

TE UVS Salzburg 1999/06/29 4/10065/5-1999th

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.06.1999

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Salzburg erlässt durch das Einzelmitglied Mag. Thomas Thaller über die Berufung der Frau D., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H in S, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 03.02.1999, Zahl 1/06/59634/99/005, folgendes Erkenntnis:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm § 24 VStG wird der Berufung keine Folge gegeben und der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses mit der Maßgabe vollinhaltlich bestätigt, dass die angewendete Strafbestimmung "§ 367 Einleitungssatz GewO 1994" zu lauten hat.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat die Beschuldigte außer dem Kostenbeitrag zum erstinstanzlichen Verfahren einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von S 1.600,-

- (116,28 Euro) zu leisten.

Text

Begründung:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wird der Beschuldigten vorgeworfen, sie habe als die gemäß § 370 der Gewerbeordnung verantwortliche Geschäftsführerin des Vereines "L.V.-Natur und Mensch - Verein zur Entwicklung einer ganzheitlichen Sicht bei der Entwicklung eines Gesundheitsideals" zu verantworten, dass von diesem Verein von zumindest 14.09.1998 bis 23.09.1998 auf eigene Rechnung und Gefahr gegen Entgelt zu Erwerbszwecken vom Standort in Salzburg, E-G-Straße 6 b aus der Versandhandel mit Verzehrprodukten (lt. Produktkatalog u.a. 100 Kapseln Marine-Beta-Carotin-Kapseln zum Preis von S 385,00, 100 Kapseln Kieselerde + Calcium-Kapseln zum Preis von S 218,00, 100 Kapseln Austernschalen Extrakt-Kapseln zum Preis von S 451,00) betrieben wurde (so wurde u.a. an eine Kundin in 1080 Wien mit Rechnung vom 14.09.1998 Magnesium 500 - Kapseln zum Preis von S 242,00 + S 42,00 Verpackungs- und Versandkosten per Nachnahme verschickt), obwohl der Versandhandel mit Verzehrprodukten an Letztverbraucher unzulässig ist.

Sie habe dadurch eine Verwaltungsübertretung gemäß § 367 Z 14 iVm § 50 Abs 2 GewO 1994 begangen und wurde über die Beschuldigte gemäß § 367 Z 14 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von S 8.000,-, im Nichteinbringungsfall eine Ersatzarreststrafe von 4 Tagen, verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis hat die Beschuldigte durch ihren Rechtsvertreter fristgerecht eine Berufung eingebracht. Darin bringt sie vor, dass sich das erstinstanzliche Straferkenntnis offensichtlich einzig und allein auf den von der Apothekerkammer intiierten Testkauf stütze. Dieser Testkauf sei keinesfalls geeignet, das objektive Tatbestandsmerkmal des Versandhandels zu erfüllen. Der Versandhandel werde nach dem allgemeinen

Sprachgebrauch als eine Betriebsform des Einzelhandels, also eine Form des Verkaufes von Waren an Letztverbraucher verstanden, bei dem das Anbieten nicht im offenen Ladengeschäft, sondern schriftlich mittels Katalogen, Prospekten oder durch Vertreter erfolge und die schriftlich bestellten Waren dem Käufer im Versandweg zugestellt werden. Die Tätigkeit müsse nach außen erkennbar auf eine Vielzahl von Geschäften als organisatorische Einheit gerichtet, daher notwendigerweise für eine längere Zeitspanne geplant sein. Im gegenständlichen Fall habe ein offensichtlich von der Apothekerkammer gedungener agent provocateur einen einzelnen Versandungskauf in der Absicht herbeigeführt, den Verein "L.V." dadurch in die Nähe des Versandhandels zu bringen, anzuschwärzen und dann umgehend der Behörde diesen Sachverhalt mitzuteilen. Dieser provozierte Versandungskauf sei jedoch keinesfalls geeignet, das objektive Tatbestandsmerkmal des Versandhandels zu erfüllen. Darüberhinaus lägen auch die Voraussetzungen der subjektiven Tatseite nicht vor. Der Verein "L.V." zähle zu seiner Klientel über 800 Ärzte und Therapeuten in Österreich und Deutschland und würden nur diese beworben. Aus diesem Grund können sich daher nur Ärzte und Therapeuten im Besitz der Bestellkarten befinden, womit diese Ärzte und Therapeuten, welche keine Letztverbraucher seien, die Naturprodukte des Vereins "La Vie" bestellen können. Der Verein habe darauf vertrauen dürfen, dass nur Ärzte und Therapeuten Bestellungen tätigen. Der Beschuldigten könne nicht zugemutet werden, dass sie jede Bestellung dahingehend prüfe, ob der Besteller nicht zufällig ein Letztverbraucher sei, der über den Umweg eines Arztes oder Therapeuten in den Besitz des Bestellcoupons gekommen sei. Dies sei auch organisatorisch nicht möglich. Darüberhinaus werde darauf hingewiesen, dass die vom Verein "L.V." vertriebenen Naturprodukte

wertvolle Nahrungsergänzungen darstellen, welche auch bei einer Überdosierung in keiner Weise schädlich sein können. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn die Erstbehörde ausführe, es hätte auffallen müssen, dass eine Lieferung an eine Privatperson außerhalb der Kundenkartei erfolge. Da die Bestellcoupons nur an Ärzte und Therapeuten abgegeben werden, sei es notorisch, dass die Bestellung auch nur von diesen erfolge. Es könne daher auch bei einem neuen Namen davon ausgegangen werden, dass es sich nicht um Letztverbraucher, sondern um Ärzte oder Therapeuten handle. Es sei falsch, dass dem Schutzzweck des § 50 Abs 2 GewO im gegenständlichen Fall klar zuwidergehandelt worden sei, sei doch durch die alleinige Abgabe der Bestellcoupons an Ärzte und Therapeuten sichergestellt, dass Letztverbraucher die nötige Aufklärung über die vom Verein "L.V." vertriebenen Naturprodukte erhalten. Die Berufungswerberin habe nach den Umständen des konkreten Falles objektiv das erforderliche Maß der Sorgfalt aufgewendet, um Verzehrprodukte nicht an Letztverbraucher im Versandhandel zu vertreiben, in dem die Bestellcoupons nur an Ärzte und Therapeuten (also nicht an Letztverbraucher) abgegeben worden seien. Dem Schutzzweck des § 50 Abs 2 GewO sei bei dem von der Apothekerkammer initiierten Testkauf durch die Beschuldigte keinesfalls fahrlässig zuwidergehandelt worden. Überdies sei das Verfahren mangelhaft geblieben, weil der Beweisantrag auf Einvernahme der Zeugin F negiert worden sei.

Die Erstbehörde sei weiters nicht auf die Argumentation der Beschuldigten in der Stellungnahme vom 11.12.1998 eingegangen, wonach die Bestimmung des § 50 Abs 2 GewO zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der inländischen Anbieter und zu einer Inländerdiskriminierung führe, weil in anderen Mitgliedsstaaten der Versandhandel mit den vom Verein "L.V." vertriebenen Produkten an Letztverbraucher nicht untersagt sei. Im Rahmen des EG-Vertrages und des diesem Vertrag entspringenden Grundsatzes des freien Warenverkehrs sei es Anbietern aus Deutschland erlaubt, diese Produkte auch an österreichische Letztverbraucher im Versandhandel zu verkaufen. Da die Erstbehörde auf diese Argumentation nicht eingegangen sei, werde zur Abklärung der EU-Konformität der Bestimmung des § 50 Abs 2 GewO beantragt, das gegenständliche Strafverfahren wegen der Notwendigkeit der Einholung einer Vorabentscheidung vor dem Europäischen Gerichtshof zu unterbrechen.

Am 17.06.1999 fand in der Sache eine öffentliche mündliche Berufungsverhandlung statt, in der Frau F als Zeugin einvernommen wurde.

Die Beschuldigte wiederholte im wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und bestätigte, dass die im erstinstanzlichen Akt aufliegenden Kopien der Bestellscheine bzw der Preisliste von ihrem Unternehmen stammen.

Die Zeugin F gab an, dass sie Angestellte der österreichischen Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Wien, sei. Sie sei von ihrem Arbeitgeber beauftragt worden, einen Testkauf von Magnesiums-Kapseln mittels Bestellformular der Firma "L.V." aus S

durchzuführen. Die Bestellscheine und Preisliste des Clubs "L.V." seien zuvor einem Apotheker in W von einem Kunden übergeben worden, der sich über die angegebenen Produkte in der Apotheke informieren wollte. Sie habe daraufhin eine Testbestellung auf dem Bestellformular abgegeben und seien ihr nach einer Woche auch die bestellten Magnesiumkapseln anstandslos übermittelt worden.

Es sei bei ihr seitens des Club "L.V." nicht nachgefragt worden, ob sie eine Ärztin oder Therapeutin wäre, die diese Produkte zur Ausübung ihres Berufes benötige.

Die Österreichische Apothekerkammer gab mit Schreiben vom 16. Juni 1999 bekannt, dass im August 1998 dem Vizepräsidenten der Landesgeschäftsstelle Wien der Österreichischen Apothekerkammer, Herrn Mag. W, in

der Apotheke "J", R-platz 16, Wien, von einem anonym gebliebenen Kunden die in Kopie beiliegende Preisliste des Clubs "L.V." übergeben worden

sei. Der Kunde habe beim Club L.V. bestellen wollen und sich über einzelne der angebotenen Produkte in der Apotheke bei Herrn Mag. W informieren wollen. Von der Österreichischen Apothekerkammer sei daraufhin eine Testbestellung veranlasst worden, wobei Frau F, Sekretariatsleiterin in der Landesgeschäftsstelle Wien der Österreichischen Apothekerkammer als Testkäuferin fungiert habe. Weder der Preisliste noch den Bestellscheinen des Clubs "L.V." sei entnehmbar, dass eine Auslieferung nur an Ärzte erfolgen würde und sei im konkreten Fall die Auslieferung an Frau F auch ohne weitere Rückfrage erfolgt. Ein vom Sachbearbeiter Mag. P am 16. Juni 1999 im Club L.V. durchgeführte Telefonanruf habe bestätigt, dass die Auslieferung von Produkten keinesfalls ausschließlich an Ärzte erfolge.

Verlangt werde allerdings die Empfehlung einer Person, die schon bisher Kunde von "L.Vie" sei, wobei es sich bei dieser Person keineswegs um einen Arzt handeln müsse.

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Salzburg stellt hiezu gemäß § 51c VStG durch ein Einzelmitglied fest:

Nach dem durchgeführten Ermittlungsverfahren wird folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die Beschuldigte ist gewerberechtliche Geschäftsführerin des Vereins "L.V.-Natur und Mensch - Verein zur Entwicklung einer ganzheitlichen Sicht bei der Entwicklung eines Gesundheitsideals". Dieser Verein ist Inhaber eines Handelsgewerbes gemäß § 124 Z 11 GewO mit Standort in der Stadt S, wobei der Verein auch Verzehrsprodukte nach dem Lebensmittelgesetz verkauft. Am 15.09.1998 bestellte die Mitarbeiterin der Österreichischen Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Wien, Frau F, mittels

Bestellkarte per Post beim Verein "L.V." eine Packung des Verzehrsproduktes "Magnesium 500-Kapseln". Sie führte diesen Kauf als Testkauf über Auftrag ihres Arbeitgebers durch. Ihr Arbeitgeber gelangte durch einen Kunden einer Wiener Apotheke, der sich dort über die in der Preisliste des Vereins "L.V." enthaltenen Produkte erkundigen wollte, in den Besitz der Preisliste samt Bestellformular. Auf den angeführten Bestellkarten bzw in der Preisliste finden sich keinerlei Hinweise, dass die Verzehrsprodukte nur an Ärzte oder Therapeuten, die diese zu ihrer weiteren Berufsausübung benötigen, verkauft werden. Die von der Zeugin F am 15.09.1998 per Post abgegebene

schriftliche Bestellung wurden am 23.09.1998 durch die Post an ihre Privatadresse zugestellt. Der für die Bestellung in Rechnung gestellte Kaufpreis wurde von der Zeugin per Nachnahme entrichtet.

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die glaubwürdige Aussage der Zeugin F, deren

Angaben von der Beschuldigten nicht bestritten werden, sowie auf die im Akt aufliegende Preisliste und die Bestellformulare, welche ebenfalls unbestritten geblieben sind.

Gemäß § 50 Abs 2 GewO 1994 ist der Versandhandel mit Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Verzehrprodukten, Waffen und Munition sowie pyrotechnischen Artikeln an Letztverbraucher unzulässig. Dieses Verbot gilt auch für den Absatz von aus eigener Erzeugung stammenden Waren oder von zugekauften Waren (§ 33 Z 6) in der Art des Versandhandels an Letztverbraucher.

Die Beschuldigte bestreitet, im vorliegenden Fall einen Versandhandel an Letztverbraucher durchgeführt zu haben. Sie habe ihre Produkte (zumeist Verzehrprodukte) nur Ärzten und Therapeuten mittels schriftlichen Katalogen angeboten und diesen die bestellten Waren im Postwege zugestellt. Sie habe ihre Produkte auch keinesfalls mit Inseraten in Medien beworben, sondern sei die Werbung nur durch Mundpropaganda von Ärzten und Therapeuten erfolgt. Sie habe davon ausgehen können, dass nur Ärzte und Therapeuten bei ihr Waren bestellen.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es beim sogenannten Versandhandel nicht darauf ankommt, dass die Waren in Inseraten in Zeitungen oder Zeitschriften beworben werden. Wesentlich ist, dass das Anbieten nicht in offenen Ladengeschäften, sondern schriftlich mittels Katalogen oder Prospekten erfolgt und die schriftlich bestellten Waren den Käufern im Versandweg zugestellt werden. Es ist daher für die vorgeworfene Übertretung des § 50 Abs 2 GewO völlig unbedeutend, ob die vom Gewerbeinhaber angebotenen Verzehrprodukte in Zeitungsinseraten beworben worden sind oder nicht.

Der Rechtfertigung der Beschuldigten, dass ein Versandhandel an Letztverbraucher ausgeschlossen sei und die Waren nur von Ärzten oder Therapeuten bestellt werden können, steht zunächst entgegen, dass in den vom Gewerbeinhaber verwendeten Bestellformularen (bzw auch in der Preisliste) keine Hinweise darauf enthalten sind, dass diese Verzehrprodukte nur von Ärzten oder Therapeuten, die sie für ihre Berufsausübung benötigen, erworben werden können. Die zu Verfügung gestellten Bestellkarten sind nach ihrem Erscheinungsbild auch an Letztverbraucher gerichtet. Es ist für einen Letztverbraucher aus der Preisliste und den Bestellformularen in keiner Weise erkennbar, dass er als Käufer ausgeschlossen sei. Die als Testkäuferin fungierende Zeugin F hat auch tatsächlich ohne

jegliche Beanstandung ein Verzehrprodukt mittels dieser Bestellkarte bestellen können und dieses erhalten, ohne dass bei ihr von der Verkäuferin rückgefragt wurde, ob sie die Verzehrprodukte als Ärztin oder Therapeutin für ihre Berufsausübung benötige. In Anbetracht ihres Vorbringens hätte die Beschuldigte jedenfalls die Verpflichtung gehabt, zu ermitteln, ob die neue Kundin eine Letztverbraucherin ist. Mit ihrem Vorbringen, dass sie vertrauen konnte, dass nur Ärzte oder Therapeuten die von ihr angebotene Verzehrprodukte erwerben würden, vermag sie in Anbetracht der allgemein gehaltenen Bestellunterlagen für ihren Standpunkt nichts zu gewinnen. Es ist ihr jedenfalls fahrlässiges Verschulden anzulasten.

Dem Vorbringen, dass die Bestimmung des § 50 Abs 2 GewO zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der inländischen Anbieter und zu einer Inländerdiskriminierung führe, wird entgegengehalten, dass es sich bei § 50 Abs 2 GewO um eine in der Gewerbeordnung verankerte Konsumentenschutzbestimmung handelt, die gleichermaßen für inländische, wie auch für ausländische Gewerbeinhaber, die in Österreich Waren verkaufen, gilt. Es ist daher auch einem ausländischen Handelsgewerbetreibenden, der von seinem ausländischen Standort das Handelsgewerbe in Form des Versandhandels betreibt, verboten, die in § 50 Abs 2 GewO näher angeführten Waren im Wege des Versandhandels in Österreich an Letztverbraucher zu verkaufen. Der Vorwurf einer Inländerdiskriminierung durch § 50 Abs 2 GewO geht somit ins Leere.

Das Vorbringen, wonach § 50 Abs 2 GewO gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere Art 30 EG-V entgegenstehe, ist nicht von der Berufungsbehörde zu prüfen. Da es sich vorliegend um einen rein inlandsbezogenen Sachverhalt handelt, kommt die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 177 EG-V nicht in Betracht.

Es wird sohin die vorgeworfene Übertretung sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht als erwiesen angenommen.

Zur Strafbemessung ist folgendes festzuhalten:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach Abs 2 dieser Norm sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und ist auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden und die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 367 Einleitungssatz GewO ist für die vorliegende Übertretung ein Geldstrafrahmen bis zu S 30.000,-- vorgesehen. Die verhängte Geldstrafe von S 8.000,-- befindet sich somit noch im unteren Bereich des Strafrahmens. Es ist von einem nicht unbeträchtlichen Unrechtsgehalt auszugehen, zumal eine wesentliche Konsumentenschutzbestimmung verletzt wurde. Den diesbezüglichen Ausführungen der erstinstanzlichen Behörde wird auch seitens der Berufungsbehörde vollinhaltlich beigeplichtet.

An subjektiven Strafbemessungskriterien ist als mildernd die bisherige Unbescholtenheit der Beschuldigten zu werten. Ihre angegebenen Einkommensverhältnisse sind in etwa als durchschnittlich anzusehen.

Insgesamt erweist sich die mit S 8.000,-- ohnedies noch im unteren Bereich des Strafrahmens verhängte Geldstrafe in Anbetracht des Unrechtsgehaltes nicht unangemessen. Gegen eine Herabsetzung sprechen vor allem spezialpräventive Erwägungen, um die Beschuldigte in Hinkunft von weiteren gleichartigen Übertretungen abzuhalten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Verbraucherschutz; Versandhandel; Für die Übertretung des § 50 Abs 2 GewO ist es unbedeutend, ob die vom Gewerbeinhaber angebotenen Verzehrprodukte in Zeitungsinserten beworben worden sind oder nicht; Auch einem ausländischen Handelsgewerbetreibenden, der von seinem ausländischen Standort das Handelsgewerbe in Form des Versandhandels betreibt ist es verboten, die in § 50 Abs 2 GewO näher angeführten Waren im Wege des Versandhandels in Österreich an Letztverbraucher zu verkaufen

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at