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-000194/2/FP

Datum:
Linz, 15. März 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich e r k e n n t durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von F Z, B.A., geb. x, R, B, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 23. November 2016, GZ: SanRB96-58-2015, wegen einer Übertretung des LMSVG iVm der Aromenverordnung [VO(EU)Nr. 1334/2008],

zu Recht:

I. (1) Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde dahingehend Folge gegeben, dass die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen (2 x 24 Stunden) hinsichtlich Spruchpunkt I. auf eine Stunde, hinsichtlich Spruchpunkt II. auf eine halbe Stunde herabgesetzt werden.

(2) Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe abgewiesen, dass die Textteile der Spruchpunkte I und II wie folgt zu lauten haben:
„I. Hr F Z hat es als Geschäftsführer der Z B GmbH gem. § 9 Abs 1 VStG zu verantworten, dass die Teile der Charge 13012xxx des Produkts ‚B-I-Z-H‘, welche am 12. April 2016 im Lager zur Auslieferung bereit gehalten wurden und daher in Verkehr waren, nicht der Aromenverordnung VO (EU) Nr. 1334/2008 entsprachen, weil der Anteil an enthaltenem Cumarin den Höchstwert von 20 mg/kg um zumindest 7,55 mg/kg überschritten hat.

II. Hr F Z hat es als Geschäftsführer der Z B GmbH gem. § 9 Abs 1 VStG zu verantworten, dass Teile der Charge 26012xxx des Produkts ‚B-I-Z-H', welche am 12. Juli 2016 im Lager zur Auslieferung bereit gehalten wurden und daher in Verkehr waren, nicht der Aromenverordnung VO (EU) Nr. 1334/2008 entsprachen, weil der Anteil an enthaltenem Cumarin den Höchstwert von 20 mg/kg um zumindest 7,4 mg/kg überschritten hat."

Die verletzten Rechtsvorschriften lauten: § 4 Abs 1 LMSVG iVm Art 5, 6 Abs 2 und Anhang III Teil B der VO (EU) 1334/2008 iVm § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Höhe der vom Bf zu ersetzenden Kosten der Lebensmittel-untersuchung betragen 221,20 Euro.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 23. November 2016 verhängte die belangte Behörde in zwei Spruchpunkten jeweils Geldstrafen iHv € 50,-- (24 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) sohin insgesamt € 100,-- über den Beschwerdeführer (Bf) und sprach aus, dass er neben den Kosten des Strafverfahrens iHv € 20,-- Lebensmitteluntersuchungskosten iHv 522,12 Euro zu bezahlen habe.
Die belangte Behörde stützte ihr Straferkenntnis in beiden Punkten auf § 4 Abs 1 LMSVG iVm Art 5 der VO (EU) 1334/2008sowie deren Anhang II Teil B und § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG und führte in ihrem Straferkenntnis wie folgt aus:

„[…]Folgende Verwaltungsübertretungen werden Ihnen zur Last gelegt:

Im Zuge einer amtlichen Kontrolle gemäß dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz wurde am 12.04.2016, um 09:45 Uhr, im Betrieb Z B GmbH in B, P, eine amtliche Probe des Erzeugnisses

„B-I-Z-H", 3 Originalpackungen a 500 g H", Charge/Los 13012xxx, Herstellungsdatum: 13.01.2016, Mindesthaltbarkeitsdatum: 25.12.2016

entnommen und der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck, zur Untersuchung übermittelt.

Diese Probe/dieses Erzeugnis war zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lager für die Auslieferung in der festgestellten Aufmachung (Deklaration) für den Verkauf bereitgehalten und befand sich daher im Verkehr.

Laut dem amtlichen Untersuchungszeugnis der Lebensmitteluntersuchungsanstalt (Auftragsnummer: 16039xxx vom 08.07.2016) wies das Erzeugnis mit der Bezeichnung „B I H" in der Packung 01 einen Cumaringehalt von 29,0 + 1,45 mg/kg auf.

Nach Anhang III Teil B der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 ist für Müsli eine Höchstmenge von 20 mg/kg festgelegt.
Diese Höchstmenge war zweifelsfrei überschritten.
Das Erzeugnis entsprach nicht der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008.
Das Lebensmittel darf nach Artikel 5 nicht in Verkehr gebracht werden.

Es liegt daher ein Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 in Verbindung mit dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz vor.
Als Betriebsverantwortlicher sind Sie verwaltungsstrafrechtlich für diese Übertretung verantwortlich, da bei der Erzeugung des Produktes die Höchstmenge laut Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 bei Cumarin überschritten wurde.

II.
Im Zuge einer amtlichen Kontrolle gemäß dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz wurde am 12.07.2016, um 10:15 Uhr, im Betrieb Z B GmbH in B, P, wiederum eine amtliche Probe des Erzeugnisses

„B I-Z H", 3 Originalpackungen a 500 g H", Charge/Los 26012xxx, Herstellungsdatum: 26.01.2016, Mindesthaltbarkeitsdatum: 23.01.2017

entnommen und der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck, zur Untersuchung übermittelt.
Diese Probe/dieses Erzeugnis war zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lager für die Auslieferung in der festgestellten Aufmachung (Deklaration) für den Verkauf bereitgehalten und befand sich daher im Verkehr.

Laut dem amtlichen Untersuchungszeugnis der Lebensmitteluntersuchungsanstalt (Auftragsnummer: 16074xxx vom 29.07.2016) wies das Erzeugnis mit der Bezeichnung „B I H" die drei Packungen folgende Cumaringehalte auf:

-Packung 01: 29,2 ± 1,50 mg/kg, -Packung 02: 28,8 ± 1,40 mg/kg und -Packung 03: 30,2 ± 1,50 mg/kg.

Nach Anhang III Teil B der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 ist für Müsli eine Höchstmenge von 20 mg/kg festgelegt.
Diese Höchstmenge wurde in allen drei Punkten zweifelsfrei überschritten.
Die drei Probeneinheiten entsprachen nicht der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008.
Das Lebensmittel darf nach Artikel 5 nicht in Verkehr gebracht werden.

Es liegt daher ein Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 in Verbindung mit dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz vor.

Als Betriebsverantwortlicher sind Sie verwaltungsstrafrechtlich für diese Übertretung verantwortlich, da bei der Erzeugung des Produktes die Höchstmenge laut Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 bei Cumarin überschritten wurde.

II.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 4 Abs. 1 LMSVG iVm Art. 5 VO (EU) und Anhang II Teil B der VO (EU) 1334/2008 i.V.m. § 90 Abs. 3 Z. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F.

§ 4 Abs. 1 LMSVG iVm Art. 5 VO (EU) und Anhang II Teil B der VO (EU) 1334/2008 i.V.m.
§ 90 Abs. 3 Z. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe: 50 Euro
Ersatzfreiheitsstrafe: 24 Stunden gemäß § 90 Abs. 3 Z. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F.

Geldstrafe: 50 Euro
Ersatzfreiheitsstrafe: 24 Stunden gemäß § 90 Abs. 3 Z. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F.

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.
Weiters haben Sie Barauslagen (Lebensmitteluntersuchungskosten) zu bezahlen:
I. 150,10 Euro
II. 372,02 Euro

Rechtsgrundlage:
§ 71 Abs. 3 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) einen Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10 % der Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 Euro angerechnet) zu zahlen.

Kosten des Strafverfahrens: 20 Euro

Somit ist folgender Gesamtbetrag
einzubezahlen: 642,12 Euro

Zahlungsfrist:
Wird keine Berufung erhoben, so ist der Bescheid sofort vollstreckbar. Der Gesamtbetrag (Strafe, Kosten, Barauslagen) ist sodann unverzüglich entweder mit dem beiliegenden Zahl(Erlag)schein zu überweisen oder unter Mitnahme dieses Bescheides bei der Behörde einzuzahlen. Bei Verzug muss damit gerechnet werden, dass der Betrag - ohne vorhergehende Mahnung - zwangsweise eingetrieben und im Fall seiner Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wird.

Begründung:
Gegen die ha. Strafverfügung vom 27.09.2016, SanRB96-58-2016, erhoben Sie rechtzeitig Einspruch und führten darin wie folgt aus:

Ich wurde am 12.07.2016 vom Herrn Lebensmittelinspektor E persönlich ggst Sachverhalt durch Besuch und Übergabe des Gutachtens informiert. Zugegebenermaßen war mir bis dato nicht bekannt, dass der ggst. Themenkreis bei Müsli eine Rolle spielt. Ich hätte auch nicht in der EG-AromenVO 1334/2008 nach Vorschriften für mein B-Müsli gesucht, da ich keine Aromen einsetzte.

Da es keine Informationen gab, woher dies käme, konnte ich glücklicherweise noch während der Amtshandlung einen Sachverständigen erreichen. Dieser konnte mir noch während der Amtshandlung Auskunft über die Rolle von Zimt und der 2 verschiedene Typen geben und hat auch fernmündlich an der Amtshandlung teilgenommen (Das

daraufhin erstattete Gutachten lege ich bei). Da es offensichtlich ein Rezepturproblem war, habe ich (unter zustimmender Kenntnis des Lebensmittelinspektors) auch auf Auslieferung des Artikels verzichtet und die Ware gesperrt. Der guten Ordnung halber habe ich weiters bekannt gegeben, die amtliche Gegenprobe einer Analyse zuzuführen. Daraufhin hat der Lebensmittelinspektor dennoch im gleichen Zusammenhang weitere Proben gezogen (ggst. unter Punkt II angeführt).

Daher wende ich ein, dass die unter Punkt II angeführte Ware (schon allein aus der Natur der Sache) nicht in Verkehr war. Hier soll ich mehrfach für das selbe bestraft werden.

Beiliegend wurde eine Stellungnahme vom 12.07.2016 der S C, Mag. Dipl.-HTL-Ing. Univ. Lektor A S, vorgelegt, in welcher folgendes ausgeführt wird:

Sehr geehrter Herr Z,
vielen Dank für Ihre Anfrage. Sie haben mich zu nachfolgendem Sachverhalt um Stellungnahme gebeten. Dem möchte ich nach dem derzeitigen Stand der Informationen, Richtlinien und der mir bekannten Auslegung nachkommen.

Sachverhalt
Sie wurden heute, am 12.07.2016 von Ihrem zuständigen Lebensmittelaufsichtsorgan persönlich durch Aushändigung eines Gutachtens mit dem Verdacht einer lebensmittelrechtlichen Inkonformität verständigt und zur Setzung von Maßnahmen aufgefordert. Laut Gutachten D-7475xxx ist das Produkt „B I-Z H" mit der Charge 13012xxx gegenständlich, welche am 13.01.2016 hergestellt wurde und mit einem MHD bis 25 12 2016 ausgezeichnet ist.
Von dieser Charge wurden am 12.04.2016 3 Packungen bei Ihnen im Hause als Probe gezogen und knapp 3 Monate lang untersucht. Insbesondere wurde eine Packung auf Cumarin untersucht, wobei ein Wert von 29,0 ± 1,45 ppm festgestellt wurde. Das Gutachten kommt zu folgendem Schluss:
Die Probe mit der Warenbezeichnung gemäß Probenbegleitschreiben "B I-Z H" weist gemäß Prüfbericht/Befund in der Packung 01 einen Cumaringehalt von 29,0 ± 1,45 mg/kg auf.
Nach Anhang III Teil B der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008* ist für Müsli eine Höchstmenge von 20 mg/kg festgelegt.

Diese Höchstmenge ist zweifelsfrei überschritten. Die Probe entspricht nicht der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008.
Das Lebensmittel darf nach Artikel 5 nicht in Verkehr gebracht werden. Das Lebensmittelaufsichtsorgan hat Sie aufgefordert, möglichst noch heute alle Kunden zu kontaktieren und eine Rücknahme nach Artikel 19 EG-BasisVO 178/2002 einzuleiten. Weiters wurde zur sofortigen Aushändigung am heutigen Tage einer Kundenliste und von Produktunterlagen aufgefordert.

Stellungnahme:

Es ist kein Grund für eine Rücknahme ersichtlich.
Artikel 19 EG-BasisVO 178/2002 regelt über die Verantwortung für Lebensmittel, die beim Lebensmittelunternehmen liegt, die Vorgangsweise bei unsicheren Lebensmitteln:

(1) Erkennt ein Lebensmittelunternehmer oder hat er Grund zu der Annahme, dass ein von ihm eingeführtes, erzeugtes, verarbeitetes, hergestelltes oder vertriebenes Lebensmittel den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht entspricht, so leitet er unverzüglich Verfahren ein, um das betreffende Lebensmittel vom Markt zu nehmen, sofern das Lebensmittel nicht mehr unter der unmittelbaren Kontrolle des ursprünglichen Lebensmittelunternehmers steht, und die zuständigen Behörden darüber zu unterrichten. Wenn das Produkt den Verbraucher bereits erreicht haben könnte, unterrichtet der Unternehmer die Verbraucher effektiv und genau über den Grund für die Rücknahme und ruft erforderlichenfalls bereits an diese gelieferte Produkte zurück, wenn andere Maßnahmen zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichen.
(2) Lebensmittelunternehmer, die für Tätigkeiten im Bereich des Einzelhandels oder Vertriebs verantwortlich sind, die nicht das Verpacken, das Etikettieren, die Sicherheit oder die Unversehrtheit der Lebensmittel betreffen, leiten im Rahmen ihrer jeweiligen Tätigkeiten Verfahren zur Rücknahme von Produkten, die die Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht erfüllen, vom Markt ein und tragen zur Lebensmittelsicherheit dadurch bei, dass sie sachdienliche Informationen, die für die Rückverfolgung eines Lebensmittels erforderlich sind, weitergeben und an den Maßnahmen der Erzeuger, Verarbeiter, Hersteller und/oder der zuständigen Behörden mitarbeiten.
(3) Erkennt ein Lebensmittelunternehmer oder hat er Grund zu der Annahme, dass ein von ihm in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit des Menschen schädigen kann, teilt er dies unverzüglich den zuständigen Behörden mit. Der Unternehmer unterrichtet die Behörden über die Maßnahmen, die getroffen worden sind, um Risiken für den Endverbraucher zu verhindern, und darf niemanden daran hindern oder davon abschrecken, gemäß einzelstaatlichem Recht und einzelstaatlicher Rechtspraxis mit den zuständigen Behörden zusammenzuarbeiten, um einem mit einem Lebensmittel verbundenen Risiko vorzubeugen, es zu begrenzen oder auszuschalten.
(4) Die Lebensmittelunternehmer arbeiten bei Maßnahmen, die getroffen werden, um die Risiken durch ein Lebensmittel, das sie liefern oder geliefert haben, zu vermeiden oder zu verringern, mit den zuständigen Behörden zusammen.

Laut vorliegendem Befund liegt eine Überschreitung der vorgesehenen Höchstmenge vor. Eine Beeinträchtigung der Lebensmittelsicherheit ist jedoch keinesfalls gegeben.

Entsprechend dem EFSA-Gutachten Coumarin in flavourings and other food ingredients with flavouring propertiesi beträgt der TDI 0,1 mg / kg KG (unter Berücksichtigung einen Sicherheitsfaktors von 100), wobei gegen eine Exposition mit 3 facher Menge über einen Zeitraum von ein oder 2 Wochen keine Sicherheitsbedenken sprechen.

Unter Zugrundelegung der nationalen Verzehrsdaten (Austrian Study on Nutritional Status 2005-06, 2010-12 - Adults) beträgt die durchschnittliche Aufnahme 60 g Müsli / Tag, wobei für „high consumer" (95-Perzentil) eine Menge von 180 g Müsli pro Tag angegeben ist.

Unter Berücksichtigung eines durchschnittlichen Körpergewichtes von 70 kg wird bei durchschnittlicher Aufnahme dieses Müslis der TDI nur zu 21 % beansprucht, der 3-fache TDI gar nur zu 7%. Selbst bei high consumern beträgt der TDI-Anteil nur 75% und der Anteil am 3-fachen TDI 25%. Daher liegt keine Gesundheitsschädlichkeit vor.

Auch ist das Produkt infolge der Überschreitung der vorgegebenen Höchstmenge nicht verzehrsungeeignet, weder ernährungsphysiologisch noch ernährungspsychologisch. Kein Verbraucher würde das Produkt ablehnen, wenn er wüsste, dass der TDI statt zu 5% nun zu 7% beansprucht wird.

Somit liegt auf Basis des AGES-Gutachtens eine Verwaltungsübertretung vor, aber kein Auslösetatbestand nach Artikel 19 EG-BasisVO. Nichts anderes führt auch das Gutachten aus. Damit ist eine Rücknahme rechtlich nicht begründet und kann auch nicht verlangt werden. Eine Kontaktaufnahme der Behörde mit den Kunden ist ebenfalls nicht begründet und auch nicht verhältnismäßig, womit die Aufforderung zur Übermittlung einer Kundenliste nicht gerechtfertigt erscheint.

Jedenfalls ist die Ursache für diese Verwaltungsübertretung zeitnah zu ergründen und der Behörde alsbald mitzuteilen. Dazu schlage ich folgende Vorgangsweise vor:
a. Beauftragung der Analyse der amtlichen Gegenprobe samt Rückstellmuster, um über die Richtigkeit des Ergebnisses und der Chargenvermutung Gewissheit zu erlangen.
b. Prüfung, welche Rohstoffbeschaffenheit mit dem Lieferanten vereinbart ist und welche laut Rezept erforderlich wäre.
c. Ggf. Kontaktaufnahme mit dem Lieferanten, um die notwendige Rohstoffbeschaffenheit zu vereinbaren.

Diese Schritte sollten unverzüglich eingeleitet werden, über die Ergebnisse ist die Behörde in angemessener Frist zu informieren. Da durch diese Verwaltungsübertretung die Schutzziele des Lebensmittelrechts gem. Artikel 8 EG-BasisVO 178/2002 nicht beeinträchtigt werden, ist Gefahr im Verzug nicht angezeigt und eine überhastete Vorgangsweise nicht notwendig. Die Effizienz der Maßnahmen ist auch bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit gesichert.

Im Zuge des durchgeführten Ermittlungsverfahrens wurde von Herrn E C, Abteilung Ernährungssicherheit und Veterinärwesen, Lebensmittelaufsicht, am 13.10.2016 dazu folgende Stellungnahme abgegeben:
Aufgrund des Gutachtens mit der Untersuchungszahl 16039105-001 vom 08.07.2016 erfolgte ein Betriebsbesuch am 12.07.2016.
Bei diesem Besuch wurde Herr Zagler zur möglichen Ursache befragt.
Die Ursache für die Überschreitung des Cumarin - Gehaltes im Produkt „B - I - Z-H" wurde im Zuge des Gespräches zwar in einem „Rezepturfehler" vermutet, diese konnte leider aufgrund fehlender Spezifikationen bzw. Untersuchungszeugnisse für die Zutat „Zimtpulver" nicht mit Sicherheit geklärt werden. Dies bestätigt sich auch durch die Tatsache, dass Herr Z die amtliche Gegenprobe zur Probe 4000ETCH0040/16 mit der Herstellercharge 13012xxx einer Kontrollanalyse zuführte. Auch konnten keine Eigenkontrolluntersuchungen zu ggst. Produkt vorgelegt werden. Eine Probenziehung der im Auslieferungslager befindlichen Charge 26012016 (die beprobte Charge mit UZ 16039105-001 vom 08.07.2016 war nicht mehr auf Lager) war daher aus Sicht der Lebensmittelaufsicht jedenfalls erforderlich. Das zur Bestätigung erforderliche Untersuchungszeugnis für das verwendete „Zimtpulver" wurde von Fa. Z erst am 14.07. per Email übermittelt, da dies lt. Auskunft von Fa. Z erst vom Hersteller angefordert werden musste.

Die am 12.07.2016 beprobte Charge 26012xxx war zum Zeitpunkt der Probenziehung aus Sicht der Lebensmittelaufsicht jedenfalls in Verkehr, da ein Teil der Charge bereits ausgeliefert wurde (Herstellmenge der Charge 26012xxx waren 2025 Pkg á 500g, vorhandener Warenvorrat nach Probenziehung 684 Pkg - siehe dazu Probenbegleitschreiben zur Probe 4000ETCH0087/16). Aufgrund der erneuten Probenziehung verzichtete Herr Z vorläufig auf die weitere Auslieferung der beprobten Charge freiwillig.

Das Ergebnis der Beweisaufnahme wurde Ihnen mit Schreiben vom 18.10.2016 samt dieser Stellungnahme vom 13.10.2016, zur Kenntnis gebracht und Ihnen die Möglichkeit eingeräumt, hiezu binnen einer Frist von 10 Tagen ab Zustellung Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurden Sie darauf hingewiesen, dass, sollte eine diesbezügliche Äußerung nicht erfolgen, das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren ohne die weitere Anhörung fortgeführt werden wird.

Am 24.10.2016 äußerten Sie sich dazu mit abschließender Erklärung:

Herr E schriebt, dass am 12.07.2016 auf die Auslieferung der Charge 26012xxx erst NACH ERNEUTER PROBENZIEHUNG verzichtet wurde. Das ist unrichtig, auf die weitere Auslieferung wurde mit Bekanntgabe der Beanstandung verzichtet. Dies habe ich bereits dargelegt, insbesondere dass die Bekanntgabe mit der erneuten Probenziehung zeitlich zusammengefallen ist.

Dazu ist von der Behörde auszuführen:

Der im Spruch angeführte Sachverhalt ist auf Grund der schlüssigen Gutachten der AGES mit der Auftragsnummer 16039xxx vom 08.07.2016 bzw der Auftragsnummer 16074xxx vom 29.07.2016 sowie durch das durchgeführte Ermittlungsverfahren als erwiesen anzusehen.
Laut den amtlichen Untersuchungszeugnissen der Lebensmitteluntersuchungsanstalt wurde bei dem Erzeugnis der Charge/Los 13012xxx und der Charge/Los 26012xxx mit der Bezeichnung „B-I-Z- H" die gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 erlaubte Höchstmenge bei Cumarin zweifelsfrei überschritten.
Nach Anhang III Teil B der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 ist für Müsli eine Höchstmenge von 20mg/kg festgelegt.

Das Lebensmittel darf daher nach Artikel 5 dieser Verordnung nicht in Verkehr gebracht werden.
Diese Proben/diese Erzeugnisse waren zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lager für die Auslieferung in der festgestellten Aufmachung (Deklaration) für den Verkauf bereitgehalten und befanden sich daher im Verkehr.
Zudem führte Herr E in seiner Stellungnahme vom 13.10.2016 aus, dass sich die beprobten Chargen zum Zeitpunkt der Probenziehung in Verkehr befanden. Dies ergab sich schon aus der Tatsache, dass sich von den produzierten 2025 Packungen der Charge 26012xxx nur mehr 684 Packungen im Lager befanden.
Gemäß Art. 3 Z. 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gilt als „Inverkehrbringen" das Bereithalten von Lebensmitteln für Verkaufszwecke einschließlich des Anbietens zum Verkauf oder jeder anderen Form der Weitergabe, gleichgültig ob unentgeltlich oder nicht, sowie den Verkauf, den Vertrieb oder andere Formen der Weitergabe.

Es liege somit ein Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12.2008 über Aromen und bestimmte Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften zur Verwendung in und auf Lebensmitteln sowie zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1601/91 des Rates, der Verordnungen (EG) Nr. 2232/96 und (EG) Nr. 110/2008 und der Richtlinie 2000/13/EG in Verbindung mit dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz vor, da die Z B GmbH den Verkauf der Produkte mit der Bezeichnung „B-I-Z- H" durchgeführt habe, obwohl die erlaubte Höchstmenge bei Cumarin zweifelsfrei überschritten wurde und Sie haben sohin aufgrund der Sach- und Gesetzeslage die Ihnen im Spruch zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen zu verantworten.

Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass Grundlage hiefür gemäß § 19 VStG 1991 die Bedeutung des strafrechtlichen geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sind. Weiters sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens und die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen.
Da der Behörde Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht bekannt gegeben wurden, war von den im Schreiben vom 18.10.2016 geschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnissen (monatliches Einkommen 2000 Euro, VM, Sorgepflichten) auszugehen. Der Einschätzung der Behörde wurde nicht widersprochen. Bei der Strafbemessung war mildernd, dass von Ihnen keine einschlägigen lebensmittelrechtlichen Vorstrafen vorlagen.

Im Hinblick auf den vorgegebenen Strafrahmen bei Übertretungen gemäß § 90 Abs. 3 Z. 1 LMSVG - Geldstrafen bis zu 50 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100 000 Euro - bewegt sich die verhängte Geldstrafe somit ohnehin im unteren Bereich des Strafrahmens und erscheint dem Unrechtsgehalt der Übertretungen angepasst und schuldangemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit E-Mail vom 28. November 2016 rechtzeitig Beschwerde und führte aus wie folgt:

„[…]Begründung:

Mit gegenständlichem Bescheid wurde mir zwei Geldstrafen von je EUR 50,-, ein Verfahrenskostenbeitrag von EUR 20,- sowie Barauslagen für Lebensmittel-untersuchungskosten von EUR 150,10 und 372,02, sohin in Summe EUR 642,12 vorgeschrieben.
Dies, weil beim „B-I-Z-H" der Grenzwert für Cumarin leicht überschritten war.
Dem vorangegangen ist ein Ermittlungsverfahren, in dem ich am 29.09.2016 und am 24.10.2016 Stellungnahmen abgegeben habe.

In offener Frist bringe ich Beschwerde gegen dieses Straferkenntnis ein und ersuche das Gericht, über meine Einwendungen zu befinden und um Aufhebung des rechtswidrigen Bescheides, ausfolgenden Gründen:

1. falsche rechtliche Beurteilung

Ich verweise auf mein Vorbringen im Ermittlungsverfahren sowie auf die beiliegende Stellungnahme des Sachverständigen Mag. A S vom 25.11.2016. Wie darin ersichtlich ist, habe ich nicht gegen Artikel 5 der AromenVO verstoßen.

2. Bestrafung für Ware, die nicht in Verkehr war

Wie in den bisherigen Vorbringen deutlich ausgeführt, war jene Ware, die der zweiten Beprobung zugeführt wurde, zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) in Verkehr. Die Begründung, dass die Ware davor in Verkehr war, lässt sich jedoch nicht mit der Tatbeschreibung zur Deckung bringen. Ich erachte dies als fehlerhaft.

3. Mehrfache Bestrafung für dasselbe

Wie im Vorbringen deutlich ausgeführt, wird mir in zwei getrennten Punkten jeweils dasselbe vorgeworfen, nämlich ein Cumaringehalt über dem Grenzwert. Ich habe aber nur einen Fehler gemacht, nämlich etwas zuviel Zimt im Rezept.

3. Vorschreibung von unzweckmäßigen Untersuchungskosten

Die Kosten von EUR 372,02 wurden für eine zweite Untersuchung vorgeschrieben. Diese hat nicht nur Ware betroffen, die nicht (mehr) in Verkehr war, auch war die Untersuchung auch inhaltlich in der Sache völlig zweckfrei. Ich kann nicht verhindern, dass der Lebensmittelinspektor weitere Proben zieht, nur weil Ich vom Recht der Gegenprobenanalyse Gebrauch mache. Es ist aber nicht rechtens, mir dann dafür auch noch diese Gebühren anzulasten.

Ich sehe daher die Vorschreibung dieser Gebühren als rechtswidrig an.

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Beschwerde war ein Schreiben der Firma S C, Mag. Dipl.-HTL-Ing. Univ. Lektor A S beigeschlossen, auf welches sich der Bf bezog und welches wie folgt lautete:

Gegenständlich ist Ihr Erzeugnis „B-I-Z-H", welches einen Cumaringehalt von ca. 29 mg/kg aufgewiesen hat. Gemäß Anhang II Teil B der EG-AromenVO 1334/2008 ist für Müsli aber nur ein Cumaringehalt von 20 mg/kg zulässig. Durch diese Überschreitung werden die in der EG-BasisVO 178/2002 definierten Ziele zum Schutz der Konsumenten nicht verletzt, weder jenes betreffend Gesundheitsbeeinträchtigung (siehe meine Stellungnahme vom 12.07.2016) noch jenes betreffend Täuschung. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Verwaltungsübertretung.

Wie Sie selbst bereits in Ihrem Einspruch ausgeführt haben, ist diese Verwaltungsübertretung durch ein Rezepturproblem begründet. Darauf ist die Behörde im Straferkenntnis in keinster Weise eingegangen.

„same essential elements"

Ersichtlicherweise werden Ihnen mit ggst. Strafverfügung 2 getrennte Taten zur Last gelegt, die allerdings nicht getrennt sind. Es handelt sich um dasselbe Vergehen, nämlich ein wenig zu viel Zimt im „B-I-Z-H".

Wie in den Rechtssätzen der Entscheidung VwSen-240965/9/Gf/Rt des UVS OÖ bereits deutlich ausgeführt wurde, liegt ein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Abs. 1 7.ZPMRK vor, wenn für jede Probe eines Lebensmittels eine gesonderte Strafe verhängt wird, obwohl diese jeweils in gleichartigerweise beeinträchtigt sind, denn damit liegt jeweils eine - wenngleich mit mehreren Einheiten eines Produktes begangene - Übertretung des § 4 Abs. 1 LMSVG vor, sodass sich angesichts des einheitlichen, vernünftigerweise nicht mehr weiter zergliederbaren Lebenssachverhalts die in Betracht kommenden Deliktstatbestände essentiell überlagern, nämlich derart, dass durch die Heranziehung eines bestimmten Deliktstypus der Unrechts- und Schuldgehalteines Täterverhaltens bereits vollständig erschöpft ist, sodass ein weiteres Strafbedürfnis nicht mehr gegeben ist.

Wegen der hier offenkundig gegebenen inhaltlichen Überlagerung („same essential elements") sind Sie durch den Ausspruch mehrerer Strafen daher in der Ihnen durch Art. 4 Abs. 1 des 7.ZPMRK verfassungsmäßig gewährleisteten Garantie mE verletzt.
Dies insbesondere deshalb, da die zweite Probe unmittelbar zu dem Zeitpunkt gezogen wurde, zu dem Sie über das Ergebnis der ersten Probenziehung unterrichtet wurden. Da offensichtlich war, dass das Problem mit dem Zimtgehalt der Rezeptur zu tun haben muss, war das Ergebnis dieser zweiten Probenziehung auch in völliger Übereinstimmung mit dem ersten Ergebnis und in keinster Weise weiter erhellend. Über die Motive dieser zweiten Probenziehung kann man nur rätseln.
In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass in ggst. Straferkenntnis zwei vermeintliche Taten erfasst sind, die zeitlich 3 Monate auseinanderliegen. Offensichtlich gehört es zusammen, wird aber getrennt bestraft.

Ausser Verkehrsetzung während der Amtshandlung
Ob die der zweiten Probenziehung zugrundeliegende Ware zu diesem Zeitpunkt überhaupt (noch) Inverkehr war, ist offensichtlich strittig. Jedenfalls ist die Tatsache, dass diese vor Kenntnis des Ergebnisses der ersten Probenziehung (noch) ausgeliefert wurde, für die Beurteilung unerheblich. Die Frage ist, ob die im Lager befindliche Ware mit Kenntnis des Ergebnisses noch ausgeliefert worden wäre. Dies war ja unstrittigerweise nicht der Fall. Dass es Ihnen nicht möglich war, die Ergebnisse persönlich vom Lebensmittelinspektor entgegenzunehmen und gleichzeitig die Ware auch im Lager als gesperrt zu kennzeichnen, liegt auf der Hand. Es wäre Ihnen auch nicht gestattet gewesen, das anwesende Lebensmittelorgan nach Entgegennahme der Vorhaltungen solange dem Lager fernzuhalten, bis Sie entsprechende Kennzeichnungsmerkmale mit „gesperrt" an der Ware angebracht hätten, um dann Zutritt zu gewähren. Ein derartiges Ansinnen ist in dieser Situation nicht nur verboten, sondern auch völlig lebensfremd. Umso mehr verwundert die wiederholte Probenziehung, worauf auch schon in der Situation hingewiesen wurde.

Rechtsgrundlage
In der Überschreitung des Cumaringehaltes wird ein Verstoß gegen Artikel 5 der EG-AromenVO 1334/2008 gesehen und vorgeworfen.
Dies ist aber nicht richtig, es liegt kein Verstoß gegen Artikel 5 cit.leg. vor. Dieser besagt:
Niemand darf ein Aroma oder irgendein Lebensmittel, in dem ein solches Aroma und/oder eine solche Lebensmittelzutat mit Aromaeigenschaften vorhanden ist/sind, in Verkehr

bringen, wenn die Verwendung dieses Aromas und/oder dieser Lebensmittelzutat nicht mit dieser Verordnung in Einklang steht.
Tatsächlich wurden weder Aromen noch Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften verwendet, welche gegen die Vorgaben dieser VO verstoßen würden. Zum einen wurden überhaupt keine Aromen verwendet, zum anderen waren alle Lebenmittelzutaten, insbesondere der Zimt, als solche im Einklang mit der genannten Verordnung.
Vielmehr wurde der ggst. Zimt in einer Menge eingesetzt, die dazu geführt hat, dass der natürlich in Zimt enthaltene Stoff Cumarin in einer Menge von mehr als 20 ppm im Müsli von der AGES nachgewiesen wurde.

Dies ist nach Artikel 6 („Vorhandensein bestimmter Stoffe") cit.leg. zu beurteilen:
(1) Die in Anhang III Teil A aufgeführten Stoffe dürfen Lebensmitteln nicht als solche zugesetzt werden.
(2) Unbeschadet der Verordnung (EG) Nr. 110/2008 des Rates dürfen die Höchstmengen bestimmter Stoffe, die von Natur aus in Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften vorkommen, in Lebensmitteln nicht infolge der Verwendung von Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften in diesen Lebensmitteln überschritten werden. Die Höchstmengen der in Anhang Iii aufgeführten Stoffe gelten für Lebensmittel zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens, soweit nichts anderes bestimmt ist Abweichend von diesem Grundsatz finden bei getrockneten und/oder konzentrierten Lebensmitteln, die rekonstituiert werden müssen, die Höchstmengen auf die nach den Anweisungen auf dem Etikett rekonstituierten Lebensmittel Anwendung, wobei der Mindestverdünnungsfaktor zu berücksichtigen ist.
(3) Durchführungsbestimmungen zu Absatz 2 können nach dem in Artikel 21 Absatz 2 genannten Regelungsverfahren und erforderlichenfalls gemäß dem Gutachten der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (nachstehend „Behörde" genannt) erlassen werden.
Es sei darauf hingewiesen, dass bis dato keine Durchführungsbestimmungen zu diesem Artikel erlassen wurden.
Die Feststellung, dass sie die Vorschrift des Artikel 5 EG-AromenVO 1334/2008 verletzt hätten, im Ergebnis falsch und führt Sie auch zu falschen Schlüssen, nämlich dass der verwendete Zimt nicht verkehrsfähig sei. Das ist so aber nicht richtig, wie deutlich ausgeführt.[…]“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 legte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung vor. Von der Möglichkeit, eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen, machte sie keinen Gebrauch.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsakt. Das Verwaltungsgericht sieht von einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ab, weil der Bf keine solche beantragt hat, im Ergebnis lediglich eine fehlerhafte rechtliche Beurteilung (§ 44 Abs 3 Z 1 VwGVG geltend macht und keine 500 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde (§ 44 Abs 3 Z3 VwGVG).

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

Am 12. April 2016 entnahm ein Aufsichtsorgan gemäß § 24 LMSVG des Amtes der Oö. Landesregierung, Direktion Soziales und Gesundheit, Ernährungssicherheit und Veterinärwesen im Rahmen einer Kontrolle im Betrieb der Z B GmbH, P, B, deren Geschäftsführer der Bf ist, zum Probenkennzeichen 4000ETCH0040/16 eine Probe (3 x 500 Gramm) des Produktes „B I-Z H“ der Charge 13012xxx. Das entnommene Produkt war im Lager zur Auslieferung bereit gestellt. (Anzeige, Probenbegleitschreiben)
Die Probe wurde zur Untersuchung an das Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck (AGES) übermittelt und dort zur U-Zahl 16039105-001 (Auftragsnummer) untersucht.
Das Gutachten der AGES lautet wie folgt:

„ GUTACHTEN

Die Probe mit der Warenbezeichnung gemäß Probenbegleitschreiben „B I-Z H“ weist gemäß Prüfbericht/Befund in der Packung 01 einen Cumaringehalt von 29,0 ± 1,45 mg/kg auf.

Nach Anhang III Teil B der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008* ist für Müsli eine Höchstmenge von 20 mg/kg festgelegt.

Diese Höchstmenge ist zweifelsfrei überschritten.

Die Probe entspricht nicht der Verordnung (EG) Nr. 1334/2008.

Das Lebensmittel darf nach Artikel 5 nicht in Verkehr gebracht werden. [...]

(Gutachten AGES)

Die Kostenmitteilung der AGES wies nachstehende Kosten aus:

Nr.	Anzahl	Bezeichnung	Einzelpreis	Preis
1000444	1,00	Befund/Gutachten 1000444	150,10	150,10
2001415	1,00	Homogenisierung	7,90	7,90
2002807	1,00	Bestimmung von Cumarin in Lebensmitteln, HPLC-DAD	102,70	102,70
2004519	1,00	Beschreibung von Lebensmitteln	39,50	39,50
		Nettobetrag		150,10

(Kostenmitteilung)

Am 12. Juli 2016 suchte das Lebensmittelaufsichtsorgan den Betrieb neuerlich auf und konfrontierte den Bf mit dem Ergebnis des Gutachtens der AGES. Der Bf verzichtete auf die weitere Auslieferung der Ware und sperrte diese. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich im Auslieferungslager Teile der Charge 26012xxx des

ggst. Produkts. Von dieser entnahm das Lebensmittelaufsichtsorgan wiederum eine aus 3 Teilproben bestehende Probe.

Diese wurde neuerlich an die AGES übermittelt, langten am 15. Juli 2016 bei ihr ein und wurden zu U-Zahl 16074001-001 untersucht. Die Untersuchung ergab bei 3 Packungen erhöhte Cumarin-Werte (29,2 ± 1,50; 28,8 ± 1,40; 30,2 ± 1,50). Das Gutachten lautete im Ergebnis wie das oben angeführte.

Die diesbezügliche Kostenmitteilung der AGES wies nachstehende Kosten aus:

Nr.	Anzahl	Bezeichnung	Einzelpreis	Preis
1000444	1,00	Befund/Gutachten 1000444	372,02	372,02
2000970	3,00	Vorbereitung zur chemischen Untersuchung von Lebensmitteln	8,14	24,42
2002807	3,00	Bestimmung von Cumarin in Lebensmitteln, HPLC-DAD	102,70	308,10
2004519	1,00	Beschreibung von Lebensmitteln	39,50	39,50
		Nettobetrag		372,02

(Anzeige, Probenbegleitschreiben, Gutachten AGES, Kostenmitteilung)

Die Überschreitungen des Cumarin-Wertes ist auf eine fehlerhafte Rezeptur zurückzuführen. Der Erzeugerin (dem Bf) war nicht bekannt, dass die Aromenverordnung zur Anwendung kommt und diese Grenzwerte im Hinblick auf Zimt vorsieht. Die Erzeugerin verwendete eine Zimtsorte, die einen Cumaringehalt von 2.400 mg/kg aufwies. Sie stellte die Rezeptur in der Folge auf die Sorte „Ceylon“ um, welche einen Cumaringehalt von lediglich 33,2 mg/kg aufweist.
(Anzeige, Beschwerde, Stellungnahme vom 29. September 2016)

Es kann nicht festgestellt werden, dass vom beanstandeten Lebensmittel eine Gesundheitsgefahr ausging oder dieses für den menschlichen Verzehr inakzeptabel wurde.

(Gutachten AGES, Gutachten S C)

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ist unbestritten und ergibt sich zweifelsfrei aus dem vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln. Soweit der Bf zu argumentieren versucht, die Ware sei im Zuge der zweiten Kontrolle außer Verkehr gesetzt worden (Rechtsfrage), kann sein Vorbringen, er habe darauf verzichtet, die Ware weiter auszuliefern, bzw. diese gesperrt bedenkenlos als wahr unterstellt werden. Es hat auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluss. Ob das Sperren der Ware nach Konfrontation mit

dem Untersuchungsergebnis und vor oder nach dem weiteren Ziehen einer Probe geschehen ist, ist aus rechtlicher Sicht ebensowenig von Relevanz.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Relevante rechtliche Bestimmungen:

a) § 3 Z 9 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2014) lautet:

Begriffsbestimmungen

§ 3. Für dieses Bundesgesetz gelten folgende Begriffsbestimmungen:

[…]

9. Inverkehrbringen: Inverkehrbringen gemäß Art. 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002. Art. 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gilt sinngemäß für Gebrauchsgegenstände, wobei ein Inverkehrbringen von Spielzeug dann nicht vorliegt, wenn sichergestellt ist, dass das Spielzeug in seiner den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt. Art. 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gilt sinngemäß auch für kosmetische Mittel, wobei ein Inverkehrbringen dann nicht vorliegt, wenn es sich um die Anwendung am Endverbraucher im Rahmen der Berufsausübung handelt. Für Wasser für den menschlichen Gebrauch gilt auch die Abgabe zum Zweck der Gemeinschaftsversorgung als Inverkehrbringen, sofern diese nicht im Rahmen des familiären Verbandes erfolgt.

Davon abweichend ist als Inverkehrbringen bei ursprünglich auf Grund des Lebensmittelgesetzes 1975 – LMG 1975, BGBl. Nr. 86, erlassenen Verordnungen das Gewinnen, Herstellen, Behandeln, Einführen, Lagern, Verpacken, Bezeichnen, Feilhalten, Ankündigen, Werben, Verkaufen, jedes sonstige Überlassen und das Verwenden für andere zu verstehen, sofern es zu Erwerbszwecken oder für Zwecke der Gemeinschaftsversorgung geschieht. Bei Beurteilung einer Ware ist jedoch auch zu berücksichtigen, ob sich ihre etwaige den lebensmittelrechtlichen Vorschriften gemäß Z 13 nicht entsprechende Beschaffenheit bloß aus der Besonderheit jener Phase des Inverkehrbringens ergibt, aus der sie stammt. Ein Inverkehrbringen liegt nicht vor, wenn sichergestellt ist, dass die Ware in ihrer den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt. Die Befugnisse der Aufsichtsorgane gemäß §§ 35, 39 und 41 bleiben davon unberührt.

[…]

b) § 90 Abs 3 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2015) lautet:

§ 90.

[…]

(3) Wer

1. den in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der Europäischen Union oder den näheren Vorschriften zur Durchführung dieser Rechtsakte gemäß § 4 Abs. 3 oder § 15 zuwiderhandelt,

2. den Bestimmungen einer auf Grund der §§ 6, 7 Abs. 1, 9 Abs. 2, 10 Abs. 7 oder 8, der §§ 11, 12, 13, 14, 19, 20, 34, 47 Abs. 2, 53 Abs. 7 oder 57 Abs. 1 erlassenen Verordnung zuwiderhandelt,

3. den Bestimmungen der in den §§ 96 und 97 angeführten Rechtsvorschriften zuwiderhandelt,

4. den Bestimmungen des in § 24 Abs. 1 Z 1 angeführten unmittelbar anwendbaren Rechtsaktes der Europäischen Union zuwiderhandelt.

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.

[...]

c) Anl. 1 Z des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 idF BGBl. II Nr. 88/2015) lautete:

Anlage

Verordnungen der Europäischen Union gemäß § 4 Abs. 1

Teil 1

[...]

24. Verordnung (EG) Nr. 1334/2008 über Aromen und bestimmte Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften zur Verwendung in und auf Lebensmitteln sowie zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1601/91 des Rates, der Verordnungen (EG) Nr. 2232/96 und (EG) Nr. 110/2008 und der Richtlinie 2000/13/EG (ABl. Nr. L 354 vom 31. Dezember 2008, berichtigt durch ABl. Nr. L 105 vom 27. April 2010), soweit diese nicht im Rahmen des Weingesetzes 2009 zu vollziehen ist;

[...]

d) Art 2, Art 3 Abs 1 und 2 lit a, Art 5, Art 6 Abs 2 sowie Anhang III Teil B (in seinem Wesentlichen Punkt der VERORDNUNG (EG) Nr. 1334/2008 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. Dezember 2008 über Aromen und bestimmte Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften zur Verwendung in und auf Lebensmitteln sowie zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1601/91 des Rates, der Verordnungen (EG) Nr. 2232/96 und (EG) Nr. 110/2008 und der Richtlinie 2000/13/EG („die Verordnung“) lauten:

Artikel 2

Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für:

a) Aromen, die in oder auf Lebensmitteln verwendet werden oder dafür bestimmt sind, unbeschadet spezifischerer Bestimmungen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 2065/2003;

b) Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften;

c) Lebensmittel, die Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften enthalten;

d) Ausgangsstoffe für Aromen und/oder Ausgangsstoffe für Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften.

(2) Diese Verordnung gilt nicht für:
a) Stoffe mit ausschließlich süßem, saurem oder salzigem Geschmack;
b) rohe Lebensmittel;
c) nicht zusammengesetzte Lebensmittel und Mischungen von beispielsweise, aber nicht ausschließlich, frischen, getrockneten oder tiefgekühlten Gewürzen und/oder Kräutern, Teemischungen und Mischungen von teeähnlichen Erzeugnissen als solche, sofern sie nicht als Lebensmittelzutaten verwendet wurden.

Artikel 3
Begriffsbestimmungen

(1) Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die Begriffsbestimmungen der Verordnungen (EG) Nr. 178/2002 und (EG) Nr. 1829/2003.
(2) Für die Zwecke dieser Verordnung gelten ferner folgende Begriffsbestimmungen:
a) „Aroma“: Erzeugnis,
i) das als solches nicht zum Verzehr bestimmt ist und Lebensmitteln zugesetzt wird, um ihnen einen besonderen Geruch und/oder Geschmack zu verleihen oder diese zu verändern;
ii) das aus den folgenden Kategorien hergestellt wurde oder besteht: Aromastoffe, Aromaextrakte, thermisch gewonnene Reaktionsaromen, Raucharomen, Aromavorstufen, sonstige Aromen oder deren Mischungen;

Artikel 5
Verbot von nicht mit dieser Verordnung in Einklang stehenden Aromen und/oder Lebensmitteln

Niemand darf ein Aroma oder irgendein Lebensmittel, in dem ein solches Aroma und/oder eine solche Lebensmittelzutat mit Aromaeigenschaften vorhanden ist/sind, in Verkehr bringen, wenn die Verwendung dieses Aromas und/oder dieser Lebensmittelzutat nicht mit dieser Verordnung in Einklang steht.

Artikel 6
Vorhandensein bestimmter Stoffe

[…]
(2) Unbeschadet der Verordnung (EG) Nr. 110/2008 des Rates dürfen die Höchstmengen bestimmter Stoffe, die von Natur aus in Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften vorkommen, in den in Anhang III Teil B aufgeführten zusammengesetzten Lebensmitteln nicht infolge der Verwendung von Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften in diesen Lebensmitteln überschritten werden. Die Höchstmengen der in Anhang III aufgeführten Stoffe gelten für Lebensmittel zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens, soweit nichts anderes bestimmt ist. Abweichend von diesem Grundsatz finden bei getrockneten und/oder konzentrierten Lebensmitteln, die rekonstituiert werden müssen, die Höchstmengen auf die nach den Anweisungen auf dem Etikett rekonstituierten Lebensmittel Anwendung, wobei der Mindestverdünnungsfaktor zu berücksichtigen ist.
[…]

ANHANG III

Vorhandensein bestimmter Stoffe

[…]

Teil B: Höchstmengen bestimmter Stoffe, die von Natur aus in Aromen und Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften vorkommen, in bestimmten zusammengesetzten Lebensmitteln, denen Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften zugesetzt worden sind

Bezeichnung des Stoffes	Zusammengesetzte Lebensmittel, in denen die Menge dieses Stoffes eingeschränkt ist	Höchstmenge mg/kg
[…]		
Cumarin	Traditionelle und/oder saisonale Backwaren, bei denen Zimt in der Kennzeichnung angegeben ist	50
	Frühstücksgetreideerzeugnisse einschließlich Müsli	20
	Feine Backwaren außer traditionelle und/oder saisonale Backwaren, bei denen Zimt in der Kennzeichnung angegeben ist	15
	Dessertspeisen	5
[…]		

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Objektiver Tatbestand:

III.2.1.1. Art 5 der Aromenverordnung legt fest, dass Lebensmittel, in denen Aromen enthalten sind, nicht in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn die Verwendung des Aromas nicht in Einklang mit ihr steht.
Für die in Anhang III Teil B genannten Stoffe legt Artikel 6 Abs 2 der Aromenverordnung fest, dass Höchstmengen bestimmter Stoffe, die von Natur aus in Aromen und/oder Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften vorkommen, wenn sie in den in diesem Anhang genannten Lebensmitteln verwendet werden, nicht überschritten werden dürfen.

Nach der unter Punkt III.1. d) wiedergegebenen Definition ist ein Aroma ein Erzeugnis, das als solches nicht zum Verzehr bestimmt ist und Lebensmitteln zugesetzt wird, um ihnen einen besonderen Geruch und/oder Geschmack zu verleihen oder diese zu verändern und das aus den „Kategorien“ Aromastoffe, Aromaextrakte, thermisch gewonnenen Reaktionsaromen, Raucharomen, Aromavorstufen, sonstigen Aromen oder deren Mischungen hergestellt wurde oder besteht.

Punkt 6 der Erwägungsgründe lautet: „Rohe Lebensmittel, die keiner Verarbeitung unterzogen wurden, und nicht zusammengesetzte Lebensmittel, wie zum Beispiel Gewürze, Kräuter, Tee und teeähnliche Erzeugnisse (z. B. Früchtetee oder Kräutertee) sowie Mischungen von Gewürzen und/oder Kräutern, Teemischungen und Mischungen von teeähnlichen Erzeugnissen, fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung, sofern sie als solche verzehrt und/oder dem Lebensmittel nicht hinzugefügt werden.

Aus diesem Punkt 6 iVm der Definition des Begriffs Aroma, ergibt sich insofern, dass der in der Verordnung verwendete Begriff „Aroma“ den Geschmack und den Geruch eines Lebensmittels beeinflussende Stoffe, die einem solchen zugesetzt werden, umfasst. Es geht also nicht ausschließlich um möglicherweise chemisch extrahierte oder künstlich erzeugte Aromastoffe, sondern auch um Gewürze wie den Zimt, die dem Lebensmittel in seiner natürlichen oder einer mechanisch verarbeiteten (zB gemahlenen) Form zugesetzt werden. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus Punkt 6 der Erwägungsgründe, der eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der Verordnung nur dann kennt, sofern diese Stoffe „als solche“, also ohne einem Lebensmittel zugesetzt worden zu sein, in Verkehr gebracht werden. Diesbezüglich ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen (vgl. *Rathke* in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band III, C 382, Art. 3 RN 9).

Beim vorliegenden Zimt handelt es sich um ein von der Verordnung umfasstes Aroma, weil er im vorliegenden Zusammenhang nicht als Lebensmittel, das für sich (als solches), also ohne einem anderen Lebensmittel zugesetzt zu werden, verzehrt zu werden gedacht ist, sondern dem hier verfahrensgegenständlichen Müsli als Zutat einen bestimmten Geschmack und Geruch verleihen soll. Der Cumarin enthaltende Zimt dient als Gewürz.
Er ist im Sinne des Art 3 Abs 2 lit a, ii) den sonstigen Aromen zuzuordnen. Dieser soll im Sinne eines Art Auffangtatbestandes, dem Wunsch des Unionsgesetzgebers Rechnung tragend, alle Lebensmittel mit aromatisierenden Stoffen erfassen (aaO RZ 13).

Insofern kann der Ansicht des Bf, er habe seinem Produkt kein Aroma zugesetzt, nicht gefolgt werden. Zimt ist ein Aroma im Sinne der Verordnung.

III.2.1.2. Was die Argumentation des Bf betrifft, es liege kein Verstoß gegen Art 5 der Verordnung vor, sondern sei Artikel 6 heranzuziehen, ist ihm im teilweise beizupflichten.

Art. 5 bezieht sich allgemein auf die verordnungswidrige Verwendung eines Aromas und verbietet, unter Anderem, das Inverkehrbringen von Lebensmitteln in denen ein verordnungswidrig verwendetes Aroma vorhanden ist (aaO Art 5 RZ 3). Der Verstoß ist mit der der Verordnung widersprechenden Verwendung und dem In-Verkehr-Bringen des Lebensmittels gesetzt (vgl. aaO RZ 3a ff).

In Einklang mit der Verordnung stehen Stoffe, wenn sie der Verordnung entsprechen.

Art 6 Abs 2 der Verordnung konkretisiert diese Vorschrift in Bezug die Einbringung von Stoffen in Lebensmittel, die in Anhang III Teil B der Verordnung aufgelistet sind und verbietet die Überschreitung bestimmter angegebener Höchstmengen beim Inverkehrbringen. Gegen diese Norm hat der Bf verstoßen.
Der genannte Anhang legt für Cumarin in Müslis einen Höchstwert von 20 mg/kg fest, der zweifellos überschritten wurde.

Die Ware befand sich auch in Verkehr, zumal sie im Auslieferungslager zum Verkauf bereit lag und Art 3 Z8 der Verordnung (EG) Nr 178/2002 auch bei der Lagerung in Versandlagern, auch bei Großhändlern und Erzeugern von einem Inverkehrbringen ausgeht (vgl. *Rathke* in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band II, C 101, Art. 3 RN 43).
Soweit der Bf nun zu argumentieren versucht, die Ware sei bei der zweiten Kontrolle nicht mehr in Verkehr gewesen oder außer Verkehr gesetzt worden und sei es nicht zulässig gewesen, eine weitere Analyse vorzunehmen, übersieht er also, dass die Ware gemäß der dargestellten Definition des Inverkehrbringens nach der hier relevanten EG-Basisverordnung (vgl. §3 Z9 1. Absatz LMSVG) durch Verbringen in das Auslieferungslager in Verkehr gesetzt war. Die Erklärung, die Ware nicht mehr weiter Ausliefern zu wollen oder zu sperren, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. Soweit der Bf möglicherweise den zweiten Absatz des § 3 Z9 LMSVG anzuwenden versucht ist er darauf zu verweisen, dass dieser sich auf das Inverkehrbringen nach dem weitgehend außer Kraft getretenen LMG 1975 bezieht (vgl. RV 797 der Beilagen XXII. GP, S 10) und ein Inverkehrbringen nach der BasisVO nicht durch Sicherstellen, dass die Ware in ihrer den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt, obsolet gemacht werden kann. Die Ware stand jedenfalls bei Erscheinen des Lebensmittelaufsichtsorganes in Verkehr (der Bf wusste noch nichts von der dem Lebensmittelrecht widersprechenden Beschaffenheit seines Produkts) und ist auch kein Grund ersichtlich, warum das Lebensmittelaufsichtsorgan nicht mehr berechtigt gewesen sein soll, eine weitere Probe zu entnehmen und diese zur Analyse zu übergeben. Im Gegenteil war diese Analyse für die objektivierte Feststellung, ob neuerlich eine Übertretung des Lebensmittelrechts vorliegt, notwendig und war das Lebensmittelaufsichtsorgan jedenfalls nach § 35 LMSVG berechtigt, neuerlich eine Probe zu ziehen. Die Probeziehung dient schließlich nicht nur dem Außerverkehrziehen allenfalls nicht sicherer Lebensmittel, sondern ganz generell der Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, etwa der Beweissicherung für Verwaltungsstrafverfahren, dient.

Der Bf hat daher als Geschäftsführer und verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Inverkehrbringerin zu vertreten, dass zweimalig ein Produkt in Verkehr gebracht wurde, in welchem ein Inhaltsstoff, der einer Höchstmengenbeschränkung unterliegt, in zu hoher Konzentration vorhanden war. Der Umstand, dass vom Lebensmittelaufsichtsorgan Produkte zweier verschiedener Chargen aufgefunden wurden, beweist im Übrigen, dass ein mehrmaliges Inverkehrbringen stattgefunden haben muss. Der Bf hat daher zweimal den objektiven Tatbestand des § 90 Abs 3 LMSVG erfüllt, weil er zweimal Produkte in Verkehr gebracht hat, die nicht in Einklang mit der Aromenverordnung standen, konkret, die trotz des Inverkehrbringensverbotes des § 6 Abs 2 Aromenverordnung zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens einen zu hohen Cumaringehalt aufwiesen. Er hat daher zweimal gegen eine im Anhang zum LMSVG genannte unmittelbar anwendbare EU-Vorschrift, die Aromenverordnung, verstoßen.

III.2.1. Aus der Erkenntnis, dass der Bf konkret Artikel 6 Abs 2 der Aromenverordnung verletzt hat ist, für ihn nichts gewonnen.

In seinem Erkenntnis vom 31. Juli 2014, Ro 2014/02/0099, hat der Verwaltungsgerichtshof wie folgt ausgesprochen: „Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war die Berufungsbehörde in Verwaltungsstrafsachen berechtigt, die als erwiesen angenommene Tat – unter Beachtung der durch das Verbot der reformatio in peius (§ 51 Abs 6 VStG, vgl nun § 42 VwGVG) gezogenen Grenzen – einer anderen rechtlichen Subsumtion, etwa der Unterstellung unter eine andere Strafnorm, zu unterziehen (vgl das hg Erkenntnis vom 18. Oktober 2007, Zl 2006/09/0031). Im Hinblick auf die den Verwaltungsgerichten übertragene Pflicht, in Verwaltungsstrafsachen über Beschwerden meritorisch zu entscheiden (Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG und § 50 VwGVG), kann für das Beschwerdeverfahren gegen Straferkenntnisse der Verwaltungsbehörden vor den Verwaltungsgerichten nichts anderes gelten.“

Mit Erkenntnis vom 13. Oktober 2013, 2009/06/0189, sprach der Verwaltungsgerichtshof aus, dass "'Sache' des Berufungsverfahrens [...] die Angelegenheit [ist], die Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterinstanz war; die den Entscheidungsspielraum der Berufungsbehörde begrenzende Sache iSd (gemäß § 24 VStG im Strafverfahren anwendbaren) § 66 Abs. 4 AVG ist also nicht etwa jene, welche in erster Instanz in Verhandlung war, sondern ausschließlich die, die durch den (Spruch des) erstinstanzlichen Bescheid(es) begrenzt ist (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2, S 1265 unter E 111f zu § 66 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung). Gegenstand des Verfahrens vor der belangten Behörde war somit nur die im Spruch des erstinstanzlichen Bescheides genannte Tat.“

Es erweist sich, dass die belangte Behörde lediglich die Zitierung des Art 6 Abs 2 der Aromenverordnung unterlassen hat, aber dem Bf den Tatbestand im Wesentlichen vollständig und richtig vorgeworfen hat (Überschreitung der Höchstmenge) und das Gericht lediglich verbunden war, die Rechtsvorschrift des Art 6 Abs 2 leg. cit. zu ergänzen. (Zur dennoch erforderlichen Abänderung des Spruchs weiter unten).

III.2.2. „Doppelbestrafung"; Fortgesetztes Delikt

Der Bf vermeint, dass der Grundsatz des Verbots der Doppelbestrafung verletzt wurde, bzw. er nur eine Tat begangen hat. Im Ergebnis bezieht sich der Bf auf die vom VwGH herausgebildete Figur des fortgesetzten Delikts, das in bestimmten Fällen von der Einheitlichkeit einer Tathandlung ausgeht.
Der VwGH definiert das fortgesetzte Delikt als „eine Reihe von gesetzwidrigen Einzelhandlungen, die vermöge der Gleichartigkeit der Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhanges", verklammert durch einen „vorgefassten einheitlichen Willensentschluss" („Gesamtvorsatz"), „zu einer Einheit zusammentreten" (VwSlg 13.713 A/1992; VwGH 15. September 1999, 96/03/0223; VwSlg 17.000 A/2006), wobei sich der einheitliche Willensentschluss auf die sukzessive Verwirklichung eines in groben Zügen feststehenden Gesamtziels richten muss (zB VwGH 15. März 2000, 99/09/0219).

Kennzeichnend für die Judikatur des VwGH zum fortgesetzten Delikt ist, dass er die Annahme eines solchen in ständiger Rechtsprechung nur bei Vorsatzdelikten zulassen will. So sprach der VwGH in einer Entscheidung vom 21. Oktober 1993, 93/02/0220 aus, dass bei fahrlässiger Tatbegehung ein Fortsetzungszusammenhang schon begrifflich ausgeschlossen wäre (Hinweis Foregger-Serini, Kurzkommentar zum StGB, 04te Aufl, § 28 Anm V1; Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 04te Aufl; § 22 VStG, Anm 1; E 4.5. 1990, 90/09/0013, VwSlg 13188 A/1990). Am 12. August 1997 (94/17/0082) nahm er an, dass die Anlastung einer fahrlässigen Abgabenverkürzung ein fortgesetztes Delikt ausschließe (Hinweis: E 24.6.1997, 94/17/0167; Hinweis EB E 26.4.1996, 92/17/0080). [vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22 VStG Rz18 ff mwN (Stand 1.7.2013, rdb.at)]

Der Bf hat bereits in seinem Einspruch gegen die Strafverfügung zugestanden, nicht gewusst zu haben, dass die Aromenverordnung einzuhalten war. Es ergibt sich, dass der Bf die Ware in ihrem dem Lebensmittelrecht nicht entsprechenden Zustand fahrlässig in Verkehr gebracht hat, weil sein mangelndes Wissen auf Fahrlässigkeit (das nicht ausreichende Informieren über vom Unternehmen anzuwendende Rechtsvorschriften) zurückzuführen ist. Es gibt keine Hinweise darauf, dass der Bf vorsätzlich gehandelt hat und fehlt es daher am vom VwGH geforderten Gesamtvorsatz.

Die Taten sind daher nach der allgemeinen Regel des § 22 Abs 2 VStG („Kumulationsprinzip“) zu beurteilen und kommt es angesichts der Fassung des genannten Art 6 Z2 der Aromenverordnung darauf an, wie oft der Bf die den Normen nicht entsprechende Ware in Verkehr gebracht hat (arg. „die Höchstmengen gelten zum Zeitpunkt des Inverkehrsetzens“), weil der Tatbestand auf dieses Inverkehrbringen und nicht die Frage der Entwicklung einer Rezeptur abstellt.
Schon der Umstand, dass der Bf mehrerer Chargen seines Müslis hergestellt und in sein Auslieferungslager verbracht hat macht klar, dass ein Kumulationsfall vorliegt und zeigt sich, dass der Bf mehrere ihm vorzuwerfende Tathandlungen gesetzt hat. Es kommt dabei auch nicht auf die Anzahl der Kontrollen an, sondern nur auf die Frage, ob der Bf mehrfach ein dem Gesetz nicht entsprechendes Produkt in Verkehr gebracht hat. Die Kontrollen und die darauffolgenden Analysen durch die AGES haben letztendlich als Beweismittel zur Feststellung der Verstöße geführt, die Taten waren jedoch bereits mit dem Inverkehrbringen, also dem Verbringen in das Auslieferungslager bewirkt.

Der Bf war insofern von der Behörde für zweimaliges Inverkehrbringen zu bestrafen.

Angesichts der vollständigen Anlastung wäre dem Bf aber auch im Falle des Vorliegens einer Vorsatztat und dem Vorliegen eines fortgesetzten Delikts nicht wesentlich geholfen, zumal die getrennten Sprüche diesfalls in einen einheitlichen zusammen zu fassen gewesen wären und auch das Zusammenrechnen der beiden Einzelstrafen zu einer Gesamtstrafe nicht gegen das Verbot der Doppelbestrafung oder der reformatio in peius verstoßen hätte (vgl. VwGH v. 8. Oktober 1992, 90/19/0521).

Was die Funktion des Bf betrifft war der Spruch entsprechend zu korrigieren. Nach der Judikatur des VwGH (vgl. E 27. Juni 1983, Slg 11100 A; 13. November 1984, 84/04/0039 uva) muss erkennbar sein, in welcher Eigenschaft den Beschuldigten die Verantwortung trifft. Es bedarf der eindeutigen Anführung der Organfunktion, die eine Subsumtion unter die Bestimmung des § 9 VStG zulässt (VwGH 28. Juni 1988, 88/04/0047 und 20. September 1988, 88/04/0086). Eine diesbezügliche Korrektur durch das Verwaltungsgericht ist zu jeder Zeit (auch nach abgelaufener Verfolgungsverjährungsfrist) möglich, weil es sich um ein von § 32 VStG unabhängiges Merkmal des Beschuldigten und um keine Sachverhaltsfrage handelt (VwGH vst. Senat 16. Jänner 1987, Slg 12375 A uva.)

Der Spruch war im Übrigen klarstellend und vereinfachend zu korrigieren. Dem stand angesichts der noch nicht abgelaufenen Verfolgungsverjährung und der vollständigen Anlastung nichts entgegen.

III.2.3. Subjektiver Tatbestand:

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 VStG regelt eine „Obliegenheit der Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens“ (VwGH 16. Mai 2011, 2009/17/0185; 30. Oktober 1991, 91/09/0060). Dabei trifft den Bf keine Beweislast, sondern eine Darlegungslast iS einer entsprechenden Glaubhaftmachung (VwGH 30. Oktober 1991, 91/09/0060). Hat der Bf 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)].

Schon in seiner Stellungnahme vom 29. September 2016 gesteht der Bf zu, nicht gewusst zu haben, dass die VO (EG) Nr. 1334/2008 in Zusammenhang mit Müslis von Relevanz ist. In seiner Beschwerde erstattet er kein Vorbringen zur subjektiven Tatseite.

Gemäß § 5 Abs 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein (VwGH vom 27. Juni 2007, 2002/03/0275, 31. Juli 2009, 2008/09/0086, 27. Jänner 2011, 2010/03/0179, 6. März 2014, 2013/11/0110, 12. August 2014, 2013/10/0203). Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht im Zweifelsfall einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. (VwGH 29. Mai 2015, 2012/17/0524)
Zumal der Bf solche Erkundigungen nach eigenem Vorbringen (arg. „…bis dato nicht bekannt,…“) nicht getätigt hat, konnte er mangelndes Verschulden nicht glaubhaft machen.

Er hat daher auch subjektiv sorgfaltswidrig gehandelt.

III.2.4. Strafbemessung

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde ging von einem geschätzten Einkommen des Bf von 2.000 Euro aus und verhängte angesichts des Fehlens von Verwaltungsvormerkungen und der daraus folgenden möglichen Höchststrafe von 50.000 Euro Geldstrafen iHv jeweils 50 Euro, wobei klarzustellen ist, dass die zweite Übertretung als Wiederholungsfall zu werten ist, für den eine Höchststrafe von 100.000 Euro vorgesehen wäre.

Zumal das Rechtsgut der Lebensmittelsicherheit ein besonders hochwertiges ist und große Bedeutung hat, kommt im vorliegenden Fall eine Ermahnung nicht in Betracht. Die belangte Behörde hat ohnehin außerordentlich niedrige Strafen verhängt. Eine weitere Herabsetzung der Strafe ist angesichts des beträchtlichen Strafrahmens nicht angezeigt. Zumal dem Gutachten der AGES eine Gefahr für die Verbrauchergesundheit nicht entnehmen lässt und das Gutachten der Fa. Saicon schlüssig darlegt, warum eine solche nicht vorlag, kann der belangten Behörde jedoch in ihrer Ansicht gefolgt werden, dass die Strafen von 50 Euro geeignet sind um den Bf von weiteren strafbaren Handlungen gegen das LMSVG abzuhalten.

Die von der belangten Behörde verhängten Ersatzfreiheitsstrafen waren für das Gericht nicht nachvollziehbar. Sie übersteigen die vom Gericht errechneten Werte um mehr als das zwanzigfache (1008h / 50.000 x 50 = 1,008) bzw. das Vierzigfache. Die Ersatzfreiheitsstrafen waren daher in ein angemessenes Verhältnis zur Strafe zu setzen.

III.3. Zu den vom Bf bemängelten Gebühren der AGES:

Gemäß § 71 Abs 3 LMSVG ist im Straferkenntnis der zum Kostenersatz verpflichteten Partei der Ersatz der Kosten an die AGES vorzuschreiben.
Die Kosten der Untersuchung sind nach dem Gebührentarif (§ 66) zu berechnen.

Der Gebührenanspruch der AGES ergibt sich im Anwendungsbereich des LMSVG sohin aus dem gem. § 66 LMSVG erlassene Katalog an Gebührenposten (Anl. 1 der Gebührentarifverordnung, BGBl. Nr. 189/1989 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 48/2010). Der jeweils für weitgehend analytische Prüfmethoden verrechenbare Satz ergibt sich aus der Multiplikation der in der Anlage angegebenen Punkte mit dem Faktor 1,58 (Euro).

Gemäß § 2 Abs 1 leg. cit. sind in den Beträgen der Verordnung der Verwaltungsaufwand, die Vergütung des schriftlichen Befundberichtes und einfacher Gutachten, die Vergütung für einfache Manipulationen (zB Einwägen, Pipettieren, Entgasen, Verdünnen, Waschen, Lösen) sowie für Doppel- oder Mehrfachbestimmungen enthalten. Für besonders aufwendige Untersuchungen und Auswertungen sind pro Stunde 36 Punkte zu verrechnen (Abs 2). Für Begutachtungen, deren Ausarbeitung mehr als eine Stunde gedauert hat, für Gutachten ohne Untersuchungen, für gutachtliche Stellungnahmen und für Gutachten, die an Ort und Stelle erstattet werden, sind pro Stunde 110 Punkte zu verrechnen (Abs 3). Für angefangene Stunden ist der anteilige Stundensatz zu verrechnen (Abs 4). [Hervorhebung nicht im Original]

In Bezug auf Spruchpunkt I hat die AGES einen Betrag von insgesamt 150,10 Euro (95 Punkte) angesprochen und zwar für die Homogenisierung 7,90 Euro, für die Bestimmung von Cumarin im Wege der Hochleistungsflüssigkeits-chromatographie 102,70 Euro und die Beschreibung von Lebensmitteln 39,50 Euro.

Nach der Gebührentarifverordnung stehen der AGES gemäß Tarifpost 401 für das Zentrifugieren, Homogenisieren mit Cutter, Mixer, uä 5 Punkte, also die verrechneten 7,9 Euro, für HPLC Verfahren gem. Tarifpost 514 40 Punkte also 63,20 Euro und für die Allgemeine Beschreibung von Proben inklusive der Feststellung der Maße, des Gewichtes (brutto, tara, netto), des Volumens; Beschreibung von Verpackungen, Anfertigen von Kopien von Verpackungen, von Beipacktexten; Temperaturmessung; uä gem. TP 101 25 Punkte (39,5 Euro) zu.
Es ergeben sich nach Rechnung des Gerichtes 110,6 Euro.
Wie sich der von der AGES für das Verfahren HPLC-DAD verrechnete Satz von 102,70 Euro (65 Punkte) errechnet, ist für das Gericht nicht nachvollziehbar, zumal die Gebührentarifverordnung einen Satz von 65 Punkten nicht kennt.

Was nun die zweite Begutachtung betrifft, hat die AGES für die dreimalige Bestimmung von Cumarin im HPLC-Verfahren 308,10 Euro verrechnet.
Es ist in diesem Zusammenhang auf § 2 Abs 1 der Gebührentarifverordnung zu verweisen, der festlegt, dass in ihren Beträgen der Verwaltungsaufwand, die Vergütung des schriftlichen Befundberichtes und einfacher Gutachten, die Vergütung für einfache Manipulationen (zB Einwägen, Pipettieren, Entgasen,

Verdünnen, Waschen, Lösen) sowie für Doppel- oder Mehrfachbestimmungen enthalten. Wie schon aus dem Befund der Ages hervorgeht, handelte es sich bei der ggst. Probe um eine einzelne, aus mehreren Teilproben bestehende Probe. Auch § 36 LMSVG geht davon aus, dass eine Probe zu ziehen und diese in drei Teilproben aufzuteilen ist. Für die HPLC-Mehrfachbestimmung konnte daher nur einmal der Satz von 40 Punkten angesprochen werden. Auch der Betrag von 8,14 Euro, der für die Probenvorbereitung verrechnet wurde, ist für das Gericht schon angesichts der fehlenden Teilbarkeit durch den Faktor 1,58 nicht nachvollziehbar, sodass hier eine Reduktion auf den zuvor herangezogenen Satz von 5 Punkten (7,90 Euro) vorzunehmen ist.
Insgesamt stehen der AGES somit zwei Mal 110,6, also 221,20 Euro an Lebensmitteluntersuchungskosten zu und waren diese zuzusprechen.

IV. Ergebnis

Angesichts des Vorliegens zweier Verwaltungsübertretungen war iSd obigen Ausführungen zu entscheiden.
Der Bf hat im Verfahren teilweise obsiegt (Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafen), sodass ihm keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen waren.

Die Kosten der AGES waren auf das gesetzliche Maß zu reduzieren.

V. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da der VwGH, soweit für den erkennenden Richter ersichtlich, bislang keine Rechtsfragen zur Aromenverordnung, insbesondere deren Begrifflichkeiten (zB. den Begriff Aroma) zu klären hatte und die in der Aromenverordnung verwendeten Rechtsbegriffe mangels ausreichend klarer Formulierung, nicht jeden Zweifel über ihre Bedeutung ausräumen. Es war insofern eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

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 ordentlichen 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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl