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-000301/2/FP

Datum:
Linz, 31. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von Mag. M.K., geb. x, vertreten durch Dr. G.P., Rechtsanwalt in W., gegen den Ermahnungsbescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 18. Juli 2018, GZ: 0040783/2017, wegen einer Übertretung des LMSVG bzw. der VO (EG) Nr. 1935/2004

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keine Kostenbeiträge zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Ermahnungsbescheid vom 18. Juli 2018 warf die belangte Behörde dem Bf Nachstehendes vor:

„I. Tatbeschreibung:

Hr. Mag. M.K., geboren am x hat als gemäß § 9 Abs. 2 VStG nach außen zur Vertretung berufenes Organ zur Einhaltung der Lebensmittelvorschriften der Fa. L. Handelsgesellschaft mbH, FN x mit dem Sitz in G., X zu verantworten, dass am 22.03.2017 um 12:04 Uhr in der Filiale L. Handelsgesellschaft mbH, Y, L., das Produkt „H.K." Trinkflasche, 425 ml" zum Verkauf bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht wurde, obwohl dieses Produkt, wie mit Sachverständigengutachten der A. Linz, Auftragsnummer x vom 13.4.2017 festgestellt wurde, einen Geruch nach Kunststoff aufwies. Die organoleptische Prüfung von wässrigen Migrationslösungen zeigte ebenfalls eine deutliche Geschmacksabweichung nach Kunststoff. Das gegenständliche Produkt war somit geeignet eine unvertretbare Veränderung der Zusammensetzung der Lebensmittel nach § 3 Abs. 1 der VO (EG) 1935/2004 herbeizuführen und war somit bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet, Lebensmittel nachteilig zu beeinflussen (§ 16 Abs 1 Z.3 LMSVG).

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
§ 16 Abs. 1 Z 3 LMSVG iVm Art. 3 Abs 1 lit. b der VO (EG) Nr. 1935/2004 iVm. § 90 Abs. 3 Z.1. LMSVG [...]"

Nach Zitierung der nach Ansicht der belangten Behörde anzuwendenden Rechtsvorschriften „begründete" diese zum objektiven Tatbestand wie folgt:

„Faktum ist, dass das Produkt „H.K." Trinkflasche, 425 ml" in der Filiale L. Handelsgesellschaft mbH, Y, L. zum Verkauf bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht wurde, obwohl diese Trinkflaschen einen starken Geruch nach Kunststoff aufwiesen.

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

[Formatierung nicht übernommen]

Eine Begründung in Form einer rechtlichen Beurteilung, warum der Bf bei Vorliegen eines Kunststoffgeruchs gegen eine der herangezogenen Bestimmungen des LMSVG bzw. der VO (EG) Nr. 1935/2004 verstoßen haben soll, ist dem Bescheid nicht zu entnehmen.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf mit Schriftsatz vom 17. August 2018 rechtzeitig Beschwerde in der er auf das Wesentliche zusammengefasst darlegte, dass nicht das Unternehmen, dessen Geschäftsführer er ist, nicht für die Produktbeschaffenheit verantwortlich ist, sondern der in Deutschland ansässige

Importeur. Im Übrigen brachte der Bf ausführlich vor, dass ihn kein Verschulden treffe und ein wirksames Kontrollsystem bestehe.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 20. August 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Zumal sich bereits aus diesem ergibt, dass der angefochtene Ermahnungsbescheid aufzuheben ist unterbleibt eine öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG.

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

Die belangte Behörde hat dem Bf in ihrem Ermahnungsbescheid den unter I.1. wiedergegebenen Vorwurf gemacht. Dieser findet sich bereits gleichlautend in der Strafverfügung vom 11. September 2017 sowie der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 13. Juni 2018. [genannte Dokumente]

In der als Gutachten bezeichneten rechtlichen Stellungnahme der A. Wien vom 13. April 2017 heißt es:

„GUTACHTEN

Bei der vorliegenden Probe mit der Bezeichnung 'H.K.' Trinkflasche, 425 ml' handelt es sich um einen Gebrauchsgegenstand, der laut der Definition des § 3 Z 7 lit. a LMSVG dazu bestimmt ist, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen.

Bewertung nach dem LMSVG

Laut obigem Befund weist die Probe selbst einen Geruch nach Kunststoff auf. Die organoleptische Prüfung von wässrigen Migrationslösungen zeigt eine deutliche Geschmacksabweichung (Flasche 2) ebenfalls nach Kunststoff.

Die Probe ist somit bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet, Lebensmittel nachteilig zu beeinflussen, sodass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind.

Die vorliegende Probe entspricht daher nicht den Allgemeinen Anforderungen an Gebrauchsgegenständen gemäß § 16 Abs. 1 Z 3 LMSVG iVm. Art. 3 Abs. 1 lit b der Verordnung (EG) Nr. 1935/2004.“

[„Gutachten“ A. Wien vom 13. Juli 2017]

Dass der Bf dafür verantwortlich ist, dass ein Gebrauchsgegenstand, der bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet ist, Lebensmittel derart zu beeinflussen, dass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder wertgemindert sind, wurde ihm nicht angelastet. [Straferkenntnis, Strafverfügung vom 11. September 2017, Aufforderung zur Rechtfertigung vom 13. Juni 2018]

II.3. Beweiswürdigung:

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

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen

a) Die für das Verfahren wesentlichen Bestimmungen der VERORDNUNG (EG) Nr. 1935/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen und zur Aufhebung der Richtlinien 80/590/EWG und 89/109/EWG lauten:

Artikel 2

Definitionen

(1) Zum Zweck dieser Verordnung gelten die entsprechenden Definitionen der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, mit Ausnahme der Definitionen der Begriffe „Rückverfolgbarkeit“ und „Inverkehrbringen“;
diese Ausdrücke bezeichnen:
[...]
b) „Inverkehrbringen“ das Bereithalten von Materialien und Gegenständen für Verkaufszwecke einschließlich des Anbietens zum Verkauf oder jeder anderen Form der Weitergabe, gleichgültig, ob unentgeltlich oder nicht, sowie den Verkauf, den Vertrieb oder andere Formen der Weitergabe selbst.
[...]

(2) Ferner bezeichnet der Ausdruck
c) „Unternehmen“ alle Unternehmen, gleichgültig, ob sie auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind oder nicht und ob sie öffentlich oder privat sind, die Tätigkeiten im Zusammenhang mit jedweder Stufe der Herstellung, der Verarbeitung und des Vertriebs von Materialien und Gegenständen durchführen;
d) „Unternehmer“ die natürlichen oder juristischen Personen, die dafür verantwortlich sind, dass die Anforderungen dieser Verordnung in dem ihrer Kontrolle unterstehenden Unternehmen erfüllt werden.

Artikel 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Materialien und Gegenstände, einschließlich aktiver und intelligenter Materialien und Gegenstände, sind nach guter Herstellungspraxis so herzustellen, dass sie unter den normalen oder vorhersehbaren Verwendungsbedingungen keine Bestandteile auf Lebensmittel in Mengen abgeben, die geeignet sind,

a) die menschliche Gesundheit zu gefährden

oder

b) eine unvertretbare Veränderung der Zusammensetzung der Lebensmittel herbeizuführen

oder

c) eine Beeinträchtigung der organoleptischen Eigenschaften der Lebensmittel herbeizuführen.

[...]

Artikel 6

Nationale Einzelmaßnahmen

Diese Verordnung hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, wenn keine Einzelmaßnahmen im Sinne des Artikels 5 ergriffen wurden, nationale Vorschriften beizubehalten oder zu erlassen, sofern diese mit den Vertragsbestimmungen in Einklang stehen.

Artikel 25

Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen Regeln über Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die Bestimmungen dieser Verordnung verhängt werden, und ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchsetzung zu gewährleisten. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission die entsprechenden Bestimmungen spätestens am 13. Mai 2005 mit und setzen sie von allen späteren Änderungen dieser Bestimmungen unverzüglich in Kenntnis.

b) Die für das Verfahren wesentlichen Bestimmungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG) lauten:

5. Abschnitt

Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel

Allgemeine Anforderungen an Gebrauchsgegenstände

§ 16. (1) Es ist verboten, Gebrauchsgegenstände, die

1. gesundheitsschädlich gemäß § 5 Abs. 5 Z 1 oder
2. für den bestimmungsgemäßen Gebrauch ungeeignet sind oder
3. bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet sind, Lebensmittel oder kosmetische Mittel nachteilig zu beeinflussen, oder
4. den nach § 4 Abs. 3 oder § 19 erlassenen Verordnungen nicht entsprechen,

in Verkehr zu bringen.

(2) § 5 Abs. 2, 3 und 4 gelten sinngemäß.

2. Abschnitt

Verwaltungsstrafbestimmungen

Tatbestände

§ 90. (1) Wer

[...]

5. Gebrauchsgegenstände, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet sind, Lebensmittel derart zu beeinflussen, dass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder wertgemindert sind,

[...]

in Verkehr bringt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Bei vorsätzlichen Verstößen gegen Z 1 und 2, die in Kenntnis der Rechtwidrigkeit des Handelns begangen werden, ist, sofern die Folgen der Übertretung nicht unbedeutend sind, eine Geldstrafe in der Höhe von zumindest 700 Euro, bei Wiederholung von 4000 Euro festzusetzen. Im Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen.

(2) Wer

[...]

(3) Wer

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

[...]

begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.

[...]

Anlage

Verordnungen der Europäischen Union gemäß § 4 Abs. 1

Teil 1

[...]

10. Verordnung (EG) Nr. 1935/2004 über Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen und zur Aufhebung der Richtlinien 80/590/EWG und 89/109/EWG (ABl. Nr. L 338 vom 13. November 2004), soweit diese nicht im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448/1984, zu vollziehen ist;

[...]

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2. Sanktionierung durch Blankettstrafnormen und zu deren Problematik

III.2.1. Die belangte Behörde stützt ihren Ermahnungsbescheid auf die Strafnorm des § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG.

Gemäß § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG (BGBl I Nr. 13/2006, zuletzt geändert mit BGBl I Nr. 37/2018) 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 10 der Anlage wird die Verordnung (EU) Nr. 1935/2004 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (im Folgenden kurz: LMIV) genannt.

Es handelt sich bei § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG um eine ganz allgemeine Blankettstrafnorm, die der Ausfüllung durch die verwiesenen Rechtsakte der EU oder durch die dazu ergangenen Durchführungsvorschriften bedarf. Das pauschal als Zuwiderhandeln gegen die Verordnung (EU) Nr. 1935/2004 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel bezeichnete strafbare Verhalten bedeutet eine vollständige Verweisung auf diese Ausfüllungsnorm, durch die das strafbare Verhalten erst einen bestimmten Inhalt erhalten soll. Deshalb müssen

dem Zuwiderhandeln gegen die EU-Verordnung entsprechende Tatbilder aus einzelnen Bestimmungen dieser Ausfüllungsnorm abgeleitet werden. Soweit diese Normen aber unklar sind und keine ausreichend bestimmten Gebots- oder Verbotsvorschriften enthalten, ergibt sich eine besondere Bestimmtheits-problematik. Die durch das rechtsstaatliche Prinzip „nulla poena sine lege“ gezogenen Grenzen des Strafrechts gelten auch für unionsrechtliche Verhaltens-normen, die durch Verweisung zum Inhalt einer Blankettstrafnorm geworden sind (vgl idS Höpfel, Wiener Kommentar zum StGB^2 § 1 Rz 38; C. Fuchs, in Raschauer/Wessely (Hrsg) VStG^2, Grundrechte im Verwaltungsstrafverfahren Rz 33; Wessely in Raschauer/Wessely (Hrsg) VStG^2 Rz 12 ff, 15 zu § 1 VStG).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (vgl aus jüngerer Zeit VfSlg 17349/2004; VfSlg 17479/2005) muss der Tatbestand mit genügender Klarheit als Verbotsnorm und damit als strafbarer Tatbestand so gekennzeichnet sein, dass jedermann ihn als solchen zu verstehen vermag (VfSlg 12947/1991). Ein unerlaubtes Verhalten darf nur dann und insoweit angenommen werden, als die Abgrenzung des erlaubten vom unerlaubten Verhalten so eindeutig eingesehen werden kann, dass jeder berechtigte Zweifel über den Inhalt des pflichtgemäßen Verhaltens ausgeschlossen ist (VfSlg 14319/1995).
(vgl. zur LMIV: LVwG Oö. 26. Juli 2018, LVwG-000221)

III.2.2. Die Verordnung (EU) Nr. 1935/2004 kennt kein allgemeines Verbot des Inverkehrbringens, sondern stellt in ihrem Artikel 3, den die belangte Behörde mit als Grundlage für ihre Entscheidung heranziehen will, alleine auf die Herstellung ab, wenn sie darlegt, dass Materialien und Gegenstände, [...] nach guter Herstellungspraxis so herzustellen sind, dass sie unter den normalen oder vorhersehbaren Verwendungsbedingungen keine Bestandteile auf Lebensmittel in Mengen abgeben, die geeignet sind, (a) die menschliche Gesundheit zu gefährden oder (b) eine unvertretbare Veränderung der Zusammensetzung der Lebensmittel oder (c) eine Beeinträchtigung der organoleptischen Eigenschaften der Lebensmittel herbeizuführen.

Auch sonst findet sich in der genannten Verordnung keine Verbotsnorm, die das Inverkehrbringen von Gegenständen verbieten würde, die nicht die in der Verordnung festgelegten Eigenschaften aufweisen. Lediglich ergibt sich aus Art 15 Abs 4 der Verordnung ein Abgabeverbot (vgl. zum Begriff der Abgabe zuletzt LVwG Oö. vom 21. Dezember 2018, 000266/2/FP mwN) in Bezug auf mangelhaft gekennzeichnete Lebensmittelkontaktartikel.
Die Verordnung delegiert in ihrem Art 25 die Sanktionierung von Verstößen gegen die Verordnung an die Mitgliedsstaaten.

Es war der belangten Behörde insofern verwehrt, ihren Vorwurf auf § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG zu stützen, weil diese Blankettstrafnorm nicht durch eine sich aus der VO (EU) 1935/2004 ergebende Bestimmung ausgefüllt werden kann. Die Verordnung

der EU über Lebensmittelkontaktmaterialien legt in Bezug auf den vorliegend relevanten Umfang lediglich grundlegend fest, welche sich aus der Produktion ergebenden Eigenschaften derartige Artikel aufweisen müssen, verbietet aber das Inverkehrbringen nicht.
Mit dem auf Art 3 der VO (EU) 1935/2004 gestützte Vorwurf, der Bf habe ein Produkt rechtswidrig in Verkehr gebracht, das geeignet gewesen sei, eine unvertretbare Veränderung der Zusammensetzung von Lebensmitteln herbeizuführen, wirft die belangte Behörde dem Bf insofern ein Verhalten vor, das nach der genannten Verordnung weder verboten, noch strafbar ist. Eine korrespondierende Strafnorm fehlt, weil die Blankettstrafnorm des § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG keine ergänzenden Tatbestandsmerkmale aufweist und insbesondere nicht das Inverkehrbringen untersagt. Dies gilt gleichermaßen für die Veränderung der organoleptischen Eigenschaften der im Produkt aufbewahrten Flüssigkeit.
Insofern macht die belangte Behörde dem Bf in Bezug auf die unmittelbare Anwendung der VO (EU) einen falschen Vorwurf. Sein Verhalten ist nach dieser nicht verboten.

III.3. Relevante Bestimmungen des LMSVG

III.3.1. Verbot des Inverkehrbringens nach § 16 Abs 1 Z 3 LMSVG

Auch das LMSVG kennt Bestimmungen in Bezug auf Gebrauchsgegenstände. Vorauszuschicken ist, dass weder § 16, noch die im gegebenen Zusammenhang anzuwenden gewesene Strafnorm des § 90, dessen Abs 1 Z 5, nicht auf die VO (EU) 1935/2004 und insbesondere nicht unmittelbar auf den Wortlaut des Art 3 Abs 1 lit b) und c) der VO (EU) 1935/2004 Bezug nehmen und nicht das Inverkehrbringen von Gebrauchsgegenständen, die geeignet sind eine unvertretbare Veränderung der Zusammensetzung von Lebensmitteln oder eine Beeinträchtigung der organoleptischen Eigenschaften von Lebensmitteln herbeizuführen, unter Strafe stellen.
Die belangte Behörde bringt in Ergänzung zu Art 3 der VO (EU) 1935/2004 § 16 Abs 1 Z 3 LMSVG zur Anwendung, der das Inverkehrbringen bestimmter Gebrauchsgegenstände untersagt. Dies in Bezug auf solche, die (1) gesundheitsschädlich gemäß § 5 Abs 5 Z 1 oder (2) für den bestimmungsgemäßen Gebrauch ungeeignet oder (3) bei bestimmungsgemäßem Gebrauch geeignet sind, Lebensmittel oder kosmetische Mittel nachteilig zu beeinflussen oder (4) den nach § 4 Abs 3 oder § 19 erlassenen Verordnungen nicht entsprechen.

Die belangte Behörde stützt ihren Vorwurf darauf, dass das untersuchte Produkt einen Geruch nach Kunststoff und die verwendete wässrige Migrationslösung eine deutliche Geschmacksabweichung nach Kunststoff aufgewiesen haben soll und schließt daraus, ohne nähere Begründung, die im Übrigen auch dem insoweit unschlüssigen Gutachten der A. fehlt, rechtlich, dass das Produkt insofern geeignet

gewesen sei, bei bestimmungsgemäßem Gebrauch Lebensmittel nachteilig zu beeinflussen.

III.3.2. Zugehörige Strafnorm

Vor dem Hintergrund des unter Punkt III.3.1. Gesagten übersieht die belangte Behörde jedoch, dass diesbezüglich mit § 90 Abs 1 Z 5 LMSVG eine eigene Strafbestimmung vorhanden gewesen wäre, die jedoch weitere Sachverhaltsfeststellungen erfordert hätte und die bloße Eignung, Lebensmittel nachteilig zu beeinflussen nach dieser Bestimmung (noch) nicht strafbar ist. § 16 LMSVG legt nicht fest, was unter nachteiliger Beeinflussung zu verstehen ist (vgl. *Blass u.A.* LMR, § 16 LMSVG, RZ 10).

Erst § 90 Abs 1 Z 5 LMSVG differenziert in Bezug auf die nachteilige Beeinflussung und stellt klar, dass im Rahmen dieser Strafbarkeit dann gegeben ist, wenn es zu einer derartigen Beeinflussung des mit dem Gebrauchsgegenstand in Kontakt stehenden Lebensmittels kommt, dass dieses für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder wertgemindert wird.
§ 90 Abs 1 Z 5 LMSVG erfordert, um eine Strafbarkeit zu begründen, demgemäß das Vorliegen zusätzlicher Umstände (Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder wertgemindert).

Als zusätzliche wesentliche Tatbestandselemente sind diese Umstände zu ermitteln, festzustellen und im Spruch vorzuwerfen.

Einen derartigen Vorwurf hat die belangte Behörde dem Bf aber gerade nicht gemacht weil sie die Bestimmung des § 90 Abs 1 Z 5 LMSVG samt ihren konstitutiven Tatbestandsmerkmalen nicht zur Anwendung gebracht, sondern ihren Vorwurf in Verkennung der Rechtslage auf die nicht anwendbare leere Blankettstrafnorm des § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG gestützt hat.

III.3.3. Es ist in diesem Zusammenhang im Übrigen anzumerken, dass sich das im Akt erliegende „Gutachten“ der A. als unschlüssig erweist. Unter Anwendung der verba legalia (vgl. zur Kompetenz des Lebensmittelgutachters in Bezug auf die rechtliche Beurteilung bspw. LVwG Oö. vom 18. September 2018, LVwG-000271 mwN) wird zwar behauptet, dass die Probe geeignet sei, Lebensmittel so nachteilig zu beeinflussen, sodass diese für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, das Gutachten bleibt jedoch jede Begründung schuldig.

Nach § 5 Abs 5 Z 2 LMSVG sind Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht mehr gegeben ist. Es hätte also schlüssiger Ausführungen der Sachverständigen dahin bedurft warum das in der Flasche aufbewahrte Getränk seiner bestimmungsgemäßen Verwendung nicht mehr zugeführt werden kann, wenn es einen Kunststoffgeruch

angenommen hat. Insbesondere wäre hier eine geeignete Abgrenzung zur bloßen Wertminderung erforderlich gewesen (wertgemindert sind Lebensmittel nach Z 4 par. cit., wenn sie 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.).
Es reicht im vorliegenden Fall nicht hin, Kunststoffgeruch festzustellen und ohne weitere fachliche Ausführungen unter Verwendung von Rechtsbegriffen zu behaupten, ein Lebensmittel sei für den menschlichen Verzehr ungeeignet, sondern erfordert die von der Behörde vorzunehmende Subsumtion, ein Lebensmittel sei für den menschlichen Verzehr ungeeignet, eine fachlich fundierte Darlegung auf Basis des Art 14 Abs 5 EG-Basis-VO, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist. Diese Aufgabe kommt dem Lebensmittelgutachter zu. Das Fehlen derartiger Ausführungen belastet ein Gutachten mit Unvollständigkeit bzw. Unschlüssigkeit, weil es vom Leser (idR ein Laie) nicht nachvollzogen werden kann.

Im vorliegenden Fall kann eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage unterbleiben, weil eine Bestrafung schon mangels gesetzgemäßer Anlastung der „Ungeeignetheit oder Wertminderung des Lebensmittels für den menschlichen Verzehr“ ausgeschlossen ist.

III.4. Tatvorwurf und Spruchmängel:

III.4.1. Allgemeines

Eine (die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende) Verfolgungshandlung nach § 32 Abs 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften iSd § 44a Z 2 VStG zu beziehen; (VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006;).

„Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1.7.2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (zB VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017; 17.4.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl VwGH 20.7.1988, 86/01/0258; 31.1.2000, 97/10/0139;

s auch VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124).
(*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2)."

Die gilt sowohl für Straferkenntnisse, als auch für Ermahnungsbescheide (vgl. zB VwGH 10. Juli 1985, 84/03/0063)

Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (VwGH 25.2.2003, 2001/10/0257).

III.4.2. Unrichtiger Tatvorwurf

III.4.2.1. Die belangte Behörde hat dem Bf im Sinne des unter den Punkten III.2. und III.3. Gesagten Vorwürfe gemacht, die nach den jeweils von ihr angewandten gesetzlichen Bestimmungen nicht strafbar sind. Die von der belangten Behörde scheinbar unmittelbar angewendete VO (EU) 1935/2004 kennt kein Verbot des Inverkehrbringens der Verordnung in Bezug auf ihre Zusammensetzung (bzw. Materialeigenschaften) nicht entsprechender Produkte. § 3 der Verordnung betrifft alleine dem Herstellungsprozess (arg. „...nach guter Herstellungspraxis so herzustellen...").

Die belangte Behörde fügt dem Spruch zudem weitere Elemente bei, die § 16 LMSVG entstammen, übersieht aber, dass das Handeln des Bf auch unter Beifügung des § 16 LMSVG nicht strafbar wird, weil dieser das Inverkehrbringen nur verbietet, aber noch keine Strafbarkeit bei zuwiderhandeln festlegt. Auch diese Beifügung bewirkt nicht die Anwendbarkeit des § 90 Abs 1 Z 3 leg. cit., weil dieser als Vollblankett der Ausfüllung durch eine unmittelbar anwendbare Unionsvorschrift bedürfte. Nach dem zuvor Gesagten, ist eine entsprechende Vorschrift in der VO (EU) 1935/2004 nicht vorhanden, sondern delegiert diese die Schaffung von Sanktionsnormen mit ihrem Art 25 an die Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten.

In weiterer Folge übersieht die belangte Behörde die Existenz und Anwendbarkeit des § 90 Abs 1 Z 5 LMSVG und, dass für eine Strafbarkeit die bloße Eignung Lebensmittel nachteilig zu beeinflussen (§ 16 Abs 1 Z 3 LMSVG) nicht ausreicht,

sondern sie dem Bf, nach entsprechenden Ermittlungen, ergänzende Tatbestandselemente (Wertminderung oder Ungeeignetheit des Lebensmittels) hätte anlasten müssen.

Die vorliegend gewählte (wohl dem auch diesbezüglich mangelhaften Gutachten der A. entstammende) Vermischung von Elementen aus der VO (EU) 1935/2004 mit anderen aus dem LMSVG macht den Spruch im Übrigen widersprüchlich, weil der Bf nicht in die Lage versetzt wird, festzustellen welcher Vorwurf ihm gemacht werden soll. Eine Kombination aus § 16 LMSVG iVm Art 3 der VO (EG) 1935/2004 ist angesichts der abweichenden Formulierung der österreichischen Ausführungsvorschriften, des gänzlich abweichenden Anwendungsbereichs (Herstellungsprozess ≠Inverkehrbringen) und angesichts der unterschiedlichen anzuwendenden Strafbestimmungen sowie der Konzeption des § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG als Vollblankett ausgeschlossen.

III.5. Ergebnis

III.5.1. Wie sich aus dem Gesagten ergibt, wäre dem Bf, bei Vorliegen eines schlüssigen Gutachtens, welches ergeben hätte müssen, dass das in der Flasche aufbewahrte Getränk für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist, also allenfalls (zusammengefasst) vorzuwerfen gewesen, dass er als verantwortlicher Beauftragter dafür verantwortlich ist, dass das Unternehmen, dessen Geschäftsführer er ist, eine als Gebrauchsgegenstand zu qualifizierende Trinkflasche durch Bereithalten zu Verkauf, am vorgeworfenen Betriebsstandort, in Verkehr gebracht hat, obwohl diese Kunststoffgeschmack an in ihr aufbewahrte Flüssigkeiten abgegeben hat und diese Flüssigkeit deshalb zum menschlichen Verzehr ungeeignet wurde, weil Getränke mit Kunststoffgeschmack für den menschlichen Verzehr nicht akzeptabel sind.

Dieser Vorwurf wäre alleine auf § 90 Abs 1 Z 5 LMSVG zu stützen gewesen.

III.5.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig, wenn es nicht zu einem Austausch der Tat durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl VwGH 17. Februar 2016, Ra 2016/04/0006; VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226).

Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus besteht nicht. Beispielsweise stellt die Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht weiterhin (wie früher im Berufungsverfahren) eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und

der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl näher VwGH 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8. November 2000, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

In seiner Entscheidung vom 14. März 2017, E 3282/2016, in welcher der VfGH sich mit der Entscheidung des EGMR vom 20. September 2016, Appl. 926/08 „Karelin gegen Russland“ auseinandersetzte, sprach er aus, dass der Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte sich im Verwaltungsstrafverfahren (wie auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren) nach der Vorschrift des § 27 VwGVG richtet und der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und somit auch der Prüfungsumfang im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten durch das Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde begrenzt ist, womit es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen. Das erstinstanzliche Straferkenntnis der belangten Behörde repräsentiere gleichsam die Anklageschrift im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. VwGH 14. Juli 2005, 2004/06/0064; 13. Dezember 2016, Ra 2016/09/0040).

Vorliegend müsste das Verwaltungsgericht dem Bf einen vollkommen anderen Vorwurf im Sinne des unter Punkt III.5.1. Gesagten machen. Es handelt sich dabei um eine andere Tat, die andere Tatbestandsmerkmale erfordert und einer anderen Verbots- und Strafbestimmung unterliegt.

Zumal die belangte Behörde dem Bf kein strafbares Verhalten vorgeworfen hat, würde das Verwaltungsgericht mit einem gesetzgemäßen Vorwurf eine Strafbarkeit des Bf erst begründen. Dies steht dem Verwaltungsgericht nicht zu.

Dem Verwaltungsgericht ist es im Übrigen schon angesichts der längst eingetretenen Verfolgungsverjährung verwehrt, Korrekturen am Spruch vorzunehmen.

III.5.3. Deshalb war der verfehlte Spruch aufzuheben und das Strafverfahren mangels Anlastung einer strafbaren Verwaltungsübertretung gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw 2 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs 9 VwGVG die Pflicht zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens ebenso wie die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Lebensmitteluntersuchung gemäß § 71 Abs 3 LMSVG.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Judikatur des VwGH zur Frage der Spruchkonkretisierung ist mannigfach und wurde im Erkenntnis ausführlich zitiert. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Rechtsfrage ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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 Eingabengebühr 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl