OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4020 Linz /Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-000127/2/Wei

Datum: Linz, 13. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des E A, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 17. Dezember 2015, Zl. 0046988/2015, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem § 90 Abs 4 Z 2 iVm § 38 Abs 1 Z 1 und Z 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz - LMSVG

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde (§ 66 Abs 1 VStG) noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (§ 52 Abs 9 VwGVG) zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit dem bezeichneten Straferkenntnis der belangten Behörde wurde über den Beschwerdeführer (Bf) wie folgt abgesprochen:

„S T R A F E R K E N N T N I S

I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr E A, geb. am x 1965, wohnhaft in L, hat als Inhaber eines Gastgewerbes in der Betriebsart eines Cafes im Standort L 1, und sohin als Lebensmittelunternehmer im Sinne der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen, folgende Verwaltungsübertretung zu verantworten:

Am 02.09.2015 wurde im genannten Betrieb und Standort ein Organ der Lebensmittelaufsicht, Herr Mag. H K an der Durchführung der beabsichtigten Lebensmittelkontrolle (geplant war eine Probenahme, da bei der Kontrolle des Eiswürfelerzeugers neben starken Verkalkungen höchstgradige Verschmutzungen festgestellt wurden) von ihrem Mitarbeiter Herrn T A infolge des von diesem Mitarbeiter an den Tag gelegten aggressiven Verhaltens (welches mit laufenden Verbalentgleisungen bzw. Beleidigungen wie „Abflug jetzt" begleitet wurde) gehindert bzw. dessen Kontrolle durch dieses Verhalten unmöglich gemacht (letztendlich wurde das Lebensmittaufsichtsorgan somit aus dem Lokal rausgeworfen bzw. hinausgedrängt); dadurch wurden jene Pflichten massivst verletzt, nämlich wonach Kontrollvorgänge von Aufsichtsorganen im Betrieb gemäß § 35 LMSVG zu dulden sind und den Anordnungen der Aufsichtsorgane dazu unverzüglich Folge zu leisten ist bzw. diese im Rahmen ihrer Aufgaben zu unterstützen sind; diese Pflichten gelten gemäß § 38 Abs. 2 LMSVG nämlich auch bei persönlicher Abwesenheit des Lebensmittelunternehmers vor Ort.

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:

§§ 38 Abs. 1 Z 1 und Z 2, 38 Abs. 2, 35 iVm § 90 Abs. 4 Z 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG)“

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde über den Bf nach dem Strafrahmen des § 90 Abs 4 LMSVG iVm §§ 16 und 19 VStG eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 13 Stunden). Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens wurde gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG der Betrag von 200 Euro vorgeschrieben.

I.2. Das Straferkenntnis der belangte Behörde wird im Wesentlichen wie folgt begründet (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„Der im Spruch angeführte Sachverhalt wurde mit Schreiben der Lebensmittelaufsicht vom 03.09.2015, GZ 0045078/2015 GsA AD LAST, angezeigt.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 03.11.2015 wurde gegen den Beschuldigten wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung ein ordentliches Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet.

Diese Aufforderung zur Rechtfertigung wurde an die nach wie vor aufrechte Hauptwohnsitzadresse des Beschuldigten, L übermittelt, am 11.11.2015 ordnungsgemäß beim zuständigen Postamt hinterlegt und somit auch rechtswirksam zugestellt; eine Rechtfertigung dazu ist allerdings bis dato unterblieben.

Für die erkennende Behörde ist der im Spruch dargestellte Sachverhalt aufgrund der Aktenlage sowie des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens erwiesen.

In rechtlicher Würdigung des als erwiesen angenommenen Sachverhaltes hat die erkennende Behörde erwogen:

I. In formeller Hinsicht wird festgestellt:
[...]

II. Hinsichtlich der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen wird festgestellt:

[...]
Für den 02.09.2015 war im genannten Betrieb durch ein Organ der Lebensmittelaufsicht, nämlich Herrn Mag. H K, eine Lebensmittelkontrolle beabsichtigt; geplant war eine Probenentnahme, da bei der Kontrolle des Eiswürfelerzeugers neben starken Verkalkungen höchstgradige Verschmutzungen festgestellt wurden.
Vor Ort war zwar nicht der Beschuldigte selbst anwesend, aber sein Sohn und Mitarbeiter in diesem Lokal, Herr T A.
Infolge des von diesem Mitarbeiter während der Kontrolle an den Tag gelegten aggressiven Verhaltens (welches mit laufenden Verbalentgleisungen bzw. Beleidigungen wie „Abflug jetzt" begleitet wurde), wurde das Kontrollorgan bei seiner Aufgabenwahrnehmung vollkommen gehindert bzw. diese Kontrolle durch dieses Verhalten unmöglich gemacht (letztendlich wurde das Lebensmittaufsichtsorgan somit aus dem Lokal rausgeworfen bzw. hinausgedrängt), wodurch der Beschuldigte massivst seine Pflichten verletzt hat, nämlich wonach Kontrollvorgänge von Aufsichtsorganen im Betrieb gemäß § 35 LMSVG zu dulden sind und den Anordnungen der Aufsichtsorgane dazu unverzüglich Folge zu leisten ist bzw. diese im Rahmen ihrer Aufgaben zu unterstützen sind.

Diese Pflichten gelten gemäß § 38 Abs. 2 LMSVG nämlich auch bei persönlicher Abwesenheit des Lebensmittelunternehmers vor Ort.

Es ist somit der Tatbestand der dem Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt.

Schuldfrage:

Das LMSVG sieht hier keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens vor. Es kommt daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.
[...]

In diesem Zusammenhang ist daher auch festzuhalten, dass den Beschuldigten hinsichtlich der festgestellten und daher vorgehaltenen Verwaltungsübertretung auch kein geringes Verschulden trifft; als Lokalinhaber bzw. Lebensmittelunternehmer, der grundsätzlich Kenntnis davon hat, dass derartige Kontrollen auch immer wieder durchgeführt werden können, hat sein Personal - gerade dann wenn er selbst nicht vor Ort anwesend ist - ebenfalls über die mit einer solchen Kontrolle zusammenhängenden Pflichten zu instruieren, um deren Durchführung zu ermöglichen.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist daher auch hinsichtlich ihrer subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen.
[...]“

II. Gegen dieses dem Bf am 22. Dezember 2015 zugestellte Straferkenntnis wendet sich die per E-Mail vom 3. Jänner 2016 rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, mit der sinngemäß die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens angestrebt wird.

Die zum Betreff „Strafe Billardtempel“ erhobene Beschwerde wird wie folgt begründet:

„Ich möchte hiermit eine Beschwerde oder Einspruch gegen die Straferkenntnis lt Geschäftszahl x machen.
Der Sachverhalt ist nicht richtig
Es wurde eine Kontrolle durchgeführt, wobei Eiswürfel in das Waschbecken geleert wurden und das Wasser durch ihren Mitarbeiter aufgedreht wurde. Der Mitarbeiter T A hat das Wasser abgedreht und Herr Mag. H K wurde dadurch sehr laut und ungehalten mit Worten "was soll das, warum drehst das Wasser ab"
Daraufhin sagte T A er soll nicht schreien er ist auch nur ein Mitarbeiter des Billardtempels
es ergab sich ein Wortgefecht wobei beide Seiten nicht freundlich zueinander waren.
Magister K kontrollierte dann noch einige Laden und sagte ich kann auch gehen, wobei mein Sohn und Mitarbeiter sagte dann mach eben einen Abflug
Herr Magister K wurde weder bedrängt noch hinausgeworfen
Der Verwaltungsleiter des Einkaufszentrums Herr Z M war auch anwesend und wird dies alles bestätigen(x), weil er sich auch wunderte mit welchen Ton und Lautsstärke kontrolliert wurde. Es war sicher die Falsche Reaktion des Mitarbeiters T A, aber anscheinend hatte keiner gute Laune an diesen Tag. Und ein Wort ergab das andere
Ich werde auch nochmals meine Mitarbeiter anweisen freundlich und hilfsbereit in Zukunft mit Behörden zusammenzuarbeiten.
Mein Mitarbeiter T A verdient 1200 Euro netto
Ich konnte leider früher keine Rechtfertigung schreiben, da ich auf einen Auslandsaufenthalt vom 11.November bis 16.Dezember war und ich die Mittteilung am 22.Dezember bekam(Flugticket kann ich jederzeit schicken oder vorbeibringen)

Bin jederzeit für weitere Gespräche bereit und hoffe das wir doch noch eine Lösung finden können ,das neue Jahr soll doch gut beginnen

E A(Geschäftsinhaber) x“

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat nach Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt festgestellt, dass der von der Behörde angenommene Sachverhalt allein auf die Anzeige des Lebensmittelaufsichtsorgans vom 3. September 2015 gestützt wird. Abgesehen von der wegen eines Auslandsaufenthalts (nach Hinterlegung am 11.11.2015) vom Bf nicht behobenen und daher unbeantwortet gebliebenen Aufforderung zur Rechtfertigung vom 3. November 2015 sind keine weiteren Erhebungen oder

Beweisaufnahmen der belangten Behörde vor der Erlassung des gegenständlich angefochtenen Straferkenntnisses vom 17. Dezember 2015 aktenkundig.

Die Durchführung einer Verhandlung mit Beweisaufnahme durch Einvernahme von Zeugen war nach Ansicht des erkennenden Richters nicht erforderlich, weil schon die tatsächlichen Annahmen der belangten Behörde nicht aus der Anzeige ableitbar sind und andere Beweise nicht vorliegen. Da im Übrigen auch aus rechtlichen Gründen bereits nach der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Strafbescheid aufzuheben ist, konnte gemäß § 44 Abs 2 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung entfallen.

III.1. Die belangte Behörde beruft sich zur Begründung für den im Spruch des Straferkenntnisses angenommenen Sachverhalt auf die Anzeige der Lebensmittelaufsicht des Magistrats Linz. Mit Schreiben vom 3. September 2015, GZ 0045078/2015 GsA AD LAST, hat Mag. H K als Organ dieser Lebensmittelaufsicht, gegen den Bf eine Anzeige wegen des Verdachtes der Übertretung von Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 über Lebensmittelhygiene, die gemäß § 4 LMSVG in Verbindung mit der Anlage über EU-Rechtsakte im Rahmen des LMSVG zu vollziehen ist, bei der belangten Behörde (Bezirksverwaltungsamt) erstattet.

Der Gegenstand der Anzeige wird folgendermaßen umschrieben:

„Verantwortlicher der Fa.A E
L

Anzeige wegen des Verdachtes der Übertretung gem.
§ 4 LMSVG, BGBL. 1 Nr.13/2006 idgF. iVm.
VO (EG) 852/2004 (Anhang II; Kapitel XII, Abs.1 und
Kapitel V, Abs. 1,lit. a)“

Zur Begründung der Anzeige wird ausgeführt:

„Anlässlich einer amtlichen Kontrolle gemäß § 35 LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 idgF. durch das Lebensmittelaufsichtsorgan Mag. H K am 2.9.2015 um 11:00 Uhr wurde im Beisein des Herrn T A (Sohn des Verantwortlichen) folgendes festgestellt:

Trotz Aufforderung des Verantwortlichen zur Hygieneschulung seiner Mitarbeiter und Übergabe von Schulungsunterlagen bei der letzten Vollkontrolle am 7.8.2012 konnte der jetzt anwesende Sohn des Verantwortlichen keine Angaben zu einer jemals durchgeführten Schulung machen (Schulung ist laut VO jährlich durchzuführen).

Die im Dezember 2014 in Kraft getretene AllergeninformationsVO wurde weder schriftlich noch mündlich umgesetzt.

Bei der Kontrolle des Eiswürfelerzeugers wurde neben starken Verkalkungen eine höchstgradige Verschmutzung im Bereich des Auswurfschachtes festgestellt (dicke, schwarze Schleimbeläge in unmittelbarem Kontakt mit den Eiswürfeln - derartige Verschmutzungen werden im Zuge meiner täglichen Kontrollen höchstens 1 - 2 mal pro Jahr festgestellt).

Mit fortschreitender Kontrolldauer änderte sich das Verhalten meines Ansprechpartners zusehends in Richtung ungehalten bis schlussendlich absolut aggressiv. Mein Angebot, die Hygienemängel mit einem Organmandat zu begleichen, endete letztendlich mit einem ‚Rauswurf' mit den Worten ‚Abflug jetzt', die er zweimal hintereinander mit deutlicher Geste aussprach. Vorher fielen noch mehrere Beleidigungen wie z.B. Sätze wie ‚Sie verstecken sich sowieso nur hinter Ihrem Ausweis, weil Sie daheim bei Ihrer Frau nichts zu melden haben', oder ‚fällt Ihnen jetzt nichts mehr ein?', usw. Fotos von den Hygienemängeln wollte ich daraufhin nicht mehr machen, da ich es vorzog, die Kontrolle zu beenden."

III.2. Die belangte Behörde hat auf Grundlage dieser Anzeige den Spruch formuliert und aus ihr inhaltlich abgeleitet, dass gegen die Duldungspflicht betreffend Kontrollvorgänge gemäß § 38 Abs 1 Z 1 iVm § 35 LMSVG verstoßen worden wäre. Dabei behauptet sie im Wesentlichen, das Lebensmittelaufsichtsorgan wäre an der Durchführung der Lebensmittelkontrolle gehindert bzw wäre die Kontrolle durch das „aggressive Verhalten" des anwesenden Sohnes und Mitarbeiters des Bf unmöglich gemacht worden. Zu diesem Verhalten wird nur allgemein auf „Verbalentgleisungen bzw Beleidigungen" wie „Abflug jetzt" verwiesen, wodurch das Organ letztlich „rausgeworfen bzw. hinausgedrängt" worden wäre.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kann diese Tatsachenfeststellungen der belangten Behörde, die offenbar auf einer kreativen *„Überinterpretation"* der Anzeige beruhen, nicht teilen. Bei Würdigung des Anzeigewortlautes unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabs kann der erkennende Richter nicht finden, dass der Anzeigedarstellung die von der belangten Behörde im Ergebnis behauptete Hinderung des Aufsichtsorgans an der Durchführung der Lebensmittelkontrolle zu entnehmen ist. Vielmehr hat der Anzeigeleger nach seiner eigenen Darstellung eine amtliche Kontrolle im gegenständlichen Lokal tatsächlich durchgeführt und Missstände festgestellt, die in der Anzeige auch aufgezeigt werden. Er beanstandete die Unterlassung von nach Anhang II Kapitel XII der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 vorgeschriebenen Hygieneschulungen der Mitarbeiter des Bf sowie eine so starke – im Widerspruch zur gründlichen Reinigungspflicht von Ausrüstungen, mit denen Lebensmittel in Berührung kommen (vgl Anhang II Kap V Abs 1 lit a leg.cit.) - Verschmutzung (neben Verkalkungen werden dicke schwarze Schleimbeläge genannt) des Eiswürfelerzeugers im Bereich des Auswurfschachtes, wie er sie sonst bei seinen täglichen Kontrollen nur ein bis zwei Mal pro Jahr feststellen habe können.

Trotz dieser vorgefundenen *„höchstgradigen“* Verschmutzung bot der Anzeigeleger - aus in der Anzeige nicht erklärtem Motiv und für das Gericht sachlich nicht nachvollziehbarem Grund - an, die Hygienemängel bloß mit Organmandat zu ahnden. Der ungehaltene Sohn und Mitarbeiter des Bf hatte dieses Entgegenkommen aber offensichtlich missverstanden und lehnte das Organmandat in Verkennung der günstigen Gelegenheit zur Bereinigung der Angelegenheit mit den unangebrachten Worten „Abflug jetzt“ und mit deutlicher Geste in sachlich unqualifizierter Weise ab. Dazu ist allerdings anzumerken, dass auch eine noch so *„günstige“* Organstrafverfügung gemäß dem § 50 VStG nicht akzeptiert werden muss. Bei Verweigerung der Bezahlung oder der Entgegennahme des Belegs wird nämlich die Organstrafverfügung gegenstandslos und ist die Anzeige an die Behörde zu erstatten (§ 50 Abs 6 VStG). Im Regelfall ist daher in einer Situation der Verweigerung davon auszugehen, dass die Amtshandlung damit beendet und das Aufsichtsorgan nunmehr die Anzeige erstatten wird. Grundsätzlich nichts Anderes wäre nach der vorliegenden Anzeigedarstellung zu erwarten. Nach der Schilderung des Anzeigelegers fehlten ihm nur noch die Beweisfotos von den Hygienemängeln. Dies folgt wohl zwingend aus dem letzten Satz, in dem der Anzeigeleger davon spricht, dass er keine Fotos von den Hygienemängeln mehr machen wollte, weil er es vorzog, die Kontrolle zu beenden.

Demnach lag der Grund für die vorzeitige Beendigung der Kontrolle nicht etwa in einer wirklichen Behinderung der Kontrolltätigkeit, sondern in der persönlichen Entscheidung des beleidigten Anzeigelegers (arg.: „Fotos ... *wollte ich* daraufhin nicht mehr machen, da *ich es vorzog*, die Kontrolle zu beenden.“; kursive Hervorhebungen nicht im Original), der sich durch die Respektlosigkeit des Sohnes und Mitarbeiters des Bf in seiner Ehre gekränkt und psychisch belastet fühlte. Die in der Anzeige beispielhaft angeführten vorangegangenen Äußerungen („Sie verstecken sich sowieso nur hinter Ihrem Ausweis, weil Sie daheim bei Ihrer Frau nichts zu melden haben“, oder „fällt Ihnen jetzt nichts mehr ein?“), lassen erkennen, dass der Sohn und Mitarbeiter des Bf offenbar das Bedürfnis hatte, dem Anzeigeleger *„die Meinung zu sagen“*. Dabei wurde er persönlich und unsachlich.

Die Äußerungen des Sohnes des Bf hat der Anzeigeleger als so unangenehm und beleidigend empfunden, dass er die abschließende Kontrollhandlung zur Beweissicherung nicht mehr durchführte und es vorzog, die Kontrolle zu beenden. Mag das Unbehagen des Aufsichtsorgans über das unhöfliche und mangelnden Respekt zeigende Verhalten des Sohnes des Bf auch verständlich gewesen sein, es ging dabei höchstens um verbale Anmaßungen. Das schlechte Gesprächsklima mit unverschämten Äußerungen des Kontrollierten konnte das Aufsichtsorgan objektiv betrachtet nicht daran hindern, die Kontrolle pflichtgemäß fortzusetzen, um die Amtshandlung durch Anfertigung von

Beweisfotos über die Verschmutzung des Eiswürfelerzeugers und gegebenenfalls auch durch Probenahme noch abzuschließen.

Im Ergebnis kann daher entgegen der belangten Behörde schon in tatsächlicher Hinsicht auf Grund der Aktenlage nicht die Rede davon sein, dass das Aufsichtsorgan *„aus dem Lokal rausgeworfen bzw hinausgedrängt“* worden wäre. Diese Formulierung der belangten Behörde suggeriert nur eine Behinderung der Kontrolltätigkeit durch körperlichen Widerstand (arg.: „hinausgedrängt“) oder zumindest erheblichen psychischen Druck etwa in Form von Drohungen. Tatsächlich hat der Anzeigeleger eine solch problematische Situation nicht beschrieben, sondern die Amtshandlung aus eigenem Antrieb wegen Beleidigung vorzeitig beendet. Die Anzeigedarstellung bietet keinen durch bestimmte Tatsachen untermauerten Anhaltspunkt für die Annahme der belangten Behörde, dass die Kontrolle unmöglich gemacht worden sei. In der Anzeige wird ausschließlich über schlechtes, allenfalls auch respektloses und beleidigendes Benehmen des Sohnes und Mitarbeiters des Bf gegenüber dem Anzeigeleger berichtet. Mit einer solchen Situation sollte ein geschultes Lebensmittelaufsichtsorgan umgehen können.

III.3. Auch die im Großen und Ganzen schlüssige Beschwerdedarstellung des beim Kontrolltermin abwesenden Bf, der sich daher selbst durch Erkundigungen ein Bild über den Vorfall nachträglich verschaffen musste, spricht für die hier vorgenommene Würdigung und Auslegung des Anzeigesachverhalts. Der Bf hat, ohne den genauen Inhalt der Anzeige zu kennen, vorgebracht, dass der Anzeigeleger weder bedrängt noch hinausgeworfen worden sei. Dies könne auch der anwesende Verwaltungsleiter des Einkaufszentrums M Z aus eigener Wahrnehmung bestätigen. Dieser habe sich gewundert, mit welchem Ton und in welcher Lautstärke kontrolliert wurde. Der unfreundliche Umgangston wäre beidseitig gewesen. Als der Anzeigeleger nach der Kontrolle einiger Laden sagte, es könne auch gehen, hätte der Sohn und Mitarbeiter des Bf mit den Worten *„dann mach eben einen Abflug“* geantwortet. Dies wäre sicher die falsche Reaktion seines Sohnes gewesen, der anscheinend keine gute Laune gehabt hätte. Und so hätte ein Wort das andere ergeben. Der Bf wollte seine Mitarbeiter nochmals zur freundlichen Zusammenarbeit mit Behörden anweisen und versicherte, jederzeit für weitere Gespräche bereit zu sein, um ein Lösung zu finden.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

IV.1. Gemäß § 90 Abs 4 Z 2 LMSVG (BGBl I Nr. 13/2006, zuletzt geändert mit BGBl I Nr. 67/2014) begeht eine Verwaltungsübertretung, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren

Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, und ist nach dem letzten Halbsatz mit Geldstrafe bis zu 50.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen,

wer den Verpflichtungen der §§ 21, 22, 36 Abs 7, 38, 47 Abs 1 oder 52 zuwiderhandelt.

Die relevanten Bestimmungen lauten (auszugsweise):

„Pflichten der Unternehmer

§ 38. (1) Unternehmer sind verpflichtet,

1. Kontrollvorgänge gemäß den §§ 35, 53, 54 und 55 zu dulden.
2. die Aufsichtsorgane in Ausübung der Aufgaben im Rahmen dieses Hauptstückes bestmöglich zu unterstützen, insbesondere ihnen in Vollziehung des § 36 Abs. 6 Hersteller und Importeure oder Vertreiber von Waren zu nennen, sowie Personen, die mit dem Unternehmen vertraut sind, bereitzustellen,
3. ...

(2) Unternehmer haben dafür zu sorgen, dass Pflichten im Sinne von Abs. 1 auch während ihrer Abwesenheit erfüllt werden. Den Anordnungen der Aufsichtsorgane ist unverzüglich Folge zu leisten.

(3) ...“

„Befugnisse und Pflichten der Aufsichtsorgane

§ 35. (1) Die Aufsichtsorgane haben gemäß Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 im Rahmen der einzurichtenden Qualitätsmanagementsysteme nach schriftlich festgelegten Verfahren vorzugehen. Das Qualitätsmanagementsystem ist im gesamten Bundesgebiet einheitlich zu überprüfen. Über jede amtliche Kontrolle ist ein Bericht im Umfang des Art. 9 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 zu erstellen. Im Falle einer Beanstandung ist dem Unternehmer eine Ausfertigung des Berichtes zur Verfügung zu steilen. Dieser Bericht kann auch der bei der Kontrolle anwesenden betriebsangehörigen Person ausgehändigt werden.

(2) Die Aufsichtsorgane sind befugt, alle für die amtliche Kontrolle maßgeblichen Nachforschungen anzustellen und dabei insbesondere

1. die entsprechenden Grundstücke, Gebäude und Transportmittel zu betreten,
2. die erforderlichen Auskünfte zu verlangen und Personen zu befragen,
3. Geschäftsunterlagen auf Schrift- und Datenträgern einzusehen und gegebenenfalls davon Kopien oder Ausdrucke anzufertigen oder anfertigen zu lassen,
4. Proben nach den §§ 36, 37, 55 und 56 zu entnehmen und
5. Hilfestellung bei der Durchführung der Untersuchungen und der Kontrolle zu verlangen.

(3) Die Kontrolle hat abgesehen von jener der Transportmittel und bei Gefahr im Verzug, während der Geschäfts- oder Betriebszeit stattzufinden und ist in der Regel ohne Vorankündigung durchzuführen.

(4) Die Aufsichtsorgane haben bei der amtlichen Kontrolle die Störung des Geschäftsbetriebes und jedes Aufsehen tunlichst zu vermeiden.

(5) Die Aufsichtsorgane haben eine Ausweisurkunde mit sich zu führen und diese auf Verlangen vorzuweisen.

(6) Die Durchführung einer Kontrolle kann erzwungen werden, wenn deren Duldung verweigert wird. In diesem Fall haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes den Aufsichtsorganen über deren Ersuchen zur Sicherung der Ausübung der Kontrollbefugnisse im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches Hilfe zu leisten.

(7) Die Aufsichtsorgane können bei der Wahrnehmung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften eine Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG erlassen oder gemäß § 50 Abs 5a VStG vorgehen. Sie können auch von der Erstattung einer Anzeige absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie können den Beschuldigten in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen.

(8) ...“

IV.4. Wie schon im Punkt III.2. zum maßgeblichen Sachverhalt näher ausgeführt wurde, kann der wesentlichen Sachverhaltsannahme der belangten Behörde, das Lebensmittelaufsichtsorgan sei an der Durchführung der Lebensmittelkontrolle gehindert worden, nicht gefolgt werden. Dies wurde in der inhaltlich auf Hygienemängel und nicht auf die Verletzung der Unternehmerpflicht zur Duldung von Kontrollvorgängen nach § 38 Abs 1 Z 1 iVm § 35 LMSVG abstellenden Anzeige weder behauptet noch dargelegt. Schon aus der Anzeige geht nämlich hervor, dass der Anzeigeleger eine Kontrolle tatsächlich durchgeführt und Missstände festgestellt hatte. Schließlich wollte er nur wegen des schlechten und als beleidigend empfundenen Benehmens des Sohnes und Mitarbeiters des Bf, mit dem er persönlich nicht zurechtkam, die Kontrolle nicht abschließen und die noch fehlenden Fotos von den vorgefundenen Hygienemängeln machen. Aus der Anzeigedarstellung kann sinngemäß abgeleitet werden, dass sich der Anzeigeleger über respektlose Äußerungen des Sohnes des Bf so ärgerte, dass er die Kontrolle vorzeitig beendete (arg.: *„...da ich es vorzog, die Kontrolle zu beenden.“*). Als Grund für das unterlassene Fotografieren der Hygienemängel gibt der Anzeigeleger nicht etwa einen konkreten Widerstand bzw ein bestimmtes Hindernis an, sondern letztlich nur die mit einer Geste bekräftigte Ablehnung des angebotenen Organmandats mit den Worten „Abflug jetzt“ durch den Sohn des Bf.

Die Beschwerde hat dazu vorgebracht, dass das unfreundliche Verhalten nicht einseitig gewesen sei und sich der Anzeigeleger ebenso im Ton vergriffen habe. Die Worte vom Abflug werden in Beziehung gesetzt zur angeblich vorangegangenen Bemerkung des Anzeigelegers, dass er auch gehen könne. Dieser Zusammenhang im Rahmen eines Wortgefechts erscheint naheliegend und der Lebenserfahrung entsprechend. Letztlich muss aber im gegenständlichen Verfahren der Ablauf der Lebensmittelkontrolle nicht in den Einzelheiten geklärt werden. Es genügt der eindeutig feststellbare Umstand, dass schon die

Anzeigedarstellung den von der belangten Behörde angelasteten Sachverhalt inhaltlich nicht bestätigt und damit auch keinen tragenden Beweis für den Schuldspruch machen kann.

Die von der belangten Behörde angenommene Verletzung des § 38 Abs 1 Z 1 iVm § 35 LMSVG wegen mangelnder Duldung von Kontrollvorgängen im Lokal durch den Sohn und Mitarbeiter des Bf ist schon in tatsächlicher Hinsicht nicht gegeben.

IV.5. Nach § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG werden Unternehmer verpflichtet, die Aufsichtsorgane (vgl § 24 Abs 3 LMSVG) in Ausübung ihrer gesetzlichen Aufgaben nach dem 2. Hauptstück (§§ 24 ff LMSVG) bestmöglich zu unterstützen, insbesondere ihnen in Vollziehung des § 36 Abs 6 LMSVG (Informationspflicht über Gegenprobe) Hersteller und Importeure oder Vertreiber von Waren zu nennen, sowie Personen, die mit dem Unternehmen vertraut sind, bereitzustellen.

Auch wenn nunmehr im Unterschied zur früheren Rechtslage nach dem LMG 1975 eine unternehmerische Pflicht zur aktiven Unterstützung der Aufsichtsorgane bei der Kontrolltätigkeit besteht und ein Aufsichtsorgan dementsprechend gemäß § 35 Abs 2 Z 5 LMSVG ausdrücklich auch Hilfestellung bei der Durchführung der Untersuchungen und der Kontrolle verlangen kann, bestehen auch Grenzen der Unterstützungspflicht, die im Sinne der für Aufsichtsorgane im § 35 Abs 4 LMSVG angeordneten Pflicht zur Rücksichtnahme auf einen ungestörten Geschäftsbetrieb und zur tunlichsten Vermeidung jeden Aufsehens zu ziehen sind. Die Unterstützungspflicht endet daher dort, wo eine Mitwirkung des Unternehmers verlangt wird, die zu einer nicht notwendigen (vermeidbaren) Störung des Geschäftsbetriebes führen würde. Unternehmer sind auch nicht verpflichtet, den Aufsichtsorganen Arbeit abzunehmen, die sie selbst erledigen müssen (vgl zum Ganzen *Blass ua*, LMR^3 Rz 16 zu § 35 und Rz 3 zu § 38 LMSVG).

Nach § 38 Abs 2 LMSVG sind Unternehmer verpflichtet dafür zu sorgen, dass die Pflichten im Sinne von § 38 Abs 1 leg.cit. auch während ihrer Abwesenheit erfüllt werden, wobei den Anordnungen der Aufsichtsorgane unverzüglich Folge zu leisten ist. Der bei der Kontrolle nicht anwesende Unternehmer hat dafür zu sorgen, dass den Aufsichtsorganen Personen, die mit dem kontrollierten Betrieb vertraut sind und darüber Bescheid wissen, beigestellt werden. Bei Auskünften zum Gesamtunternehmen wird man sich an die Zentrale wenden müssen (vgl näher *Blass ua*, LMR^3 Rz 4 zu § 38 LMSVG).

IV.6. Aus Anlass der kumulativen Anführung des § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG als verletzte Verwaltungsvorschrift im angefochtenen Straferkenntnis ist zum

Konkurrenzverhältnis dieser allgemeinen Unternehmerpflicht betreffend die Unterstützung von Aufsichtsorganen zu den sonst geregelten Pflichten der Unternehmer bei Lebensmittelkontrollen, somit zur Frage der Deliktskonkurrenzen im Zusammenhang mit Mitwirkungspflichten der Unternehmer, Folgendes klarzustellen:

Läge der strafbehördlich angenommene Sachverhalt iSd § 38 Abs 1 Z 1 LMSVG vor, wonach eine mangelnde Duldung von Kontrollvorgängen gemäß § 35 LMSVG festzustellen wäre, so würde hinsichtlich der nach den konkreten Umständen nicht geduldeten Kontrollvorgänge stets auch das Tatbild des § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG verwirklicht werden, zumal bei fehlender Duldung von allen oder auch nur von einzelnen Kontrollvorgängen eine bestmögliche Unterstützung der Aufsichtsorgane in Ausübung ihrer Aufgaben selbstverständlich nicht vorliegen kann. Insofern besteht daher denknotwendig Scheinkonkurrenz in Form von (materieller) Subsidiarität, weil die weite Formulierung des Tatbildes nach der Z 2 im Verhältnis zur Nichtduldung von Kontrollvorgängen nach der Z 1 erkennbar eine Aushilfsfunktion erfüllt und nur dort greifen soll, wenn nicht ohnehin schon die Z 1 erfüllt ist (zum Begriff der Subsidiarität näher *Kienapfe*l/*Höpfel*/*Kert,* AT[15] E 8 Rz 26 ff; *Leukauf*/*Steininger*, StGB[3] § 28 Rz 55). Die zusätzliche Angabe des § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG als verletzte Rechtsvorschrift war daher im Hinblick auf den erhobenen Tatvorwurf der belangten Behörde nach dem vorrangigen Tatbild des § 38 Abs 1 Z 1 iVm § 35 LMSVG wegen Scheinkonkurrenz unzutreffend.

Soweit die Verletzung der allgemeinen Unterstützungspflicht nach dem § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG nicht auf einen unter § 38 Abs 1 Z 1 LMSVG zu subsumierenden Sachverhalt gestützt werden kann und auch sonst keine besonders geregelten Unterstützungspflichten verletzt wurden, die als spezifische Regelungen der Z 2 im Grunde der Spezialität vorgehen würden (vgl dazu etwa die speziellen Mitwirkungspflichten betreffend Unterlagen zur Rückverfolgbarkeit nach § 38 Abs 1 Z 3 LMSVG und die besonderen Auskunfts- und Informationspflichten nach dem § 38 Abs 1 Z 4 LMSVG), kann ein nach § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG selbständig strafbares Verhalten überhaupt in Betracht kommen.

IV.7. Ein unter das Tatbild der Verletzung der allgemeinen Unterstützungspflicht iSd § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG subsumierbares Verhalten setzt weiter eine den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG an die Spruchkonkretisierung entsprechende Umschreibung der Tatsachen, die für die Subsumtion unter die wesentlichen Tatbestandsmerkmale erforderlich sind, voraus.

IV.7.1. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu den Sprucherfordernissen nach § 44a Z 1 VStG ist die Tat so weit zu konkretisieren, dass eine eindeutige Zuordnung zu den Tatbestandsmerkmalen ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (stRsp seit verst. Senaten

VwSlg 11.466 A/1984 und VwSlg 11.894 A/1985). Dabei sind die Anforderungen an Tatort- und Tatzeitumschreibung von Delikt zu Delikt und je nach den Begleitumständen verschieden und an Rechtsschutzüberlegungen zu messen (vgl u.a. im Anschluss an verst. Senat VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 29.9.1993, 93/02/0046; VwGH 31.1.1995, 95/05/0008; VwGH 9.9.1998, 97/04/0031). Im Spruch sind alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale anzuführen, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens notwendig sind. Eine Umschreibung bloß in der Begründung reicht im Verwaltungsstrafrecht nicht aus (vgl mwN *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens[6] [2004] 1522, Anm 2 zu § 44a VStG). Die Konkretisierung des Spruches gemäß § 44a Z 1 VStG ist einerseits erforderlich, um den Beschuldigte in die Lage zu versetzen, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen bestimmten Tatvorwurf zu widerlegen, und andererseits, um den Beschuldigten rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden und damit der Gefahr einer allfälligen Doppelbestrafung ausgesetzt zu sein (vgl zB unter Bezugnahme auf Vorjudikatur VwGH 18.10.2011, Zl. 2011/02/0281).

IV.7.2. Einen die wesentlichen Tatbildmerkmale des § 38 Abs 1 Z 2 LMSVG ausreichend konkretisierenden Sachverhalt hat die belangte Behörde durch die pauschale Umschreibung *„infolge des von diesem Mitarbeiter an den Tag gelegten aggressiven Verhaltens (welches mit laufenden Verbalentgleisungen bzw. Beleidigungen wie ‚Abflug jetzt' begleitet wurde"* nicht angelastet. Mit dieser allgemein und unbestimmt gebliebenen Formulierung hat die belangte Behörde die wesentlichen Tatbildmerkmale nicht fallbezogen konkretisiert und mit der erforderlichen Bestimmtheit umschrieben. Die nicht mit Inhalt ausgefüllte, allgemein verwendbare Worthülse *„aggressives Verhalten"* ist austauschbar und ungeeignet, die Identität der Tat unverwechselbar und konkret zu umschreiben. Die wesentlichen Umstände des Einzelfalles kommen vielmehr in folgender Fragestellung zum Ausdruck: Welche konkrete Handlung in Ausübung von gesetzlichen Aufgaben nach dem LMSVG hat das Aufsichtsorgan vorgenommen und brauchte es dabei eine Unterstützung bzw hat es eine Hilfestellung gemäß dem § 35 Abs 2 Z 5 LMSVG verlangt, die ausdrücklich oder schlüssig in pflichtwidriger Weise verweigert worden ist? Der von der belangten Behörde erhobene pauschale Tatvorwurf gibt keine Antwort auf diese offenen Fragen. Allein mit dem Hinweis auf schlechtes und/oder beleidigendes Benehmen bzw Begleitverhalten kann das gegenständliche Tatbild betreffend die bestimmt zu umschreibende Verletzung einer Mitwirkungspflicht bei Kontrollen durch Aufsichtsorgane nach dem LMSVG nicht inhaltlich dargestellt werden.

Auch die weiteren Spruchteile und verweisen nur allgemein auf Pflichten nach §§ 35 und 38 Abs 2 LMSVG und darauf, dass Anordnungen der Aufsichtsorgane unverzüglich Folge zu leisten sei. Ohne Anführung einer konkret missachteten

Anordnung bleibt dies aber substanzlos und erschöpft sich im Hinweis auf verba legalia, was noch keine Konkretisierung im Sinne der Anforderungen des § 44a Z 1 VStG darstellt. Denn es reicht nicht aus, den bloßen Gesetzeswortlaut unter Anführung von Tatzeit und Tatort wiederzugeben, sondern die Tat ist entsprechend den Gegebenheiten des jeweiligen Falles zu individualisieren (näher mwN *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens[6] [2004], 1522 Anm 2 zu § 44a VStG).

IV.8. Im Ergebnis war der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG mangels einer strafbaren Verwaltungsübertretung einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 52 Abs 9 VwGVG).

V. 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. Die Notwendigkeit von Beweisaufnahmen und Fragen der Beweiswürdigung unterliegen der einzelfallbezogene Beurteilung durch das Verwaltungsgericht und stellen idR keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung dar (vgl etwa VwGH 08.01.2015, Zl. Ra 2014/08/0064, VwGH 26.02.2015, Zl. Ra 2015/07/0028). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist auch nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen. Da die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Rechtsnormen klar und eindeutig ist, liegt selbst dann keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu einem vergleichbaren Sachverhalt noch nicht ergangen ist. Der Verwaltungsgerichtshof wäre sonst häufig zur Entscheidung berufen, obwohl die Rechtslage geklärt ist und es – wie im gegenständlichen Fall - im Wesentlichen um Fragen der Einzelfallgerechtigkeit geht (vgl etwa VwGH 23.9.2014, Zl. Ro 2014/01/0033; VwGH 19.05.2015, Zl. Ra 2015/05/0030). Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

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 Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß