OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-050094/7/ER

Datum:
Linz, 5. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des J H, vertreten durch Rechtsanwalt R M, R, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 25. April 2017, GZ: BHSDVet-2017-203200/2-Pan, betreffend Beschlagnahme nach dem Tierarzneimittelkontrollgesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid vom 25. April 2017, BHSTVet-2017-203100/2-Pan, legte die belangte Behörde dem Bf zur Last, er sei selbstständig vertretungsbefugter, unbeschränkt haftender Gesellschafter und somit gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der H F OG und habe am 13. April 2017 in seinem Betrieb 940 Stück Eutertuben des verschreibungspflichtigen Tierarzneimittels „Mamil Phyt Plus 10 ml“ gelagert, obwohl das Lagern von verschreibungspflichtigen Tierarzneimitteln durch andere als zur Herstellung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigte natürliche oder juristische Personen verboten sei. Die H F OG besitze die Gewerbeberechtigung für das Handels- und Handelsagentengewerbe und sei daher nicht zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt. Es wurde eine Verwaltungsübertretung gemäß § 5 Abs 1 und § 13 Abs 1 Z 4 Tierarzneimittelkontrollgesetz – TAKG vorgeworfen.

Mit dem angefochtenen Bescheid beschlagnahmte die Bezirkshauptmannschaft Schärding (im Folgenden: belangte Behörde) gemäß § 10 Abs 2 Tierarzneimittelkontrollgesetz – TAKG zur Sicherung der Strafe des Verfalls 890 Stück der vorgefundenen Eutertuben.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass vermutet werde, die Firma des nunmehrigen Beschwerdeführers (im Folgenden: Bf) bringe Tierarzneimittel (Euterinjektionen) entgegen den Bestimmungen des TAKG in Verkehr. Anlass dafür war das Auffinden von weißen Tuben ohne Kennzeichnung in einem näher bezeichneten landwirtschaftlichen Betrieb am 11. April 2017 im Rahmen einer Kontrolle nach dem TAKG. Der Betrieb des Bf sei daher am 13. April 2017 einer Kontrolle nach dem TAKG unterzogen worden.
Da der begründete Verdacht bestanden habe, dass es sich bei diesem Mittel um ein verschreibungspflichtiges Tierarzneimittel handelt, das im Betrieb der H F OG nicht gelagert werden dürfe, seien die angeführten Tierarzneimittel gemäß § 10 Abs 1 TAKG von den Aufsichtsorganen vorläufig beschlagnahmt worden.
Nach Wiedergabe der anzuwendenden Rechtsvorschriften führte die belangte Behörde aus, dass die vorläufige Beschlagnahme gerechtfertigt und diese somit durch den angefochtenen Bescheid förmlich zu bestätigen gewesen sei, da der Verdacht bestehe, dass es sich bei den im Spruch angeführten Eutertuben um verschreibungspflichtige Tierarzneimittel handelt.

I.2. Mit Schriftsatz vom 8. Mai 2017 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten gegen diesen Bescheid Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben, in eventu den Bescheid zu beheben und die Angelegenheit an die belangte Behörde zurück zu verweisen.
Begründend führte der Bf aus, dass sich die belangte Behörde mit der Frage, welche Substanzen die beschlagnahmten Gegenstände beinhalten, nicht auseinandergesetzt habe. Vielmehr sei bereits nach Erlassung des ggst Bescheids

um die Übermittlung der Untersuchungsergebnisse der AGES gebeten worden. Auch sei nicht begründet worden, wie die belangte Behörde zur Annahme kommt, es handle sich um das Produkt „Mamil Phyt Plus“. Die Beschlagnahme beruhe somit nicht auf einem begründeten Verdacht, sondern sei ein „Schuss ins Blaue“.

I.3. Mit Schreiben vom 15. Mai 2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt im elektronischen Weg zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde. Ferner wurde Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in das von der belangten Behörde ergänzend vorgelegte Gutachten der Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit – AGES über die arzneimittelanalytische Untersuchung der beschlagnahmten Präparate.
Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs 2 VwGVG entfallen, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf ist unbeschränkt haftender Gesellschafter der H F OG. In den Räumlichkeiten dieser OG wurden anlässlich einer Kontrolle nach dem TAKG vom 13. April 2017 insgesamt 940 weiße, unetikettierte Injektoren vorgefunden. Die Injektoren wurden von der Firma A B.V. an die H F OG geliefert. Der Bf hat diese im Internet bestellt. Diese Injektoren beinhalten laut Auskunft des Bf eine Eutersalbe, der Bf legte bei der Kontrolle ein Prospekt der A GmbH vor. Diese Firma informierte während der Kontrolle den Bf darüber, dass es sich bei den Injektoren um „Mamil Phyt Plus Gel“ handle und schickte während der Kontrolle zwei diesbezügliche Schriftstücke (Safety Data Sheet und ein E-Mail betreffend die Inhaltsstoffe). Auf der Liste der Inhaltsstoffe ist ua Belladonna aufgelistet, laut dem Safety Data Sheet enthält das Produkt gefährliche Komponenten (hazardous components). Entsprechend einer im Akt einliegenden Unterlage ist „Mamil Phyt Plus“ das gleiche Produkt wie „Cow Protector“ und „Dairy Pure Gel“. Der Beschreibung von „Cow Protector“ ist zu entnehmen, dass es sich um ein homöopathisches Mittel handelt, das zur Vorbeugung von Euterproblemen dient. Die Anwendung wird wie folgt beschrieben: „Bei einem Euterproblem geht man wie folgt vor: entzündete Viertel gründlich ausmelken, Strichkanal desinfizieren, Injektor verabreichen, nach oben einmassieren. Regelmäßig das Euter ausmelken und das Euter mit Cow Protector einsalben. Wenn notwendig, die Behandlung nach einigen Stunden wiederholen. Wenn innerhalb von einen Tag keine Verbesserung auftritt, bitte den Tierarzt zu Rate ziehen.“

Dass die H F OG zur Herstellung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigt wäre, ist nicht hervorgekommen und wurde vom Bf auch nicht behauptet.

50 der beschlagnahmten Injektoren wurden von den Kontrollorganen mitgenommen und der AGES zur arzneimittelanalytischen Untersuchung zugeleitet. Die restlichen 890 Injektoren wurden von den Aufsichtsorganen gemäß § 10 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 1 TAKG vorläufig beschlagnahmt. Aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahme wurde gemäß § 10 Abs 2 TAKG der angefochtene Bescheid erlassen. Die arzneimittelanalytische Untersuchung der AGES ergab, dass in den ggst Proben keine Arzneimittelwirkstoffe bzw Lösungsmittel nachgewiesen werden konnten.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere den darin einliegenden, vom Bf zur Verfügung gestellten Unterlagen und dem ergänzend vorgelegten Gutachten der AGES.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 1 Abs 1 Arzneimittelgesetz sind Arzneimittel Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die
1. zur Anwendung im oder am menschlichen oder tierischen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind (...).

Gemäß § 1 des Bundesgesetzes über die Abgabe von Arzneimitteln auf Grund ärztlicher Verschreibung – Rezeptpflichtgesetz hat der Bundesminister für Gesundheit und Frauen unter Bedachtnahme auf den jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft durch Verordnung zu bestimmen, welche Arzneimittel auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder Tieren gefährden können (...) und welche deshalb nur auf Grund einer Verschreibung (Rezept) (...) abgegeben werden dürfen.

Gemäß § 1 Abs 1 Rezeptpflichtverordnung unterliegen einer Abgabebeschränkung gemäß § 1 des Rezeptpflichtgesetzes die in der Anlage angeführten Arzneimittel und deren Zubereitung (...).

Anhang II, Abschnitt B, Teil 1 der Rezeptpflichtverordnung regelt für Veterinärarzneimittel die Rezeptpflicht für Injektionspräparate, gemäß Teil 3 des Abschnitts B des Anhangs II der Rezeptpflichtverordnung ist Belladonna in Veterinärarzneimitteln rezeptpflichtig.

Gemäß § 5 Abs 1 Tierarzneimittelkontrollgesetz – TAKG, BGBl. I Nr. 28/2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2005, ist das Bereithalten zur Anwendung, das Lagern und der Besitz von verschreibungspflichtigen Tierarzneimitteln durch andere als zur Herstellung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigte natürliche oder juristische Personen verboten (...)

Gemäß § 10 Abs 1 Z 1 TAKG haben die Aufsichtsorgane Waren vorläufig zu beschlagnahmen oder sicherzustellen, bei denen der begründete Verdacht besteht, dass sie Tierarzneimittel sind und den Verboten der §§ 2, 3 oder 5 widersprechen. Sie haben darüber dem Betroffenen sofort eine Bescheinigung auszustellen.

Gemäß Abs 2 par.cit. hat das die vorläufige Beschlagnahme oder Sicherstellung durchführende Organ, je nachdem, ob der Verdacht einer gerichtlich strafbaren Handlung oder einer Verwaltungsübertretung vorliegt, der Staatsanwaltschaft unverzüglich über die Sicherstellung zu berichten oder von der Verwaltungsbehörde unverzüglich einen förmlichen Beschlagnahmebescheid einzuholen.

Gemäß § 13 Abs 1 Z 4 begeht, wer Tierarzneimittel entgegen den Bestimmungen des § 5 Abs 1 zur Anwendung bereithält oder lagert oder besitzt, wenn die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 40 000 Euro zu bestrafen.

Gemäß Abs 2 par.cit. ist nach Maßgabe des § 17 VStG auf den Verfall der den Gegenstand der strafbaren Handlung bildenden Tierarzneimittel zu erkennen.

Gemäß § 39 Abs 1 VStG kann die Behörde zur Sicherung des Verfalles die Beschlagnahme dieser Gegenstände anordnen, wenn der Verdacht einer Verwaltungsübertretung vorliegt, für die der Verfall von Gegenständen als Strafe vorgesehen ist.

III.2.1. Entsprechend den Bestimmungen zur Beschlagnahme sowohl gemäß VStG als auch gemäß TAKG reicht zur Beschlagnahme der begründete *Verdacht* einer Verwaltungsübertretung aus.

Auch nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs reicht der bloße Verdacht einer Verwaltungsübertretung im Zeitpunkt der Beschlagnahme für diese aus. Die Beschlagnahme nach § 39 VStG ist bereits dann zulässig, wenn auch nur der Verdacht einer mit Verfall bedrohten Übertretung besteht. Die Übertretung muss nicht erwiesen sein, weil in einem solchen Falle bereits der Verfall ausgesprochen werden kann (VwGH 20.5.2015, Ra 2015/04/0032).
Die Kontrollorgane (und in weiterer Folge die belangte Behörde) konnten aufgrund der bei der Kontrolle vorgelegten Unterlagen davon ausgehen, dass es sich bei

dem vorgefundenen Produkt um „Mamil Phyt Plus“ handelt und durften aufgrund der Anwendungsbeschreibung, der Liste der Inhaltsstoffe und des „Safety Data Sheets“ begründet annehmen, dass es sich dabei um ein Arzneimittel handelt, das verschreibungspflichtige Stoffe beinhaltet.

III.2.2. Zur Verdachtslage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat der Verwaltungsgerichtshof (jüngst VwGH 16.12.2016, Ra 2016/02/0228) Folgendes festgehalten: „*Hat eine Verfahrenspartei gegen den Bescheid über eine Beschlagnahme im Sinne des § 39 Abs. 1 VStG Beschwerde erhoben, so hat das Verwaltungsgericht zu beurteilen, ob zum Entscheidungszeitpunkt des Verwaltungsgerichtes die Voraussetzungen für die Beschlagnahme noch aufrecht sind. Sind daher die Voraussetzungen für die Beschlagnahme im Zuge des Beschwerdeverfahrens weggefallen, kann auch das Verwaltungsgericht bei Überprüfung eines auf § 39 Abs. 1 VStG gestützten Beschlagnahmebescheides eine zunächst rechtmäßig erfolgte Beschlagnahme aufheben*.“

Aus den bei der Kontrolle vorgelegten Unterlagen geht hervor, dass es sich bei den vorgefundenen Tuben um Injektoren einer Eutersalbe handelt, die zur Behandlung und Vorbeugung von Euterproblemen verwendet wird.

Der Begriff Arzneimittel ist entsprechend der Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen. Unter diesen Begriff sind auch Mittel zu subsumieren, die aufgrund ihrer Aufmachung den Eindruck erwecken, dass das Mittel heilende Eigenschaften haben müsse. Eine tatsächliche therapeutische Wirkung ist dafür nicht Voraussetzung (vgl *Haas/Plank/Unterkofler*, Arzneimittelgesetz[2], S 32f).
Das vorgefundene Mittel, das laut Beschreibung bei Euterproblemen mit dem Injektor verabreicht und nach oben einmassiert werden soll, ist zur Anwendung am und im tierischen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Linderung (bestehende Euterprobleme) oder zur Verhütung tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden (Vorbeugung von Euterproblemen) bestimmt. Zumindest die Beschreibung erweckt somit den Eindruck, dass dem Mittel heilende Eigenschaften zukommen. Es besteht somit nach wie vor der begründete Verdacht, dass das Mittel – unabhängig von seinen Inhaltsstoffen – gemäß § 1 Arzneimittelgesetz als Arzneimittel zu qualifizieren ist.

Die ggst Beschlagnahme wurde damit begründet, dass der Verdacht bestehe, der Bf habe gegen § 5 Abs 1 TAKG verstoßen. Der objektive Tatbestand des § 5 Abs 1 TAKG erfordert, dass die gelagerten, bereitgehaltenen oder angewendeten Arzneimittel *verschreibungspflichtig* sind. Entsprechend der Rezeptpflicht-verordnung sind Tierarzneimittel, die Injektionspräparate sind, unabhängig von deren Inhaltsstoffen rezeptpflichtig. Die vorgefundenen Injektoren dienen offenbar unter anderem dazu, das darin enthaltene Mittel in Euter einzubringen. Im Gegensatz zur Instillation wird bei der Injektion mindestens eine physische Barriere, wie zum Beispiel die Haut oder Schleimhaut durchstochen (vgl wikipedia).

Das vorgefundene Präparat wird aber nicht durch eine physische Barriere appliziert, sondern kann allenfalls durch die Zitze in das Euter eingebracht werden. Das vorgefundene Präparat dient somit nicht zur Injektion (vgl *Steffen*, Untersuchungen zum Rückstandsnachweis von Cephalosporin-Antibiotika in Kuhmilch nach therapeutischer Applikation unter Verwendung immunchemischer und mikrobiologischer Verfahren, S 16 und 46, wo beschrieben wird, dass ein Wirkstoff mittels Euterinjektor in die Zitze *instilliert* wird [http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2012/8885/pdf/SteffenMonika_2012_06_21.pdf]).
Zumal dem Gutachten der AGES entsprechend keine Arzneimittelwirkstoffe im ggst Präparat vorgefunden wurden, weist das Präparat auch keinen Wirkstoff auf, der entsprechend der Rezeptpflichtverordnung verschreibungspflichtig wäre. Mangels Eigenschaft als Injektionspräparat besteht auch aus diesem Grund keine Verschreibungspflicht.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat (vgl ua VwGH 24.4.2007, 2004/05/0268), genügt für die Anordnung einer Beschlagnahme nach § 39 Abs 1 VStG der bloße Verdacht, dass eine *bestimmte* Norm, deren Übertretung mit Verfall sanktioniert ist, übertreten wurde.

Auch wenn nach wie vor der begründete Verdacht besteht, dass es sich beim vorgefundenen Präparat um ein Arzneimittel handelt, ist entsprechend der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs der Beschwerde stattzugeben und der angefochtene Beschlagnahmebescheid aufzuheben, da aufgrund des Gutachtens der AGES der Verdacht, dass der Bf gegen die durch den angefochtenen Bescheid bestimmte Norm (§ 5 Abs 1 TAKG) verstoßen hat, mangels Verschreibungspflicht nicht mehr besteht.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es existiert zur Voraussetzung von Beschlagnahmen gemäß § 39 VStG einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, von der im ggst Erkenntnis nicht abgegangen wurde.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim

Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter