnisse zählt.

Das Verschulden des Beschuldigten kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Erschwerungsgründe oder Milderungsgründe sind nicht hervorgekommen.

Zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen hat der Beschwerdeführer keine Angaben gemacht, es war daher von durchschnittlichen auszugehen (vgl. VwGH 14.12.1998, ZI. 97/17/0143). Sorgepflichten waren mangels diesbezüglichen Angaben keine anzunehmen.

In Anbetracht dieser Strafzumessungsgründe und des bis 7.500 Euro reichenden Strafsatzes, war die von der belangten Behörde festgesetzte Geldstrafe angemessen herabzusetzen, ist aber in der nunmehrigen Höhe erforderlich, um den Beschwerdeführer in Hinkunft von der Wiederholung der Tat ausreichend abzuhalten.

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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Schopf
Richter