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

Geschäftszeichen:

LVwG-000293/9/Gf/RoK

Linz, 13. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde des Mag. M. K., vertreten durch RA Dr. G. P., gegen das wegen Übertretungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes ergangene Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von Braunau am Inn vom 20. März 2018, Zl. SanRB96-32-2017,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG insoweit stattgegeben, als einerseits die Spruchpunkte 1. bis 4.a) des angefochtenen Straferkenntnisses aufgehoben werden und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit nach § 38 VwGVG i.V.m. § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG eingestellt sowie andererseits die zu Spruchpunkt 4.b) des angefochtenen Straferkenntnisses verhängte Geldstrafe auf 100 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 12 Stunden herabgesetzt wird; im Übrigen wird die Beschwerde jedoch als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß 52 Abs. 8 VStG keinen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich zu leisten; der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde ermäßigt sich nach § 64 Abs. 2 VStG auf 10 Euro und das Kostenersatzbegehren der AGES i.S.d. § 71 Abs. 3 LMSVG auf 134,30 Euro.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a VwGG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Verfahren vor der belangten Behörde

1. Mit Schreiben des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung vom 12. Mai 2017, Zl. 2016-81707-ANZE, wurde wegen des Verdachtes von Übertretungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (im Folgenden auch: LMSVG) eine Anzeige an die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (im Folgenden auch: BH Braunau bzw. belangte Behörde) erstattet. Danach habe ein Lebensmittelaufsichtsorgan anlässlich einer am 21. März 2017 um 12:50 Uhr in einer in 5280 Braunau am Inn situierten Filiale durchgeführten Kontrolle der GmbH des Beschwerdeführers (im Folgenden auch: Bf. bzw. Rechtsmittelwerber) mehrere Proben der vom Unternehmen des Bf. dorthin gelieferten Waren (nämlich: Kunststofftrinkflaschen mit jeweils unterschiedlichem Motivaufdruck) entnommen und diese hierauf der „Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH“ (im Folgenden: AGES) zur Begutachtung übermittelt.

Der Anzeige waren das Probenbegleitschreiben vom 21. März 2017 und die Untersuchungszeugnisse der AGES vom 13. April 2017, Zl. 17029400, vom 13. April 2017, Zl. 17029401, vom 13. April 2017, Zl. 17029403, und vom 25. April 2017, Zl. 17029404 (im Folgenden auch kurz: Gutachten der AGES), beigelegt.

Aus diesen Gutachten ergebe sich laut Anzeige, dass die Trinkflaschen jeweils laut Gebrauchsanweisung des Herstellers gereinigt und anschließend temperaturangepasst (40° C) mit (als Lebensmittelsimulanz bzw. wässrige Migrationslösung dienendem abgekochtem) Leitungswasser befüllt worden seien. Danach seien von drei Testpersonen in Bezug auf die organoleptische Prüfung der wässrigen Migrationslösungen in acht beprobten Trinkflaschen einerseits „1 = gerade wahrnehmbare Geruchsabweichungen (noch schwierig definierbar)“ (insgesamt fünf Flaschen) bzw. „0 = keine wahrnehmbaren Geruchsabweichungen“ (insgesamt drei Flaschen) sowie andererseits „2 = schwache Geschmacksabweichungen“ (insgesamt drei Flaschen) bzw. „3 = deutliche Geschmacksabweichung“ – und zwar jeweils „kunststoffartig“ (insgesamt fünf Flaschen) – festgestellt worden. Da sämtliche Trinkflaschen einen kunststoffartigen Geruch bzw. eine Geschmacksabweichung nach Kunststoff aufgewiesen hätte(n), seien diese sohin geeignet gewesen, Lebensmittel derart nachteilig zu beeinflussen, dass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet gewesen wären. Außerdem habe eine dieser Trinkflaschen die nach Art. 15 lit. c und lit. d der Verordnung (EG) 1935/2004 erforderliche Kennzeichnung nicht aufgewiesen.

2. In der Folge hat die belangte Behörde den Bf. mit Schreiben vom 18. Juli 2017, Zl. SanRB96-32-2017, dazu aufgefordert, sich zu diesem Tatvorwurf zu rechtfertigen.

3. In seiner hierzu ergangenen Stellungnahme vom 2. August 2017 hat der Rechtsmittelwerber im Wesentlichen eingewendet, dass die von der AGES im Zuge einer kommissionellen sensorischen Untersuchung gezogene Schlussfolgerung, dass Konsumenten die verfahrensgegenständlichen Kunststoffflaschen infolge einer Geruchs- und Geschmacksabweichung nicht zum Befüllen mit trinkbaren Flüssigkeiten verwenden würden, eine bloß unbewiesene Vermutung darstelle, zumal eine abwegige Geruchseigenschaft bzw. eine deutliche Geschmacksabweichung nicht apparativ oder sonst objektiv messbar sei; im Übrigen habe eine – durch entsprechende Zertifikate belegte – Prüfung durch die TÜV Rheinland GmbH ergeben, dass vergleichbare Produkte keinerlei wahrnehmbaren Geschmacksabweichungen aufgewiesen hätten. Davon abgesehen sei es durchaus üblich, dass bei wiederverwendbaren Plastikflaschen in deren Innerem eine gewisse Geruchsbildung erfolge, die sich jedoch nach dem Öffnen, Auswaschen und Auslüften rasch verflüchtige. Schließlich treffe den Bf. auch insofern kein Verschulden, als er aufgrund einer jahrelangen Lieferantenbeziehung zum deutschen Hersteller der Trinkflaschen auf dessen Zusicherung, dass diese in vollem Umfang verkehrsfähig seien, vertrauen habe können.

4. Dazu hat die AGES mit neuerlichem Gutachten vom 20. November 2017, Zl. 17119151, ausgeführt, dass sich die vorliegenden Trinkflaschen jeweils hinsichtlich ihrer Einfärbung und damit auch in Bezug auf deren chemische Zusammensetzung unterscheiden würden. Außerdem hätten sich auch bei der Beprobung durch die TÜV Rheinland GmbH durchaus entsprechende Geschmacksabweichungen ergeben. Schließlich seien die Trinkflaschen vor deren Untersuchung durch die AGES entsprechend der Anleitung des Herstellers gereinigt worden; dennoch hätte danach das Füllwasser nicht bloß eine leichte, sondern eine deutliche Geruchs- und Geschmackabweichung aufgewiesen, die am ehesten auf eine im Zuge des Produktionsprozesses erfolgte Überhitzung des Polyethylengranulates – wie z.B. bei einer zu hoch eingestellten Verarbeitungstemperatur einer Spritzgussmaschine – zurückzuführen sein könnte.

5. Schließlich hat die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn mit Straferkenntnis vom 20. März 2018, Zl. SanRB96-32-2017, über den Bf. vier Geldstrafen in einer Höhe von jeweils 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: jeweils 6 Stunden) und eine Geldstrafe in einer Höhe von 200 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 96 Stunden) verhängt, weil er es als verantwortlicher Beauftragter einer GmbH verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten habe, dass am 21. März 2017 in deren Filiale in B Trinkflaschen mit vier unterschiedlichen Motiven feilgehalten und damit in Verkehr gebracht worden seien, die einerseits einen solchen kunststoffartigen Geruch und

derart deutliche Geschmacksabweichungen aufgewiesen hätten, dass dadurch in diese eingefüllte Flüssigkeiten – und damit Lebensmittel – so nachteilig hätten beeinflusst werden können, dass jene für den menschlichen Verkehr ungeeignet gewesen wären, und andererseits eine dieser Trinkflaschen weder Angaben über den Hersteller noch über deren Rückverfolgbarkeit aufgewiesen hätte. Dadurch habe er einerseits in vier Fällen eine Übertretung des § 16 Abs. 1 Z. 3 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes, BGBl I 13/2006 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl II 429/2016 (im Folgenden: LMSVG), und andererseits in einem Fall eine Übertretung des Art. 15 Abs. 1 lit. c und lit. d der Verordnung (EG) 1935/2004 (im Folgenden: VO 1935/2004) in Verbindung mit § 32 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 448/1984 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl 99/2016 (im Folgenden: UWG), und in Verbindung mit § 1 der Verordnung über die Kennzeichnung von Materialien und Gegenständen, die für die Verwendung bei Lebensmitteln bestimmt sind, BGBl II 262/2005 (im Folgenden: UWGKennzV), begangen, weshalb er einerseits in vier Fällen gemäß § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG bzw. andererseits in einem Fall gemäß § 33 Abs. 1 UWG zu bestrafen gewesen sei. Weiters wurde dem Bf. der Ersatz von Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 140 Euro sowie von Untersuchungskosten der AGES in Höhe von 537,20 Euro vorgeschrieben (zu zahlender Gesamtbetrag daher: 2.077,20 Euro).

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die dem Rechtsmittelwerber angelasteten Übertretungen auf Grund der Gutachten der AGES vom 13. April 2017 und vom 20. November 2017 als erwiesen anzusehen seien.

Im Zuge der Strafbemessung seien die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Bf. mangels entsprechender Mitwirkung von Amts wegen zu schätzen gewesen (monatliches Nettoeinkommen: 2.000 Euro; kein Vermögen; keine Sorgepflichten).

6. Gegen dieses ihm am 22. März 2018 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die gegenständliche, am 19. April 2018 – und damit rechtzeitig – per Telefax eingebrachte Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ).

Darin wird – soweit dadurch die Stellungnahme vom 2. August 2017 ergänzt wird – darauf hingewiesen, dass sich schon aus der Aufmachung der verfahrensgegenständlichen Produkte zweifelsfrei ergebe, dass diese überwiegend von Kindern verwendet würden, sodass es sich um Gebrauchsgegenstände i.S.d. VO 1935/2004 und des § 3 Z. 7 lit. c LMSVG (und nicht des § 3 Z. 7 lit. a LMSVG) handle. Außerdem treffe die Kennzeichnungspflicht nicht den Bf., der sämtliche ihn auf Grund der VO 1935/2004 treffenden Pflichten erfüllt habe, sondern den deutschen Importeur (mit Unternehmenssitz in Nürnberg), der diese Produkte von einem Hersteller außerhalb des EU-Raumes („Made in China“) beziehe. Darüber hinaus sei

auch nicht erkennbar, weshalb die dem Bf. angelastete Verletzung der Kennzeichnungspflicht nicht nach dem LMSVG, sondern in rechtswidriger Weise nach dem UWG verfolgt wurde – dies ganz abgesehen davon, dass einerseits die Etiketten der im Verkaufsregal aufgestellten Flaschen auch durch von Kunden vorgenommene Manipulationen abgefallen sein könnten und anderseits das im Unternehmen des Bf. bestehende hochwirksame Kontrollsystem bei lebensnaher Betrachtung nicht verhindern konnte, dass dieser Umstand weder für das Verkaufspersonal noch für den Rechtsmittelwerber selbst wahrnehmbar war.

Daher wird die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu eine Herabsetzung der Strafhöhe bzw. allenfalls bloß die Erteilung einer Ermahnung beantragt.

7. Mit Schreiben vom 3. Mai 2018, Zl. SanRB96-32-2017, hat die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn dem LVwG OÖ den Bezug habenden Akt unter Absehung von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung vorgelegt.

II.

Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich und Zulässigkeit der Beschwerde

1. Die vorliegende, auf Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG gegründete Beschwerde richtet sich gegen ein Straferkenntnis einer Verwaltungsbehörde und wurde innerhalb der Vier-Wochen-Frist des § 7 Abs. 4 VwGVG bei der belangten Behörde eingebracht; da der Inhalt dieser Beschwerde den Anforderungen des § 9 VwGVG entspricht und auch sonstige Prozesshindernisse nicht vorliegen, ist sie insgesamt als zulässig anzusehen.

2. Weil diesbezüglich weder im LMSVG noch im VwGVG Abweichendes angeordnet ist, hatte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich im vorliegenden Fall gemäß Art. 135 Abs. 1 B-VG durch (seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen) Einzelrichter zu entscheiden.

III.

Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung durch das Verwaltungsgericht

1. Das LVwG OÖ hat zunächst Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn zu Zl. SanRB96-32-2017.

2.1. In der Folge wurde die AGES darum ersucht, dem LVwG OÖ jene Trinkflaschen zu übermitteln, die ihr am 21. März 2017 vom Lebensmittelaufsichtsorgan des Amtes der Oö. Landesregierung zur Begutachtung übersendet worden waren; dem hat die AGES am 5. Juni 2018 entsprochen.

2.2. Am 13. November 2018 wurde dieses insgesamt 7 verschlossene (d.h. zugeschraubte) Kunststoff-Kindertrinkflaschen enthaltende Paket von dem geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichter in Anwesenheit von drei Sonstige Bedienstete des LVwG OÖ (im Folgenden: Sonstige Bedienstete) geöffnet und anschließend durch die Letztgenannten einer Geruchsprobe unterzogen.

Beim Öffnen des Pakets selbst konnte keine auffällige Geruchsentwicklung festgestellt werden. In der Folge haben jedoch alle Sonstige Bedienstete übereinstimmend bei allen Flaschen einen „Geruch nach Plastik (Kunststoff)“ wahrgenommen, wobei dieser Geruch bei den von der AGES als bereits „getestet“ gekennzeichneten Flaschen jeweils als vergleichsweise „signifikant intensiver“ empfunden wurde.

Hierauf haben die Sonstigen Bediensteten an diesem Tag jeweils eine der von der AGES noch nicht begutachteten (= nicht als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen zu Hause der Anleitung des Herstellers entsprechend gereinigt. Dies derart, dass einerseits zwei Flaschen mit handelsüblichem Spülmittel und heißem Wasser durchgeschüttelt und unmittelbar danach heiß ausgewaschen wurden bzw. andererseits eine Flasche mit einer halben, in heißes Wasser eingelegten handelsüblichen Reinigungstablette für Geschirrspülmaschinen befüllt, diese Lösung über Nacht einwirken gelassen und die Flasche am folgenden Morgen ausgewaschen wurde.

Seither wurden die Flaschen nicht mehr verschlossen (zugeschraubt).

2.3. Am 14. und am 27. November 2018 haben die drei Sonstigen Bediensteten jeweils übereinstimmend festgestellt, dass die beiden manuell gereinigten Flaschen noch immer einen unangenehmen Geruch aufweisen, welcher „stark“ an

„Plastik (Kunststoff) und Chemie“ erinnert; die mittels Geschirrspülmaschinen-Reinigungstablette gereinigte Flasche hatte den Geruch dieser Tablette (nach Zitrone) angenommen.

2.4. Am 10. Dezember 2018 wurde von den drei Sonstigen Bediensteten vor Beginn der öffentlichen Verhandlung übereinstimmend angegeben, dass

- die von der AGES übermittelten, noch nicht begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen einen leicht auffälligen Geruch nach Kunststoff bzw. eine von diesen auch einen leichten Geruch nach Zitrone und

- die von der AGES übermittelten, bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen einen leicht auffälligen Kunststoffgeruch

aufweisen.

3.1. In der Folge hat das LVwG OÖ an diesem Tag eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, zu der (lediglich) RA Dr. G. P. (als Vertreter des Bf.) erschienen ist.

Als Zuhörer waren ca. 20 Personen (Studenten der Universität Wien und der Fachhochschule Wels sowie deren jeweilige Lehrveranstaltungsleiter) anwesend.

3.2. Im Zuge dieser öffentlichen Verhandlung konnten ergänzend folgende entscheidungswesentliche Sachverhaltsfeststellungen getroffen werden:

3.2.1. Zunächst wurde von vier zufällig ausgewählten Verhandlungsteilnehmern eine Geruchsprobe an den von der AGES bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Flaschen durchgeführt. Diese führte zu folgenden Resultaten:

a) Vor dem Öffnen der Flasche:

- Testperson 1 (weiblich) gab an:
  „kein Kunststoffgeruch wahrnehmbar“
- Testperson 2 (männlich) gab an:
  „kein Kunststoffgeruch wahrnehmbar“
- Testperson 3 (weiblich) gab an:
  „deutlicher Kunststoffgeruch wahrnehmbar“
- Testperson 4 (weiblich) gab an:
  „leichter Kunststoffgeruch wahrnehmbar“

b) Unmittelbar nach dem Öffnen der Flasche:

- Testperson 1 gab an:

„moderater Kunststoffgeruch wahrnehmbar“
- Testperson 2 gab an:
„deutlicher chemischer Kunststoffgeruch wahrnehmbar“
- Testperson 3 gab an:
„sehr deutlicher Kunststoffgeruch wahrnehmbar“
- Testperson 4 gab an:
„sehr deutlicher Kunststoffgeruch wahrnehmbar“

3.2.2. Hierauf wurde eine Reinigung dieser von der AGES bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Flaschen gemäß Herstelleranleitung mit einem handelsüblichen Spülmittel durchgeführt.

3.2.3. Sodann erfolgte eine Geruchs- und Geschmacksprobe aus allen Flaschen durch zufällig ausgewählte Verhandlungsteilnehmer einerseits und Sonstige Bedienstete des LVwG OÖ andererseits, wobei nicht abgekochtes Leitungswasser als Lebensmittelsimulanz diente. Diese führte zu folgenden Resultaten:

- Testperson 1 gab (zu einer als „getestet“ gekennzeichneten Flasche) an:
„kein Kunststoffgeruch wahrnehmbar, Geschmack neutral“

- Testperson 2 gab (zu einer als „getestet“ gekennzeichneten Flasche) an:
„Geruch leicht nach Zitrone (Spülmittel), Geschmack neutral“

- Testperson 3 gab (zu einer als „getestet“ gekennzeichneten Flasche) an:
„deutlicher Kunststoffgeruch wahrnehmbar, Geschmack neutral; in der Folge leicht taubes Gefühl in der Zunge“

- Testperson 4 gab (zu einer als „getestet“ gekennzeichneten Flasche) an:
„deutlicher Kunststoffgeruch wahrnehmbar, Geschmack leicht bitter; in der Folge leicht taubes Gefühl in der Zunge“

- Die erste Sonstige Bedienstete des LVwG OÖ gab (zu einer jeweils nicht als „getestet“ gekennzeichneten Flasche) an:
„Geruch leicht nach Zitrone (Spülmittel), Geschmack neutral“ bzw. „Geruch leicht nach Kunststoff, Geschmack vorhanden, aber indifferent“

- Die zweite Sonstige Bedienstete des LVwG OÖ gab (zu einer nicht als „getestet“ gekennzeichneten Flasche) an:
„Geruch leicht nach Kunststoff, Geschmack neutral“.

3.3. Unter einem wird das Verhandlungsprotokoll zum integrierenden Bestandteil der Begründung der gegenständlichen Entscheidung erklärt.

IV.

Rechtliche Beurteilung

Über die vorliegende Beschwerde hat das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erwogen:

1. Gemäß § 90 Abs. 1 Z. 5 i.V.m. § 16 Abs. 1 Z. 3 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes, BGBl I 13/2006 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl II 429/2016 (im Folgenden: LMSVG), begeht u.a. derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 Euro zu bestrafen, der Gebrauchsgegenstände, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet sind, Lebensmittel derart zu beeinflussen, dass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder wertgemindert sind, in Verkehr bringt.

Unter „Gebrauchsgegenständen“ sind u.a. entweder nach § 3 Z. 7 lit. a LMSVG alle Materialien und Gegenstände i.S.d. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1935/2004 (im Folgenden: VO 1935/2004) – das sind u.a. solche, die als Fertigerzeugnis dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen – oder gemäß § 3 Z. 7 lit. c LMSVG solche Gegenstände, die dazu bestimmt sind, ausschließlich oder überwiegend in Kontakt mit dem Mund oder der Mundschleimhaut von Kindern zu kommen, zu verstehen.

Lebensmittel sind nach § 5 Abs. 5 Z. 4 LMSVG (bloß) wertgemindert, wenn diese nach der Herstellung – ohne dass eine weitere Behandlung erfolgt ist – eine erhebliche Minderung an wertbestimmenden Bestandteilen oder ihrer spezifischen, wertbestimmenden Wirkung oder Eigenschaft erfahren haben, soweit sie nicht für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind; eine solche Ungeeignetheit ist gemäß § 5 Abs. 5 Z. 2 LMSVG (erst) dann gegeben, wenn deren bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist.

2.1. Im gegenständlichen Fall kann es keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass die verfahrensgegenständlichen Produkte, die vom Unternehmen des Bf. zur bestimmungsgemäßen Verwendung als Trinkflaschen für Kinder in Verkehr gebracht wurden, die Tatbestandsmerkmale des Art. 1 Abs. 2 der VO 1935/2004 und damit sowohl den Begriff eines Gebrauchsgegenstandes i.S.d. § 3 Z. 7 lit. a LMSVG als auch i.S.d. § 3 Z. 7 lit. c LMSVG erfüllten.

Insofern weist daher das angefochtene Straferkenntnis entgegen dem Vorbringen des Bf. jedenfalls keine mangelhaft konkretisierte Tatanlastung i.S.d. § 44a Z. 1 VStG auf, zumal die Strafbestimmung des § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG zwischen Gebrauchsgegenständen gemäß § 3 Z. 7 lit. a LMSVG einerseits und § 3 Z. 7 lit. c LMSVG andererseits nicht differenziert.

2.2. In der Sache geht in diesem Zusammenhang aus den Gutachten der AGES vom 13. April 2017, Zl. 17029400, vom 13. April 2017, Zl. 17029401, vom 13. April 2017, Zl. 17029403, und vom 25. April 2017, Zl. 17029404, hervor, dass die Trinkflaschen jeweils laut Gebrauchsanweisung des Herstellers gereinigt und anschließend temperaturangepasst (40° C) mit (als Lebensmittelsimulanz bzw. wässrige Migrationslösung dienendem abgekochtem) Leitungswasser befüllt wurden. Danach seien von drei Testpersonen in Bezug auf die organoleptische Prüfung der wässrigen Migrationslösungen in acht beprobten Trinkflaschen einerseits „*1 = gerade wahrnehmbare Geruchsabweichungen (noch schwierig definierbar)*“ (insgesamt fünf Flaschen) bzw. „*0 = keine wahrnehmbaren Geruchsabweichungen*“ (insgesamt drei Flaschen) sowie andererseits „*2 = schwache Geschmacksabweichungen*“ (insgesamt drei Flaschen) bzw. „3 = deutliche Geschmacksabweichung“ – und zwar jeweils „kunststoffartig“ – (insgesamt fünf Flaschen) festgestellt worden.

Daraus hat die AGES pauschal abgeleitet, dass sämtliche Proben auf Grund deren kunststoffartigen Geruchs und deren Geschmacksabweichung bei bestimmungsgemäßem Gebrauch jeweils geeignet seien, „*Lebensmittel nachteilig zu beeinflussen, sodass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind*“ (vgl. die Gutachten vom 13. April 2017, Zl. 17029400, Seite 5; vom 13. April 2017, Zl. 17029401, Seite 6; vom 13. April 2017, Zl. 17029403, Seite 6; und vom 25. April 2017, Zl. 17029404, Seite 6).

2.3. Eine gleichzeitige – und zudem sachverständige – Feststellung von Fakten, die deren zweifelsfrei Subsumtion unter den Tatbestand der Strafbestimmung des § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG ermöglichen würde, wurde mit dieser Wertung im Ergebnis allerdings nicht getroffen.

2.3.1. Denn zum einen ist darauf hinzuweisen, dass § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG zwei unterschiedliche Tatbilder normiert, nämlich (verkürzt) einerseits eine Beeinflussung, die bloß zu einer Wertminderung des Lebensmittels führt, und andererseits eine Beeinträchtigung, die sogar eine Ungeeignetheit des Lebensmittels für den menschlichen Verzehr bewirkt.

Angesichts der offenkundigen Divergenz des jeweils pönalisierten Unrechtsgehalts ist daher vorweg erforderlich, die einem Beschuldigten angelastete Übertretung des § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG aufgrund entsprechend eindeutig festgestellter Sachverhaltselemente entweder dem einen oder dem anderen dieser beiden Tatbilder zuordnen zu können.

Dies ist im vorliegenden Fall jedoch deshalb nicht möglich, weil die in den Gutachten der AGES pauschal angeführte „*Eignung*“ der vorliegenden Gebrauchsgegenstände, Lebensmittel „*nachteilig zu beeinflussen*“, lediglich eine Wertung verkörpert, die per se mangels entsprechenden Faktensubstrats noch keine Subsumtion i.S. einer rechtlichen Qualifikation dahin erlaubt, ob infolgedessen die

Lebensmittel auch hinsichtlich jedes einzelnen begutachteten Gebrauchsgegenstandes (lediglich) als wertgemindert (i.S.d. § 90 Abs. 1 Z. 5 zweite Alternative LMSVG) oder (sogar) als für den menschlichen Verzehr ungeeignet (i.S.d. § 90 Abs. 1 Z. 5 erste Alternative LMSVG) anzusehen sind.

2.3.2. Selbst wenn man aber die Gutachten der AGES bei gesamthafter Würdigung – insbesondere auf Grund der jeweiligen Wendung „*sodass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind*“ – dahin auslegen wollte, dass alle (und nicht bloß spezifische der) verfahrensgegenständlichen Trinkflaschen nach Ansicht der begutachtenden Stelle (sogar) unter § 90 Abs. 1 Z. 5 erste Alternative LMSVG zu subsumieren sind, fehlt es hierfür allerdings an einem objektiv plausiblen Nachweis:

2.3.2.1. Vorauszuschicken ist in diesem Zusammenhang prinzipiell (vgl. zum Folgenden jüngst BVerfG vom 23. Oktober 2018, 1 BvR 2523/13, RN 19 bis 22, RN 25 und RN 28 f), dass aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 13 EMRK und Art. 47 EGRC) zwar grundsätzlich die Pflicht der Gerichte folgt, angefochtene Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Dies gilt auch dann, wenn die zugrundeliegende gesetzliche Regelung – hier: § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG – außerrechtliche fachliche Beurteilungen erfordert. Wenn und soweit im Gesetz oder unterhalb der gesetzlichen Vorgabe keine normativen Konkretisierungen für die fachliche Beurteilung solcher gesetzlicher Tatbestandsmerkmale bestehen, müssen sich Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung dieser Merkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen. Fehlt es allerdings auch in den einschlägigen Fachkreisen und in der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für eine solche fachliche Beurteilung, dann kann die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Entscheidungsergebnisses mangels besserer Erkenntnis der Gerichte an objektive Grenzen stoßen. Denn sofern eine außerrechtliche Frage durch Fachkreise und Wissenschaft bislang nicht eindeutig beantwortet ist, lässt sich objektiv nicht abschließend feststellen, ob die behördliche Antwort auf diese Fachfrage richtig oder falsch ist.

Dem Gericht ist durch die Art. 129 ff B-VG jedenfalls nicht auferlegt, das außerrechtliche tatsächliche Erkenntnisdefizit aufzulösen. Denn Gerichte sind nicht in der Lage, fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbständig zu schließen, und auch nicht dazu verpflichtet, über Ermittlungen im Rahmen des Standes der Wissenschaft hinaus Forschungsaufträge zu erteilen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht trotz des unzureichenden Erkenntnisstandes zu einer Fachfrage tatsächlich auf ähnliche Weise eine selbständige Einschätzung vornehmen könnte wie die Behörde. Letztere muss nämlich notgedrungen – d.h., wenn und soweit das Gesetz dies von ihr verlangt – unter solchen Bedingungen eine Sachentscheidung treffen. Nach Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie ist dem gegenüber jedoch über die im Rahmen bestehender Erkenntnis

mögliche Überprüfung der Vertretbarkeit der behördlichen Annahmen hinaus keine weitere eigenständige, von der behördlichen Entscheidung unabhängige Einschätzung durch das Gericht geboten. Vielmehr kann das Gericht seiner Entscheidung insoweit die – auch aus seiner Sicht plausible – Einschätzung der Behörde zugrunde legen.

Nähme das Gericht hingegen über die im Rahmen bestehender Erkenntnis mögliche Überprüfung hinaus eine selbständige Einschätzung vor, bliebe angesichts der unzureichenden Erkenntnislage zwangsläufig immer noch ungeklärt und auch objektiv unaufklärbar, ob die behördliche Einschätzung oder die gerichtliche Einschätzung richtig ist. Unabhängig davon, ob das Gericht zur gleichen Einschätzung gelangte wie die Behörde oder nicht, wären beide Einschätzungen stets mit Unsicherheit behaftet, die gerade aus dem objektiven Fehlen gesicherter Erkenntnismaßstäbe resultiert. In außerrechtlichen tatsächlichen Fragen besteht aber zugunsten der Gerichtsbarkeit keine Vermutung, dass sie über mehr Expertise verfügen würde als die Verwaltung. Weil nichts dafür spricht, dass die gerichtliche Einschätzung wissenschaftlich ungeklärter Zusammenhänge eher richtig ist als die der Behörde, vermag die gerichtliche Kontrolle insofern auch nicht zum Schutz der Rechte der Betroffenen beizutragen.

Bei der Annahme eines derartigen Kontrolldefizites ist aus rechtsstaatlichen Gründen freilich Zurückhaltung geboten. Abgesehen davon, dass eine derartige Konstellation weder den Regelfall noch einen Dauerzustand bilden darf, muss dessen ungeachtet die Behördenentscheidung prinzipiell weitest möglich gerichtlich kontrolliert werden, bevor das Verwaltungsgericht wegen der objektiven Grenzen des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes von zusätzlicher Aufklärung und Überzeugungsbildung absehen und sich im Weiteren auf die Plausibilität der behördlichen Entscheidung stützen kann. Wenn beispielsweise keine allgemein anerkannte fachliche Meinung existiert, kann und muss das Gericht dennoch kontrollieren, ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden zumindest vertretbar sind und die Behörde insofern im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist; sofern im gerichtlichen Verfahren sachhaltige Einwände gegen die von der Behörde verwendete Methode geltend gemacht werden, muss das Gericht prüfen, ob diese Einwände die Methodik, die Grundannahmen und/oder die Schlussfolgerungen der Behörde substantiell in Frage stellen. Andererseits: Hat die Behörde eine nach aktuellem Erkenntnisstand nicht mehr vertretbare Methode entscheidungstragend zugrunde gelegt, ergibt sich die Rechtswidrigkeit, ohne dass die faktischen Grenzen außerrechtlicher Erkenntnis überhaupt entscheidungsrelevant würden.

Hat sich das Gericht vor diesem Hintergrund von der Vertretbarkeit der von der Behörde gewählten Methode überzeugt und lässt sich angesichts der objektiv unzureichenden Erkenntnislage in dieser Situation dennoch nicht mit Gewissheit sagen, dass diese Methode richtig ist und zu richtigen fachlichen Beurteilungen führt,

dann ist das Verwaltungsgericht zur weitergehenden Prüfung der Richtigkeit der behördlichen Einschätzung nicht in der Lage und muss sich insoweit auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken.

2.3.2.2. Davon ausgehend ist im vorliegenden Fall zunächst festzustellen, dass gegenwärtig weder eine Rechtsvorschrift (Gesetz, Verordnung o.Ä.) noch ein allgemein anerkanntes naturwissenschaftliches Messverfahren zur Feststellung und Quantifizierung von Geruchs- und Geschmacksbeeinträchtigungen existiert, und zwar nicht einmal insoweit, dass eine objektive Unterscheidung der Konsequenz solcher Beeinträchtigungen nach den groben Kategorien einer bloßen Wertminderung des Lebensmittels i.S.d. § 5 Abs. 5 Z. 4 LMSVG einerseits und dessen Ungeeignetheit zum Verkehr i.S.d. § 5 Abs. 5 Z. 2 LMSVG andererseits möglich wäre.

Die Faktoren „Geschmack“ und „Geruch“ weisen zwar jeweils typisierbare chemisch-physikalische Elemente auf (siehe z.B. die Verordnung [EG] 1334/2008 über Aromen und bestimmte Lebensmittelzutaten mit Aromaeigenschaften zur Verwendung in und auf Lebensmitteln einerseits sowie die Verordnung [EG] 1333/2008 über Lebensmittelzusatzstoffe andererseits, die selbst allerdings jeweils keine Methoden zur Ermittlung von geruchlichen oder geschmackliche Differenzierungen enthalten, sondern die Möglichkeit einer solchen Unterscheidung vielmehr bereits voraussetzen[1]); normative Parameter dafür, ab welcher Konzentration solche objektiv als für Menschen beispielsweise (jedenfalls) „unverträglich“, (zumindest) „unangenehm“ etc. einerseits oder „intensiv“, „wohlriechend/wohlschmeckend“ usw. andererseits bzw. (bloß neutral) „wahrnehmbar“ qualifiziert werden

[1] Vgl. auch *Ebermann – Elmadfa*, Lehrbuch der Lebensmittelchemie und Ernährung, 2. Aufl (Wien 2011), 239 f: „Aromastoffe vermitteln neben Geschmacksstoffen sensorische Eindrücke. Zwischen Aroma- und Geschmacksstoffen kommt es zu Wechselwirkungen, ... Aromaaktive Stoffe sind in Lebensmitteln als solche enthalten, oder sie werden erst während Lagerungs- und Zubereitungsprozessen gebildet. Bei den Zubereitungsprozessen kann man zwischen enzymatisch oder thermisch gebildeten Aromastoffen unterscheiden. Sehr ähnlich wie die Geschmacksstoffe treten die Aromastoffe in Wechselwirkung mit geeigneten Rezeptoren in der Nase, worauf durch Nervenreizleitung Impulse an das Gehirn übertragen werden, welches diese Impulse in einen entsprechenden Geruchseindruck übersetzt. ... Die Grenzkonzentration der geruchlichen Wahrnehmbarkeit eines Stoffes wird durch seinen Geruchsschwellenwert definiert und in Milligramm/Liter angegeben. ... Die Qualität des Geruchs einer chemischen Verbindung entzieht sich bis zum heutigen Tag einer objektiven Messmethode und kann nur durch die Erlebniswerte von Versuchspersonen beschrieben werden. Gebräuchliche Bezeichnungen für Gerüche sind: stechend, ätherisch, moschusartig, fruchtig, würzig, erdig, faulig, blumig, harzig, animalisch u.a. Die Empfindlichkeit menschlicher Sinnesorgane auf Geruchseindrücke unterliegt, abgesehen von genetisch bedingten Unterschieden, großen physiologisch bedingten Schwankungen.“

müss(t)en, sowie dementsprechende Messverfahren zur Ermittlung solcher Abstufungen[2] bestehen jedoch (jedenfalls gegenwärtig noch) nicht[3].

Wenngleich dies aus den Gutachten nicht deutlich hervorgeht (vielmehr findet sich in diesen in der Spalte „Kommentar“ jeweils nur der kryptische Hinweis: „*Sensorik von wässrigen Migrationslösungen Dok.Code: 4789*“ – vgl. Zl. 17029400, S. 4; Zl. 17029401, S. 4; Zl. 17029403, S. 5; Zl. 17029404, S. 4), dürfte die AGES hierbei nach den DIN-Normen 10950 („Sensorische Prüfung – Teil 1: Begriffe; Teil 2: Allgemeine Grundlagen“) und 10955 („ Sensorische Prüfung – Prüfung von Packstoffen und Packmitteln für Lebensmittel“) vorgegangen sein; dafür spricht vor allem die Verwendung der dementsprechenden Skalierungen und Begriffsbildungen (z.B. „*0 = keine wahrnehmbare Geruchsabweichung*“, „*1 = gerade wahrnehmbare Geruchsabweichung*“; „*2 = schwache Geschmacksabweichung*“, „*3 = deutliche Geschmacksabweichung*“) und die beigezogene Anzahl der Prüfer (jeweils drei – sog. „Dreieckstest“ i.S.d. DIN 10955)[4].

Abgesehen davon, dass dies letztlich aber bloß eine Vermutung darstellt, ist dessen ungeachtet darauf hinzuweisen, dass selbst bei Zutreffen dieser Annahme eine vom Deutschen Normungsinstitut herausgegebene Regelung in Österreich keine verbindliche Geltung aufweisen würde; ungeachtet der rechtsstaatlichen Bedenken dahin, dass diese nicht öffentlich bzw. zumindest nicht barrierefrei zugänglich sind[5], ändert auch der Umstand, dass die DIN-Normen 10950 und 10955 im Österreichischen Lebensmittelbuch im Katalog einer „Zusammenstellung wichtiger Normen mit Bezug zu Gebrauchsgegenständen“ aufgelistet sind (vgl. ÖLMB, IV. Auflage, Kapitel B 36: Gebrauchsgegenstände, Anhang II, Pkt. 11) und mit

---

[2] Einen Ansatzpunkt hierfür könnte der bei *Ebermann – Elfada*, Lehrbuch, 239, angeführte Geruchsschwellenwert bilden; allerdings müsste zunächst einmal ein solcher vorweg für jeden (bzw. zumindest für die häufigsten) Aromastoff(e) gesondert ermittelt werden.

[3] Solche ergeben sich auch nicht aus einschlägigen anderen Rechtsakten der EU, wie der Verordnung (EG) 1935/2004 über Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen; der Verordnung (EG) 2023/2006 über gute Herstellungspraxis für Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen; der Verordnung (EG) 282/2008 über Materialien und Gegenstände aus recyceltem Kunststoff, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen; der Verordnung (EG) 450/2009 über aktive und intelligente Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen; der Verordnung (EG) 10/2011 über Materialien und Gegenstände aus Kunststoff, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen; der Verordnung 284/2011 mit besonderen Bedingungen und detaillierten Verfahren für die Einfuhr von Polyamid- und Melamin-Kunststoffküchenartikeln, deren Ursprung oder Herkunft die Volksrepublik China bzw. die Sonderverwaltungsregion Hongkong, China, ist; oder der Richtlinie 2002/72/EG über Materialien und Gegenstände aus Kunststoff, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen.

[4] Vgl. z.B. die Beschreibung einer Testung nach der DIN-10955-Methode durch das Chemische und Veterinäruntersuchungsamt Stuttgart, abrufbar unter: www.cvuas.de/pub/beitrag.asp?subid=1&Thema_ID=3&ID=2621&lang=D&Pdf=No

[5] Zwar ist deren Bezug über Internet möglich, jedoch kostenpflichtig.

diesen von (allerdings privaten) Europäischen Normungsinstitutionen erstellte Vorgaben umgesetzt werden, nichts: Denn zum einen kommt nämlich auch dem ÖLMB keine normative Kraft zu und zum anderen tritt dieses erkennbar schon von vornherein gar nicht mit dem Anspruch auf, selbst unmittelbar rechtlich verbindliche Bestimmungen festlegen (und nicht bloß auf solche verweisen) zu wollen.

2.3.2.3. Das Ergebnis der Gutachten der AGES wäre allenfalls plausibel, wenn sich nicht im Zuge des Beschwerdeverfahrens vor dem LVwG OÖ, vornehmlich im Rahmen der öffentlichen Verhandlung, Abweichendes ergeben wäre:

2.3.2.3.1. Davon ausgehend, dass die AGES über entsprechende Aufforderung hin dem LVwG OÖ am 5. Juni 2018 eine Auswahl jener Proben bzw. Muster von Kunststoff-Kindertrinkflaschen übermittelt hat (insgesamt 7 Stück, jeweils in verschlossenem [zugeschraubtem] Zustand), die ihr am 21. März 2017 vom Lebensmittelaufsichtsorgan des Amtes der Oö. Landesregierung zur Begutachtung übersendet worden waren, wurde dieses Paket (erst) am 13. November 2018 geöffnet und sodann von drei Bediensteten des LVwG OÖ mit folgendem Ergebnis einer Geruchsprobe unterzogen:

- Beim Öffnen des Pakets selbst konnte von keiner der Anwesenden eine auffällige Geruchsentwicklung festgestellt werden.

- Im Zuge einer unmittelbaren Inaugenscheinnahme haben alle drei Bediensteten bei allen Flaschen einen „Geruch nach Plastik (Kunststoff)“ wahrgenommen, wobei dieser Geruch nach deren Öffnung (= Abnahme des Schraubverschlusses) bei den von der AGES als bereits „getestet“ gekennzeichneten Flaschen übereinstimmend als vergleichsweise „signifikant intensiver“ empfunden wurde.

- In der Folge haben die Bediensteten die von der AGES noch nicht begutachteten (= nicht als „getestet“ gekennzeichneten) Flaschen der Anleitung des Herstellers entsprechend gereinigt, und zwar derart, dass zwei Flaschen mit handelsüblichem Spülmittel und heißem Wasser durchgeschüttelt und unmittelbar danach heiß ausgewaschen wurde; in die dritte Flasche wurde eine halbe handelsübliche Reinigungstablette für Geschirrspülmaschinen in heißem Wasser aufgelöst, diese Mischung über Nacht in der Flasche belassen und Letztere am folgenden Morgen ausgespült.

- Am 14. November 2018 haben die drei Bediensteten übereinstimmend festgestellt, dass die beiden manuell gereinigten Flaschen noch immer einen unangenehmen Geruch aufweisen, welcher „stark“ an „Plastik (Kunststoff) und Chemie“ erinnert, wobei eine Flasche vergleichsweise schwächer roch. Die mittels Geschirrspülmaschinen-Reinigungstablette gereinigt Flasche hatte den Geruch dieser Tablette angenommen. Seit diesem Tag wurden die von der AGES übermittelten und bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen nicht mehr verschlossen.

2.3.2.3.2. Am 11. Dezember 2018 wurde von den drei Bediensteten des LVwG OÖ im Zuge einer vor Beginn der öffentlichen Verhandlung neuerlich durchgeführten Geruchsprobe angegeben, dass sowohl die von der AGES übermittelten und bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen einerseits als

auch die von der AGES übermittelten, jedoch bis dahin nicht begutachteten (= nicht als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen andererseits jeweils einen leicht auffälligen Kunststoffgeruch aufweisen.

2.3.2.3.3. In der Folge haben zwei Bedienstete des LVwG OÖ im Rahmen der öffentlichen Verhandlung übereinstimmend ausgeführt, dass die von der AGES übermittelten und noch nicht begutachteten (= nicht als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen einen leicht auffälligen Geruch nach Kunststoff – bzw. eine von diesen auch einen leichten Geruch nach Zitrone – aufweisen; eine aus der Zuhörerschaft zufällig getroffene Auswahl von vier Testpersonen gab an, dass die von der AGES übermittelten, jedoch bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen (zumindest) nach deren Öffnung „moderat“ bzw. „ deutlich chemisch“ bzw. „sehr deutlich (zwei Mal)“ nach Kunststoff riecht.

Schließlich haben die beiden Bediensteten übereinstimmend festgestellt, dass hinsichtlich der in den von der AGES übermittelten und noch nicht begutachteten (= nicht als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen enthaltenen Lebensmittelsimulanz (Leitungswasser) kein auffälliger Kunststoffgeschmack wahrzunehmen ist; die vier Testpersonen kamen zu der Überzeugung, dass die in den von der AGES übermittelten, jedoch bereits begutachteten (= als „getestet“ gekennzeichneten) Trinkflaschen enthaltene Lebensmittelsimulanz „neutral“ (drei Mal) bzw. (allenfalls) „leicht bitter“ schmeckt.

2.3.2.3.4. Im Ergebnis wurde so von mehreren unabhängigen, jeweils zweifelsfrei als durchschnittliche Verbraucher zu qualifizierenden Personen zwar zu verschiedenen Zeitpunkten gesamthaft besehen festgestellt, dass die verfahrensgegenständlichen Trinkflaschen einen merkbaren Geruch, ein in diese gefülltes Leitungswasser jedoch keinen auffälligen Geschmack nach Kunststoff aufgewiesen haben.

Damit ergibt sich aber eine maßgebliche Abweichung von der entsprechenden Bewertung durch die AGES („keine wahrnehmbaren Geruchsabweichungen“ [drei Mal] „gerade wahrnehmbare Geruchsabweichungen [noch schwierig definierbar]“ [fünf Mal] einerseits bzw. „schwache Geschmacksabweichungen“ [drei Mal] bzw. „deutliche Geschmacksabweichung“ [fünf Mal]).

Daraus folgt letztlich, dass Beurteilungen von „Geruch“ und „Geschmack“ – vor allem in einem eher diffusen Unterschwellenbereich – jedenfalls gegenwärtig noch nicht in eindeutiger Form objektivierbar sind bzw. anderes gewendet: derartige Werturteile objektiv nicht als plausibel i.S. der obigen grundsätzlichen Ausführungen (vgl. 2.3.2.1.) erscheinen.

2.3.2.4. Von essentieller Bedeutung ist in diesem Zusammenhang zudem, dass es zum Kernbereich des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens – und nicht erst

des gerichtlichen Rechtsmittelverfahrens – zählt, im Zweifelsfall die von einem Sachverständigen zu seiner Gutachtenserstellung herangezogenen Methoden aufzuklären. Wird dies unterlassen, läuft dies nämlich – von Fällen, in denen die Nachvollziehbarkeit der Schlussfolgerung klar auf der Hand liegt, abgesehen – darauf hinaus, dass vorerst gleichsam eine Bestrafung auf einen bloß vagen Anscheinsverdacht hin erfolgt.

Eine solche Grundhaltung ist jedoch – erst recht, wenn sie als Regelform praktiziert wird – mit dem rechtsstaatlichen Grundprinzip nicht vereinbar, weil dies vorhersehbar in allen Fällen, in denen eine Beschwerdeführung vornehmlich infolge einer wirtschaftlichen Kosten-/Nutzenabwägung unterlassen wird, zur Akzeptanz von rechtsfehlerhafter Bestrafung führen würde; solche Fälle sind aber angesichts des für das Verwaltungsstrafrecht typischerweise geringen tatsächlichen Strafausmaßes durchaus zahlreich und daher quantitativ offenkundig nicht vernachlässigbar.

Unterlässt daher die Behörde in einem Fall wie dem vorliegenden, wo eindeutige normative Regelungen zur Bestimmung einer Wertminderung des Lebensmittels oder dessen Nichteignung zum menschlichen Verzehr aus dem Grund einer Geruchs- und/oder Geschmacksabweichung offensichtlich fehlen, die Klärung der Frage, mittels welcher Methode die als eine sachverständige Institution anzusehende AGES ein für den Betroffenen negatives Ergebnis erzielt hat, so kann demgemäß ihre unter solchen Umständen zustande gekommene Schlussfolgerung, dass der Rechtsmittelwerber den Tatbestand der ihm angelasteten Übertretung erfüllt hat, auch insoweit nicht als objektiv plausibel und sohin angesichts der vorstehenden Ausführungen unter 2.3.2.1. auch nicht als rechtmäßig angesehen werden.

2.3.2.5. Schließlich geht aus den Gutachten der AGES erst recht nicht hervor – und ist Derartiges auch keineswegs gleichsam „selbsterklärend“ (im Sinne von quasi „notorisch“), weshalb bzw. inwieweit nicht (drei der insgesamt acht beprobten Flaschen) bzw. gerade wahrnehmbare (fünf der insgesamt acht beprobten Flaschen) Geruchsabweichungen selbst im Falle des Zutreffens dieser Voraussetzungen (sogar) zu einer Ungeeignetheit des Lebensmittels für den menschlichen Verzehr i.S.d. § 90 Abs. 1 Z. 5 zweite Alternative LMSVG führen könnten.

Gleiches gilt auch für schwache (drei der insgesamt acht beprobten Flaschen) und deutliche (fünf der insgesamt acht beprobten Flaschen) Geschmacksabweichungen, weil selbst deutlich nach Kunststoff schmeckendes Wasser dieses für einen durchschnittlichen Verbraucher allenfalls weniger wohlmundend, jedoch offensichtlich noch keineswegs – etwa vergleichbar zu der dem Erkenntnis des VwGH vom 29. Februar 2012, 2008/10/0191, zu Grunde liegenden Konstellation – ungenießbar macht.

2.4. Aus allen diesen Gründen kann daher im gegenständlichen Fall mangels Vorliegens entsprechend überzeugender Nachweise nicht in plausibler Weise davon ausgegangen werden, dass der Bf. die ihm angelastete Übertretung des § 90 Abs. 1 Z. 5 LMSVG – und vor allem nicht in sämtlichen Fällen in der Form, dass die von ihm in Verkehr gebrachten Gebrauchsgegenstände geeignet gewesen wären, Lebensmittel derart nachteilig zu beeinflussen, dass „*diese für den menschlichen Verkehr ungeeignet waren*“ (vgl. den diesbezüglichen Spruch auf S. 2 und 3 des angefochtenen Straferkenntnisses) – erfüllt hat.

3. Gemäß § 33 Abs. 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 448/1984 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl 99/2016 (im Folgenden: UWG), in Verbindung mit § 1 der Verordnung über die Kennzeichnung von Materialien und Gegenständen, die für die Verwendung bei Lebensmitteln bestimmt sind, BGBl II 262/2005 (im Folgenden: UWGKennzV), sowie in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 lit. c und lit. d der Verordnung (EG) 1935/2004 (im Folgenden: VO 1935/2004) und in Verbindung mit Art. 17 der VO 1935/2004, begeht u.a. derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe bis zu 2.900 Euro zu bestrafen, der Materialien oder Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen, in Verkehr setzt, ohne diese mit dem Namen oder der Firma sowie in jedem Fall mit der Anschrift oder dem Sitz des Herstellers, des Verarbeiters oder eines in der Gemeinschaft niedergelassenen und für das Inverkehrbringen verantwortlichen Verkäufers (Art. 15 Abs. 1 lit. c der VO 1935/2004) und mit einer angemessenen Kennzeichnung oder Identifikation, die eine Rückverfolgbarkeit des Materials oder Gegenstands gestattet (Art. 15 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 17 der VO 1935/2004), kennzeichnet.

3.1. In diesem Zusammenhang ergibt sich sowohl aus dem Probenbegleitschreiben des Lebensmittelaufsichtsorganes vom 21. März 2017, Zl. 4000ETCH0031-17, als auch aus dem Untersuchungszeugnis der AGES vom 25. April 2017, Zl. 17029404, dass auf den beiden diesbezüglichen Trinkflaschen die nach Art. 15 Abs. 1 lit. c und lit. d der VO 1935/2004 erforderliche Kennzeichnung nicht vorhanden war.

Dies wird auch vom Bf. selbst gar nicht in Abrede gestellt.

3.2.1. In Art. 2 Abs. 2 lit. d der VO 1935/2004 ist festgelegt, dass als „Unternehmer“ jene natürlichen oder juristischen Personen gelten, die dafür verantwortlich sind, dass die Anforderungen dieser Verordnung in dem ihrer Kontrolle unterstehenden Unternehmen erfüllt werden.

Weiters ordnet Art. 15 Abs. 1 lit. c der VO 1935/2004 an, dass lebensmittelaffine Gebrauchsgegenstände mit dem Namen oder der Firma sowie in jedem Fall mit der Anschrift oder dem Sitz des Herstellers, des Verarbeiters oder eines in der

Gemeinschaft niedergelassenen und für das Inverkehrbringen verantwortlichen Verkäufers zu kennzeichnen sind.

Schließlich geht aus Art. 17 Abs. 2 der VO 1935/2004 hervor, dass die Unternehmer unter gebührender Berücksichtigung der technologischen Machbarkeit über Systeme und Verfahren verfügen müssen, mit denen ermittelt werden kann, von welchem Unternehmen und an welches Unternehmen die unter diese Verordnung fallenden Materialien oder Gegenstände bezogen bzw. geliefert wurden.

Insgesamt ergibt sich daraus, dass die in der VO 1935/2004 normierten Kennzeichnungspflichten – insbesondere auch jene gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. c der VO 1935/2004 sowie jene gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 17 der VO 1935/2004 – (anders als etwa nach dem differenzierten Modell der „Stufenverantwortung“ gemäß Art. 8 der Verordnung [EU] 1169/2011 [sog. „Lebensmittelinformationsverordnung“], die [arg. „unbeschadet“ in Art. 1 Abs. 4 der VO 1169/2011] stets nur subsidiär zum Tragen kommt) jeden Unternehmer, der einen lebensmittelaffinen Gebrauchsgegenstand i.S.d. Art. 2 Abs. 1 lit. b der VO 1935/2004 in Verkehr bringt, in vollem Umfang treffen (sog. „Kettenverantwortung“).

3.2.2. Davon ausgehend ist daher das Vorbringen des Bf., dass er in seinem Unternehmen ein effizientes Kontrollsystem installiert habe, ebenso wie sein Einwand, dass sich (allenfalls vorhandene) Etiketten durch Manipulationen von Kunden im Verkaufsraum abgelöst haben können, nicht geeignet, die fehlende Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens im Hinblick auf die Strafbestimmung des § 33 Abs. 1 UWG zu erweisen, sondern allenfalls sein diesbezüglich geringes Verschulden.

Auf der Ebene des Verschuldens ist zudem zu beachten, dass sich weder aus der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses noch aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt ergibt, dass über den Bf. bereits rechtskräftige Verwaltungsstrafen verhängt worden wären.

Dieser Umstand war ebenso wie die überlange, mittlerweile nahezu schon $1^3/_4$ Jahre währende Verfahrensdauer als strafmildernd zu berücksichtigen.

(Schließlich soll auch nicht übersehen werden, dass die mit BGBl I 57/2018 neu eingefügte, für den Bf. im Hinblick auf die gegenwärtige Rechtslage vergleichsweise günstigere Bestimmung des § 33a VStG [„Beratung“] mit 1. Jänner 2019, also bereits in drei Wochen, in Kraft treten wird.)

4. Aus allen diesen Gründen war daher der gegenständlichen Beschwerde gemäß § 50 VwGVG insoweit stattzugeben, als die Spruchpunkte 1. bis 4.a) des angefochtenen Straferkenntnisses aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit nach § 38 VwGVG i.V.m. § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG einzustellen und die zu

Spruchpunkt 4.b) des angefochtenen Straferkenntnisses verhängte Geldstrafe auf 100 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe gemäß der durch § 16 VStG vorgegebenen Relation auf 12 Stunden herabzusetzen war(en); im Übrigen war die Beschwerde hingegen als unbegründet abzuweisen.

5. Bei diesem Verfahrensergebnis war dem Bf. nach § 52 Abs. 8 VStG kein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich vorzuschreiben.

Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde ermäßigt sich nach § 64 Abs. 2 VStG auf 10 Euro und das Kostenersatzbegehren der AGES i.S.d. § 71 Abs. 3 LMSVG auf 134,30 Euro (zu zahlender Gesamtbetrag: 244,30 Euro).

V.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig, weil im Zuge des vorliegenden Verfahrens keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Weder weicht nämlich die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer solchen Judikatur; zudem ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Schließlich liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Eine solche Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb derselben Frist auch eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigen Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

Hinweise:

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

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.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f