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-000182/2/FP

Datum:
Linz, 21. Februar 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 Mag. Pohl über die Beschwerde von K D, vertreten durch x M Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 4. Oktober 2016, GZ. SanRB96-37-2016, mit welchem über den Bf, wegen eines Verstoßes gegen das LMSVG, eine Ermahnung ausgesprochen wurde,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, der bekämpfte Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw. 2 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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.1. Mit Bescheid vom 4. Oktober 2016 ermahnte die belangte Behörde den Bf gem. § 45 Abs 1 Z4 VStG und warf ihm vor, er habe es als Geschäftsführer der Ö zu verantworten, dass am 12. August 2016 um 8:30 Uhr im Lager im Betrieb in T zumindest 6 Packungen „B B" der Charge x zum Verkauf bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht worden seien, bei denen laut einem Gutachten der AGES eine Packung einen Gehalt an sulfitreduzierten (gemeint sulfitreduzierenden) Clostridien von 12.000 KBE/g aufgewiesen und somit den Warnwert von 10.000 KBE/g überschritten habe. Dadurch sei das Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet und deshalb als nicht sicher zu beurteilen. Es sei daher dem Verbot des Inverkehrbringens unterlegen gewesen.

Die belangte Behörde begründete ihre Entscheidung, eine Ermahnung auszusprechen, damit, dass die Überschreitung des Warnwertes nicht um ein Vielfaches erfolgt und die geschützten Rechtsgüter nicht wesentlich beeinträchtigt worden seien. Da die Charge vor dem ersten Inverkehrbringen zwei Mal ohne Beanstandungen untersucht worden seien, sei das Verschulden als gering anzusehen.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf mit Schriftsatz vom 2. November 2016 rechtzeitig Beschwerde und brachte vor, wie folgt:

„[…] Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe als Geschäftsführer der Ö, zu verantworten, dass am 12.08.2016, um 8:30 Uhr im Lager im Betrieb in T, zumindest 6 Packungen „B B" der Charge x zum Verkauf bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht worden seien, bei denen laut Gutachten der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck, Technikerstraße 70, 6020 Innsbruck, vom 26.08.2016, UZ x, eine Packung einen Gehalt an sulfitreduzierten Clostridien von 12.000 KBE/g aufgewiesen habe und somit den Warnwert von 10.000 KBE/g überschritten habe und dadurch als für den menschlichen Verzehr ungeeignet und daher nicht sicher zu beurteilen gewesen sei und somit dem Verbot des Inverkehrbringens unterlegen wäre.

Dies ist unzutreffend.

III. Rechtsverletzung:
1. Der Beschwerdeführer ist in seinem Recht darauf verletzt, dass kein Verwaltungsstrafverfahren gegen ihn, mangels Vorliegen des von der Behörde behaupteten Sachverhaltes, zu führen ist.
2. Sollte das entscheidende Gericht zu der Ansicht gelangen, dass der vorgeworfene Sachverhalt erfüllt ist - was ausdrücklich bestritten wird -, liegt die Rechtsverletzung durch die angefochtene Ermahnung darin, dass zu Unrecht eine Ermahnung erfolgte, da das Strafverfahren einzustellen gewesen wäre.

IV. Rechtswidrigkeit der Ermahnung:

1. Der Beschwerdeführer hat die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung weder in objektiver, noch in subjektiver Hinsicht begangen.

Gemäß § 5 Abs 1 Z 1 LMSVG ist es verboten, Lebensmittel, die nicht sicher gemäß Artikel 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, das heißt gesundheitsschädlich oder für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, in Verkehr zu bringen.

Von der Behörde wird ausgeführt, dass seitens der Abteilung Ernährungssicherheit und Veterinärwesen des Amtes der Oö. Landesregierung Anzeige erstattet wurde, dass laut Gutachten der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck, Technikerstraße 70, 6020 Innsbruck, vom 26.08.2016, UZ x, eine von sechs Proben des Gewürzes „B B" einen über den Warnwert liegenden Gehalt an sulfitreduzierten Clostridien aufwies und daher für den menschlichen Verzehr ungeeignet sei.

Laut Mitteilung des Aufsichtsorgans wurde die gegenständliche Charge insgesamt 40-mal untersucht und dabei wurden zweimal Clostridien und einmal Bacillus Cerus über dem Warnwert festgestellt. Vor dem ersten Inverkehrbringen ergaben zwei Untersuchungen keine Beanstandungen.

Aus der Ermahnung vom 04.10.2016 ergibt sich, dass lediglich eine Probe einen Gehalt an sulfitreduzierten Clostridien aufwies, die den Warnwert überschritt.

Sämtliche andere Proben (Vorlieferant, Eigenkontrolle) waren nicht zu beanstanden. Auffallend ist, dass nur Proben die von der AGES untersucht wurden beanstandet wurden.

Entsprechend Artikel 14 Abs 6 EG-Basis VO ist nur dann, wenn bei einer eingehenden Prüfung der Nachweis dafür gefunden wird, dass der Rest der Charge nicht sicher ist, davon auszugehen, dass sämtliche Lebensmittel in einer Charge, in dem ein nicht sicheres Lebensmittel gefunden wird, nicht sicher sind.

Es wurde von der Österreichischen Bergkräutergenossenschaft eGen eine Untersuchung in Auftrag gegeben und durchgeführt, aus der ersichtlich ist, dass zumindest 68 voneinander unabhängig gezogene Probeeinheiten der gegenständlichen Charge untersucht wurden und dies ergeben hat, dass die Ware für den menschlichen Verzehr geeignet ist und daher nicht dem Verbot des Inverkehrbringens unterlag.

Aus diesem Grund ist die vorgeworfene Verwaltungsübertretung des § 5 Abs 1 Z 1 LMSVG objektiv nicht durch den Beschwerdeführer erfüllt.

Beweis: Untersuchungsergebnisse samt zusammenfassender Aufstellung der Untersuchungsergebnisse (Beilage)

Darüber hinaus ist auszuführen, dass die Ö sowohl vom Vorlieferanten ein verbindliches Untersuchungsergebnis erhalten hat, als auch selbst zahlreiche Untersuchungen vorgenommen hat, die ein unbedenkliches Ergebnis hatten und somit an einer allfälligen

Verunreinigung - die ausdrücklich aufgrund der bereits gestellten Testergebnisse bestritten wird - kein Verschulden, nicht einmal ein minderer Grad des Verschuldens, bestehen würde.

Somit ist die vorgeworfene Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht nicht durch den Beschwerdeführer als für die Ö Verantwortlicher erfüllt.

2. Sollte das entscheidende Gericht zu der Ansicht gelangen, dass der vorgeworfene Sachverhalt entgegen dieser Ausführungen erfüllt ist - was ausdrücklich bestritten wird -, wäre das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen und nicht mit einer Ermahnung vorzugehen gewesen.

Die Behörde begründet ihr Vorgehen mit einer Ermahnung damit, dass die Behörde anstatt die Einstellung zu verfügen, den Beschuldigten im Fall des Vorliegens des § 45 Abs 1 Z 4 VStG unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen kann, wenn dies geboten scheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die Behörde selbst begründet diese Vorgehensweise damit, dass die Überschreitung des Warnwertes nicht um ein Vielfaches erfolgte und daher die rechtlich geschützten Rechtsgüter nicht wesentlich beeinträchtigt wurden. Da die Charge vor dem ersten Inverkehrbringen zweimal ohne Beanstandungen untersucht wurde wird das Verschulden als gering angesehen.

Jedoch liegen neben § 45 Abs 1 Z 4 VStG auch die Z 1, 2 und 6 vor.

Da entsprechend der vorstehenden Ausführungen nicht einmal ein minderer Grad des Verschuldens vorliegt, für das der Beschuldigte einzustehen hat, wäre entsprechend § 45 Abs 1 Z 1 und 2 das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen gewesen, da somit weder die vorgeworfene Verwaltungsübertretung vorliegt, noch diese im Verantwortungsbereich des Beschuldigten begangen wurde.

Auch stünde der Aufwand der Strafverfolgung in einem unverhältnismäßigen Ausmaß zu der Bedeutung der Intensität der Beeinträchtigung.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist nur bei Vorliegen des § 45 Abs 1 Z 4 VStG alternativ mit einer Ermahnung vorzugehen. In allen anderen Fällen ist von einer Fortführung des Verfahrens abzusehen und somit das Verfahren jedenfalls einzustellen.

In den ausgeführten Fällen ist der Behörde somit kein Ermessen eingeräumt.

Der Beschuldigte hat daher ein subjektives Recht auf Einstellung beim Vorliegen der Einstellungsgründe nach § 45 Abs 1 Z 1, 2 und 6 VStG.

Aus diesen Gründen wäre das Verfahren einzustellen gewesen und nicht mit einer Ermahnung vorzugehen.

V. Aus all diesen Gründen stellt daher der Beschwerdeführer nachstehende

ANTRÄGE:

Das Landesverwaltungsgericht möge

1. eine mündliche Verhandlung durchführen sowie
2. der Beschwerde Folge geben und die angefochtene Ermahnung der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 04.10.2016, SanRB96-37-2016, zur Gänze ersatzlos aufheben und das Verfahren einstellen,
   oder falls diesem Antrag nicht stattgegeben werden sollte,
3. der Beschwerde Folge geben und das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 04.10.2016, SanRB96-37-2016, aufheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die belangte Behörde zurückverweisen.
4. Die belangte Behörde zum Ersatz der Kosten des Beschwerdeverfahrens an den Beschwerdeführer binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten.

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 4. November 2016 legte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht die Beschwerde und den ggst. Verwaltungsakt zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.
Das Landesverwaltungsgericht entscheidet durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsakt. Zumal sich bereits aus diesem ergibt, dass der bekämpfte Bescheid aufzuheben ist, entfällt die öffentliche mündliche Verhandlung gem. § 44 Abs 2 VwGVG.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Im Rahmen einer Kontrolle gem. § 35 LMSVG wurden am 12. August 2016 im Betrieb der Ö („die Genossenschaft") 6 Teilproben des Produktes B B (Charge x) entnommen. (Anzeige)

Der Bf ist Prokurist der Genossenschaft. (Firmenbuch)

Die Proben wurden bei der AGES analytisch untersucht. Bei den Packungen 1 – 5 ergaben sich keinerlei Auffälligkeiten. Die Packung 6 wies einen Wert an sulfitreduzierenden Clostridien (offenbar Clostridium perfrigens) von 12.000 KBE/g auf. (Gutachten AGES)

Der diesbezügliche Warnwert der DGHM beträgt 10.000 KBE/g. (Gutachten, Internetrecherche)

Es kann nicht festgestellt werden, ob von dem Lebensmittel eine Gesundheitsgefährdung ausging oder ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist. (Gutachten AGES)

Die Bezug habende Charge x wurde zwischen 29. Jänner 2015 und 22. August 2015, also vor der ggst. Untersuchung durch die AGES, zumindest 29 mal analytischen Untersuchungen unterworfen und ergaben sich lediglich bei der ggst. Untersuchung durch die AGES und einer Untersuchung durch die AGES am 23. März 2016 geringfügig erhöhte Werte an sulfitreduzierenden Clostridien (20.000 KBE/g und 12.000 KBE/g). Eine Untersuchung durch die AGES am 28. Juli 2016 ergab zudem einen erhöhten Wert bei Bacillus cereus (13.000 KBE/g).

Mit Gutachten der AGES x und x wurde die Ware als deshalb nicht sicher bewertet. Die Untersuchungen der amtlichen Gegenprobe durch einen Lebensmittelgutachter iSd § 73 LMSVG (ANALYTEC®) ergab die Unbedenklichkeit der Proben. (Anmerkung im Gutachten der AGES vom 26. August 2016, Gutachten ANALYTEC® x vom 29. Februar 2016 und x vom 25. März 2016)

Nach der verfahrensgegenständlichen Analyse durch die AGES erfolgten weitere 39 Analysen der Charge auf Clostridien, die allesamt keine Überschreitungen des Warnwerts ergaben. (Anzeige, Beilagen zur Beschwerde)

Es kann nicht festgestellt werden, wann und wo die Keime in die beanstandete Einzelprobe gelangten.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem vorliegenden Verfahrensakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Der von der AGES als Beurteilungsmaßstab herangezogene Warnwert der DGHM stellt eine dem Stand der Wissenschaft entsprechende Expertenmeinung dar, die auch für österreichische Lebensmittelgutachter fachlich relevant ist. Es handelt sich jedoch um keinen rechtlich verbindlichen Grenzwert, sondern um eine auf Fachwissen beruhende sachverständige Aussage (Näheres in der rechtlichen Beurteilung).

Aus dem Akt ergibt sich, dass die ggst. Charge von verschiedenen, als Lebensmittelgutachter iSd § 73 LMSVG oder nach deutschen Akkreditierungsverfahren durch eine behördenähnliche, vom deutschen Staat beliehene Organisation (DAkkS) akkreditierten und auch sonst unbedenklich

erscheinenden Labors in Österreich (ANALYTEC®, eurofins) und Deutschland (GBA) analytischen Kontrollen unterzogen wurden, die allesamt die Unbedenklichkeit der ggst. Charge bescheinigen. Keine einzige im Rahmen der Eigenkontrolle oder durch den Lieferanten der Genossenschaft durchgeführte Analyse hat Beanstandungen ergeben.

Beanstandungen ergaben sich lediglich bei drei Untersuchungen durch die AGES, wobei im Hinblick auf die beiden nicht verfahrensgegenständlichen Analysen der AGES bei einem Lebensmittelgutachter gem. § 73 LMSVG amtliche Gegenproben untersucht wurden und diese keine belastenden Ergebnisse erbrachten. Damit ist der Bf den seinerzeitigen amtlichen Untersuchungszeugnissen der AGES, durch Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten. Dies gilt jedoch auch im Hinblick auf die ggst. Kontrolle, zumal alle aktenkundigen, in der Sphäre der Genossenschaft von den genannten Labors durchgeführten Untersuchungen – es sind dies nach dem Aktenstand über 90 – ergebnislos waren.

Eine Feststellung, wo, wodurch und wann die Keime in die ggst. Probe gelangt sind, kann nicht getroffen werden, zumal es sich bei Clostridien um Keime handelt, die im Boden (Erde), in Wasser, Staub und Lebensmitteln, aber auch im Darm vorkommen (Recherchen des Gerichts im Internet).
Zumindest erscheint es nicht undenkbar, dass es außerhalb des Einflussbereiches des Bf zu einer Verunreinigung gekommen ist.

Eine Feststellung, ob der von der AGES erhobene Wert (12.000 KBE/g) dazu führt, dass das Lebensmittel gesundheitsgefährlich oder für den menschlichen Verzehr inakzeptabel wurde, kann nicht getroffen werden, zumal derlei für das Verwaltungsstrafverfahren wesentliche Aussagen im Gutachten der AGES fehlen. Lediglich beurteilt sie den Sachverhalt vorgreifend rechtlich, indem sie ausführt, dass das Lebensmittel unsicher ist und unrichtig dahingehend, dass die sogenannte Chargenvermutung eingreift. Um zweitere Feststellung treffen zu können, bedürfte es Ermittlungen dahingehend, ob eine eingehendere Prüfung iSd Art 14 Abs 6 EG-Basis VO stattgefunden hat. Dies ist vorliegend zweifellos der Fall, zumal die verfahrensgegenständliche Charge nach der Analyse durch die AGES x-fach ergebnislos untersucht wurde.

Letztlich kommt es aber auf die Frage der Gesundheitsgefährdung oder der Inakzeptabilität, wie in der rechtlichen Beurteilung darzustellen sein wird, nicht mehr an, weil das Verfahren aus anderen Gründen einzustellen ist und deshalb Ermittlungen im Hinblick auf eine allfällige Gesundheitsgefährdung oder Inakzeptabilität unterbleiben können.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Maßgebliche gesetzliche Bestimmungen:

a) § 5 Abs 1 Z1 und Abs 5 Zrn 1 und 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2014 lauten:

Lebensmittel
Allgemeine Anforderungen

§ 5. (1) Es ist verboten, Lebensmittel, die
1. nicht sicher gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, d.h. gesundheitsschädlich oder für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, […]
in Verkehr zu bringen.
[…]
(5) Lebensmittel sind
1. gesundheitsschädlich, wenn sie geeignet sind, die Gesundheit zu gefährden oder zu schädigen;
2. für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist;
[…]

b) § 90 Abs 1 Z1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2015) lautet

Verwaltungsstrafbestimmungen
Tatbestände

§ 90. (1) Wer
1. Lebensmittel, die für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder mit irreführenden oder krankheitsbezogenen Angaben versehen sind, oder in irreführender oder krankheitsbezogener Aufmachung, […]
in Verkehr bringt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde 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. Bei vorsätzlichen Verstößen gegen Z 1 und 2, die in Kenntnis der Rechtwidrigkeit des Handelns begangen werden, ist, sofern die Folgen der Übertretung nicht unbedeutend sind, eine Geldstrafe in der Höhe von zumindest 700 Euro, bei Wiederholung von 4000 Euro festzusetzen. Im Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen. […]

c) Art 14 der VERORDNUNG (EG) Nr. 178/2002 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 28. Jänner 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur

Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (EG-Basis-Verordnung) lautet in seinen wesentlichen Teilen:

ABSCHNITT 4
ALLGEMEINE ANFORDERUNGEN DES LEBENSMITTELRECHTS
Artikel 14

Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit
(1) Lebensmittel, die nicht sicher sind, dürfen nicht in Verkehr gebracht werden.
(2) Lebensmittel gelten als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie
a) gesundheitsschädlich sind,
b) für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind.
(3) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist oder nicht, sind zu berücksichtigen:
a) die normalen Bedingungen seiner Verwendung durch den Verbraucher und auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen sowie
b) die dem Verbraucher vermittelten Informationen einschließlich der Angaben auf dem Etikett oder sonstige ihm normalerweise zugängliche Informationen über die Vermeidung bestimmter die Gesundheit beeinträchtigender Wirkungen eines bestimmten Lebensmittels oder einer bestimmten Lebensmittelkategorie.
(4) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, sind zu berücksichtigen
a) die wahrscheinlichen sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers, sondern auch auf nachfolgende Generationen,
b) die wahrscheinlichen kumulativen toxischen Auswirkungen,
c) die besondere gesundheitliche Empfindlichkeit einer bestimmten Verbrauchergruppe, falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist.
(5) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, ist zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.
(6) Gehört ein nicht sicheres Lebensmittel zu einer Charge, einem Posten oder einer Lieferung von Lebensmitteln der gleichen Klasse oder Beschreibung, so ist davon auszugehen, dass sämtliche Lebensmittel in dieser Charge, diesem Posten oder
dieser Lieferung ebenfalls nicht sicher sind, es sei denn, bei einer eingehenden Prüfung wird kein Nachweis dafür gefunden, dass der Rest der Charge, des Postens oder der Lieferung nicht sicher ist.
[…]

d) § 5 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG, BGBl. Nr. 52/1991) lautet:

Schuld

§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines

Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

e) § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG, BGBl. Nr. 52/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008) lautet:

Besondere Fälle der Verantwortlichkeit
§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

III.2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit:

Bei der Inverkehrbringerin des ggst. Produkts handelt es sich um eine eingetragene Genossenschaft, die zur FN x in das Firmenbuch beim Landesgericht Linz protokolliert ist. Die Firma Ö(und nicht mehr reg. Gen. mbH.) führt die Genossenschaft seit dem 8. Februar 2014.

Zur Vertretung berufen ist bei der Genossenschaft (VwGH 12. August 1994, 94/02/0203) der Vorstand. Genossenschaften haben keine Geschäftsführer.

Ein Prokurist ist entsprechend der ständigen Judikatur des VwGH (vgl. Erkenntnisse vom 21. Oktober 2005, 2005/02/0191, vom 14. Dezember 2005, 2002/05/0209, vom 4. Oktober 1996, 96/02/0274, oder vom 12. November 1992, 92/18/0410, jeweils mwN) mangels Organstellung jedenfalls nicht als zur Vertretung nach außen Berufener iSd § 9 Abs. 1 VStG einzustufen. (VwGH v. 16. März 2016, Ra 2014/05/0002)

Der Bf ist nach dem Firmenbuch seit 20. November 2006 Prokurist.

Er ist und war kein Mitglied des Vorstandes der Genossenschaft und haftet demgemäß nicht verwaltungsstrafrechtlich, weshalb das Verwaltungsstrafverfahren schon aus diesem Grund zur Einstellung zu bringen ist.

III.3. Aus Gründen der Prozessökonomie ist ergänzend wie folgt auszuführen:

III.3.1. Objektive Tatseite

Im vorliegenden Fall wird dem Bf vorgeworfen, er, bzw. die Genossenschaft habe ein nicht sicheres Lebensmittel in Verkehr gebracht. Diese Ansicht stützt die

belangte Behörde auf ein Gutachten der AGES, in welchem diese Behauptung – in rechtlicher Würdigung eines Analyseergebnisses – aufgestellt wird.
Es sei neuerlich bemerkt, dass die rechtliche Beurteilung, wie das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf Basis der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (zB. VwGH 25. Februar 2004, 2003/12/0027, VwGH 27. September 2002, 2001/09/0205) in mittlerweile etlichen Entscheidungen dargelegt hat, der Behörde vorbehalten ist und der Sachverständige seine Befugnisse überschreitet, wenn er den Sachverhalt in einem Gutachten vorgreifend rechtlich beurteilt (einen Verdacht zu äußern/anzuzeigen steht der AGES außerhalb eines Gutachtens freilich zu). Dies gilt umsomehr, wenn das Gutachten, wie vorliegend, unvollständig ist weil gerade jene Elemente, die für eine rechtliche Beurteilung, ob ein nicht sicheres Lebensmittel vorliegt, wesentlich sind, fehlen.
Auf Basis des Analyseergebnisses (Wert an Clostridien iHv 12.000 KBE/g; = BEFUND) wäre demnach im Rahmen des Gutachtens ieS auszuführen gewesen, ob aufgrund dieses Werts eine **Gesundheitsgefährdung** vorliegt oder das Produkt (unter Darlegung der Gründe, warum) **für den menschlichen Verzehr inakzeptabel** war. Die daraus allenfalls folgende, hier im Rahmen eines GUTACHTENS und nicht nur einer bloßen Anzeige getroffene rechtliche Schlussfolgerung (Subsumtion), dass das Lebensmittel unsicher ist, war der Behörde vorbehalten, kann aber aufgrund der Unvollständigkeit des Gutachtes auf Tatsachenebene ohnehin nicht getroffen werden.

Zum von der AGES dargestellten Warnwert von 10.000 KBE/g, der sich aus einer Empfehlung der Fachgruppe Lebensmittelmikrobiologie und –hygiene der Deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie (DGHM) ergibt, kann auf *Grube* in Voit/Grube Lebensmittelinformationsverordnung: LMIV VO (EU) Nr. 1169/11[2], Art 24 RZ 22 verwiesen werden, wo ausgeführt wird, dass die von der DGHM beschriebenen Werte nicht normativ und damit nicht verbindlich sind und deshalb bei deren Überschreitung nicht schematisch davon ausgegangen werden darf, dass das betreffende Lebensmittel zu beanstanden ist. Vielmehr geben Warnwerte Mikroorganismengehalte an, deren Überschreitung „einen Hinweis darauf gibt, dass die Prinzipien einer guten Hygiene- und/oder Herstellungspraxis verletzt wurden" und Anlass zu weiteren Ermittlungen geben kann.
Es handelt sich bei den von der DGHM beschriebenen Werten um eine Sachverständigenmeinung ohne normativen Charakter.

Es reicht im vorliegenden Fall also nicht hin, die Überschreitung eines gesetzlich nicht verbindlichen Warnwertes festzustellen und ohne weitere fachliche Ausführungen unter Verwendung von Rechtsbegriffen zu behaupten, ein Lebensmittel sei für den menschlichen Verzehr ungeeignet und daher nicht sicher, sondern erfordert die von der Behörde vorzunehmende Subsumtion, ein Lebensmittel sei nicht sicher, die Feststellung einer Gesundheitsgefahr oder eine fachlich fundierte Darlegung auf Basis des Art 14 Abs 5 EG-Basis-VO, ob das

Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist. Diese Aufgabe kommt dem Lebensmittelgutachter zu. Das Fehlen derartiger Ausführungen belastet ein Gutachten mit Unvollständigkeit bzw. Unschlüssigkeit, weil es vom Leser (idR ein Laie) nicht nachvollzogen werden kann.

Im vorliegenden Fall kann eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage (durch Einholung einer Gutachtensergänzung) jedoch unterbleiben, weil eine Bestrafung schon aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.

III.3. Zur subjektiven Tatseite

„Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens"

Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Normen sind nur dann strafbar, wenn sie schuldhaft begangen werden. § 5 Abs 1 VStG ordnet an, dass verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit zumindest Fahrlässigkeit erfordert.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet an, dass der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert. Der Täter kann, um sich zu entlasten, glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft".

§ 5 Abs 1 S 2 regelt eine „Obliegenheit der Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens" (VwGH 16. Mai 2011, 2009/17/0185; 30. Oktober 1991, 91/09/0060). Dabei trifft den Beschuldigten keine Beweislast, sondern eine Darlegungslast iS einer entsprechenden Glaubhaftmachung (VwGH 30. Oktober 1991, 91/09/0060). Hat der Beschuldigte ausreichende – also die Verschuldensvermutung potenziell entkräftende – Entlastungsmomente konkret aufgezeigt (oder gar entsprechende Beweisanträge gestellt), so hat sich die Behörde – bei sonstigem Verfahrensmangel – damit sachlich auseinanderzusetzen, gegebenenfalls also entsprechende Beweise aufzunehmen [(*Lewisch* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 9 (Stand 1.7.2013, rdb.at)].

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass die Genossenschaft Eigenkontrollen durchführt, im vorliegenden Fall durch ein sehr dichtes Netz an Analysen. Zu diesem Zweck wurden spezialisierte Labors beauftragt, unter Anderem solche, die in der Gesamtliste der Lebensmittelgutachterinnen und -gutachter gem. § 73 LMSVG aufscheinen (ANALYTEC®, eurofins).
Der Genossenschaft lagen vor Einleitung des ggst. Verwaltungsstrafverfahrens 27 (!) Gutachten verschiedener Labors zur gegenständlichen Charge vor, welche die Ware nicht beanstandeten und im Hinblick auf ihre substanzielle Beschaffenheit

als verkehrsfähig bzw. als unbedenklich eingestuft haben. Hinsichtlich zweier Beanstandungen durch die AGES lagen der Genossenschaften unbedenkliche Untersuchungen der amtlichen Gegenproben vor. Nach der verfahrensgegenständlichen Analyse durch die AGES wurde die Charge neuerlich 39 mal ohne Ergebnis auf Clostridien (und ebensooft auf Bacillus cerus) untersucht.

Nach der Judikatur des VwGH trifft den für die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften Verantwortlichen im Falle der Beiziehung eines Sachverständigen diesem gegenüber eine gewisse Kontrollpflicht. So hat er das Gutachten des Sachverständigen nicht nur auf seine Vollständigkeit, sondern auch daraufhin zu überprüfen, ob ihm sonstige, auch für einen Laien bei Anwendung der nötigen und zumutbaren Sorgfalt erkennbare Mängel anhaften, wie etwa, dass es auf offenkundig unrichtigen Voraussetzungen beruht (VwGH 12. Jänner 1989, 88/10/0169, VwSlg 12947 A/1989).

Im heutigen Wirtschaftsleben ist die Überwachung sämtlicher Normen, insbesondere in einem Gewerbe- oder Industriebetrieb, für einen Einzelnen nahezu unmöglich. Unternehmen müssen sich spezialisierter Gehilfen bedienen. Bediente sich die Genossenschaft nun Sachverständiger, um die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten, kann den für sie handelnden Organen ein Verstoß gegen ihnen obliegende objektive Sorgfaltswidrigkeiten nur in Form eines Auswahl- oder eines Überwachungsverschuldens vorgeworfen werden (vgl. VwGH 12. Jänner 1989, 88/10/0169).

Im vorliegenden Fall hat sich die Genossenschaft verschiedener spezialisierter Labors als Sachverständigen bedient bzw. lagen ihr entsprechende Untersuchungen vor.
Die im Akt befindlichen Gutachten lassen keinen Zweifel an der Kompetenz der Sachverständigen aufkommen, zwei beauftragte Labors finden sich in der Liste der Lebensmittelgutachter gem. § 73 LMSVG des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen (ANALYTEC®, eurofins). Die Labors verfügen über die notwendigen Akkreditierungen. Eine Akkreditierung erfolgt in Österreich nur dann, wenn die Voraussetzungen der Lebensmittelgutachterverordnung in der jeweils geltenden Fassung erfüllt sind, d.h., wenn ein sehr hohes Niveau im Hinblick auf berufliche Vorbildung und praktische Tätigkeit erreicht wird (vgl. *Blass ua,* LMR³ §73 LMSVG Rz 3). Auch an der Kompetenz der GBA Gesellschaft für Bioanalytik GmbH Hamburg kann angesichts ihrer von der deutschen Akkreditierungsstelle verliehenen Akkreditierung gem. DIN EN ISO/IEC x - auch für den Bereich Untersuchungen von Lebensmitteln - kein Zweifel bestehen.
Insofern konnten die Genossenschaft und ihre Verantwortlichen davon ausgehen, dass die ihnen vorliegenden Analysen inhaltlich richtig sind, zumal sie keine in die Augen fallenden Mängel aufweisen. Eine zusätzliche fachliche Überprüfung,

ob die Analysen bzw. Gutachten von staatlichen Stellen (BMGF, DAkkS) akkreditierter Lebensmittelgutachter inhaltlich richtig ist, kann nicht verlangt werden. Es würde dies die Sorgfaltspflichten der Verantwortlichen bei Weitem überspannen. Eine Überprüfung muss vielmehr nur dahingehend erfolgen, ob dem Gutachten *sonstige, auch für Laien bei der Anwendung der nötigen und zumutbaren Sorgfalt erkennbare Mängel anhaften, wie etwa, dass es auf offenkundig unrichtigen Voraussetzungen beruht* (VwGH 12.1.1989, 88/10/0169). Auch das Gericht kann in den Gutachten keine offensichtlichen Unschlüssigkeiten erkennen.

Auch der Umstand, dass zum relevanten Zeitpunkt zwei Analysen der AGES vorlagen, die Überschreitungen von Grenzwerten ergaben, bot keinen Anlass für die Genossenschaft, den ihr vorliegenden Gutachten keinen Glauben zu schenken, zumal zum einen, was die beiden nicht verfahrensgegenständlichen Grenzwertüberschreitungen betrifft, unbedenkliche Ergebnisse nach Analyse der amtlichen Gegenproben vorlagen und zudem angesichts der oftmaligen Analysen im Rahmen der Eigenkontrolle, anders als von der AGES behauptet, die Chargenvermutung des Art 14 Abs 6 der EG-Basis-VO gerade nicht zur Anwendung kam, weil bei einer nachfolgenden, 39-fachen ergebnislosen Kontrolle durch fachlich fundierte Analysen von einer eingehenden Prüfung (wie von der VO verlangt) gesprochen werden muss und tatsächlich kein Nachweis dafür gefunden wurde, dass der Rest der Charge, nicht sicher war.

Insofern lässt sich aus dem Umstand, dass eine Untersuchung bei der AGES einen überhöhten Wert an Clostridien ergab, keinesfalls den Schluss zu, dass schuldhaft ein unsicheres Lebensmittel in Verkehr gebracht wurde.

Es wäre vollkommen lebensfremd anzunehmen, dass bei der Verarbeitung von Lebensmitteln, insbesondere Naturprodukten, jegliche Verunreinigung durch ebenfalls in der Natur vorkommende Keime vermieden werden kann. Diesem Umstand trägt Art 14 Abs 6 der EG-Basis-VO dadurch Rechnung, dass bei Auffinden einer die Unsicherheit des Lebensmittels hervorrufenden Kontamination die Charge nur dann vollständig auszuscheiden ist (Chargen-vermutung), wenn auch die nachfolgende eingehende Überprüfung ein derartiges Ergebnis bestätigt.
Selbst bei einer annähernd lückenlosen Kontrolle wird es kaum möglich sein ein 100-prozentiges Ausscheiden kontaminierter Produkte aus dem Verkehr zu erreichen. Insofern ist es auch nicht Intention des Gesetzes, jeden noch so geringfügigen Vorfall im Sinne einer Erfolgshaftung einer Bestrafung zu unterziehen. Vielmehr ist auch das Lebensmittelstrafrecht ein Schuldstrafrecht.

Ein Verschulden kann vorliegend aufgrund der dargestellten Umstände nicht aufgefunden werden.

III.4. Im Ergebnis war der Beschwerde daher stattzugeben und das Straferkenntnis aufzuheben, zumal der Bf angesichts seiner Position als Prokurist

schon an sich nicht als Adressat des Strafverfahrens in Betracht kommt und zudem, selbst wenn nach Einholung eines ergänzenden Gutachtens zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes die Verletzung lebensmittelrechtlicher Bestimmungen in objektiver Hinsicht mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen werden könnte, mangelndes Verschulden iSd §5 Abs 1 Satz 2 VStG glaubhaft gemacht werden konnte. Letztlich hat der Bf durch Vorlage von analytischen Gutachten ausreichend glaubhaft gemacht, dass ihm kein Verschulden zur Last gelegt werden kann.

Das Strafverfahren war daher gemäß § 45 Abs 1 Z 1 und 2 VStG einzustellen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage 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 die 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

Mag. Pohl