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-000199/2/Wei

Datum: Linz, 19. März 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des C F, geb. x 1960, vertreten durch Ing. G W, p.A. H L GmbH, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn, 5280 Braunau am Inn, Hammersteinplatz 1, vom 21. Dezember 2016, GZ. SanRB96-79-2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem § 90 Abs 3 Z 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) iVm Art 7 Abs 1 lit a) Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (Spruchpunkt 1) und § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG (Spruchpunkt 2)

zu Recht:

I. Der Beschwerde gegen Spruchpunkt 1. wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis insoweit aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt. Es entfällt gemäß § 52 Abs 9 VwGVG die Pflicht zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens ebenso wie die Verpflichtung zum Ersatz von Kosten der Lebensmitteluntersuchung gemäß § 71 Abs 3 LMSVG.

II. Die Beschwerde gegen die Strafhöhe im Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses wird als unbegründet abgewiesen und der Strafausspruch der Behörde bestätigt.

Im gerichtlichen Beschwerdeverfahren zu Spruchpunkt 2. hat der Bf einen weiteren Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens in Höhe von 100 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 21. Dezember 2016 hat die belangte Behörde den Beschwerdeführer (im Folgenden Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Straferkenntnis

Folgende Verwaltungsübertretungen werden Ihnen zur Last gelegt:

Im Zuge einer lebensmittelpolizeilichen Kontrolle gemäß dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz wurde am 30.09.2015 um 08:05 Uhr im Betrieb H L GmbH in P, je eine amtliche Probe des Produktes

1.
"Puten Frankfurter“ (Würste und Pökelwaren aus Geflügelfleisch), 1 Originalpackung ä 5 Pkg mit 240 g der Warengruppe 0403, Herstellungsdatum: 24.09.2015, Mindesthaltbarkeitsdatum: 17.10.2015

2.
"„Puten Polnische“ (Würste und Pökelwaren aus Geflügelfleisch), 2 Originalpackungen ä 5 Pkg mit 100 g der Warengruppe 0403, Herstellungsdatum: 09.09.2015, Mindesthaltbarkeitsdatum: 06.10.2015

entnommen und der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GesmbH., Institut für Lebensmittelsicherheit Wien, zur Begutachtung übermittelt.

Dieses von der Firma H L GmbH, P, deren verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 3 VStG Sie sind, erzeugten Produkte waren zum Zeitpunkt der Kontrolle in der Kommissionshalle bei 1°C gekühlt gelagert und im Betrieb H L GmbH für den Verkauf bereitgehalten und befanden sich daher im Verkehr.

Zu 1.
Laut dem amtlichen Untersuchungszeugnis (Auftragsnummer: 15108263 vom 13.11.2015) wies das Produkt mit der Bezeichnung „Puten Frankfurter“ nach Lagerung bis zum Ende der deklarierten Mindesthaltbarkeitsfrist bei einer Packung abwegige Geruchs- und Geschmackseigenschaften auf (leicht-mäßig unrein-alt) auf.

Das Produkt hat eine erhebliche Minderung ihrer spezifischen, wertbestimmenden Eigenschaft (Frische) erfahren und ist daher zum Zeitpunkt des Ablaufes der Mindesthaltbarkeit nach den allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs. 5 Z 4 LMSVG als wertgemindert zu beurteilen. Die Aufbrauchfrist ist demnach zu lange bemessen und somit eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware.

Die Probe/das Erzeugnis ist damit gemäß dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucher-schutzgesetz mit einer zur Irreführung geeigneten Angabe bezüglich Haltbarkeit in Verkehr.

Zu 2.
Laut dem amtlichen Untersuchungszeugnis (Auftragsnummer: 15108262 vom 13.11.2015) ist das Produkt mit der Bezeichnung „Puten Polnische“ genusstauglich, wies jedoch folgenden Mangel auf:

Laut Untersuchungszeugnis beträgt das Verhältnis Wasser: Eiweiß 4,0+/-0,2. Im Österreichischen Lebensmittelbuch, Kapitel B14 Fleisch und Fleischerzeugnisse, Unterkapitel G (Grenzwerte), Punkt G. 1.2.9 (Geflügelfleischerzeugnisse) ist für „Puten Polnische“ das Verhältnis Wasser: Eiweiß mit 3,3 (Toleranz 0,2) begrenzt. Dieser Wert ist beim Erzeugnis/Probe auch unter Berücksichtigung der Messunsicherheit und der Analysentoleranz überschritten.

Das Produkt ist daher nach den Allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs. 5 Z 3 LMSVG als verfälscht zu beurteilen.

Als verantwortlicher Beauftragter der Firma H L GmbH gemäß § 9 Abs. 3 VStG sind Sie verwaltungsstrafrechtlich für diese Übertretungen verantwortlich.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

Zu 1.
§ 4 Abs. 1 LMSVG iVm Art. 7 Abs. 1 lit. a Verordnung (EU)Nr. 1169/2011 iVm
§ 90 Abs. 3 Z.1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F. iVm § 9 VStG

Zu 2.
§ 5 Abs. 5 Z 3 LMSVG iVm. § 90 Abs. 1 Z. 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F. iVm § 9 VStG

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

Zu 1.
Geldstrafe: 2000 Euro
Ersatzfreiheitsstrafe: 72 Stunden
§ 90 Abs. 3 Z. 1 Lebensmittelsicherheits-
und Verbraucherschutzgesetz, BGBl. Nr. 13/2006 i.d.g.F.

Zu 2.
Geldstrafe: 500 Euro
Ersatzfreiheitsstrafe: 24 Stunden
§ 90 Abs. 1 Z. 2 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:

zu 1.	94,80 Euro
	173,80 Euro
zu 2.	337,69 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:	250 Euro
Somit ist folgender Gesamtbetrag einzubezahlen:	3356,29 Euro

I.2. Gang des behördlichen Strafverfahrens

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 28. Jänner 2016, SanRB96-79-2015, legte die belangte Behörde dem Bf das Inverkehrbringen durch Lagerung von Produkten im Betrieb der Firma H L GmbH ("Puten Frankfurter" und „Puten Polnische“) entgegen lebensmittelrechtlichen Vorschriften genau wie in beiden Spruchpunkten des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last (vgl I.1.).

Bei der Untersuchung des Produktes mit der Bezeichnung „Puten Frankfurter“(Spruchpunkt 1.) habe man bei der AGES im Institut für Lebensmitteisicherheit Wien nach der Lagerung bis zum Ende der deklarierten Haltbarkeitsfrist abwegige Geruchs- und Geschmackseigenschaften nachgewiesen. Die Aufbrauchfrist sei demnach zu lange bemessen und eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware.

Beim Erzeugnis mit der Bezeichnung „Puten Polnische" (Spruchpunkt 2) betrug das Verhältnis Wasser: Eiweiß 4,0 (+/−0,2) anstatt höchstens 3,3. Dieser Grenzwert war somit auch unter Berücksichtigung der Messunsicherheit und der Analysentoleranz deutlich überschritten. Das Produkt sei daher nach den Allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG als verfälscht zu beurteilen gewesen.

In der Stellungnahme vom 11. Februar 2016 führte der für das Qualitätsmanagement zuständige Vertreter des Bf unter Anschluss von Lebensmittelgutachten zur Rechtfertigung aus:

„Zum Produkt: Puten Frankfurter:

Die mikrobiologischen Werte liegen laut Amtlichem Untersuchungszeugnis (Auftragsnummer: 15108263) sowohl beim Einlangen der Probe als auch beim Lagerversuch (zwei Packungen von 5) alle unter den DGHM Richtwerten.
Das Ergebnis der Sinnenprüfung ist beim Einlangen der Probe mit unauffällig beurteilt, ebenso bei einem Lagerversuch. Jedoch beim anderen nicht.

Da es sich bei allen Packungen um dieselbe Charge mit gleichem MHD handelt kann das Ergebnis der Sinnenprüfungen nicht nachvollzogen werden.
Die Gesamthaltbarkeitsdauer bei diesem Produkt war inklusiv Herstellungstag 24 Tage.

Die von uns vergebene Gesamthaltbarkeitsdauer ist aus unserer Sicht in Ordnung. Dies kann auch durch die 2 beiliegenden Prüfberichte bzw. Gutachten belegt werden (Gutachten Nr. G2015/4878 Hygienicum & Prüfbericht G-LV_2015_10_001457 FOC)

Zum Produkt: Puten Polnische:

Das erhöhte Verhältnis Wasser: Eiweiss ist wahrscheinlich auf die Verwendung von Putenbrust mit hohem Wassergehalt Zurückzufuhren.
Es wurde bereits eine Rezepturanpassung vorgenommen. Eine Untersuchung auf Wasser:Eiweiss Verhältnis wird nächste Woche beauftragt.“

Die belangte Behörde holte dazu von der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GesmbH (im Folgenden AGES), Institut für Lebensmittelsicherheit Wien, folgende ergänzende Stellungnahme des Gutachters der AGES vom 25. Oktober 2016 ein:

„G U T A C H T E N

Stellungnahme zu Rechtfertigung, Externe Kennung:SanRB96-79-2015, Originalauftrag:15108263:

Mikrobiologische Parameter sind nicht Gegenstand des Gutachtens.

Die mikrobiologischen Werte müssen nicht mit den sensorischen Befunden übereinstimmen (zB: der Fettverderb hat massiv sensorischen Einfluss auf das Produkt, aber mikrobiologisch selten eine Auswirkung).

Die zur Unterstützung beigebrachten Gutachten (Charge 282 und Charge 315) befunden beide nicht idente Chargen zum beanstandeten Produkt (Charge 268).

Aus den oben angeführten Gründen bleibt das Gutachten somit vollinhaltlich aufrecht.

Gutachter

Mag. med. vet. G A“

Zu dem mit Schreiben vom 22.11.2016 mitgeteilten Ergebnis der Beweisaufnahme erstattete der Bf durch seinen Vertreter unter Anschluss von zwei weiteren Lebensmittelgutachten aus 2016 folgende Stellungnahme vom 28. November

2016:

„Wie bereits in der Rechtfertigung im Februar 2016 angemerkt liegen die mikrobiologischen Werte laut Amtlichem Untersuchungszeugnis (Auftragsnummer: 15108263) sowohl beim Einlangen der Probe als Lagerversuch (zwei Packungen von 5) alle unter den DGHM Richtwerten.

Das Ergebnis der Sinnenprüfung ist beim Einlangen der Probe mit unauffällig beurteilt, ebenso bei einem Lagerversuch. Jedoch beim anderen nicht.
Da es sich bei allen Packungen um dieselbe Charge mit gleichem MHD handelt kann das Ergebnis der Sinnenprüfungen nicht nachvollzogen werden.

Die Gesamthaltbarkeitsdauer bei diesem Produkt war inklusiv Herstellungstag 24 Tage.

Die Aussage der AGES, dass Mikrobiologische Parameter nicht Gegenstand des Gutachtens sind können wir nicht nachvollziehen, die Mikrobiologischen Parameter wurden 3 mal untersucht (einmal bei Probeneingang und zweimal beim Lagerversuch).

Die von uns vergebene Gesamthaltbarkeitsdauer ist aus unserer Sicht in Ordnung. Ich hatte Ihnen im Februar 2 Ergebnisse zugeschickt.

Das Produkt Putenfrankfurter wurde auch im Jahr 2016 zweimal untersucht. (Gesamthaltbarkeit a inklusive Produktion: 22 Tage bzw. 24 Tage) Auch diese Proben wurden als verkehrsfähig beurteilt. Die entsprechenden Prüfberichte bzw. Gutachten liegen als Anhang bei.
[...]“

I.3. Die wesentliche Begründung des Straferkenntnisses lautet:

„Dazu ist von der Behörde auszuführen:

Der im Spruch angeführte Sachverhalt ist auf Grund der Gutachten der AGES sowie durch das durchgeführte Ermittlungsverfahren als erwiesen anzusehen.

Von der Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH Wien wurde festgestellt, dass das Produkt "Puten Frankfurter" jedoch am Ende der deklarierten Mindesthaltbarkeitsfrist Geruchs- und Geschmackseigenschaften auf (leicht-mäßig unrein-alt) aufwies.
Die Angabe der Mindesthaltbarkeitsfrist war unrichtig, vom Hersteller zu lange bemessen und somit eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware. Das Erzeugnis war damit gemäß dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz mit einer zur Irreführung geeigneten Angabe in Verkehr.

Mit den Vorbringen, wonach die Gesamthaltbarkeitsdauer inklusive Herstellungstag bei diesem Produkt 24 Tage wäre, welches durch die vorliegenden Prüfberichte bzw Gutachten (G- LV_2015_10_001457 FOC vom 07.11.2015, G- LV_2016_06_000901 FOC vom 27.06.2016, G- LV_2016_02_000262 FOC vom 15.03.2016 bzw. G2015/4878 vom 10.12.2015) belegt wurde, kann diese Übertretung nicht entschuldigt werden. Diese zur

Unterstützung beigebrachten Gutachten (Charge 282 und Charge 315) befunden beide nicht idente Chargen zum beanstandeten Produkt (Foto, Anhang 7von 7, Charge 267 16:02 P268). Es wurde nicht dargelegt, dass die Herstellung des beanstandeten Produktes, vorgefunden am 30.09.2015 in der Kommissionshalle, unter denselben Bedingungen und Umständen erfolgte, wie bei den geprüften Produktproben. Tatsache ist, dass Produkt jedoch am Ende der deklarierten Mindesthaltbarkeitsfrist nicht lagerfähig war. Es liegt damit schuldhaftes Verhalten vor.

Mikrobiologische Parameter sind nicht Gegenstand des Gutachtens. Die mikrobiologischen Werte müssen nicht mit den sensorischen Befunden übereinstimmen (zB der Fettverderb hat massiv sensorischen Einfluss auf das Produkt, aber mikrobiologisch selten eine Auswirkung).

Weiters wurde von der Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH Wien festgestellt, dass bei dem Produkt mit der Bezeichnung "Puten Polnische" das Verhältnis Wasser:Eiweiß 4,0+/-0,2 betrug. Mit dem getätigten Vorbringen vom 11.02.2016, es wäre bereits eine Rezepturanpassung vorgenommen worden, wurde dieser angelastete Sachverhalt nicht in Abrede gestellt und auch nicht glaubhaft gemacht, dass Sie an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft.

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 in der Aufforderung vom 28.01.2016 geschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnissen auszugehen. Der Einschätzung der Behörde wurde nicht widersprochen. Bei der Strafbemessung waren mehrere einschlägige Vormerkungen erschwerend.

Im Hinblick auf den vorgegebenen Strafrahmen bei Übertretungen gemäß § 90 Abs. 3 Z. 1 und § 90 Abs. 1 Z. 2 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.
Die Vorschreibung des Verfahrenskostenbeitrages gründet in der bezogenen Gesetzesstelle.“

II.1. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf durch seinen Vertreter mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 rechtzeitig Beschwerde. In der Sache wurde der folgende Standpunkt vertreten:

„Gegen die oben genannte Straferkenntnis möchte ich mit folgender Begründung Beschwerde erheben.

Zum Produkt Puten-Frankfurter:

Die Gesamthaltbarkeitsdauer bei diesem Produkt war inklusiv Herstellungstag 24 Tage.

Die von uns vergebene Gesamthaltbarkeitsdauer ist aus unserer Sicht in Ordnung. Dies wurde bereits im Februar 2016 durch 2 Prüfberichte bzw. Gutachten belegt. (Gutachten Nr. G2015/4878 Hygienicum & Prüfbericht G-LV_2015_10_001457 FOC)

Die Herstellung des beanstandeten Produktes, welches am 30.09.15 bei uns in der Kommisionierhalle vorgefunden wurde erfolgte unter denselben Bedingungen und Umständen wie bei der geprüften Produktprobe.

Zum Produkt Puten-Polnische:

Das erhöhte Verhältnis Wasser: Eiweiß war wahrscheinlich auf die Verwendung von Putenbrust mit zu hohem Wassergehalt zurückzuführen. Da der Wassergehalt der Putenbrust nicht gemessen wird kann hier nicht von einem vorsätzlichen Vorgehen gesprochen werden.
Wie im Februar 201 G mitgeteilt, wurde eine Anpassung der Rezeptur durchgeführt.
Eine Untersuchung auf Wasser : Eiweiß Verhältnis beim Produkt Puten Polnische wurde am 04.03.2016 durch ein externes Labor durchgeführt. Das Ergebnis ist: Wasser:Eiweiß-Verhältnis 3,3 und ist somit in Ordnung (Prüfbericht liegt als Anhang bei)

Aus diesem Grund sehen wir die Höhe der Straferkenntnis für nicht gerechtfertigt an.“

II.2. Die belangte Behörde hat dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung vorgelegt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter (§ 2 VwGVG) zu entscheiden.

III.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Beschwerde und den vorgelegten Verwaltungsstrafakt. Daraus ergibt sich, dass der von der belangten Behörde dargestellte Sachverhalt im Wesentlichen unbestritten feststeht. In Bezug auf Spruchpunkt 1. stellt sich nur die Rechtsfrage gemäß dem § 5 Abs 1 Satz 2 VStG, ob dem Bf durch die im Rahmen der Eigenkontrolle eingeholten Lebensmittelgutachten zur Haltbarkeitsfrist des Produkts die Entlastung gelungen ist oder nicht, und hinsichtlich Spruchpunkt 2 wird mit der Beschwerde nur die Strafhöhe bekämpft. Eine öffentliche mündliche Verhandlung konnte im Grunde des § 44 Abs 2 und Abs 3 Z 2 VwGVG entfallen.

III.2. Aus der Aktenlage ergibt sich der folgende wesentliche S a c h v e r h a l t :

III.2.1. Feststellungen zu Spruchpunkt 1.:

Grundsätzlich kann zum Sachverhalt auf die unstrittige Tatsachengrundlage im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses verwiesen werden. Im Folgenden werden zur Vermeidung von Wiederholungen nur ergänzende Klarstellungen zu den amtlichen Untersuchungszeugnissen der AGES und den vorgelegten Lebensmittelgutachten vorgenommen.

Eine amtliche Probe bestehend aus 5 Packungen des Produkts „Puten Frankfurter“ (Herstellungsdatum 24.09.2015; Probenahme am 30.09.2015 um 08:05 Uhr) wurde am 2.10.2015 um 08:00 Uhr mit Probentransport dem Institut für Lebensmittelsicherheit Wien der AGES mit einer Eingangstemperatur von 4°C überbracht. Dem Prüfbericht zur Probenummer: 15108263-001 ist die Bildung von vier gesondert untersuchten Teilproben mit folgenden Bezeichnungen bzw Zuordnungen zu entnehmen: ORIG: Originalprobe, XLV0: Untersuchung beim Einlangen der Probe, XLV1: Untersuchung nach dem Lagerversuch und XLV9: Untersuchung nach dem Lagerversuch. Diese Kurzbezeichnungen werden in der Folge leider nicht konsequent verwendet.

Die für die Untersuchung beim Einlangen vorgesehene Teilprobe (XLV0) ergab mikrobiologisch keine Beanstandung. Bei der Sinnenprüfung dieser Teilprobe wird Geruch und Geschmack als unauffällig angegeben. Für die Untersuchung nach dem Lagerversuch (Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums) waren zwei Teilproben (XLV1 und XLV9) vorgesehen, die im Prüfbericht gesondert untersucht wurden. Für die Parameter in der mikrobiologischen Untersuchung der Teilproben nach dem Lagerversuch werden im Prüfbericht identische Werte ausgewiesen. Auch für die beim Einlangen untersuchte Teilprobe (XLV0) sind überraschenderweise dieselben Werte angeführt.

Nur in Bezug auf die Sinnenprüfung unterscheiden sich die Teilproben. Bei der Untersuchung nach dem Lagerversuch wird eine der vorgesehenen Teilproben, und zwar die im Prüfbericht zuerst angeführte (ob XLV1 oder XLV9 wird nicht ausdrücklich angeführt) hinsichtlich Geruch und Geschmack als unauffällig bezeichnet. Bei der zweiten Teilprobe für die Untersuchung nach dem Lagerversuch wird nach sensorischer Untersuchung durch eine Kommission von drei Verkostern einhellig der Geruch als „mäßig unrein-alt“ und der Geschmack als „leicht unrein-alt“ beanstandet.

Nach dem Gutachten auf Grund des Prüfberichts/Befundes zum Amtlichen Untersuchungszeugnis der AGES vom 13.11.2015, Auftragsnummer 15108263, weist die Probe nach Lagerung bis zum Ende der deklarierten Haltbarkeitsfrist bei einer Packung des Produkts (gemeint: bei einer der aus der amtlichen Probe gebildeten Teilproben für die Untersuchung nach dem Lagerversuch) abwegige Geruchs- und Geschmackseigenschaften (leicht-mäßig unrein-alt) auf. Die Probe habe eine erhebliche Minderung ihrer spezifischen wertbestimmenden Eigenschaft (Frische) erfahren und sei daher zum Zeitpunkt des Ablaufes der

Mindesthaltbarkeit nach den Allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs. 5 Z 4 LMSVG als wertgemindert zu beurteilen. Die Aufbrauchsfrist sei demnach zu lange bemesse und somit eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware. Die Probe widerspreche somit auch den Bestimmungen des Art 7 Absatz 1 lit a der Verordnung (EU) Nr.1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel idgF.

Die Aussagen des Gutachtens beziehen sich entgegen der wiederholt missverständlichen Formulierung („die Probe“) nicht auf die gesamte Menge der amtlichen Probe (Probemenge bestand aus 5 Packungen des ggst. Produkts!) sondern nur auf eine der beiden Teilproben (Packungen) für die Untersuchung nach dem Lagerversuch. Dies ergibt sich zwingend aus dem zitierten Prüfbericht in Verbindung mit dem Einleitungssatz des Gutachters, der einschränkend wie folgt formuliert wurde: *„Die vorliegende Probe ... weist nach Lagerung ... bei einer Packung abwegige Geruch- und Geschmackseigenschaften ... auf.“* (Hervorhebung nicht im Original).

In der Stellungnahme des Qualitätsmanagers und Vertreters des Bf vom 11. Februar 2016 zum Untersuchungszeugnis der AGES wird zum Ergebnis der mikrobiologischen Untersuchung angemerkt, dass alle ermittelten Werte unter den Richtwerten der Fachgruppe Lebensmittelmikrobiologie und –hygiene der Deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie (DGHM) liegen. Zum Beleg für die angenommene Gesamthaltbarkeitsdauer inklusive Herstellungstag von 24 Tagen wird auf zwei im Rahmen der Eigenkontrolle zum gleichen Produkt, hergestellt in anderer Charge, eingeholte Gutachten hingewiesen, die im angefochtenen Straferkenntnis wiedergegeben werden.

Im Prüfbericht und Gutachten zu G-LV_2015_10_001457 vom 7.11.2015 des Dr. med.vet. T R, Fachtierarzt für Lebensmittel und autorisierter Lebensmittelgutachter nach § 73 LMSVG in St. Martin/Innkreis, wird für das Produkt „Puten Frankfurter“ (Produktionsdatum 9.10.2015; Haltbarkeitsdatum 3.11.2015) nach Ablauf der Haltbarkeitsfrist keine sensorische Beeinträchtigung, sondern ein arteigener und produkttypischer Charakter festgestellt. Die bakteriologische Untersuchung habe durchschnittlich gute Werte mit Keimzahlen in dem zu erwartenden Bereich ergeben. Das Ergebnis der sensorischen Beurteilung decke sich mit dem Befund der mikrobiologischen Untersuchung.

Mit dem Gutachten samt Prüfbericht Nr.: G2015/4878 vom 10.12.2015 des HYGIENICUM® (Institut für Mikrobiologie und Hygiene-Consulting GmbH in Graz, Robert-Viertl-Straße 7) wird für das Produkt „Puten Frankfurter“ (Haltbarkeit bis 3.12.2015; Probenahme 12.11.2015) am Ende der angegebenen Mindesthaltbarkeitsfrist die mikrobiologische und sensorische Unbedenklichkeit der Probe bescheinigt. Nach Ablauf dieser Frist waren die für die untersuchten

Keime bzw Parameter angeführten DGHM-Richtwerte meist deutlich unterschritten. Die DGHM-Warnwerte wurden bei weitem nicht erreicht.

In der eingeholten Stellungnahme des Gutachters der AGES wird darauf hingewiesen, dass mikrobiologische Werte nicht mit den sensorischen Befunden übereinstimmen müssen. So habe der Fettverderb massiv sensorischen Einfluss aber mikrobiologisch selten ein Auswirkung auf das Produkt. Diese wohl zutreffende Fachmeinung kann auch nach den vorgelegten Gutachten nicht bezweifelt werden. Hinsichtlich der beigebrachten Gutachten entgegnete der Gutachter der AGES ebenfalls zutreffend, dass beide nicht idente Chargen zum beanstandeten Produkt betreffen. Deshalb bleibe das Gutachten vollinhaltlich aufrecht.

Mit der Beschwerde hat der Vertreter des Bf zwei weitere Gutachten des Dr. med.vet. T R, Fachtierarzt für Lebensmittel und autorisierter Lebensmittelgutachter nach § 73 LMSVG in St. Martin/Innkreis, zur Verkehrsfähigkeit des Produkts „Puten Frankfurter“ vom 15.03.2016 (G-LV_2016-02-000262) und vom 27.06.2016 (G-LV_2016_06-000901). In beiden Gutachten wird nach Ablauf der Haltbarkeitsfrist die mikrobiologische und sensorische Unbedenklichkeit des Produkts zum Ausdruck gebracht. Die Keimzahlen lagen im Erwartungsbereich und der produkttypische Charakter deckte sich mit dem Befund der mikrobiologischen Untersuchung.

III.2.2. Sachverhalt nach Spruchpunkt 2.:

Der Spruchpunkt 2. ist bis auf die Strafhöhe rechtskräftig geworden. Der Vollständigkeit halber wird der von der Behörde angenommene Sachverhalt im Folgenden wiedergegeben:

Das Amtliche Untersuchungszeugnis der AGES vom 13.11.2015 zu Auftragsnummer 15108262 (Probenummer 15108262-001) betrifft die ebenfalls am 30.09.2015 entnommene amtliche Probe des Produkts „Puten Polnische“, bei der die chemisch-physikalische Untersuchung zum Verhältnis Wasser : Eiweiß einen Wert von 4,0 +/– 0,2 ergab. Der Gutachter der AGES beanstandete dieses Verhältnis unter Hinweis auf die Überschreitung des Grenzwerts von 3,3 (Toleranz 0,2) für „Puten Polnische“ im Österreichischen Lebensmittelbuch nach dem Kapitel B 14, Unterkapitel G (Grenzwerte) Punkt G.1.2.9. (Geflügelfleischerzeugnisse). Die Probe wurde nach den Anforderungen des § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG als verfälscht beurteilt.

III.2.3. Beweiswürdigung

Die getroffenen Tatsachenfeststellungen sind aus der Aktenlage eindeutig abzuleiten und gründen auf den zitierten Urkunden. Der wesentliche Sachverhalt steht unbestritten fest.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

IV.1 Strafverfahren zu Spruchpunkt 1

IV.1.1. Rechtsvorschriften

Gemäß § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG (BGBl I Nr. 13/2006, zuletzt geändert mit BGBl I Nr. 67/2014) begeht eine Verwaltungsübertretung, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, und ist nach dem letzten Halbsatz mit Geldstrafe bis zu 50.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen,

wer den 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.

Gemäß § 4 Abs 1 LMSVG sind die in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union samt Änderungsverordnungen und Durchführungsvorschriften im Rahmen des LMSVG zu vollziehen. In Teil 1 Z 39 der Anlage wird die Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (kurz: LMIV) genannt.

Gemäß dem Art 7 Abs 1 lit a) der LMIV dürfen Informationen über Lebensmittel in Bezug auf seine Eigenschaften nicht irreführend sein, insbesondere in Bezug auf Art, Identität, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprungsland oder Herkunftsort und Methode der Herstellung oder Erzeugung des Lebensmittels.

Gemäß § 5 Abs 2 LMSVG ist es verboten, Lebensmittel mit zur Irreführung geeigneten Angaben in Verkehr zu bringen oder zu bewerben. Nach der Definition des § 5 Abs 2 Z 1 LMSVG sind darunter zur Täuschung geeignete Angaben über die Eigenschaften des Lebensmittels wie Art, Identität, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung oder Herkunft und Herstellung oder Gewinnungsart.

Nach dem der Sache nach auch für Österreich einschlägigen deutschen Kommentar zur EU-Lebensmittelinformationsverordnung (vgl näher *Voith/Grube*, LMIV-Kommentar[2] [2016] Art 24 Rz 22) können die von der Fachgruppe

Lebensmittelmikrobiologie und –hygiene der Deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie (DGHM) empfohlenen mikrobiologischen Richt- und Warnwerte zur Beurteilung von Lebensmitteln einen Anhaltspunkt für das Ende der Haltbarkeit geben. Dabei geben Richtwerte eine Orientierung, welches produktspezifische Mikroorganismenspektrum zu erwarten und welche Mikroorganismengehalte bei Einhaltung einer guten Hygienepraxis akzeptabel sind. Warnwerte geben Mikroorganismengehalte an, deren Überschreitung einen Hinweis darauf gibt, dass die Prinzipien einer guten Hygiene- und/oder Herstellungspraxis verletzt wurden.

Zur Täuschung geeignet ist eine Information dann, wenn sie den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entspricht und bei den angesprochenen Verkehrskreisen unrichtige Vorstellungen über das Produkt erwecken kann (vgl näher zum Ganzen *Voith/Grube*, LMIV-Kommentar[2] [2016] Art 7 Rz 45 ff ; *Blass ua*, LMR[3] [2007] LMSVG § 5 Rz 10 ff).

Allein der Umstand, dass die Haltbarkeitsdauer nicht erreicht wird, begründet noch keine Vermutung für die Annahme, der Hersteller habe irreführende Angaben über die Haltbarkeit des Lebensmittels gemacht. Denn die Wertminderung des Lebensmittels innerhalb der Haltbarkeitsfrist kann auch andere Ursachen haben, die nicht der Hersteller zu verantworten hat. So kann etwa eine unsachgemäße Handhabung und mangelhafte Kühlung im Bereich der Verantwortung anderer Unternehmer (Transport, Einzelhandel) oder auch des Verbrauchers selbst liegen. Eine falsche Bemessung der Haltbarkeitsfrist durch den Hersteller wird allerdings durch gehäufte Fälle der Nichterreichung der Haltbarkeitsdauer indiziert (vgl *Voith/Grube*, LMIV-Kommentar[2] [2016] Art 7 Rz 215).

IV.1.2. Allgemeines zur Verschuldensfrage

Die belangte Behörde geht davon aus, dass das unter Vorlage von Gutachten erstattete Vorbringen des Bf zur Gesamthaltbarkeitsdauer von 24 Tagen (inkl. Produktionstag) nicht entschuldigen könne und verweist begründend auf den schon von der AGES betonten Umstand, dass die beigebrachten Gutachten nicht idente Chargen zu jener des beanstandeten Produkts betreffen. Es sei nicht dargelegt worden, dass die Herstellung des beanstandeten, am 30.09.2015 vorgefundenen Produkts unter denselben Bedingungen und Umständen erfolgte wie die geprüften Produktproben. Tatsache sei, das Produkt sei am Ende der Mindesthaltbarkeitsfrist nicht mehr lagerfähig gewesen. Damit liege schuldhaftes Verhalten vor. Die Behörde wiederholte im Wesentlichen den Standpunkt des Gutachters der AGES. Die Beschwerde verweist dazu nur auf die im Februar 2016 vorgelegten Gutachten und behauptet ohne weitere Erläuterungen, dass das am 30.09.2015 vorgefundene Produkt unter denselben Bedingungen und Umständen wie die geprüften Produktproben hergestellt worden wäre.

Diese Behauptung in der Beschwerde kann mit den vom Bf vorgelegten Gutachten nicht bewiesen werden, handelte es sich doch tatsächlich nicht um die Herstellung des Produkts im Rahmen derselben (= identischen) Charge 267 (vgl Kopie der Packungsaufschrift zum AGES-Prüfbericht Nr. 15108263). Dafür hätte es der Untersuchung einer amtlichen Gegenprobe bedurft. Auf die Ausfolgung einer solchen wurde aber laut Probenbegleitschein des Aufsichtsorgans verzichtet. Es kann in den beigebrachten Gutachten zu G-LV_2015-10-10_0011457 betreffend Probenahme am 15.10.2015 aus Charge 282 und zu G2015/4878 betreffend Probenahme am 15.10.2015 aus Charge 315 bestenfalls um unter vergleichbaren Bedingungen hergestellte Chargen gehen. Die Beweiskraft dieser zeitlich erst nach der Probenahme des beanstandeten Produkts in Auftrag gegebenen Gutachten auf Basis späterer Probenahmen in Bezug auf den gegenständlichen Vorwurf ist sachlich beschränkt zu sehen, kann man doch gerade nicht als selbstverständlich davon ausgehen, dass die Herstellung unter völlig gleichartigen Umständen erfolgt ist. Davon scheint aber die Beschwerde ohne weiteres auszugehen.

Allerdings durfte die belangte Behörde auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen bzw der wiedergegeben Stellungnahme des Gutachters der AGES auch nicht so pauschal von schuldhaftem Verhalten ausgehen. Diese Annahme der belangten Behörde war voreilig und entbehrt einer überzeugenden Begründung. Es werden dabei aus dem Prüfbericht der AGES ableitbare tatsächliche Umstände, die zugunsten des Bf zu beachten gewesen wären, übersehen.

IV.1.3. Aussagekraft des AGES Gutachtens über „Puten Frankfurter“

Wie oben zum Sachverhalt festgestellt (vgl oben III.2.1.), hat die AGES nach dem Prüfbericht des Amtlichen Untersuchungszeugnisses vom 13.11.2015 (Auftragsnummer 15108263) aus der amtlichen Probe, (bestehend aus 5 Packungen des Produkts) Teilproben für verschiedene Untersuchungsbereiche gebildet. Für die Untersuchung nach dem Lagerversuch entsprechend der angegebenen Haltbarkeitsfrist waren zwei Teilproben (XLV1 und XLV9) bzw Packungen der „Puten Frankfurter“ vorgesehen worden, die vom Aufsichtsorgan im Betrieb des Herstellers zwangsläufig aus derselben Charge als Teile der amtliche Probe entnommen und eingereicht worden waren. Für diese beiden Packungen weist der Prüfbericht völlig gleiche Werte beim mikrobiologischen Befund, aber eine unterschiedliche Sinnenprüfung aus. Während bei einer Teilprobe Geruch und Geschmack als unauffällig bezeichnet werden, ergab die sensorische Beurteilung der anderen Teilprobe beim Geruch „mäßig unrein-alt“ und beim Geschmack „leicht unrein-alt“.

Dieses unterschiedliche Ergebnis für zwei unter denselben Bedingungen, insbesondere mit gleichem Wareneinsatz, hergestellte Packungen der gleichen Charge betrifft, ist doch ziemlich ungewöhnlich. Auch wenn die mikrobiologischen Werte den sensorischen Befund nicht zwingend bestätigen müssen (arg.:

Fettverderb hat wenig Einfluss auf mikrobiologische Werte), kann man nicht so tun, als gäbe es keinerlei sachlichen Zusammenhang. Wäre dies der Fall, hätte beispielsweise der gemäß § 73 LMSVG autorisierte Lebensmittelgutachter Dr. med.vet. T R in den vorgelegten Gutachten wohl nicht darauf hingewiesen, dass sich das Ergebnis der sensorischen Beurteilung mit dem mikrobiologischen Befund decke.

Auch wenn man die im Prüfbericht angegebenen Ergebnisse der mikrobiologischen Untersuchung der Teilproben beim Einlangen (XLV0) und nach dem Lagerversuch (XVL1 und XVL9) betrachtet, fällt auf, dass für die Teilproben bei den untersuchten Keimen weitgehend gleiche Werte ausgewiesen sind. Auch die untersuchte Teilprobe beim Einlangen weist (bis auf die Milchsäurebakterien) Werte wie nach dem Lagerversuch auf, obwohl im Allgemeinen nach rund zwei Wochen Lagerversuch (Haltbarkeitsfrist bis 17.10.2015) nach dem Einlangen der amtlichen Probe (2.10.2015) eher höhere Keimzahlen zu erwarten sind.

Auch wenn der Prüfbericht mangels einer untersuchten amtlichen Gegenprobe nicht widerlegt werden kann, ist doch so mancher Zweifel in Bezug auf das zitierte amtliche Untersuchungszeugnis aufgekommen, das in sich nicht ganz stimmig ist. Die Aussagen im Gutachten der AGES erscheinen zumindest relativierbar. Wie in der Rechtfertigung vom Qualitätsmanager und Vertreter des Bf vorgebracht, sind die schlechten Ergebnisse der Sinnenprüfung bei einer der untersuchten Teilproben nach dem Lagerversuch in Anbetracht der sonstigen Daten aus dem Prüfbericht nicht gut nachvollziehbar. Es gibt keine Indizien, die die negative sensorische Beurteilung stützen, sondern eher nur gegenteilige Hinweise.

Auch wenn die kommissionelle sensorische Beurteilung einer der Teilproben nicht widerlegt werden kann, trifft die Verallgemeinerung im Gutachten der AGES, dass „die Probe“ (schlechthin) eine erhebliche Minderung ihrer spezifischen wertbestimmenden Eigenschaften erfahren habe, nicht zu, weil dies nur für eine der beiden untersuchten Teilproben nach dem Lagerversuch aus dem Prüfbericht ableitbar ist. Demnach ist das Ergebnis der Sinnenprüfung nicht als repräsentativ für die ganze amtliche Probe anzusehen und wurde der Widerspruch, dass die zweite Teilprobe bei der Untersuchung nach dem Lagerversuch gänzlich unbeanstandet geblieben ist, vom Gutachter in seiner Stellungnahme zur Rechtfertigung des Bf nicht einmal behandelt, geschweige denn ausgeräumt.

IV.1.4. Zur Entlastung beim Ungehorsamsdelikt

Zuwiderhandlungen gegen Verordnungen im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Lebensmitteln sind als Ungehorsamsdelikte iSd § 5 Abs 1 Satz 2 VStG anzusehen, weil sich der Tatbestand im Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder Gebot erschöpft, ohne dass der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt wird.

Der erkennende Richter vertritt die Auffassung, dass die aufgezeigten Ungereimtheiten des Gutachtens der AGES zugunsten des Bf im Rahmen seiner Entlastungspflicht beim Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs 1 Satz 2 VStG ins Gewicht fallen und Berücksichtigung finden müssen.

Auf Grund der dargestellten Umstände, die die Aussagekraft des AGES-Gutachtens erheblich relativieren, und im Grunde der zumindest indiziellen Bedeutung der vom Bf vorgelegten, zeitnah eingeholten Lebensmittelgutachten (Probenahme Mitte Oktober 2015), mit denen für das gleiche, wenn auch kurze Zeit später produzierte Produkt die Unbedenklichkeit der Haltbarkeitsfrist von 24 Tagen bescheinigt wird, ist davon auszugehen, dass der Bf insgesamt glaubhaft machen konnte, dass ihn an einer allfälligen objektiv eingetretenen Wertminderung bei einer Teilprobe kein Verschulden trifft, weil es sich dabei nur um eine nicht vorhersehbare, singuläre Ausnahme handeln konnte, deren Ursachen unbekannt sind. Es sprechen nämlich alle vorgelegten Lebensmittelgutachten ganz klar dafür, dass die produzierte Ware zum Ende der Haltbarkeitsfrist noch den produkttypischen Charakter aufweist und damit auch den sensorischen Anforderungen entspricht. Zwei mit der Stellungnahme vom 28.11.2016 vorgelegte, im Rahmen der Eigenkontrolle eingeholte weitere Lebensmittelgutachten des Dr. med.vet. T R vom 15.03.2016 (G_LV-2016-02-00262) und vom 27.06.2016 (G-LV_2016_06_000901) bescheinigen abermals die Verkehrsfähigkeit des Produkts „Puten Frankfurter“.

Nach Ansicht des erkennenden Richters sprechen die Umstände des Falles im Zusammenhang mit der Rechtfertigung des Bf zumindest für die Annahme dass der Bf entsprechend dem § 5 Abs 1 Satz 2 VStG glaubhaft machen konnte, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dabei konnte offen bleiben, ob das Untersuchungsergebnis der AGES richtig war oder nicht. Eine nachträgliche sachverständige Überprüfung ist mangels vorhandener Gegenprobe nicht mehr möglich. Sie ist auch nicht erforderlich, weil dem Bf zumindest der Beweis des mangelnden persönlichen Verschuldens gelungen ist.

IV.1.5. Im Ergebnis war daher das Straferkenntnis im Spruchpunkt 1. aufzuheben und mangels einer strafbaren Verwaltungsübertretung gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs 9 VwGVG jegliche Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens in Bezug auf Spruchpunkt 1. Insofern entfällt auch die Verpflichtung zum Ersatz von Untersuchungskosten nach § 71 Abs 3 LMSVG, die ein aufrechtes Straferkenntnis voraussetzt.

IV.2. Strafverfahren nach Spruchpunkt 2.

IV.2.1. Rechtskraft des Schuldspruchs

Im Beschwerdeverfahren zum Produkt „Puten Polnische“ hat der Bf das überhöhte Verhältnis Wasser : Eiweiß von 4,0 im Verfahren zugestanden und dies auf die Verwendung von Putenbrüsten mit überhöhtem Wassergehalt zurückgeführt. Es könne aber nicht von vorsätzlichem Vorgehen gesprochen werden. Man habe die Rezeptur angepasst und eine spätere Prüfung durch ein externes Labor am 4.03.2016 habe ein Wasser : Eiweiß Verhältnis von 3,3 ergeben (vgl HYGIENICUM®-Prüfbericht v 11.03.2016).

Mit der Beschwerde wird nicht der Schuldspruch, sondern die Höhe der Strafe bekämpft (arg.: *„Aus diesem Grund sehen wir die Höhe der Straferkenntnis für nicht gerechtfertigt an.“*).

Der Spruchpunkt 2 ist demnach bis auf die Strafhöhe rechtskräftig geworden. Zum wesentlichen Sachverhalt kann daher auf die dem rechtskräftigen Schuldspruch wegen Übertretung des § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG zugrunde liegenden Feststellungen der belangten Behörde verwiesen werden.

IV.3. Strafbemessung zu Spruchpunkt 2.

IV.3.1. Allgemeines

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 leg cit sind im ordentlichen Verfahren 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, Zl. 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine

Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.
Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs 3 leg cit ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl § 34 StGB).

IV.3.2. Strafbemessung fallbezogen

Die belangte Behörde hat dem Bf mit Schreiben vom 22.11.2016 aufgefordert seien Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten bekannt zu geben, widrigenfalls von einem monatliche Einkommen von 2.000 Euro, keinem (relevanten) Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgegangen werde. Der Bf hat zu seinen persönlichen Verhältnissen kein Vorbringen erstattet, weshalb die Behörde von ihrer dem Bf mitgeteilten vorsichtigen Schätzung ausgehen konnte. Diese Annahmen gelten mangels Äußerung dazu auch im Beschwerdeverfahren.
Die belangte Behörde stellte keine Milderungsgründe fest und wertete einige einschlägige Vormerkungen als erschwerend. Nach dem aktenkundigen Verzeichnis der belangten Behörde scheinen über 35 Vorstrafen des Bf wegen Übertretungen des LMSVG auf.

Beim Straftatbestand des § 90 Abs 1 Z 2 LMSVG, der u.a. das Inverkehrbringen verfälschter Lebensmittel, ohne diesen Umstand deutlich kenntlich zu machen, mit Strafe bedroht, ist nach dem § 90 Abs 1 leg.cit. ein Grundstrafrahmen einer

Geldstrafe bis 50.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Wochen vorgesehen. Bei vorsätzlichen Verstößen gegen § 90 Abs 1 Z 2 LMSVG, die in Kenntnis der Rechtswidrigkeit begangen werden, ist eine Mindestgeldstrafe von 700 Euro und bei Wiederholung von 4.000 Euro vorgeschrieben.

Einen echten Wiederholungsfall, der den Strafrahmen bis 100.000 Euro bedingen würde, hat die belangte Behörde nicht festgestellt. Das Gericht kann dem Verwaltungsvorstrafenverzeichnis auch keine vorangegangene Übertretung nach § 90 Abs 1 Z 2 LMSVG entnehmen. Andere vorhandene Vormerkungen nach § 90 Abs 1 Z 1 LMSVG beruhen aber auf der gleichen schädlichen Neigung (vgl zum Begriff § 71 StGB). Diese einschlägige Strafnorm will den Verbraucher auch vor dem Inverkehrbringen von Lebensmitteln mit irreführenden Angaben schützen. Sie hat demnach einen ähnlichen Schutzzweck wie die Z 2 und geht es um das gleiche Rechtsgut der Zuverlässigkeit und Sicherheit von Lebensmitteln, die in Verkehr gebracht werden. Die Strafbehörde hat daher grundsätzlich mit Recht einige Vormerkungen als straferschwerend gewertet.

Bei der Strafbemessung war im gegebenen Fall von einem Grundstrafrahmen bis zu 50.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe bis 6 Wochen) nach dem § 90 Abs 1 LMSVG auszugehen, wobei auch mehrere Vorstrafen nach dem LMSVG erschwerend ins Gewicht fallen.

Zur verhängten Strafhöhe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) ist anzumerken, dass diese nur 1% (von 50.000 Euro) des Grundstrafrahmens ausmacht und sich damit absolut im untersten Bereich befindet. Sie kann vom Bf schon wegen seiner zahlreichen Vorstrafen nicht als unangemessen beanstandet werden. Mit dem Hinweis der Beschwerde auf fehlenden Vorsatz ist für den Bf nichts gewonnen, weil im Verwaltungsstrafrecht nach § 5 Abs 1 VStG grundsätzlich schon Fahrlässigkeit für die Strafbarkeit genügt, wenn die Verwaltungsvorschrift nicht (ausnahmsweise) Anderes bestimmt. Vorsätzliches Verhalten bedeutet daher meist einen Erschwerungsgrund, aber das Nichtvorliegen von Vorsatz noch keinen Milderungsgrund. Im § 90 Abs 1 Satz 2 LMSVG ist bei Vorsatz sogar eine Mindeststrafe vorgesehen.

Eine Herabsetzung der gegenständlich verhängten milden Strafe erscheint mit Rücksicht auf die gegebenen Strafzumessungsgründe nicht vertretbar. Bei dieser geringen Strafe spielen auch ungünstige persönliche Verhältnisse keine Rolle mehr. Es bedarf jedenfalls auch aus spezialpräventiven Überlegungen der Geldstrafe, um den Bf künftig von gleichartigen Übertretungen abzuhalten. Auch gegen die Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden bestehen keine Bedenken.

IV.3.3. Im Ergebnis war somit die Beschwerde wegen der Strafhöhe im Spruchpunkt 2. als unbegründet abzuweisen und der Strafausspruch der belangten Behörde zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf im Strafverfahren nach Spruchpunkt 2. zusätzlich zu den Kosten vor der belangten Behörde gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG ein weiterer Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in der Höhe von 100 Euro (das sind 20 % der Geldstrafe) vorzuschreiben.

Zur Klarstellung sei noch darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung gemäß § 71 Abs 3 LMSVG zum Ersatz der von der Behörde aufgeteilten Kosten der Lebensmitteluntersuchung der AGES hinsichtlich des rechtskräftigen Schuldspruchs nach Spruchpunkt 2 des Straferkenntnisses aufrecht bleibt.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Der wesentliche Sachverhalt war unbestritten und der Aktenlage zu entnehmen. Fragen der einzelfallbezogenen Beurteilung durch das Verwaltungsgericht stellen idR keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung dar (vgl etwa VwGH 08.01.2015, Zl. Ra 2014/08/0064, VwGH 26.02.2015, Zl. Ra 2015/07/0028). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

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. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. 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

Dr. W e i ß