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-000319/4/KH

Datum:
Linz, 3. September 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des Ing. R S, vertreten durch Dr. J H, M.B.L.-HSG, Mag. Dr. T H, LL.M. Rechtsanwälte, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 24. September 2019, GZ: BHVBSanR-2017-361295/10-NE, wegen Übertretung des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keine Beiträge zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten. Weiters entfällt die Bezahlung der Lebensmitteluntersuchungskosten durch den Beschwerdeführer.

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. Verfahrensgang:

1. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) verhängte mit Straferkenntnis vom 24. September 2018, GZ: BHVBSanR-2017-361295/10-NE, eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 48 Stunden) über Ing. R S (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) und warf ihm zusammengefasst vor, er habe es als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG der H KG zu verantworten, dass das Lebensmittel „Hühnerfilet geschnitten“, MHD: 2. August 2017, Charge/Los: L7777247303, am 27. Juli 2017 um 8:01 Uhr im Kühlhaus der H KG in x, für Verkaufszwecke bereit gehalten und damit in Verkehr gebracht worden sei, obwohl das Lebensmittel mit Salmonellen kontaminiert und damit für den menschlichen Verkehr ungeeignet sei. Es sei als nicht sicher zu beurteilen gewesen und dem Verbot des Inverkehrbringens gemäß § 5 Abs. 1 Z. 1 LMSVG unterlegen.

2. In seiner, binnen offener Frist, gegen das erwähnte Straferkenntnis, erhobenen Beschwerde brachte der Bf zusammengefasst vor, dass die Gegenprobe eine einwandfreie Beschaffenheit des erwähnten Lebensmittels ergeben habe. Die belangte Behörde habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, weil sie dem Bf ein Ergänzungsgutachten der AGES nicht zugestellt habe. Darüber hinaus bestehe ein dichtes Netz im Rahmen der Eigenkontrolle.
Weiters sei die Ansicht der AGES, die VO (EG) Nr. 2073/2005 käme zur Anwendung, unrichtig, da sich diese nur auf Eigenkontrollen beziehe. Maßstab sei ausschließlich Art 14 Abs. 3 lit. a) und b) der VO (EG) Nr. 178/2002. Salmonellen würden bei Durcherhitzen abgetötet, weshalb das Lebensmittel sicher sei. Die Analysemethode PCR sei geeignet und stelle eine Methode nach § 64 LFBG (Deutsches Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch) dar.

3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich samt Bezug habendem Verfahrensakt vor, dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Am 27. Juli 2017 um 08:01 Uhr wurde von einem Aufsichtsorgan gemäß § 24 LMSVG im Kühlhaus der H KG, x, unter dem Probenzeichen 4000KREU0088/17 eine Probe des Produkts „Hühnerfilet geschnitten“ aus der Charge L7777247303 mit der Probennummer 17081442-001 gezogen. Diese wurde vom Institut für Lebensmittelsicherheit Linz (AGES) untersucht, wobei die Analyse eine Verunreinigung mit Salmonellen der Serogruppe B in 25g ergab [Prüfbericht AGES].

2. Die der H KG ausgefolgte amtliche Gegenprobe wurde in der Folge von der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH (ANALYTEC) untersucht. Laut Gutachten vom 16. August 2017 waren darin Salmonellen spp in 25g nicht nachweisbar, wobei die Methode QAM 2-20.2-01-T1 Nachweis von Salmonellen nach Voranreicherungen und Bestätigung über Polymerase Kettenreaktion; BVL L 00.00-98 [Untersuchungszeugnis] angewendet wurde.

3. Die Methode BVL L 00.00-98 ist im Rahmen der DIN als technische Regel in der amtlichen Sammlung von Untersuchungsverfahren nach § 64 dt. LFGB veröffentlicht.

§ 64 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch – LFGB) lautet wie folgt:

§ 64 Amtliche Sammlung von Untersuchungsverfahren; Bekanntmachungen

(1) Das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit veröffentlicht eine amtliche Sammlung von Verfahren zur Probenahme und Untersuchung von den in § 2 Absatz 2, 3, 5 und 6 genannten Erzeugnissen sowie von mit Lebensmitteln verwechselbaren Produkten. Die Verfahren werden unter Mitwirkung von Sachkennern aus den Bereichen der Überwachung, der Wissenschaft und der beteiligten Wirtschaft festgelegt. Die Sammlung ist laufend auf dem neuesten Stand zu halten.

(2) Das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit veröffentlicht eine amtliche Sammlung von Verfahren zur Probenahme und von Analysemethoden für die Untersuchung von Futtermitteln. Vor deren Veröffentlichung soll ein jeweils auszuwählender Kreis von Vertretern der Wissenschaft, der Fütterungsberatung, der Futtermitteluntersuchung, der Futtermittelüberwachung, der Landwirtschaft und der sonst beteiligten Wirtschaft angehört werden.

(3) Zulassungen, Registrierungen, Genehmigungen und Anzeigen werden vom Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit im Bundesanzeiger bekannt gemacht, soweit dies durch dieses Gesetz oder eine aufgrund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnung bestimmt ist.“
[https://www.gesetze-im-internet.de/lfgb/__64.html]

4. Im Internet ist die Beilage zum Bescheid GZ: BMWFW-92.221/0580-I/12/2017 Analytec-17025T über den Akkreditierungsumfang der ANALYTEC veröffentlicht, in welchem folgende Passage zu finden ist:

„Nr.	Dokumentnummer der Norm bzw. SOP 1)	Ausgabe	Titel der Norm bzw. SOP	Bemerkung	PvO 2)
[…]					
10	BVL L 00.00-98	2007-04	Untersuchung von Lebensmitteln – Qualitativer Nachweis von Salmonellen in	Foodproof Sample Preparation Kit I; foodproof ShortPrep	

			Lebensmitteln – Real-time PCR-Verfahren	I DNA Extraction Kit; foodprof salmonella Detection Kit	
[...]					

1) Als akkreditiert gelten ausschließlich die explizit aufgelisteten Prüfverfahren. Allfällige Amendments von Normen gelten als mitakkreditiert, sofern darin keine neuen Konformitätsbewertungsverfahren definiert sind. Österreichische Gesetze und Verordnungen sowie EU-Verordnungen sind in der jeweils geltenden Fassung akkreditiert, wenn nicht anders angegeben.

[...]“

[Formatierung verändert, genanntes Dokument]

DI C C F und DI H F, ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH sind Lebensmittelgutachter gemäß § 73 LMSVG.

DI C F verfügt über eine Akkreditierung hinsichtlich Gruppe A Z 1 Lebensmittelgutachterverordnung; Lebensmittel tierischer Herkunft, soweit es sich nicht um in Z 2 genannte Waren oder um Honig handelt (Bewilligung gemäß der Lebensmittelgutachterverordnung, BGBl. II Nr. 161/1997, geändert durch BGBl. II Nr. 153/2013). DI H F verfügt über eine Akkreditierung hinsichtlich Gruppe A Z 1 Milch und Milchprodukte und Gruppe A Z 2; Fleisch und Fleischwaren, Fische, Geflügel, Wild, Eier und sonstige Tierische Produkte, soweit sie nicht in Z 1 angeführt sind (Bewilligung gemäß der Lebensmittelgutachterverordnung, BGBl.Nr. 324/1978, i.d.F. der Kundmachung BGBl.Nr. 80/1991).

[www.analytec.at, Gesamtliste der Lebensmittelgutachter auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit; gerichtsbekannter Umstand, vgl. LVwG Oö. vom 18. Dezember 2014, LVwG-000062/2/FP/CG]

5. Die vorliegende Produktlinie wurde im Jahr 2017 bis zum Tattag zumindest 3 mal Eigenkontrollen unterzogen und bei ANALYTEC beanstandungsfrei untersucht [Untersuchungszeugnisse vom 10. März 2017, 27. April 2017, 9. Juni 2017]

III. Beweiswürdigung:

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt. Weiters wurde die DIN 2007-4, „BVL L 00.00-98:2007-04 Untersuchung von Lebensmitteln – Qualitativer Nachweis von Salmonellen in Lebensmitteln – Real-time PCR-Verfahren“ (Beuth Verlag) beigeschafft sowie in die im Internet frei verfügbare Beilage zum Bescheid GZ: BMWFW-92.221/0580-I/12/2017 Analytec-17025T Einsicht genommen, aus welcher sich der Akkreditierungsumfang der im vorliegenden Fall für den Bf tätig werdenden Lebensmittelgutachterin ergibt. Darüber hinaus ist gerichtsbekannt, dass die ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H

F & DI C F ZT-GmbH Lebensmittelgutachterin gemäß § 73 LMSVG ist (vgl. LVwG Oö. vom 18. Dezember 2014, LVwG-000062/2/FP/CG).

2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
ANALYTEC ist Lebensmittelgutachterin gemäß § 73 LMSVG, woraus sich ergibt, dass deren Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene wie jene der AGES erstattet werden. In Bezug auf das vorliegende Verfahren liegt eine Akkreditierung vor, was jedenfalls die fachliche Eignung des genannten Instituts indiziert.
Ausführungen zur Verwertbarkeit des Gutachtens der ANALYTEC über die Untersuchung der amtlichen Gegenprobe aufgrund der Gleichwertigkeit der Analysemethoden finden sich in der rechtlichen Beurteilung.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

a) Die wesentlichen Bestimmungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG) lauten:

„2. Abschnitt
Lebensmittel
Allgemeine Anforderungen

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

2. Abschnitt
Verwaltungsstrafbestimmungen
Tatbestände

§ 90. (1) Wer
1. Lebensmittel, die für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder mit irreführenden oder krankheitsbezogenen Angaben versehen sind, oder in irreführender oder krankheitsbezogener Aufmachung, [...]
in Verkehr bringt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen

zu bestrafen. Bei vorsätzlichen Verstößen gegen Z 1 und 2, die in Kenntnis der Rechtwidrigkeit des Handelns begangen werden, ist, sofern die Folgen der Übertretung nicht unbedeutend sind, eine Geldstrafe in der Höhe von zumindest 700 Euro, bei Wiederholung von 4000 Euro festzusetzen. Im Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen.

[...]

(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."

b) Die wesentlichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit:

„ABSCHNITT 4
ALLGEMEINE ANFORDERUNGEN DES LEBENSMITTELRECHTS
Artikel 14

Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit

(1) Lebensmittel, die nicht sicher sind, dürfen nicht in Verkehr gebracht werden.

(2) Lebensmittel gelten als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie
a) gesundheitsschädlich sind,

b) für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind.

(3) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist oder nicht, sind zu berücksichtigen:
a) die normalen Bedingungen seiner Verwendung durch den Verbraucher und auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen sowie
b) die dem Verbraucher vermittelten Informationen einschließlich der Angaben auf dem Etikett oder sonstige ihm normalerweise zugängliche Informationen über die Vermeidung bestimmter die Gesundheit beeinträchtigender Wirkungen eines bestimmten Lebensmittels oder einer bestimmten Lebensmittelkategorie.

(4) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, sind zu berücksichtigen

a) die wahrscheinlichen sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers, sondern auch auf nachfolgende Generationen,
b) die wahrscheinlichen kumulativen toxischen Auswirkungen,
c) die besondere gesundheitliche Empfindlichkeit einer bestimmten Verbrauchergruppe, falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist.

(5) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, ist zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.

(6) Gehört ein nicht sicheres Lebensmittel zu einer Charge, einem Posten oder einer Lieferung von Lebensmitteln der gleichen Klasse oder Beschreibung, so ist davon auszugehen, dass sämtliche Lebensmittel in dieser Charge, diesem Posten oder dieser Lieferung ebenfalls nicht sicher sind, es sei denn, bei einer eingehenden Prüfung wird kein Nachweis dafür gefunden, dass der Rest der Charge, des Postens oder der Lieferung nicht sicher ist.

(7) Lebensmittel, die spezifischen Bestimmungen der Gemeinschaft zur Lebensmittelsicherheit entsprechen, gelten hinsichtlich der durch diese Bestimmungen abgedeckten Aspekte als sicher.

(8) Entspricht ein Lebensmittel den für es geltenden spezifischen Bestimmungen, so hindert dies die zuständigen Behörden nicht, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Beschränkungen für das Inverkehrbringen dieses Lebensmittels zu verfügen oder seine Rücknahme vom Markt zu verlangen, wenn, obwohl es den genannten Bestimmungen entspricht, da der begründete Verdacht besteht, dass es nicht sicher ist.

(9) Fehlen spezifische Bestimmungen der Gemeinschaft, so gelten Lebensmittel als sicher, wenn sie mit den entsprechenden Bestimmungen des nationalen Lebensmittelrechts des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie vermarktet werden, in Einklang stehen, sofern diese Bestimmungen unbeschadet des Vertrags, insbesondere der Artikel 28 und 30, erlassen und angewandt werden.“

c) Die wesentlichen Bestimmungen der VERORDNUNG (EG) Nr. 2073/2005 der Kommission vom 15. November 2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel lauten:

„Artikel 5
Spezifische Bestimmungen über Probenahme und Untersuchung

(1) Die in Anhang I genannten Untersuchungsmethoden sowie Probenahmepläne und -verfahren sind als Referenzverfahren heranzuziehen.
[...]
(5) Die Lebensmittelunternehmer können andere Probenahme- und Untersuchungsverfahren anwenden, wenn sie zur Zufriedenheit der zuständigen Behörde

ausreichend nachweisen können, dass diese Verfahren zumindest gleichwertige Garantien bieten. Diese Verfahren können alternative Probenahmestellen und die Verwendung von Trendanalysen umfassen.
Die Untersuchung auf alternative Mikroorganismen und damit zusammenhängende mikrobiologische Grenzwerte sowie die Durchführung von anderen als mikrobiologischen Analysen ist nur für Prozesshygienekriterien zulässig.
Die Verwendung alternativer Untersuchungsmethoden ist zulässig, wenn diese Methoden anhand der in Anhang I aufgeführten Referenzmethoden validiert und wenn ein eigenes Verfahren gemäß dem Protokoll der Norm EN/ISO 16140 oder anderen international anerkannten ähnlichen Protokollen von Dritten zertifiziert ist.
Sofern der Lebensmittelunternehmer andere Untersuchungsmethoden als die in Absatz 3 genannten validierten und zertifizierten anwenden möchte, müssen diese nach international anerkannten Protokollen validiert und ihre Verwendung durch die zuständige Behörde genehmigt sein.

ANHANG I
Mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel
Kapitel 1. Lebensmittelsicherheitskriterien 9

Lebensmittelkategorie	Mikroorganismen/deren Toxine, Metaboliten	Probenahmeplan (1)		Grenzwerte (2)		Analytische Referenzmethode (3)	Stufe, für die das Kriterium gilt
		n	c	m	M		
1.9. Fleischerzeugnisse aus Geflügelfleisch, die zum Verzehr in durcherhitztem Zustand bestimmt sind	*Salmonella*	5	0	Ab dem 1.1.2006 In 10 g nicht nachweisbar Ab dem 1.1.2010 In 25 g nicht nachweisbar		EN/ISO 6579	In Verkehr gebrachte Erzeugnisse während der Haltbarkeitsdauer

[...]

Interpretation der Untersuchungsergebnisse

Salmonellen in verschiedenen Lebensmittelkategorien:

— befriedigend, wenn alle gemessenen Werte auf Nichtvorhandensein des Bakteriums hinweisen,

— unbefriedigend, wenn das Bakterium in einer Probeneinheit nachgewiesen wird.

“

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Zur vorgelegten Gegenprobe:

In seiner Entscheidung vom 27. März 2019, Ra 2017/10/0100 führt der Verwaltungsgerichtshof zur Bedeutung der amtlichen Gegenprobe Folgendes aus: „Der Frage, ob einem Lebensmittelunternehmer eine Gegenprobe nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 und 3 LMSVG zurückgelassen wurde, kommt Relevanz im Hinblick auf die Verwertbarkeit des amtlichen Gutachtens zu (vgl. dazu das vom Revisionswerber genannte Urteil EuGH 10.4.2003, Steffensen, C-276/01, Rz 78 f, sowie Blass ua, Lebensmittelrecht[3], § 36 LMSVG, Rz 1 ff; siehe auch VwGH 25.4.2013, 2012/10/0129, Pkt. 2.3. der Entscheidungsgründe). Der Revisionswerber, der im gesamten Strafverfahren bestritten hat, dass das in Rede stehende Lebensmittel einen überhöhten Glutengehalt aufgewiesen habe, hat den vorgelegten Verfahrensakten zufolge im Beschwerdeverfahren - in der vom

Verwaltungsgericht durchgeführten Verhandlung am 3. Februar 2017 - vorgebracht, eine Gegenprobe sei nicht ausgefolgt worden, sodass jedenfalls ein Verfahrensmangel vorliege, der es ihm unmöglich mache, dem Gutachten der AGES wirksam entgegenzutreten."

Aus dieser Entscheidung geht klar hervor, dass die Gegenprobe wesentliches Beweismittel für die Entlastung des Beschuldigten ist. Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs folgend führt das Fehlen einer Gegenprobe zum Mangel der Verwertbarkeit des amtlichen Gutachtens - somit kann aus einem auf gleicher fachlicher Ebene erstatteten Gegengutachten, welches ein gegenteiligen Ergebnis erbracht hat, auf die Nichterfüllung des objektiven Tatbestands der vorgeworfenen Verwaltungsstraftat geschlossen werden.

Vorliegend hat die H KG ein Gutachten der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH vorgelegt, welches ergab, dass Salmonellen spp in 25g nicht nachweisbar sind.

2.2. Zur Verwertbarkeit des Gutachtens der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH:
Im angefochtenen Straferkenntnis findet sich keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem vom Bf vorgelegten Gegengutachten, insbesondere keine Ausführungen zur Frage nach der Schlüssigkeit des Gutachtens bzw. Gleichwertigkeit der verwendeten Methode BVL L 00.00-98, sondern lediglich eine wörtliche Wiedergabe des Inhalts einer Stellungnahme der AGES vom 15. Juni 2018.

Hiezu ist darauf hinzuweisen, dass der AGES in lebensmittelrechtlichen Verfahren eine Sachverständigenfunktion zukommt, deren Gutachten sind daher der Beweiswürdigung der Behörde unterworfen, folglich hat die Behörde Rechtsfragen bzw. Rechtsansichten aus Eigenem zu beurteilen. In der erwähnten Stellungnahme der AGES vom 15. Juni 2018 äußert diese neben der Ansicht, dass die Analysemethode BVL L 00.00-98 technisch ungeeignet ist, auch die Rechtsansicht, dass sie nicht den Vorgaben der VO (EG) 2073/2005 entspreche. Bei dieser Frage handelt es sich um eine Rechtsfrage, mit der sich die belangte Behörde auseinandersetzen hätte müssen und deren Beurteilung nicht der AGES obliegt. Nach dem vorliegenden Akteninhalt wurde die Stellungnahme der AGES vom 15. Juni 2018 dem Bf auch nicht im Wege des Parteiengehörs übermittelt.

2.3. Zur Anwendbarkeit der VO (EG) Nr. 2073/2005 der Kommission vom 15. November 2005:
In der Beschwerde wird die Anwendbarkeit der VO (EG) Nr. 2073/2005 unter Vorlage eines Rechtsgutachtens mit dem Argument bestritten, dass sich diese nur auf betriebliche Eigenkontrollen beziehe und nicht der amtlichen Überwachung diene, was zur Folge hätte, dass die von der AGES angewendete Referenzmethode EN/ISO 6579 keine solche wäre bzw. wären die im Anhang zur Verordnung

dargestellten Grundsätze, wonach in 25g des Lebensmittels Salmonellen nicht nachweisbar sein dürfen (Pkte. 1,5 und 1,9) und das Lebensmittel als unbefriedigend einzustufen ist, wenn das Bakterium in einer Probeneinheit nachgewiesen wird, gegenständlich nicht anwendbar.

Hiezu ist auf die diesbezüglich ergangene Entscheidung des EuGH C-443/13 vom 13. November 2014 verweisen, in welchem im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, dessen Grundlage ein Verwaltungsstrafverfahren gegen die Filialleiterin eines Lebensmittelgeschäfts wegen Inverkehrbringens zum menschlichen Verzehr ungeeigneter Lebensmittel gem. § 90 Abs. 1 Z1 LMSVG war, dem EuGH u.a. die Fragen gestellt wurden, ob das dort verfahrensgegenständliche frische Geflügelfleisch die im Anhang I Kapitel 1 der VO 2073/2005 genannten mikrobiologischen Kriterien (nach damals noch anderen Anlagen) in allen Stadien des Vertriebs erfüllen müsse, ob Lebensmittelunternehmer auf Vertriebsstufe dem Regime der Verordnung unterlägen und ob das mikrobiologische Kriterium auch von nicht an der Produktion beteiligten Unternehmen zu beachten wäre. Der EuGH führte dazu zusammengefasst aus, dass Lebensmittel die in der Verordnung dargestellten mikrobiologischen Kriterien auf allen Stufen des Vertriebs einschließlich des Einzelhandels erfüllen müssen. In seiner zweiten Antwort stellte der Gerichtshof überdies dar, dass die VO (EG) 2073/2005 einer nationalen Strafbestimmung grundsätzlich nicht entgegensteht. Aus dieser Entscheidung ist somit zu folgern, dass eine verwaltungsstrafrechtliche Haftung des Inverkehrbringers besteht, eine diesbezügliche innerstaatliche Haftungsbestimmung mit dem EU-Recht in Einklang steht und die Regelungen der VO (EG) 2073/2005 zugrunde zu legen sind.

Die VO (EG) 2073/2005 wurde seit Ergehen dieser Entscheidung lediglich im Bereich der Anhänge geändert bzw. erfolgten Ergänzungen des Art. 5, die Erwägungsgründe sind unverändert geblieben. Somit ist davon auszugehen, dass auch im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren die VO (EG) 2073/2005 als Rechtsgrundlage heranzuziehen war. Salmonellen dürfen nach Anhang I, Kapitel 1, Reihe 1.5 bzw. 1.9 der zitierten Verordnung in 25g eines in Verkehr gebrachten Fleischerzeugnisses aus Geflügelfleisch [...] nicht nachweisbar sein bzw. gilt ein Lebensmittel, welches diese Kriterien nicht erfüllt, als unbefriedigend - folglich durfte das verfahrensgegenständliche Geflügelfleisch zum Zeitpunkt der Kontrolle in 25g keine Salmonellen aufweisen.

2.4. Zur Gleichwertigkeit der Methode BVL L 00.00-98:
Zur Begründung, warum die belangten Behörde dem Gegengutachten der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH (idF ANALYTEC) keine Bedeutung beimisst, wird eine wörtlich wiedergegebene, bei der AGES eingeholte, von dieser als „Gutachten“ bezeichnete Stellungnahme, in welcher u.a. ausgeführt wird, dass die von ANALYTEC zur

Bestimmung von Salmonellen herangezogenen Analysemethode BVL L 00.00-98 (realtime PCR) ungeeignet und nach der VO (EG) 2073/2005 nicht zulässig sei.

Hiezu ist Folgendes auszuführen: Bereits aus der Bezeichnung als Referenzmethode kann geschlossen werden werden, dass es sich bei der Methode nach EN/ISO 6579 nicht um die einzige zulässige Methode handeln kann. Die VO (EG) 2073/2005 stellt in Art. 5 Abs. 5 zudem ausdrücklich klar, dass Lebensmittelunternehmer auch andere Probenahme- und Untersuchungsverfahren anwenden dürfen, wenn sie zur Zufriedenheit der zuständigen Behörde ausreichend nachweisen können, dass diese Verfahren zumindest gleichwertige Garantien bieten. Diese Verfahren können alternative Probenahmestellen und die Verwendung von Trendanalysen umfassen. Die Verwendung alternativer Untersuchungsmethoden ist nach dieser Bestimmung jedenfalls zulässig, wenn diese Methoden anhand der in Anhang I aufgeführten Referenzmethoden validiert und wenn ein eigenes Verfahren gemäß dem Protokoll der Norm EN/ISO 16140 oder anderen international anerkannten ähnlichen Protokollen von Dritten zertifiziert ist. Sofern der Lebensmittelunternehmer andere Untersuchungsmethoden als die in Absatz 3 genannten validierten und zertifizierten anwenden möchte, müssen diese nach international anerkannten Protokollen validiert und ihre Verwendung durch die zuständige Behörde genehmigt sein.

Das gegenständlich angewendete Verfahren BVL L 00.00-98 ist in der amtlichen Sammlung von Untersuchungsverfahren nach § 64 st. LFGB enthalten und wird als technische Regel vom Beuth Verlag, der die DIN publiziert, herausgegeben. Aus ANHANG B zur genannten Unterlage ergibt sich, dass anhand der DIN EN ISO 6579:2002 ein Ringversuch stattgefunden hat, die Methode sohin anhand EN/ISO 6579 validiert wurde. Die Unterlage nimmt auch Bezug auf DIN EN ISO 16140, sodass kein Zweifel daran bestehen kann, dass die vorliegende von ANALYTEC zur Anwendung gebrachte Methode den Vorgaben das Art. 5 Abs. 5 der VO (EG) 2073/2005 entspricht und sohin eine der Referenzmethode EN/ISO 6579 entsprechende zulässige Alternativmethode ist. Die Eignung der Methode ist angesichts dieser Umstände indiziert. Sie durfte daher im Rahmen der betrieblichen Eigenkontrolle angewendet werden und ist auch in Bezug auf die Untersuchung der Gegenprobe als mit der von der AGES angewandten Methode EN/ISO 6579 als gleichwertig, insbesondere auch gleich aussagekräftig anzusehen.

Zu der in der Stellungnahme der AGES vom 15. Juni 2018 geäußerten Ansicht, Real-time PCR-Verfahren (so wie das gegenständlich angewendete) würden einen nicht unwesentlichen Teil an falsch negativen Ergebnissen erzielen, ist anzumerken, dass dieses Verfahren vom BMWFW in den Akkreditierungsumfang von ANALYTEC ausdrücklich zum Zwecke des qualitativen Nachweises von Salmonellen in Lebensmitteln aufgenommen wurde.

2.5. Somit ist festzuhalten, dass das dem amtlich in Auftrag gegebenen Gutachten gleichwertige und auf einer zulässigen Methode basierende Gutachten der ANALYTEC vom 16. August 2017, welches die Analyse der Gegenprobe behandelt, ergeben hat, dass Salmonellen spp in 25g nicht nachweisbar waren. Unter Verweis auf die unter Pkt. 2.1. dargestellte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Bedeutung der Gegenprobe ist festzuhalten, dass dem Bf mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nicht nachgewiesen werden kann, dass er fahrlässig ein Lebensmittel in Verkehr gebracht hätte, welches für den menschlichen Verzehr ungeeignet war.

Die von der AGES vertretene Ansicht, Salmonellen würden in Nestern auftreten, weshalb es denkbar sei, dass bei der Beprobung von verschiedenen Packungen verschiedene Ergebnisse erzielt würden, scheint zwar nachvollziehbar, ändert jedoch nichts an der rechtlichen Beurteilung, da die Möglichkeit, eine Gegenprobe als entlastendes Beweismittel zu erbringen, rechtlich verankert ist und der im Verwaltungsstrafverfahren gesetzlich erforderliche Nachweis nicht mehr erbracht werden kann. Andernfalls würde der Gegenprobe keinerlei wesentliche Bedeutung zukommen. Dass das Lebensmittelaufsichtsorgan nicht entsprechend § 36 Abs. 2 LMSVG, sondern nach Abs. 3 leg. cit. vorgegangen ist, also die primäre Probe nicht geteilt, sondern mehrere augenscheinlich gleiche Wareneinheiten entnommen hat, liegt nicht in der Sphäre des Beschuldigten, allfällige daraus resultierende Beweisschwierigkeiten sind der Behörde zuzurechnen. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes „In dubio pro reo“ ist folglich bereits der dem Bf vorgeworfene objektive Tatbestand nicht als erfüllt anzusehen, da das Vorliegen von Salmonellen nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit erwiesen werden kann.

2.6. Somit ist das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß dem § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG einzustellen. Folglich entfällt die Verpflichtung des Bf zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen zum Verwaltungsstrafverfahren bzw. zum Beschwerdeverfahren sowie auch die Verpflichtung gemäß § 71 Abs. 3 LMSVG zum Ersatz der Kosten der Lebensmittel-untersuchung.

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 vorliegende Fall war ausschließlich im Wege der Beweiswürdigung zu lösen. Er ist demnach nicht verallgemeinerungsfähig. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zur Bedeutung der Gegenprobe wurde im Erkenntnis dargestellt.

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. Hörzing