



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 3 B 91.05 (3 C 34.06)
OVG 13 A 1010/02

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 20. Juni 2006
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Kley
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht van Schewick und Dr. Dette

beschlossen:

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen über die Nichtzulassung der Revision im Beschluss vom 26. April 2005 wird aufgehoben.

Die Revision wird zugelassen.

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens folgt der Kostenentscheidung in der Hauptsache.

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde ist begründet. Der angefochtene Beschluss beruht auf einem Verfahrensfehler (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Die Beschwerde rügt zu Recht, dass es sich um eine Überraschungsentscheidung handelt, durch die der Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt worden ist.

- 2 Das Berufungsgericht hat seine ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss nach § 130a VwGO getroffene Entscheidung, die streitige Pferdesalbe sei ein - nicht zugelassenes - Arzneimittel, auf § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG gestützt. Danach sind Arzneimittelstoffe Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen. Diese Vorschrift hatte im gesamten Verfahren keinerlei Rolle gespielt. Eine Erörterung, welche Anforderungen sie im Hinblick auf die Unterscheidung von Arzneimitteln und Pflegemitteln stellt, war nicht erfolgt. Vielmehr gingen die Auseinandersetzungen um die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG. Danach sind Arzneimittel Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen. Das Verwaltungsgericht hatte seine Entscheidung ausdrücklich auf diese Bestimmung gestützt. Dementsprechend konzentrierte sich das Berufungsvorbringen der Klägerin auf die Darlegung, das streitige Produkt sei nach seiner Zusammenset-

zung nicht geeignet, krankhaften Zuständen entgegenzuwirken, noch werde es von den Verbrauchern zu diesem Zweck eingesetzt. Auch die von den Parteien angezogene und in den vorinstanzlichen Entscheidungen zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung hatte in Fällen der vorliegenden Art stets § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG und nicht § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG in den Blick genommen. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht die letztere Bestimmung zur Grundlage seiner Entscheidung machen würde. Eine Erörterung darüber, wie deren Tatbestandsmerkmale im Einzelnen zu verstehen sind, war ihr verwehrt. Dementsprechend beschränkt sich der angefochtene Beschluss bei der Feststellung, die streitige Salbe sei ein Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 AMG, auf einen einzigen Satz (UA S. 8).

- 3 Die Beschwerde stützt den Vorwurf der Überraschungsentscheidung zwar nicht ausdrücklich auf die Auswechslung der Rechtsgrundlage durch das Berufungsgericht; der Vortrag der Klägerin, dass sie zu verschiedenen Gesichtspunkten nicht habe Stellung nehmen können und dass das Berufungsgericht deshalb wesentliche Umstände nicht in den Blick genommen habe, basiert aber inhaltlich auf der vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsgrundlage.
- 4 Der Senat macht von der nach § 133 Abs. 6 VwGO gegebenen Möglichkeit, die Berufungsentscheidung aufzuheben und den Rechtsstreit an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen, keinen Gebrauch. Der Rechtsstreit wirft sowohl im Hinblick auf die Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG als auch im Hinblick auf die Ausnahmegvorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 4 AMG grundsätzlich bedeutsame Fragen auf. Es erscheint nicht zuletzt im Interesse der Prozessökonomie sachgerecht, diese Fragen unmittelbar in einem Revisionsverfahren zu klären.

Rechtsmittelbelehrung

Das Beschwerdeverfahren wird als Revisionsverfahren unter dem Aktenzeichen BVerwG 3 C 34.06 fortgesetzt; der Einlegung einer Revision durch den Beschwerdeführer bedarf es nicht.

Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form (Verordnung vom 26. November 2004, BGBl I S. 3091) einzureichen.

Für den Revisionskläger besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Begründung der Revision. Der Revisionskläger muss sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften ferner durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen. In derselben Weise muss sich jeder Beteiligte vertreten lassen, soweit er einen Antrag stellt.

Kley

van Schewick

Dr. Dette