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

Geschäftszeichen:
LVwG-000589/13/ER

Datum:
Linz, 25. Juli 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des M E, vertreten durch Rechtsanwälte Mag. H, Dr. M, LL.M, Mag. H, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 6. Februar 2023, GZ: BHGR/922080025289/22, wegen Übertretung des Tierarzneimittelkontrollgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Straferkenntnis vom 6. Februar 2023, GZ: BHGR/922080025289/22, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 400 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 6 Stunden) wegen einer Übertretung des § 5 Abs 1 Tierarzneimittelkontrollgesetz (TAKG) wie folgt:

„1. Datum/Zeit: 17.08.2022, 09:00 Uhr
Ort: Adresse
Im Zuge einer amtlichen Kontrolle gemäß Durchführungserlass 11 (§ 13 RückstK-V 2006 und § 9 Abs. 1 TAKG) kombiniert mit einer TGD-Kontrolle wurde folgender Sachverhalt festgestellt:
Unzulässiges Bereithalten zur Anwendung und Lagerung von Tierarzneimittel (TAM)
Am Betrieb wurden folgende TAM gefunden:
• 1 ungeöffnete Flasche Dalmazin
mit Signatur der Tierärzte Schönau vom 29.06.2022, sowie 3 bereits aufgebrauchte Flaschen Dalmazin vorgefunden, obwohl sich dieses TAM gem. TAKG i.V.m. TGD-VO und Vet-Arz-Anw-V nicht in Besitz des Tierhalter befinden und auch nicht vom Tierhalter angewendet werden darf.
• vier Spritzen in einem Papiersäckchen, davon noch zwei mit Restinhalt (ca. 11 ml) und nur eine Spritze mit der Beschriftung XXX (ca. 2 ml) vorgefunden. Nach Angaben des Tierhalters handelte es sich um Procamidor und Xylapan.“

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass das vorgeworfene Verhalten im Zuge einer Kontrolle durch die Amtstierärztin (ATA) festgestellt worden sei. Gegen eine diesbezügliche Strafverfügung habe der Bf Einspruch erhoben. Nach Wiedergabe einer Stellungnahme der ATA und der anzuwendenden Normen führte die belangte Behörde aus, der festgestellte Sachverhalt gründe auf Wahrnehmungen der ATA und sei eindeutig, schlüssig und glaubwürdig und werde daher als korrekt angenommen. Der objektive Tatbestand sei daher als gegeben anzusehen. Dem Bf sei es nicht gelungen, die belangte Behörde davon zu überzeugen, dass er die Verwaltungsübertretung nicht begangen habe. Die unzulässige Lagerung der Tierarzneimittel habe der Bf nicht bestritten bzw habe er diese eingestanden. Die belangte Behörde schloss mit Erwägungen zur Strafbemessung.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in der er dessen Aufhebung beantragte. Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass die belangte Behörde es unterlassen habe, hinsichtlich der subjektiven Tatseite Feststellungen zu treffen. Der Bf sei seitens eines Mitarbeiters seines Betreuungstierarztes informiert worden, dass er berechtigt sei, das Tierarzneimittel Dalmazin eigenständig aufzubewahren und abzugeben. Dies könne auch damit belegt werden, dass der Bf die Verabreichung von Dalmazin in seine Dokumentation aufgenommen habe. Er habe auf die Auskunft des

Betreuungstierarztes vertrauen dürfen. Ferner dürfe Dalmazin in der Schweinezucht entsprechend einem TGD-Programm an Tierhalter ausgehändigt werden. Dem Bf dürfe seine Unkenntnis aufgrund der vorliegenden Umstände iSd § 5 Abs 2 VStV nicht vorgeworfen werden.

Hinsichtlich der beiden anderen Arzneimittel habe der Bf keine Kenntnis davon gehabt, dass der Betreuungstierarzt diese im Tierarzneimittelkühlschrank des Bf zurückgelassen habe, der Betreuungstierarzt habe ihn darüber nicht informiert. Auch dies könne dem Bf nicht angelastet werden. Der Bf habe diese Medikamente keinesfalls selbst angewendet.

I.3. Mit Schreiben vom 27. März 2023 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, die Beschwerde und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (verbunden mit der Verhandlung zu GZ: LVwG-000590/BL), im Zuge deren der Bf, der Betreuungstierarzt, die ATA und ein TGD-Tierarzt sowie die Gattin des Bf einvernommen wurden.

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

Der Betrieb des Bf wurde am 17. August 2022 einer Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des TAKG unterzogen. Im Zuge dieser Kontrolle wurden im Tierarzneimittelkühlschrank des Bf eine ungeöffnete Flasche Dalmazin mit Signatur der Tierärzte Schönau vom 29. Juni 2022, sowie drei bereits aufgebrauchte Flaschen Dalmazin vorgefunden. Ferner wurden vier Spritzen in einem Papiersäckchen, davon noch zwei mit Restinhalt (ca. 11 ml), davon eine Spritze mit der Beschriftung XXX (ca. 2 ml) vorgefunden. Die Spritzen beinhalteten Procamidor und Xylapan.

Das Dalmazin wurde dem Bf von einem Mitarbeiter seines Betreuungstierarztes übergeben, und er wurde darüber informiert, dass er dieses auch anwenden dürfe.

Die in den beiden Spritzen abgefüllten Tierarzneimittel Procamidor und Xylapan wurden vom Betreuungstierarzt ohne das Wissen des Bf in dessen Tierarzneimittelkühlschrank zurückgelassen, da der Betreuungstierarzt während einer Behandlung am Betrieb des Bf, im Zuge deren er die beiden in den Spritzen aufgezogenen Tierarzneimittel einsetzte, zu einem Notfall gerufen wurde, woraufhin er die Spritzen, ohne den Bf zu informieren, in dessen Kühlschrank legte und sich unmittelbar zum Notfall aufmachte. Der Betreuungstierarzt holte die Spritzen daraufhin nicht mehr ab.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich einerseits aus den schlüssigen schriftlichen Ausführungen des Bf und andererseits aus den völlig glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen des Betreuungstierarztes und des Bf. Der Betreuungstierarzt übernahm die Verantwortung für die Abgabe des Dalmazin an den Bf und für die Lagerung der Spritzen in dessen Kühlschrank, wobei er völlig nachvollziehbar von der Unterbrechung der Behandlung am Betrieb des Bf aufgrund eines Notfalls berichtete. Auch aufgrund der Aussagen der ATA und des TGD-Tierarzt kann nicht festgestellt werden, dass dem Bf die Lagerung der Spritzen in seinem Tierarzneimittelkühlschrank bekannt gewesen wäre.

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Tierarzneimittelkontrollgesetzes, BGBl. I Nr. 28/2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2005, lauten wie folgt:

„Bereithalten zur Anwendung und Lagern

§ 5. (1) 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 ist verboten, es sei denn,

1. diese Arzneimittel wurden im Zuge einer Behandlung vom behandelnden Tierarzt (aus seiner tierärztlichen Hausapotheke) oder über tierärztliche Verschreibung durch eine öffentliche Apotheke abgegeben und

2. der Besitzer ist auf Grund der §§ 12 oder 24 Abs. 3 des Tierärztegesetzes oder gemäß einer nach § 7 dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung zur Anwendung dieser Arzneimittel berechtigt.

Die Ausnahmen gemäß Z 1 und 2 gelten nicht für Stoffe gemäß Anhang II der RL 96/22/EG oder Tierarzneimittel, die diese Stoffe enthalten.

(2) Fütterungsarzneimittel dürfen abweichend von Abs. 1 vom Hersteller, Depositeur oder Arzneimittel-Großhändler auf Verschreibung des behandelnden Tierarztes direkt an Verbraucher abgegeben werden.

(3) Die sonstigen Bestimmungen des § 12 des Tierärztegesetzes bleiben unberührt.

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 13. (1) Wer

(...)

4. Tierarzneimittel entgegen den Bestimmungen des § 5 Abs. 1 zur Anwendung bereithält oder lagert oder besitzt oder

(...)

begeht, 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.“

III.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der aufgrund von § 7 Abs 1 TAKG erlassenen Veterinär-Arzneispezialitäten-Anwendungsverordnung 2020, BGBl. II Nr. 259/2010 idF BGBl. II Nr. 137/2017, lauten wie folgt:

„Freigabe von Veterinär-Arzneispezialitäten zur Abgabe an Tierhalter

§ 2. (1) Veterinär-Arzneispezialitäten, die nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen geeignet sind, an Tierhalter abgegeben zu werden, können vom Bundesminister für Gesundheit unter Berücksichtigung folgender Voraussetzungen hierfür freigegeben werden:

1. sie enthalten nur pharmakologisch wirksame Stoffe, die in Tabelle 1 des Anhangs der Verordnung (EU) Nr. 37/2010 über pharmakologisch wirksame Stoffe und ihre Einstufung hinsichtlich der Rückstandshöchstmengen in Lebensmitteln tierischer Herkunft, ABl. Nr. L 15 vom 20.1.2010, S. 1, genannt sind, und

2. sie sind in Österreich zugelassen, und

3. es dürfen gegen die Freigabe keine tierseuchenrechtlichen oder fachlichen Bedenken bestehen, und

4. die Abgabe an den Tierhalter ist nach Unionsrecht nicht verboten, und

5. die Anwendung darf gemäß Fachinformation nicht ausschließlich dem Tierarzt vorbehalten sein.

(2) Die Freigabe der Veterinär-Arzneispezialitäten erfolgt durch Kundmachung in den Amtlichen Veterinärnachrichten (AVN) und ist mit dem ersten Tag des Folgemonats wirksam.

(3) Die Freigabe wird widerrufen, wenn eine der in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen nicht oder nicht mehr gegeben ist. Der Widerruf erfolgt durch Kundmachung in den AVN und ist mit dem ersten Tag des Folgemonats wirksam.

(4) Ausgenommen vom Erfordernis der Freigabe nach Abs. 1 sind homöopathische Arzneispezialitäten.“

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Aufgrund von § 7 Abs 1 TAKG wurde die Veterinär-Arzneispezialitäten-Anwendungsverordnung erlassen, gemäß deren § 2 Abs 2 die Freigabe der Veterinär-Arzneispezialitäten durch Kundmachung in den Amtlichen Veterinärnachrichten erfolgt.

Die die zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltende Liste der Freigabe gemäß § 2 Abs 2 der Veterinär-Arzneispezialitäten-Anwendungsverordnung, kundgemacht durch AVN 2022/7-1, enthielt keines der drei beim Bf vorgefundenen Tierarzneimittel.

Der Bf war somit unberechtigt im Besitz der vorgefundenen Tierarzneimittel. Er hat somit den objektiven Tatbestand des § 5 Abs 1 iVm § 13 Abs 1 Z 4 TAKG erfüllt.

IV.2. Auf subjektiver Ebene brachte der Bf vor, einerseits vom Betreuungstierarzt darüber informiert worden zu sein, dass er Dalmazin anwenden dürfe und andererseits von der Lagerung der Spritzen, die Procamidor und Xylapan beinhalteten, in seinem Kühlschrank nichts gewusst zu haben.

IV.2.1. Der Bf berief sich auf subjektiver Tatseite hinsichtlich des Besitzes von Dalmazin auf einen Verbotsirrtum.

Hinsichtlich des Verbotsirrtums wirkt nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen, entschuldigend.
Entschuldigend wirkt sohin eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134; 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rechtsprechung der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195); (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 21).

Der Bf vertraute auf die Auskunft eines Mitarbeiters seines Betreuungstierarztes hinsichtlich des Besitzes und der Anwendung von Dalmazin, was sich auch in der Dokumentation der Anwendung dieses Mittels wiederspiegelt. Der Betreuungstierarzt führte dazu aus, dass Dalmazin in der Schweinezucht aufgrund eines TGD-Management-Programms vom Tierhalter angewendet werden dürfe und sein Mitarbeiter dahingehend einen Fehler gemacht habe, als er dem Bf, der Rinder halte, dennoch dieses Mittel abgegeben hat – im Glauben, dieses dürfe (aufgrund des TGD-Management-Programms) abgegeben werden. Der Betreuungstierarzt wies auch darauf hin, dass Dalmazin ein Hormonpräparat sei, das bei Rindern und Schweinen völlig gleich wirke, es sei der Fehler in seiner Sphäre und nicht beim Bf passiert.

Durch die Auskunft und die Abgabe des Dalmazin durch den Mitarbeiter des Betreuungstierarztes, der jedenfalls als fachkompetent anzusehen ist, durfte der Bf darauf vertrauen, dass er das Mittel Dalmazin nicht widerrechtlich besessen hat. Auch aufgrund des TGD-Managementprogramms zur Schweinezucht ist es nicht

unnachvollziehbar, dass dem Mitarbeiter des Betreuungstierarztes der ggst Fehler unterlaufen ist, weshalb auch dem Bf dieser Fehler nicht augenfällig sein musste.

Der Bf kann sich somit hinsichtlich des Besitzes von Dalmazin auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen.

IV.2.2. Hinsichtlich der Lagerung der Spritzen, in denen Procamidor und Xylapan aufgezogen war, im Kühlschrank des Bf durch den Betreuungstierarzt, ohne dass der Bf davon wusste, erfüllt der Bf die subjektive Tatseite nicht. Er führte aus, er habe einige Tage vor der Kontrolle nicht mehr in seinen Tierarzneimittelkühlschrank geschaut, weil er keine Tiere behandelt habe. Dass der Betreuungstierarzt im Zuge der letzten Behandlung am Betrieb des Bf die Spritzen dort gelagert und der Bf, der davon keine Kenntnis hatte, seither nicht in den Kühlschrank geschaut hat, begründet nicht einmal fahrlässiges Verhalten.

Hinsichtlich des Besitzes von Procamidor und Xylapan hat der Bf sohin den subjektiven Tatbestand nicht erfüllt.

IV.3. Gemäß § 45 Abs 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn
1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Hinsichtlich des Besitzes von Procamidor und Xylapan kann dem Bf die Begehung der zur Last gelegten Tat mangels Verschulden nicht vorgeworfen werden und hinsichtlich des Besitzes von Dalmazin liegt aufgrund des entschuldigenden Verbotsirrtums ein Umstand vor, der die Strafbarkeit ausschließt.

V. Im Ergebnis war daher das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Bei diesem Ergebnis hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens zu leisten (§ 52 Abs 8 und 9 VwGVG).

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

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

Gegen diese Entscheidung 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter