



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38660
Telefax: (43 01) 4000 99 38660
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-021/014/13613/2016-5
M. E.

Wien, 25.7.2017

Geschäftsabteilung: H

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr. Findeis über die Beschwerde des Herrn M. E. vom 24.10.2016 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 20.9.2016, Zahl MBA ... - S 26921/16, wegen Übertretung des § 11 Abs. 1 und 2 iVm § 1b und § 1e TNRSg, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 21.6.2017, zu Recht erkannt:

Der Spruch des Straferkenntnisses wird dahingehend abgeändert, dass in der Tatumschreibung anstelle des Klammersausdruckes „(siehe die dem Straferkenntnis beiliegenden Beilagen 1 bis 6)“ Nachstehendes eingefügt wird:

“<http://www.p.../> durch folgenden Inhalt:

Bestseller

Kayfun 5 Verdampfer

119,95 EUR

Hochland Cloud Chaser Base 70%VG/30%PG 1000ml 3mq/ml

23,00 EUR

....

Hochland Devils Blast Base 90%VG/10%PG 100 ml 0mg/ml

3,50 EUR

Vapor Giant GO 2

ab 39,95 EUR

.....

AUFGRUND DER AKTUELLEN GESETZLICHEN LAGE, DÜRFEN WIR
VORÜBERGEHEND NICHT AN ENDKUNDEN VERSENDEN!

VERSAND

Versandkosten

AT: 3,90 € nach Österreich

...

Aufgrund geänderter Gesetzeslage dürfen wir vorerst keinen Versand anbieten!

Sie können jedoch ihre Bestellung selbst abholen, oder abholen lassen.

Ich lasse das Paket ab 24 Stunden nach der Bestellung abholen von:

Bruder, Oma, Tante, meinem Taxifahrer, ...

...Paket Express, L.,

andere Zustelldienste, Fahrradboten etc. und gebe in der Bestellung den Namen
des Abholers an.

....

Fire Bird Premium Gold Satin Black....

349,00 EUR

....

Polycarbonat Sichtfenster Kayfun Lite...

6,00 EUR

....

Polycarbonat Tank Kayfun 3,1/Lite Plus

20,00 EUR

....

Liquid Base 100 ml - 12 mg/ml

5,90 EUR

....

E-Zigaretten sind eine moderne Alternative zur herkömmlichen Tabakzigarette.

Sie sind darüber hinaus aber auch für sich stehende Produkte, die mit Ihrer
Geschmacksvielfalt zu begeistern wissen, besuchen Sie unseren Shop in Wien
und finden Sie heraus, ob ein Dampfgerät das Richtige für Sie ist.

Alles rund um das Dampfgerät

Unser Ziel ist es, Ihnen zu maximalem Dampfvergnügen zu verhelfen. Schauen
Sie in unserem Ladenlokal in Wien vorbei und genießen Sie unsere ungeteilte
Aufmerksamkeit und kompetente Beratung.

Unsere Leidenschaft für moderne Dampfgeräte zeichnet uns aus.

Wir bleiben für Sie immer up to Date und verpassen keine Innovation.

So bieten wir Ihnen ein breit gefächertes Sortiment an E-Zigaretten, das in erster
Linie aber nicht durch seine Quantität, sondern vor allem durch seine Qualität

besticht. Die Geräte, die Sie bei uns finden, stammen von Herstellern unseres Vertrauens.

Denn wir möchten Ihnen ausschließlich das beste auf dem Markt Erhältliche bieten.

Neben den E-Zigaretten selbst führen wir für Sie:

- Liquids in vielseitigen Aromen
- Verdampfer

...

Überzeugen Sie sich am besten selbst bei uns vor Ort oder in unserem Onlineshop.

Lernen Sie den E-Zigaretten-Fachhandel in Wien persönlich kennen

Haben wir Sie neugierig gemacht?

Dann freuen wir uns, Sie bald in unserem Shop in Wien begrüßen zu dürfen.

Das P. Team“

Die Strafnorm lautet: § 14 Abs. 1 Z 4 erster Strafsatz TNRSg.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Dem Beschwerdeführer werden Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 140,00 Euro auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

B E G R Ü N D U N G

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, erkannte den Beschwerdeführer mit Straferkenntnis vom 20.9.2016 schuldig, er habe als Inhaber des Handelsgewerbes mit dem Standort in Wien, B.-gasse und Betreiber des Onlineshops "P.", der auch für den Inhalt der dargestellten Seiten verantwortlich sei, zu verantworten, dass er am 25.5.2016 entgegen § 11 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 1b Tabak- und Nichtraucherinnen sowie Nichtrauchererschutzgesetz-TNRSg, wonach Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse verboten seien und "elektronische Zigaretten" ausdrücklich als "verwandtes Erzeugnis" (§ 1b iVm § 1e leg. cit.) genannt werden, auf der Homepage des Onlineshops (siehe die dem Straferkenntnis beiliegenden Beilagen 1 bis 6) Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft für "elektronische Zigaretten" mit dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung gemacht habe. Wegen Verletzung des § 11 Abs. 1 und 2 iVm § 1b und § 1e TNRSg verhängte die belangte Behörde gemäß § 14 Abs. 1 Z 4 TNRSg über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe (Ersatzfreiheitsstrafe) von 700 Euro (1 Tag und 18 Stunden) und schrieb gemäß

§ 64 VStG einen Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafe vor.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde des Beschuldigten. In dieser führt er im Wesentlichen aus, Teile des Aktes seien nicht zur Einsicht vorgelegt worden, um die Identität des Anzeigers zu verheimlichen. Die bloße Darstellung von Produkt und Preis in einem Online-Shop stelle keine Werbung dar. Der Online-Shop sei als Bestandteil des Geschäftslokals des Beschwerdeführers eine zum Verkauf von elektronischen Zigaretten befugte Stelle und erfolge daher nur ein Darbieten seiner Ware. Beim Betreiben einer Homepage handle es sich um eine Maßnahme des allgemeinen Geschäftsverkehrs im Sinne des § 11 Abs. 1 TNRSG und sei die Homepage als eine „virtuelle Visitenkarte“ anzusehen. Der vom Gesetzgeber unternommene Versuch, E-Zigaretten und Liquids dem Tabakmonopolgesetz (in welchem der Verkauf auf Ladengeschäfte beschränkt wird) zu unterwerfen, wurde vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig aufgehoben (VfGH 3.7.2015, ZI G 118/2015). Der Verfassungsgerichtshof habe ein Werbeverbot, das jedwede Kommunikation über einen Betrieb unterbinde, als verfassungswidrig aufgehoben (VfGH 23.9.2010, ZI G 218/2009). Auch der EuGH erachte das Betreiben eines Online-Shops zur Vermarktung von elektronischen Zigaretten als zulässig (EuGH 4.5.2016, Rs C-477/14).

Am 21.6.2017 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, der die belangte Behörde fernblieb. Verlesen wurde der Akteninhalt, einvernommen wurde der Beschwerdeführer. Der Vertreter des Beschwerdeführers hielt fest, dass die Ausführungen bezüglich der nicht gewährten Akteneinsicht auf Grund der nunmehr eingeräumten Einsichtnahme in beide Akten obsolet seien. Er wies darauf hin, dass das Gesetz nicht von einem Konzept des Ausschlusses der Konsumenten und Schutzobjekte (Jugendliche, Nichtraucher) von Informationen und Werbung ausgehe, vielmehr gehe es darum, an neutralen Orten nicht mit Werbung konfrontiert zu werden. Wenn die Erlangung von Informationen ein aktives Suchen und Aufsuchen solcher Informationen erfordert, könne nicht von Werbung gesprochen werden. In Trafiken, Fachladengeschäften, ausländischen Online-Geschäften seien Informationen und Werbung uneingeschränkt für jedermann zugänglich. Auch Jugendliche und Nichtraucher hätten uneingeschränkt Zugang zu den mehr als 6000 Trafiken und damit Zugang zu sichtbarer Werbung. Der Beschwerdeführer habe angesichts der nunmehrigen Formulierung des Gesetzes von einer Zulässigkeit des Online-Shops ohne Versand ausgehen dürfen, weshalb ihn an der Darstellung von Produkten und Preisen kein Verschulden treffe.

Unter Zugrundelegung des Inhaltes der Homepage <http://www.p.../>, des Gewerberegistersauszugs zur Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers, dessen Stellungnahme vom 4.7.2016, der Beschwerde und dem Parteilenvorbringen anlässlich der Verhandlung vom 21.6.2017 wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der Beschwerdeführer übt im Verkaufsladen in Wien, B.-gasse den Einzelhandel von elektronischen Zigaretten, Bestandteilen davon sowie entsprechenden Liquids, aus.

Am 25.5.2016 wurden auf seiner Homepage „www.p...“ u.a. folgende Produkte zu nachstehenden Preisen angeboten.

„Bestseller

Kayfun 5 Verdampfer

119,95 EUR

Hochland Cloud Chaser Base 70%VG/30%PG 1000ml 3mq/ml

23,00 EUR

Hochland Devils Blast Base 90%VG/10%PG 100 ml 0mg/ml

3,50 EUR

Vapor Giant GO 2

ab 39,95 EUR

Fire Bird Premium Gold Satin Black....

349,00 EUR

Polycarbonat Sichtfenster Kayfun Lite...

6,00 EUR

Polycarbonat Tank Kayfun 3,1/Lite Plus

20,00 EUR

Liquid Base 100 ml - 12 mg/ml

5,90 EUR“

Die Homepage enthielt darüber hinaus u.a. folgende Inhalte:

„...“

AUFGRUND DER AKTUELLEN GESETZLICHEN LAGE, DÜRFEN WIR
VORÜBERGEHEND NICHT AN ENDKUNDEN VERSENDEN!

VERSAND

Versandkosten

AT: 3,90 € nach Österreich

...

Aufgrund geänderter Gesetzeslage dürfen wir vorerst keinen Versand anbieten!
Sie können jedoch ihre Bestellung selbst abholen, oder abholen lassen.

Ich lasse das Paket ab 24 Stunden nach der Bestellung abholen von:

Bruder, Oma, Tante, meinem Taxifahrer, ...

...Paket Express, L.,

andere Zustelldienste, Fahrradboten, etc. und gebe in der Bestellung den Namen des Abholers an.

...

E-Zigaretten sind eine moderne Alternative zur herkömmlichen Tabakzigarette. Sie sind darüber hinaus aber auch für sich stehende Produkte, die mit ihrer Geschmacksvielfalt zu begeistern wissen, besuchen Sie unseren Shop in Wien und finden Sie heraus, ob ein Dampfgerät das Richtige für Sie ist.

Alles rund um das Dampfgerät

Unser Ziel ist es, Ihnen zu maximalem Dampfvergnügen zu verhelfen. Schauen Sie in unserem Ladenlokal in Wien vorbei und genießen Sie unsere ungeteilte Aufmerksamkeit und kompetente Beratung.

Unsere Leidenschaft für moderne Dampfgeräte zeichnet uns aus.

Wir bleiben für Sie immer up to Date und verpassen keine Innovation.

So bieten wir Ihnen ein breit gefächertes Sortiment an E-Zigaretten, das in erster Linie aber nicht durch seine Quantität, sondern vor allem durch seine Qualität bestätigt. Die Geräte, die Sie bei uns finden, stammen von Herstellern unseres Vertrauens.

Denn wir möchten Ihnen ausschließlich das Beste auf dem Markt Erhältliche bieten.

Neben den E-Zigaretten selbst führen wir für Sie:

- Liquids in vielseitigen Aromen
- Verdampfer

...

Überzeugen Sie sich am besten selbst bei uns vor Ort oder in unserem Onlineshop.

Lernen Sie den E-Zigaretten-Fachhandel in Wien persönlich kennen

Haben wir Sie neugierig gemacht?

Dann freuen wir uns, Sie bald in unserem Shop in Wien begrüßen zu dürfen

Das P. Team“

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

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 – TNRSKG), BGBl 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 phantasiereiche 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, Zl. 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.

Da der Beschwerdeführer auf seiner Homepage Werbung für E-Zigaretten, Bestandteile davon und Liquids betreibt, ist der objektive Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung gemäß § 14 Abs. 1 Z 4 TNRSOG erfüllt.

Eine Übertretung des § 14 Abs. 1 Z 4 TNRSOG 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, Zl. 89/04/0226). Mit seinem Vorbringen vermochte der Beschwerdeführer 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.

Die Spruchabänderung erfolgte zur Präzisierung des Tatvorwurfes.

Strafbemessung

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 TNRSOG 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.

Dem Beschwerdeführer kommt der besondere Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zugute. Er weist demnach keine einschlägige Vormerkung auf; erschwerend war kein Umstand.

Zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen hat der Beschwerdeführer keine Angaben gemacht, es war daher von durchschnittlichen auszugehen (vgl. VwGH 14.12.1998, Zl. 97/17/0143). Sorgepflichten obliegen dem Beschuldigten keine.

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

Die Auferlegung der Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gründet sich auf § 64 Abs. 1 und 2 VStG; jene des Beschwerdeverfahrens auf § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG.

Gegen dieses Erkenntnis ist die ordentliche Revision nicht zulässig, 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. Überdies liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B E L E H R U N G

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer beim Verwaltungsgericht Wien einzubringenden außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde und die Revision sind innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin oder einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde und die Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. 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.

Dr. F i n d e i s
Richterin