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-000320/3/FP

Datum:
Linz, 29. August 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von Ing. R S, vertreten durch Dr. J H und Mag. Dr. T H, Rechtsanwälte, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 24. September 2018, GZ: BHVBSanR-2017-361279/9-NE, wegen einer Übertretung des LMSVG

zu Recht:

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

II. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen. Zudem hat der Beschwerdeführer keine Lebensmitteluntersuchungskosten gemäß § 71 Abs 3 LMSVG zu bezahlen.

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 Straferkenntnis vom 24. September 2018 verhängte die belangte Behörde eine Strafe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 48 Stunden) über den Bf und warf ihm auf das Wesentliche zusammengefasst vor, er habe als verantwortlicher Beauftragter eines näher genannten Lebensmittelunternehmens zu verantworten, dass ein Lebensmittel „Puten Medaillons“ im Kühlhaus des betreffenden Unternehmens für Verkaufszwecke bereit gehalten und damit in Verkehr gebracht worden sei, obwohl das Lebensmittel mit Salmonellen kontaminiert und damit für den menschlichen Verkehr ungeeignet und nicht sicher gewesen sei. Das Lebensmittel sei damit dem Verbot des Inverkehrbringens unterlegen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29. Oktober 2018 rechtzeitig Beschwerde, in der er auf das Wesentliche zusammengefasst darstellte, die Gegenprobe habe eine einwandfreie Beschaffenheit ergeben.
Die belangte Behörde habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, weil sie dem Bf ein Ergänzungsgutachten der AGES nicht zugestellt habe.
Es bestünde zudem ein dichtes Netz an Eigenkontrollen, sodass die Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens gelungen sei. Die Ansicht der AGES, die VO (EG) Nr. 2073/2005 käme zur Anwendung, sei unrichtig. Diese beziehe sich nur auf Eigenkontrollen.
Maßstab seien ausschließlich Art 14 Abs 3 BStn. 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 wäre eine Methode nach § 64 LFBG.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 22. November 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsakt. Das Gericht hat zudem die technische Regel 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 ggst. für den Bf tätig werdenden Lebensmittelgutachterin ergibt. Es ist im Übrigen gerichtsbekannt, dass die ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und

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

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

Am 27. Juli 2017 um 08.01 Uhr zog ein Lebensmittelaufsichtsorgan des Amtes der Oö. Landesregierung im Kühlhaus der H KG, x (das Unternehmen) zu Probenkennzeichen 4000KREU0087/17 eine Probe des Produkts Putenmedallions (brat- und grillfertig mariniert) aus der Charge L749277303.
Die Probe wurde vom Institut für Lebensmittelsicherheit Linz (AGES) zur U-Zahl 17081441 untersucht. Das Analyseergebnis erbrachte eine Verunreinigung mit Salmonellen der Serogruppe B (Salmonella Stanley) in 25g. Die Untersuchung erfolgte nach ÖNorm EN ISO 6579.
[Probenbegleitschreiben, Gutachten AGES, Anzeige]

Dem Hersteller wurde eine amtliche Gegenprobe ausgefolgt.
Diese Gegenprobe wurde im Auftrag der Dienstgeberin des Bf von der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH (ANALYTEC) einer Untersuchung unterzogen, welche ergab, dass Salmonellen spp in 25g nicht nachweisbar seien.
Das dargestellte Institut bediente sich der Methode BVL L 00.00-98.
[Probenbegleitschreiben, Gutachten ANALYTEC, insb. 6. Fußnote]

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 dt. LFGB lautet:

„Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch - LFGB) § 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]

Das BMFWV hat im Internet 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 Lebensmitteln – Real-time PCR-Verfahren	Foodproof Sample Preparation Kit I; foodproof ShortPrep 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 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]
II.3. 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 des BMFWV vor. Diese Umstände indizieren die fachliche Eignung des genannten Instituts.
Zur Verwertbarkeit des Gutachtens der ANALYTEC über die Untersuchung der amtlichen Gegenprobe aufgrund der Gleichwertigkeit der Analysemethoden siehe die rechtliche Beurteilung.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen

a) Die wesentlichen Bestimmungen des 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 lauten:

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.

III.2. Grundsätzliches

Eine Strafbarkeit nach dem LSMVG kann sich dann ergeben, wenn objektiv gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen wurde.
Der objektive Verstoß muss von der Behörde erwiesen werden. Er unterliegt nicht der den Beschuldigten treffenden Entlastungspflicht des § 5 Abs 1 Satz 2 VStG. Diese setzt vielmehr den objektiven Tatbestand voraus.

Dementsprechend führt der Verwaltungsgerichtshof etwa in seiner Entscheidung vom 15. Februar 1991, GZ: 85/18/0176, wie folgt aus: „Gemäß der auch im Verwaltungsstrafverfahren zufolge § 24 VStG geltenden Grundsätze der Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 37 AVG) und der Amtswegigkeit (§ 39 Abs 2 AVG) hat die Behörde

dem Täter grundsätzlich den objektiven Tatbestand von sich aus nachzuweisen. Bestreitet der Beschuldigte, den objektiven Tatbestand eines Ungehorsamsdeliktes gesetzt zu haben, so trifft die Beweislast in dieser Hinsicht die Behörde. Zu einer Umkehr der Beweislast gemäß § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG kommt es nur dann, wenn der objektive Tatbestand eines Ungehorsamsdeliktes feststeht, der Täter jedoch lediglich das Vorliegen eines Verschuldens in Abrede stellt."

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ganz aktuellen Entscheidung vom 27. März 2019, Ra 2017/10/0100, zur Bedeutung der amtlichen Gegenprobe wie folgt ausgesprochen:

„11 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).
12 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."

Diese Entscheidung des VwGH macht die Bedeutung der Zurücklassung einer Gegenprobe deutlich und ergibt sich aus ihr, dass die Gegenprobe wesentliches Beweismittel für die Entlastung des Beschuldigten ist. Wenn nach der Judikatur des VwGH das Fehlen einer Gegenprobe zum Mangel der Verwertbarkeit des amtlichen Gutachtens führt, muss umso mehr ein ein gegenteiliges Ergebnis erbringendes, auf gleicher fachlicher Ebene erstattetes Gegengutachten über die Gegenprobe zu einem Fehlen des Nachweises des objektiven Tatbestands führen.

Vorliegend hat die Dienstgeberin des Bf ein Gutachten der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH (idF auch ANALYTEC) einer Untersuchung unterzogen, welche ergab, dass Salmonellen spp in 25g nicht nachweisbar seien.

Wesentliche Frage im vorliegenden Verfahren ist, ob das Gutachten von ANALYTEC geeignet ist, das Gutachten der AGES auf gleicher fachlicher Ebene zu widerlegen.

III.3. Zur Verwertbarkeit des Gutachtens von ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH:

III.3.1. Die belangte Behörde setzt sich im Verfahren nicht mit dem vom Bf vorgelegten Gegengutachten auseinander. Vielmehr kopiert sie die ergänzende

Stellungnahme der AGES vom 15. Juni 2018 in den Begründungsteil ihres Bescheides ein, setzt sich aber nicht mit deren Inhalt, insbesondere ihrer Schlüssigkeit oder Rechtsrichtigkeit (Gleichwertigkeit der Methode BVL L 00.00-98) auseinander, sondern nimmt die Äußerung als gegeben hin.

Es darf neuerlich daran erinnert werden, dass der AGES im lebensmittelrechtlichen Verfahren eine Sachverständigenfunktion zukommt. Gutachten der AGES sind daher der Beweiswürdigung der Behörde unterworfen und hat die Behörde insbesondere in Gutachten geäußerte Rechtsansichten aus Eigenem zu beurteilen. Die AGES äußert in ihrer Stellungnahme neben der Ansicht, dass die Analysemethode BVL L 00.00-98 technisch ungeeignet ist, die Rechtsansicht, dass diese nicht den Vorgaben der VO (EG) 2073/2005 entspricht. Es handelt sich bei dieser Frage um eine Rechtsfrage, mit der sich die belangte Behörde auseinandersetzen hätte müssen, da sie zur Klärung der vorliegenden Problematik wesentlich ist.
Es darf in diesem Zusammenhang auch angemerkt werden, dass die belangte Behörde, wie der Bf zu Recht ankreidet, diesem die Stellungnahme der AGES zur Wahrung des Parteiengehörs zur Verfügung stellen hätte müssen.

III.3.2. Zur Anwendbarkeit der VO (EG) Nr. 2073/2005 der Kommission vom 15.November 2005:

Der Bf bestreitet in seinem Beschwerdeschriftsatz die Anwendbarkeit der VO (EG) Nr. 2073/2005 und stellt dar, diese beziehe sich nur auf betriebliche Eigenkontrollen. Folgt man der Ansicht des Bf, würde sich dies nicht nur auf die von der AGES angewendete Referenzmethode EN/ISO 6579 auswirken (sie wäre dann im gegebenen Zusammenhang keine Referenzmethode), sondern wären auch die im Anhang zur Verordnung dargestellte Grundsätze, wonach in 25g des Lebensmittels Salmonellen nicht nachweisbar sein dürfen (Punkte 1,5 und 1,9) und das Lebensmittel als unbefriedigend einzustufen ist, wenn das Bakterium in einer Probeneinheit nachgewiesen wird (Interpretation der Untersuchungsergebnisse) im Verwaltungsstrafverfahren nicht anwendbar.

Der Bf stützt sich dabei auch auf ein Rechtsgutachten eines deutschen Rechtsanwaltes, der als Experte für lebensmittelrechtliche Fragen bekannt ist.

Es wird in diesem Zusammenhang dargestellt, die VO (EG) 2073/2005 sei lediglich an den Lebensmittelunternehmer in Bezug auf Eigenkontrollen adressiert und diene diese nicht der amtlichen Überwachung.

Unabhängig von der Frage, an wen sich die vorliegende Verordnung richtet, ist der Bf auf eine diesbezüglich ergangene Entscheidung des EuGH C-443/13 vom 13. November 2014 hinzuweisen.

Gegenstand war ein Verwaltungsstrafverfahren gegen die Filialleiterin eines Supermarktes wegen Inverkehrbringens zum menschlichen Verzehr ungeeigneter Lebensmittel gem. § 90 Abs 1 Z1 LMSVG (vgl. RN 20).
Das vorlegende Landesverwaltungsgericht Tirol stellte dem Gerichtshof unter anderem die Fragen, 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 stellte in diesem Zusammenhang zusammengefasst klar, 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.
Dass eine verwaltungsstrafrechtliche Haftung des Inverkehrbringers besteht, bzw. eine diesbezügliche innerstaatliche Haftungsbestimmung mit dem EU-Recht in Einklang steht und die Regelungen der VO (EG) 2073/2005 zugrunde zu legen sind, ergibt sich aus dieser Entscheidung eindeutig.

Seit der dargestellten Entscheidung wurden keine inhaltlich relevanten Änderungen an der VO (EG) 2073/2005 vorgenommen, vielmehr kam es lediglich zu Änderungen im Bereich der Anhänge und Ergänzungen des Art. 5.
Insbesondere die im genannten Rechtsgutachten angesprochenen Erwägungsgründe sind die gleichen.

Aufgrund der dargestellten Entscheidung des EuGH ist insofern klargestellt, dass das gegenständliche Geflügelfleisch zum Zeitpunkt der Kontrolle in 25g keine Salmonellen aufweisen durfte und die VO (EG) 2073/2005 als Rechtsgrundlage heranzuziehen war.

Der Darstellung, die im Ergebnis davon ausgeht, dass die VO (EG) 2073/2005 quasi nur intern anzuwenden ist, und nicht Basis für eine Bestrafung sein kann, kann schon angesichts der in Anhang I, Kapitel 1 unter „Interpretation der Untersuchungsergebnisse“ bei Kontamination ausdrücklichen Einstufung als unbefriedigend, nicht gefolgt werden und wäre zudem nicht logisch nachvollziehbar, eine unmittelbar anwendbare EU-Vorschrift mit verbindlichen Grenzwerten auszustatten, ohne eine staatliche Nachkontrolle vorzusehen.

Vor dem Hintergrund der deutlichen Judikatur des EuGH ist der vom Bf vertretenen Ansicht insofern nicht zu folgen.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass Salmonellen nach Anhang I, Kapitel 1, Reihe 1.5 bzw. 1.9 in 25g eines in Verkehr gebrachten Fleischerzeugnisses aus Geflügelfleisch [...] nicht nachweisbar sein dürfen und, dass ein Lebensmittel, welches diese Kriterien nicht erfüllt, als unbefriedigend gilt.

III.3.3. Gleichwertigkeit der Methode BVL L 00.00-98

Grundlage für die Entscheidung der belangten Behörde, insbesondere den Umstand, dass sie dem Gutachten der ANALYTEC Labor für Lebensmitteluntersuchung und Umweltanalytik DI H F & DI C F ZT-GmbH keine Bedeutung beimisst, ist eine bei der AGES eingeholte und von dieser als Gutachten bezeichnete Stellungnahme, in der teilweise auf rechtlicher Ebene dargestellt 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. Im Ergebnis scheint die AGES auf dem Standpunkt zu stehen, dass die Referenzmethode EN/ISO 6579 die einzige nach der VO (EG) 2073/2005 zulässige Methode ist.

Dieser Ansicht der AGES kann jedoch nicht gefolgt werden.
Schon die Bezeichnung als Referenzmethode gibt Aufschluss darüber, 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 ihrem Artikel 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.

Nun ergibt sich, dass das Verfahren BVL L 00.00-98 in der amtlichen Sammlung von Untersuchungsverfahren nach § 64 des deutschen LFGB enthalten ist und als technische Regel vom Beuth Verlag, der die DIN publiziert, herausgegeben wird. 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 und liegt auf der Hand.

Die Methode durfte angesichts der genannten ausdrücklichen unionsrechtlichen Anordnung daher im Rahmen der betrieblichen Eigenkontrolle zur Anwendung gebracht werden und ist auch in Bezug auf die Untersuchung der Gegenprobe als mit der von der AGES angewandten Methode EN/ISO 6579 als gleichwertig und insb. gleich aussagekräftig anzusehen.

Es darf in diesem Zusammenhang angemerkt werden, dass das genannte alternative Real-time PCR-Verfahren BVL L 00.00-98 vom BMFWV in den Akkreditierungsumfang von ANALYTEC aufgenommen wurde und zwar ausdrücklich zum Zwecke des qualitativen Nachweises von Salmonellen in Lebensmitteln. Es wäre doch erstaunlich, würde das BMFWV Verfahren ausdrücklich zum Nachweis der jeweiligen Krankheitserreger akkreditieren, wenn diese nicht oder nicht ausreichend geeignet sind.

III.4. Das insofern gleichwertige und auf einer zulässigen Methode basierende Gutachten von ANALYTEC vom 14. August 2017, welches die amtliche Gegenprobe behandelt, ergab, dass Salmonellen spp in 25g nicht nachweisbar waren.

In Anbetracht der unter Punkt III.2. dargestellten Judikatur des VwGH zur Bedeutung der Gegenprobe kann dem Bf mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nicht nachgewiesen werden, dass er fahrlässig ein Lebensmittel in Verkehr gebracht hätte, welches für den menschlichen Verzehr ungeeignet war.

Der Umstand, dass die AGES die Ansicht vertritt, Salmonellen würden in Nestern auftreten, weshalb es denkbar sei, dass bei der Beprobung von verschiedenen Packungen verschiedene Ergebnisse erzielt würden, erscheint nachvollziehbar, ändert angesichts der von Gesetzes wegen eingerichteten Wirkung der Gegenprobe als entlastendes Beweismittel aber nichts an der rechtlichen Beurteilung, weil der vom Gesetz geforderte, der im Verwaltungsstrafverfahren 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, sondern müssen allfällige daraus resultierende Beweisschwierigkeiten der Behörde zugerechnet werden.

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes in dubio pro reo muss dieser Umstand zugunsten des Bf gewürdigt werden und ist bereits aus diesem Grund, auf objektiver Ebene der Tatsachen, mit Einstellung vorzugehen, weil das Vorliegen von Salmonellen nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit erwiesen werden kann.

III.5. Im Ergebnis ist der Beschwerde daher stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren schon mangels einer erwiesenen Verwaltungsübertretung gemäß dem § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen. Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens (§ 66 Abs 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 52 Abs 9 VwGVG) und ebenso die Verpflichtung gemäß § 71 Abs 3 LMSVG zum Ersatz der Kosten der Lebensmitteluntersuchung.

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 zur Bedeutung der Gegenprobe wurde im Erkenntnis dargestellt und wurde dieser gefolgt. Zur Beweisplicht der Behörde in Bezug existiert umfangreiche Judikatur. Die Judikatur zur Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens vgl. Punkt III.5. 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.

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