



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick, den Hofrat Dr. Grünstäudl, die Hofrätinnen Dr. Pollak und Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision des J G in W, vertreten durch Mag. Kamen Sirakov, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Marokkanergasse 22/6, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 7. Mai 2018, Zlen. VGW-021/020/16938/2017-7, VGW-021/V/020/17098/2017, betreffend Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien), zu Recht erkannt:

Die Revision wird, soweit sie sich gegen die Abweisung der Beschwerde der J GmbH richtet, als unzulässig zurückgewiesen, im Übrigen aber als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 3. November 2017 wurde dem Revisionswerber zur Last gelegt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der J GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Betreiberin einer näher bezeichneten Internetseite insofern gegen § 11 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG), wonach Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse verboten seien, verstoßen habe, als zumindest am 12. September 2017 auf der näher bezeichneten Internetseite E-Zigaretten und E-Liquids wie folgt beworben worden seien:

„Das geniale Dampferlokal: Die Dampfbar 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
- ...“

Dadurch sei § 14 Abs. 1 Z 4 iVm. § 11 Abs. 1 und 2 TNRSG verletzt. Über den Revisionswerber wurde eine Geldstrafe von € 1.750,00 (Ersatzfreiheitsstrafe: vier Tage und neun Stunden) verhängt, und es wurden ihm Verfahrenskosten von € 175,00 auferlegt. Weiters wurde ausgesprochen, dass die J GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die Geldstrafe, die Verfahrenskosten und sonstige finanzielle Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand hafte. Dazu wurde im Bescheid ausgeführt, dass gemäß § 14 TNRSG zu bestrafen sei, wer entgegen § 11 leg. cit. Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse betreibe. Das Werbeverbot umfasse dabei insbesondere Werbung im Dienste der Informationsgesellschaft. Von dem Verbot nicht erfasst sei der allgemeine Geschäftsverkehr.

- 2 Gegen diesen Bescheid erhoben sowohl der Revisionswerber als auch die J GmbH Beschwerden, in denen im Wesentlichen vorgebracht wurde, die belangte Behörde verkenne, dass der Revisionswerber zulässigerweise Produkte über einen Webshop verkaufe, aber keine Werbung mache. Die Behörde habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass der Revisionswerber lediglich seine Ware im Rahmen einer Verkaufsstelle dargestellt habe, welche auch in Form eines Online-Shops geführt werden könne. Dies sei von der Anpreisung der Ware an Orten zu unterscheiden, die nicht mit dem Geschäftsbetrieb des Anbieters zusammenhängen und daher von nicht-interessierten Personen aufgesucht würden. Ferner werde übersehen, dass Werbung im Fachhandel zulässig sei. Überdies sei dem Revisionswerber die Einsicht in den Erhebungsakt der belangten Behörde verweigert worden.
- 3 Mit Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses wies das Verwaltungsgericht die Beschwerden - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - in der Schuldfrage als unbegründet ab und gab ihnen in der Straffrage insofern statt, als es die Geldstrafe auf € 1.400,00 (Ersatzfreiheitsstrafe: drei Tage) und auch die Verfahrenskosten und den Haftungsbetrag herabsetzte. In Spruchpunkt II. sprach es aus, dass kein Beitrag



zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten sei, und in Spruchpunkt III. wurde gemäß § 25a VwGG ausgesprochen, dass eine ordentliche Revision unzulässig sei.

- 4 Nach Darstellung des Verfahrensgangs führte das Verwaltungsgericht aus, die J GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Revisionswerber sei, besitze eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe und betreibe einen als „D“ bezeichneten Online-Shop. Auf dessen Homepage würden E-Zigaretten und E-Liquids insoweit beworben, als von einem „genialen Dampferlokal“ gesprochen und die D als „neues Konzept“ beschrieben werde, weiters Liquids, Aromen, Basen, Akkuträger, Clearomizer, Drip Tips sowie Dampf-Zubehör von bekannten Marktführern als dort erhältlich angepriesen und Empfehlungen für Liquids und E-Liquid Base mit entsprechendem Preis abgegeben würden.

Rechtlich teilte das Verwaltungsgericht die Ansicht des Revisionswerbers, es liege zulässige Werbung im Fachhandel vor, nicht: Wie sich aus dem Wortlaut des § 11 Abs. 4 Z 4 TNRSG ergebe, werde Werbung für verwandte Erzeugnisse in Trafiken und im darauf spezialisierten Fachhandel erlaubt. Durch diese Verknüpfung sei eine Beschränkung auf die jeweiligen Ladengeschäfte gemeint, weil es auch Trafiken nicht erlaubt sei, solche Produkte in Diensten der Informationsgesellschaft zu bewerben. Damit liege auch keine unzulässige Beschränkung vor, weil damit nur unterbunden werden solle, dass für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse auf für jedermann zugänglichen Websites Tag und Nacht Werbung betrieben werden könne. Darüber hinaus zeige der im Straferkenntnis wiedergegebene Wortlaut durch die Hervorhebung eines „neuen Konzepts“ und die Bezeichnung „das geniale Dampferlokal“, dass es sich nicht um eine bloße Bekanntgabe von Waren und Preisen handle, sondern dass damit eine verkaufsfördernde Wirkung zumindest indirekt erreicht werden solle. In Zusammenschau der aufgezählten Produkte mit den verkaufsfördernden Hervorhebungen sei auch der von der Behörde festgestellte Sachverhalt ausreichend umschrieben gewesen, sodass der Revisionswerber durchaus in der Lage gewesen sei, sich zu verteidigen und vor der Gefahr der Doppelbestrafung geschützt sei. Soweit eine unzulässige Benachteiligung inländischer Händler vorgebracht werde, sei dem



entgegenzuhalten, dass es um ein Werbeverbot und nicht um das Verkaufsverbot per se gehe.

Letztlich sei festzuhalten, dass der in Rede stehende Sachverhalt dem Beschwerdeführer bekannt gewesen sei und die Möglichkeit bestanden habe, sowohl in den behördlichen Strafact als auch in den Akt des Verwaltungsgerichtes Einsicht zu nehmen. Die dort dargestellten Ergebnisse seien Grundlage der gegenständlichen Entscheidung, eine Einsicht in dieser Entscheidung nicht zugrundeliegende Akten, insbesondere um etwa die Motivation des Anzeigegers herauszufinden, sei nicht zwingend vorgesehen.

Übertretungen nach § 14 Abs. 1 Z 4 erster Strafsatz TNRSOG seien mit Geldstrafe von bis zu € 7.500,-- zu ahnden. Die Tat habe in nicht unerheblichem Ausmaß das als besonders bedeutsam eingeschätzte Interesse an einem verantwortungsbewussten Gesundheits-, Konsumenten- und Jugendschutz geschädigt, wozu insbesondere auch die Reduzierung der Attraktivität von Tabak- und verwandten Erzeugnissen zähle. Das Verschulden könne nicht als geringfügig angesehen werden. Erschwerungs- und Milderungsgründe seien nicht hervorgekommen, die Strafe sei daher in der nunmehrigen Höhe erforderlich, um den Beschwerdeführer in Hinkunft von der Wiederholung der Tat abzuhalten.

- 5 Gegen dieses Erkenntnis (ausgenommen dessen Spruchpunkt II.) richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die belangte Behörde erstattete keine Revisionsbeantwortung.
- 6 Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:
- 7 1. Zur Zurückweisung:

In seiner Anfechtungserklärung wendet sich der Revisionswerber gegen die Abweisung beider Beschwerden und bezieht sich dabei auch auf den in Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses enthaltenen Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs. 7 VStG. Dieser konnte sich allerdings nur an die J GmbH als juristische Person richten, welche keine Revision erhoben



hat. Da nur der Adressat der angefochtenen Entscheidung eine mögliche Rechtsverletzung geltend machen kann und das angefochtene Erkenntnis, soweit damit die Beschwerde der J GmbH abgewiesen wurde, nicht gegenüber dem Revisionswerber erlassen worden war, war die vorliegende Revision insofern mangels Berechtigung zu ihrer Erhebung gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen (vgl. etwa VwGH 17.2.2016, 2013/17/0283; 26.3.2019, Ra 2018/06/0307, 0308, mwN).

8 2. Zur Abweisung:

9 Die Revision ist schon deshalb zulässig, weil - wie sie zutreffend vorbringt - Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob die Verwendung einer Etablissement-Bezeichnung Werbung ist bzw. unter die in § 11 Abs. 2 letzter Satz TNRSG statuierte Ausnahme fällt.

10 Die maßgeblichen Bestimmungen des TNRSG, BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I Nr. 22/2016, lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

...

- 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,
- 1c. ‚Nachfüllbehälter‘ ein Behältnis, das eine nikotinhaltige oder nikotinfreie Flüssigkeit enthält, die zum Nachfüllen einer elektronischen Zigarette verwendet werden kann,

...





- 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,
- ...
12. ‚Versandhandel‘ (Fernabsatz) Versand und Lieferung von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen insbesondere durch Herstellerinnen bzw. Hersteller, Importeurinnen bzw. Importeure, Händlerinnen bzw. Händler an Verbraucherinnen bzw. Verbraucher.
- ...

Versandhandel mit Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen

§ 2a. Der Versandhandel mit Tabakerzeugnissen gemäß § 1 Z 1 sowie von verwandten Erzeugnissen gemäß § 1 Z 1e ist verboten.

...

Werbung und Sponsoring

§ 11. (1) Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse sind verboten.

(2) 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; davon nicht erfasst ist der allgemeine Geschäftsverkehr.

...

(4) Ausgenommen vom Verbot der Abs. 1 und 2 sind

1. Mitteilungen, die ausschließlich für im Tabakhandel bzw. im Bereich des Handels mit verwandten Erzeugnissen wie z. B. elektronischen Zigaretten und/oder Nachfüllbehältern tätige Personen bestimmt und ausschließlich diesen zugänglich 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

...

Strafbestimmungen

§ 14. (1) Wer

...

4. entgegen § 11 Werbung oder Sponsoring betreibt,

...

begeht, sofern die Tat nicht nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 7 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15 000 Euro zu bestrafen.

...“

- 11 In den Erläuterungen zur Novelle BGBl. I Nr. 22/2016 (1056 BlgNR 25. GP, 1, 7) heißt es dazu:

„Allgemeiner Teil

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (im Folgenden: TPD II) erfordert Anpassungen im nationalen Recht. ...

...

Im vorliegenden Entwurf ist - wie auch schon in der vorangegangenen Novelle zum Tabakgesetz, BGBl. I Nr. 101/2015 - besonderes Augenmerk auf die Erfassung von elektronischen Zigaretten im Tabakgesetz gelegt worden.

...

Zu Z 37 (§ 11):

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 z.B. die Teilnahme an öffentlichen Diskussionsveranstaltungen möglich ist, wenn damit kein Werbeauftritt verbunden ist.“

- 12 Titel III der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl. L 127 vom 29. April 2014 (im Folgenden: TPD II) lautet auszugsweise:

„Artikel 20

Elektronische Zigaretten

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter nur dann in Verkehr gebracht werden, wenn sie dieser Richtlinie und allen anderen einschlägigen Rechtsvorschriften der Union genügen.

...

(5) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass

- a) kommerzielle Kommunikation in Diensten der Informationsgesellschaft in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern zu fördern, verboten ist; dies gilt mit Ausnahme von Veröffentlichungen, die ausschließlich für im Bereich des Handels mit elektronischen Zigaretten oder Nachfüllbehältern tätige Personen bestimmt sind, und von Veröffentlichungen, die in Drittländern gedruckt und herausgegeben werden, sofern diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Markt der Union bestimmt sind;
- b) kommerzielle Kommunikation im Hörfunk mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern zu fördern, verboten ist;



- c) jede Art von öffentlichem oder privatem Beitrag zu Hörfunkprogrammen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern zu fördern, verboten ist;
- d) jede Art von öffentlichem oder privatem Beitrag zu einer Veranstaltung oder Aktivität oder jede Art von Unterstützung von Einzelpersonen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern zu fördern, verboten ist, wenn an diesen Veranstaltungen oder Aktivitäten mehrere Mitgliedstaaten beteiligt sind oder wenn sie in mehreren Mitgliedstaaten stattfinden oder eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung haben;
- e) audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (...) fällt, für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter verboten ist.“

13 Die Revision ist nicht begründet:

14 Unter der Überschrift „Unrichtige rechtliche Beurteilung“ führt die Revision aus, das Verwaltungsgericht verkenne den Unterschied zwischen der Darbietung der Ware im Rahmen einer Verkaufsstelle, welche auch in Form einer Homepage 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 werde verkannt, dass Werbung im Fachhandel mit verwandten Erzeugnissen vom Werbeverbot ausgenommen sei. Für eine Beschränkung der Zugänglichkeit von Websites bestehe nach dem Gesetzestext (auch bei Anspannung des äußersten Wortsinns) keine Grundlage. Nach den Gesetzesmaterialien sei in § 2a TNRSG ein Verbot des Versandhandels mit Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen verankert worden. Weiters werde dort ausgeführt, dass sowohl der nationale als auch der grenzüberschreitende Versandhandel vom Verbot erfasst seien. Es finde sich in den Gesetzesmaterialien zum TNRSG (oder zum Tabaksteuergesetz) auch keine sonstige Begründung für die Verhängung eines Versandhandelsverbotes. So habe der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 14. März 2017, VfSlg. 20.151, in dem er den § 2a TNRSG als verfassungskonform erkannt habe, die in den Gesetzesmaterialien nicht enthaltene Begründung ergänzen müssen und dann ausgesprochen, dass dem Gesetzgeber ein diesbezüglicher



rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukomme. Dies, weil er durch das Verbot des Lieferns und Versendens einen Umstand „schaffe“, der in der Regel einen größeren Aufwand und eine höhere Überwindung erfordere, womit die Verfügbarkeit „solcher Produkte“ eingeschränkt würde. Aus den Materialien ergebe sich demnach, dass der Gesetzgeber den Begriff „Versandhandel“ als auf den eigentlichen Liefer- oder Versandvorgang eingeschränkt verstehe, der keine Einschränkung der Form des Geschäftsabschlusses umfasse.

Das Betreiben der Website durch den Revisionswerber verstoße nicht gegen das Werbeverbot des § 11 Abs. 1 TNRSG, denn der Betrieb einer Homepage sei eine Maßnahme des „allgemeinen Geschäftsverkehrs“ iSd. § 11 Abs. 2 TNRSG, die vom Werbeverbot ausgenommen sei. Ähnlich wie eine Visitenkarte, die ausweislich der Materialien 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, über ihre Geschäftstätigkeit zu informieren.

Darüber hinaus sei die Darbietung der vom Revisionswerber - völlig legal - zum Verkauf angebotenen elektronischen Zigaretten inklusive Preisangaben auch an allen zum Verkauf von elektronischen Zigaretten (die vom Begriff „verwandte Erzeugnisse“ mitumfasst seien) befugten Stellen explizit nach § 11 Abs. 4 Z 3 TNRSG erlaubt. Der Revisionswerber sei im Rahmen seines Handelsgewerbes berechtigt, elektronische Zigaretten zum Verkauf anzubieten, er dürfe im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit auch eine Homepage betreiben, die als zu seinem Geschäftslokal gehöriger Bestandteil anzusehen sei und als Plattform zur Präsentation seiner Ware genützt werden dürfe. Schließlich finde sich im gesamten TNRSG kein Verbot zum Betrieb einer Website für elektronische Zigaretten. Ein Verbot, wonach die eigenen legal vertriebenen Produkte auf der Firmenwebsite nicht präsentiert werden dürften, komme einer völligen Zensur verwandter Erzeugnisse im Internet gleich. Diese Zensur würde jedoch nur die in Österreich ansässigen Fachhändler belasten und wäre zudem für den Konsumentenschutz völlig ungeeignet, könnten die österreichischen Verbraucher doch „verwandte



Erzeugnisse“ auf den diversen Homepages und Online-Shops ausländischer Anbieter und Hersteller begutachten.

Der Revisionswerber betreibe im Rahmen seines Gewerbes einen Fachhandel für E-Zigaretten, Liquids und dazu passendes Zubehör. Werbung für verwandte Erzeugnisse nach § 1 Z 1e TNRSG sei in Trafiken und im darauf spezialisierten Fachhandel gemäß § 11 Abs. 3 Z 4 TNRSG erlaubt. Eine Beschränkung des Verkaufs von E-Zigaretten und Liquids auf Ladengeschäfte enthalte das Gesetz nicht. Damit sei Werbung außerhalb der zum Verkauf befugten Stellen des Fachhandels verboten, nicht jedoch auf der eigenen Website des Fachhändlers als Teil des Vertriebs. Eine Auslegung des Werbeverbots dahingehend, dass Ware und Preis auf der Homepage nicht dargestellt werden dürfen, würde gegen die Erwerbsfreiheit sprechen und wäre daher im Hinblick auf die Erwerbsfreiheit und das Recht auf Meinungsäußerung verfassungswidrig. Aktuell sei deutschen, slowenischen, slowakischen und tschechischen Händlern der Versandhandel, auch grenzüberschreitend, erlaubt. Da die TPD II nur nikotinhaltige Produkte regle, erfassten die auf der TPD II beruhenden Verbote in Deutschland und Tschechien nikotinhaltige Produkte, der Versand von nikotinfreien Liquids sei dort allerdings nicht verboten. Damit liege auf der Hand, dass den österreichischen Händlern gegenüber anderen Händlern ein unverhältnismäßiger Nachteil entstehe, zumal Österreich die Versendung nikotinfreier Produkte aus den anderen Mitgliedstaaten der EU nicht untersagen könne. Damit komme den Händlern aus den Nachbarländern gegenüber jenen in Österreich der Vorteil zu, dass sie das eigene Sortiment online stellen könnten. Es sei bei der Auslegung des TNRSG daher der Absicht des Gesetzgebers Rechnung zu tragen, den von solchen Produkten lebenden Händlern keinen unverhältnismäßigen Nachteil gegenüber anderen zuzufügen. Somit sei der eigentliche Vertrieb nicht vom Werbeverbot umfasst. Ausgehend vom vorgeworfenen Sachverhalt habe der Revisionswerber daher keine unzulässige Werbung im Sinne des TNRSG betrieben.

Die vom Verwaltungsgericht verortete Gleichschaltung von Tabaktrafiken und dem Fachhandel für verwandte Erzeugnisse widerspreche sowohl dem Gesetz als auch dem in der Rechtsprechung verdeutlichten Unterschied zwischen



Mitgliedsbetrieben des Tabakmonopols und dem sonstigen Handel. Das Verwaltungsgericht habe sich nicht mit dem Vorbringen des Revisionswerbers auseinandergesetzt und übersehen, dass aus dem Werbeverbot auf europarechtlicher Ebene nicht per se ein Verbot des Internets als Verkaufskanal folge. Unter Außerachtlassung der europarechtlichen Zulässigkeit des Internets als Vertriebskanal übersehe das Verwaltungsgericht, dass eine richtlinienkonforme Auslegung zum Schluss führen müsse, dass die Werbeausnahmen eben deshalb nicht auf Ladengeschäfte des Fachhandels zu beschränken seien. Mit der Beurteilung, dass die Werbung im Fachhandel auf Ladengeschäfte beschränkt sei, habe das Verwaltungsgericht somit den vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gesteckten Rahmen überschritten, dieser habe ausgesprochen, dass die dem TNRSG zugrundeliegende TPD II den Online-Verkauf gerade nicht verbiete (Hinweis auf EuGH 4.5.2016, Rs C-477/14, *Pillbox 38 (UK) Ltd*). Die Generalanwältin habe in den Schlussanträgen explizit ausgeführt, dass die Richtlinie die Nutzung von Websites zur Vermarktung von E-Zigaretten und Nachfüllbehältern nicht gänzlich untersagen wolle, sondern sie sogar voraussetze. Daher sei die Rechtsansicht des Revisionswerbers vertretbar, wenn er davon ausgehe, dass er eine Website betreiben dürfe, auf der er die von ihm zulässigerweise im Geschäftslokal verkauften Produkte darstelle.

- 15 Mit diesem Vorbringen zeigt die Revision keine zur Aufhebung führende Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses auf.
- 16 Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs steht das Verbot des Versandhandels mit verwandten Erzeugnissen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1e TNRSG nicht im Widerspruch zu Art. 6 StGG 1867, wobei durch § 2a TNRSG der Versandhandel mit elektronischen Zigaretten und Liquids nicht zur Gänze untersagt werde, da der Versand an Händler weiterhin zulässig sei. Der bis zur Einführung des § 2a leg. cit. zulässige Versandhandel an Verbraucher werde jedoch vollständig untersagt und der Vertrieb an den Verbraucher dem Verkauf in einem Geschäftslokal vorbehalten (vgl. ausführlich VfGH 14.3.2017, G 164/2016 = VfSlg. 20.151).





- 17 Im Revisionsfall geht es jedoch nicht um einen Verstoß gegen das Versandhandelsverbot, sondern um einen dem Revisionswerber vorgeworfenen Verstoß gegen das Werbeverbot im Zusammenhang mit dem Anbieten von Waren im Rahmen eines Onlineshops, wobei der Revisionswerber die bestellten und bezahlten Waren nicht versandte.
- 18 Aus diesem Grund geht das unionsrechtliche Revisionsvorbringen, welches sich lediglich auf den Versandhandel und das Betreiben eines Webshops, nicht jedoch auf das Werbeverbot bezieht, an der Sache des Verfahrens vorbei. Im Übrigen ergibt sich aus dem oben zitierten Art. 20 Abs. 5 der TPD II ein EU-weites Werbeverbot, sodass eine diesbezügliche Schlechterstellung des Revisionswerbers gegenüber Händlern aus dem EU-Ausland nicht ersichtlich ist.
- 19 Gemäß § 11 Abs. 1 iVm. § 1 Z 7 TNRSG fällt unter das Werbeverbot jede Form der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern. Wie bereits der Oberste Gerichtshof in einem ähnlichen Fall (in dem es unter anderem um Werbung für E-Zigaretten und Liquids über einen Webshop ging) ausgesprochen hat, ist der Begriff der kommerziellen Kommunikation im Sinne des TNRSG weit auszulegen und erfasst sämtliche Formen der Kommunikation, die auf die (direkte oder indirekte) Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen oder des Images eines Unternehmens abzielen. Dazu zählen nicht nur die Absatzwerbung im engeren Sinn, sondern alle (direkten und indirekten) Maßnahmen der Verkaufsförderung, auch wenn sie keine auf den Preis oder die Warenqualität bezogene Werbeaussage enthalten, sondern durch andere absatzpolitische Instrumente auf die Schaffung eines Kaufanreizes angelegt sind (OGH 23.8.2018, 4 Ob 138/18z). Im konkreten Fall stufte der Oberste Gerichtshof die auf der Website eines Online-Shops enthaltenen Slogans „Dampfen - Sag ja zur Freiheit“, „E-Dampfzigarette - DER Shop für elektrische Zigaretten und Liquids!“, „Stop der Bevormundung“ und „E-Zigaretten retten Leben“ als Werbung iSd. TNRSG ein, da die Aussagen „- bei einer anzustellenden Gesamtbetrachtung - den Interessenten zum Konsum und damit zum Kauf von E-Zigaretten animieren sollen“.



- 20 Nichts anderes kann für die im Revisionsfall relevanten Aussagen auf der Website der „D“ gelten: Nach den Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis fanden sich dort - von der Revision nicht bestritten - Produktempfehlungen, dem Firmennamen der haftungsbeteiligten GmbH war der Zusatz „das geniale Dampferlokal“ beigelegt, und es war von einem „neuen Konzept“ die Rede. Durch die Empfehlungen und die Wortwahl wird der Gebrauch verwandter Produkte iSd. § 1 lit. 1e TNRSG als erstrebenswert dargestellt und damit zumindest indirekt ein Kaufanreiz geschaffen.
- 21 Wie die Revision jedoch zutreffend ausführt, ist Werbung für „verwandte Erzeugnisse“ unter den in § 11 Abs. 4 TNRSG normierten Ausnahmen zulässig. Entgegen der Ansicht des Revisionswerbers ist aber Werbung auf einer Website keine Werbung im „spezialisierten Fachhandel“ im Sinne des § 11 Abs. 4 leg. cit. Da in der Ausnahmeregel des § 11 Abs. 4 Z 4 TNRSG die „Trafik“ mit dem „spezialisierten Fachhandel“ verknüpft ist und gegenüber Verbrauchern nur diese beiden Vertriebsformen legal sind, kann unter „Fachhandel“ nur ein Geschäftslokal verstanden werden (vgl. erneut OGH 23.8.2018, 4 Ob 138/18z). Das Vorbringen, dass der Revisionswerber keine verbotene Werbung betrieben habe, da sein Webshop ein zulässiger Fachhandel sei, ist somit nicht zielführend.
- 22 Zutreffend führt der Revisionswerber aus, dass der allgemeine Geschäftsverkehr nicht vom Werbeverbot umfasst ist (§ 11 Abs. 2 letzter Halbsatz TNRSG), dass somit 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; so ist etwa die Teilnahme an öffentlichen Diskussionsveranstaltungen möglich, wenn damit kein Werbeauftritt verbunden ist (RV 1056 BlgNR 25. GP, 7).
- 23 Vor diesem Hintergrund dürfte ein Unternehmen, das einschlägige Produkte anbietet, grundsätzlich eine Website betreiben, dies jedoch nur, wenn damit keine verkaufsfördernde Wirkung erzielt wird. Schon das bloße Auflisten des Sortiments auf einer Website, die von Interessierten üblicherweise gezielt (und nicht aufgrund eines „Pop-Ups“ oder Einschaltungen auf anderen Websites)





aufgerufen wird, jedenfalls als Werbung zu werten, erschiene unter Bedachtnahme auf die mittlerweile weitreichende Verbreitung des Internets und den täglichen Gebrauch von Websites nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht mehr sachgerecht, finden Websites doch inzwischen im Großen und Ganzen gleiche Verwendung als Visitenkarten.

- 24 Aus den Feststellungen des Verwaltungsgerichts geht jedoch hervor, dass der Revisionswerber nicht bloß einen Warenkatalog auf seiner Internetseite präsentiert, sondern dort auch Empfehlungen zu einzelnen Produkten abgegeben sowie von einem „genialen Dampferlokal“ und einem „neuen Konzept“ gesprochen hat. Da es reicht, wenn bei typisierender Betrachtungsweise - als Ergebnis einer Gesamtbeurteilung aller relevanten Umstände im Einzelfall - die Eignung, verkaufsfördernde Wirkung zu entfalten, bejaht werden kann (vgl. VwGH 15.12.2017, Ra 2016/11/0130, mwN, sowie abermals OGH 23.8.2018, 4 Ob 138/18z), ist dem Verwaltungsgericht nicht entgegenzutreten, wenn es vor dem Hintergrund der unbestrittenen Feststellungen davon ausging, dass verbotene Werbung vorliege.
- 25 Soweit der Revisionswerber vorbringt, dass sein Parteiengehör verletzt sei, da ein Akt der Magistratsabteilung 59 nicht herbeigeschafft worden sei, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beischaffung dieses Aktes für den vorliegenden Verfahrensausgang relevant ist. Die Motivation des Anzeigelegers ist im Übrigen im Verwaltungsstrafverfahren nicht von Bedeutung, da die Behörde auf Grund der in § 25 Abs. 1 VStG verankerten Oficialmaxime sowohl bei der Einleitung als auch der Durchführung des Strafverfahrens von Amts wegen vorzugehen hat. Wie sie aber von einer potentiellen Verwaltungsübertretung Kenntnis erlangt, ist unerheblich (eigene Wahrnehmungen, Anzeige durch Polizei, Gendarmerie, Private etc.; vgl. VwGH 14.6.2005, 2004/02/0393, mwN). Wenn der Revisionswerber der Ansicht war, ihm sei Einsicht in einen Akt zu gewähren, der nicht dem Strafverfahren zugrunde lag, wäre es an ihm selbst gelegen, sich bei der zuständigen Behörde um Akteneinsicht zu bemühen. Es ist nicht Zweck des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, dem Revisionswerber Akten zur Einsicht zu beschaffen, die nicht verfahrensgegenständlich sind.



- 26 Schließlich bringt der Revisionswerber vor, das Verwaltungsgericht habe gegen das Überraschungsverbot verstoßen, da es in der mündlichen Verhandlung nicht erörtert habe, dass es vorhabe, einen Teil der langjährigen Etablisement-Bezeichnung der „D“ nicht als vom allgemeinen Geschäftsverkehr umfasst, sondern als Werbung zu beurteilen. Hätte das Verwaltungsgericht Erhebungen gepflogen, so wäre es zu dem Schluss gekommen, dass die Etablisement-Bezeichnung durch die Firmenhistorie bedingt seit Firmengründung in Verwendung stehe und somit deren Verwendung der richtigen Bezeichnung diene und Teil des allgemeinen Geschäftsverkehrs sei. Inwieweit die Wortfolge „ein neues Konzept“ eine werbliche Hervorhebung bilde, erkläre das Verwaltungsgericht nicht. Diese Schlussfolgerung, insbesondere im Zusammenhang mit Waren, die nicht verwandte Erzeugnisse seien, erschließe sich nicht. Daher sei auch die Gefahr einer Doppelbestrafung nicht gebannt. Auch hierzu fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, da Tabaktrafiken ein einheitliches äußeres Bild und eine einheitliche äußere Bezeichnung zu tragen hätten, während dies außerhalb des geschützten Monopolbereichs nicht der Fall sei.
- 27 Inwiefern die Heranziehung der bereits im Spruch des Straferkenntnisses angeführten Wendung „das geniale Dampferlokal“ für den Revisionswerber überraschend sein sollte, ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollziehbar. Dass der Revisionswerber diese Wendung seit Jahren im Zusammenhang mit seinen geschäftlichen Tätigkeiten verwendet, ändert nichts daran, dass das Verwaltungsgericht - wie bereits ausgeführt - zutreffend davon ausgegangen ist, dass damit und mit der Hervorhebung als „neues Konzept“ auch eine Verkaufsförderungsabsicht verfolgt und somit Werbung betrieben werde.
- 28 Aus all diesen Gründen war die Revision gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.



- 29 Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG, insbesondere im Hinblick auf die vom Verwaltungsgericht durchgeführte mündliche Verhandlung, unterbleiben.

W i e n , am 4. Juni 2021

