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-000353/6/FP

Datum:
Linz, 15. Oktober 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von R I L S, geb. x, vertreten durch F W & Partner Rechtsanwälte GmbH, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 9. Juli 2019, GZ: Pol-303-SR09-3-2019, 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 dem im Rubrum genannten Straferkenntnis machte der Bürgermeister der Stadt Wels (idF: belangte Behörde) der Beschwerdeführerin (idF: Bf) zusammengefasst den Vorwurf, sie habe als Geschäftsführerin der S zu verantworten, dass diese zumindest ab dem 12. Februar 2018 840 Stück Trinkflaschen „k - blau - 1 Liter“ zum Verkauf bereitgehalten und damit in Verkehr gebracht habe, die nicht den Bestimmungen des LMSVG entsprochen hätte, weil entgegen dem Hinweis „BPA free“ die Innenbeschichtung der als Probe gezogenen Trinkflaschen aus einem Epoxidharz auf Basis des Diglycidylethers bestanden und neben BPA auch BPF nachgewiesen worden sei. Die Auslobung „BPA free“ stelle daher eine zur Irreführung geeignete Information dar, die dem Verbot des Inverkehrbringens unterliege.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 6. August 2019 rechtzeitig Beschwerde, in der sie auf das Wesentliche zusammengefasst bestritt, dass die ggst. Flaschen BPA enthalten hätten und BPF-Freiheit nicht ausgelobt gewesen sei. Die Bf legte Prüfberichte eines Schweizer und eines weiteren Internation tätigen Instituts, sowie Herstellerbestätigungen vor und beantrage die Aufhebung des Straferkenntnisses, hilfsweise die Herabsetzung der Strafe.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 9. August 2019 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen. Die belangte Behörde verzichtete auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt. Eine öffentliche mündliche Verhandlung unterbleibt gemäß § 44 Abs 2 VwGVG, weil bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

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

Die Bf ist Geschäftsführerin der S GmbH (idF: die Gesellschaft) mit Sitz in W.
Am 21. Juni 2018 zog die Magistratsabteilung 59 – Marktservice und Lebensmittelsicherheit Wien in einer Filiale der Gesellschaft in Wien 1220, Gewerbeparkstraße 6 eine Probe des Produkts „Trinkflasche k – blau – 1 Liter“. Die Kennzeichnung des Produkts enthielt die Auslobung „BPA free“.
Das Lebensmittelaufsichtsorgan entnahm als Probe alle vier vorhandenen Flaschen dieser Type und folgte keine Gegenprobe aus.

Die Gesellschaft reichte laut Anzeige der MA 59 am 28. Juni 2018 nachfolgende Informationen nach:
„Der besagte Artikel x wurde am 12. Feb. 2018 mit einer Menge von 840 Stück an unsere Zentrale in W, F x, geliefert.
Lieferant ist: T. – Unit A, B P, - S – N – x.
Von unserem ‚Warehouse' wurden dann 13 Stück dieses Artikels an die Filiale geliefert."
[Anzeige MA59]

Es handelt sich bei vorliegendem Produkt um eine Trinkflasche aus Aluminium, die innen mit Epoxidharz beschichtet ist.
Die Probe trägt die Artikelnummer x.
[Amtliches Untersuchungszeugnis samt Lichtbildern]

Drei der Flaschen wurden zu Auftragsnummer x beim Institut für Lebensmittelsicherheit Wien (AGES) untersucht.

Die AGES untersuchte die Innenbeschichtung einer der Flaschen mittels eines spektroskopischen Verfahrens (ATR-Infrarotspektroskopie). In dieser soll Diglycidylether von Bisphenol A, ein Derivat von BPA, hergestellt sein.
Mit einer zweiten Flasche wurden Migrationsversuche vorgenommen. Die Untersuchung der AGES ergab 0,019 ± 0,0047 mg/kg Bisphenol A (2,2-Bis(4-hydroxyphenyl)propan) in der Migrationslösung.
Darüber hinaus soll Bisphenol F vorgefunden worden sein.

Die anderen beiden als Proben entnommenen Flaschen wurden nicht untersucht.

Das Gutachten der AGES lautet: „Bei der vorliegenden Probe mit der Bezeichnung ‚k – blau – 1 Liter' handelt es sich um einen Gebrauchsgegenstand, der laut Definition des § 3 Z 7 lit. a LMSVG dazu bestimmt ist, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen.

Bewertung nach dem LMSVG

Auf dem Etikett der vorliegenden Probe befindet sich die Angabe ‚BPA free'. Laut obigem Befund beststeht die Innenbeschichtung aus einem Epoxidharz auf Basis des Diglycidylethers von Bisphenol A (kurz BPA. Im ersten Migrat der Flasche 2 wurde Bisphenol A (BPA) und zusätzlich auch Bisphenol F nachgewiesen. Die Auslobung als ‚BPA free' im Zusammenhang mit den nachgewiesenen Bisphenolen A und F stellt somit eine zur Täuschung geeignete Angabe gemäß § 5 Abs 2 Z1 im Hinblick auf die Zusammensetzung der Probe dar."
[Amtliches Untersuchungszeugnis der AGES samt Gutachten]

Die Bf hat einen Untersuchungsreport der x mit Sitz in der Schweiz vorgelegt (Beilage ./A). Das genannte Institut ist beim Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF; Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

Schweizerische Akkreditierungsstelle SAS nach ISO/IEC x zur Akkreditierungsnummer x akkreditiert x .
Das Gutachten (Test Report) vom 19. März 2018 weist für das bei der x, hergestellte Grundprodukt, ein beschichtetes Aluminiumblech, die Freiheit von BADGE, Bisphenol A und Bisphenol F aus.
Sowohl der Hersteller der Flasche (x), als auch der Zulieferer für die Rohlinge (x), bestätigen die Verwendung des getesteten Blechs für die Artikelnummer x und dass keine Beschichtungen oder Harze hinzugekommen sind.
[Beilagen zur Beschwerde ./A, ./C und ./D]

Es liegt ein Test Report der x. vom 1. März 2019 vor.
Das genannte Unternehmen ist etwa zur Zahl x bei der deutschen Akkreditierungsstelle D für die chemische und physikalisch-chemische Testung von Kunststoff und Lebensmittelkontaktmaterialien (etc.) akkreditiert [x].
Gegenstand der Begutachtung durch x war der Schraubdeckel u.a. der vorliegenden Flasche und wurde im genannten Report die Freiheit von Bisphenol A bestätigt. [Beilage zur Beschwerde ./B]

Das Lebensmitteluntersuchungsorgan der x ließ anlässlich der Kontrolle keine Gegenprobe zurück. [Anzeige, Probenbegleitschreiben]

Es kann nicht festgestellt werden, dass die von der Gesellschaft vertriebenen, verfahrensgegenständlichen Flaschen, BPA enthielten.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
Zur Verwertbarkeit des Gutachtens der AGES bei Fehlen von Gegenproben siehe Punkt III.2.3.
Die Bf hat im Verfahren zwei Gutachten vorgelegt, die die Freiheit von BPA in Bezug auf das zur Herstellung der Flaschenrohlinge verwendete kunststoff-beschichtete Alublech (SQTS), sowie des Kunststoffdeckels (SGS), bestätigt haben.
Es handelt sich dabei um zwei nach internationalen Normen akkreditierte Institute an deren Kompetenz die Bf nicht zweifeln musste. Die Einholung derartiger Gutachten von spezialisierten Labors während der laufenden Geschäftsbeziehung (siehe dazu die Datierung der Gutachten) ist abstrakt geeignet und tauglich, lebensmittelrechtliche Verstöße hintanzuhalten (vgl. Blass u.a. LMR^3, Band 1, § 21 RZ 5). Soweit die belangte Behörde in diesem Zusammenhang anmerkt, dass die Materialüberprüfung (x) am 8. März 2018 die zur Verfügung gestellte Platte betreffe, ist auf die Bestätigungen der Hersteller vom 6. August 2019 und vom 4. September 2019 zu verweisen, mit welchen die Verwendung ein und desselben Materials, insbesondere der Beschichtung für Produkte mit der Artikelnummer x

bestätigt wurden. Der Umstand, dass bei Massenartikeln initiativ Material-überprüfungen während aufrechter Produktion stattfinden, vermag insbesondere aufgrund des im Verwaltungsstrafrecht erforderlichen Beweises (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) und der bloßen Erforderlichkeit der Glaubhaft-machung mangelnden Verschuldens keine verminderte Beweiskraft gegenüber einem Gutachten der AGES bewirken, bei welchem trotz Vorliegens von vier Materialproben nur eine ausgewertet wird und bei einer anderen bloß eine Migrationslösung analysiert wird.
Dies insbesondere wenn grundlos keine Gegenprobe ausgefolgt wird und der Beschuldigte dadurch daran gehindert wird, das Ergebnis der Analyse der AGES zu widerlegen.
Gerade auch der Umstand, dass die anhand von zwei auf BPA getesteten Stücken von der AGES gewonnene Ergebnisse ohne Weiteres auf sämtliche von der Gesellschaft bezogenen Artikel (840 Stück) umgelegt werden, sodass in Bezug auf 838 Stück keinerlei belastende Beweise vorliegen, müssen Beweismittel, die sich angesichts der unbedenklichen Bestätigungen der Hersteller auf alle hergestellten Produkte beziehen, für die Entlastung jedenfalls ausreichen.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen:

Die wesentlichen Bestimmungen des LMSVG lauten:

„Begriffsbestimmungen

§ 3. Für dieses Bundesgesetz gelten folgende Begriffsbestimmungen:

[...]

7. Gebrauchsgegenstände:

a) Materialien und Gegenstände gemäß Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1935/2004;

b) Materialien und Gegenstände, die bestimmungsgemäß oder vorhersehbar in Kontakt mit kosmetischen Mitteln kommen zu dem ausschließlichen oder überwiegenden Zweck, als Umschließungen für die Verwendung bei kosmetischen Mitteln zu dienen;

c) Gegenstände, die dazu bestimmt sind, ausschließlich oder überwiegend in Kontakt mit dem Mund oder der Mundschleimhaut von Kindern zu kommen;

d) Gegenstände, die bestimmungsgemäß äußerlich mit dem menschlichen Körper oder den Schleimhäuten in Berührung kommen zu dem ausschließlichen oder überwiegenden Zweck der Körperhygiene, sofern sie nicht kosmetische Mittel oder Medizinprodukte sind;

e) Spielzeug für Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr.

[...]

9. Inverkehrbringen: Inverkehrbringen gemäß Art. 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002. Art. 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gilt sinngemäß für Gebrauchsgegenstände, wobei ein Inverkehrbringen von Spielzeug dann nicht vorliegt, wenn sichergestellt ist, dass das Spielzeug in seiner den lebensmittelrechtlichen

Vorschriften nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt. Art. 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gilt sinngemäß auch für kosmetische Mittel, wobei ein Inverkehrbringen dann nicht vorliegt, wenn es sich um die Anwendung am Endverbraucher im Rahmen der Berufsausübung handelt. Für Wasser für den menschlichen Gebrauch gilt auch die Abgabe zum Zweck der Gemeinschaftsversorgung als Inverkehrbringen, sofern diese nicht im Rahmen des familiären Verbandes erfolgt.
Davon abweichend ist als Inverkehrbringen bei ursprünglich auf Grund des Lebensmittelgesetzes 1975 – LMG 1975, BGBl. Nr. 86, erlassenen Verordnungen das Gewinnen, Herstellen, Behandeln, Einführen, Lagern, Verpacken, Bezeichnen, Feilhalten, Ankündigen, Werben, Verkaufen, jedes sonstige Überlassen und das Verwenden für andere zu verstehen, sofern es zu Erwerbszwecken oder für Zwecke der Gemeinschaftsversorgung geschieht. Bei Beurteilung einer Ware ist jedoch auch zu berücksichtigen, ob sich ihre etwaige den lebensmittelrechtlichen Vorschriften gemäß Z 13 nicht entsprechende Beschaffenheit bloß aus der Besonderheit jener Phase des Inverkehrbringens ergibt, aus der sie stammt. Ein Inverkehrbringen liegt nicht vor, wenn sichergestellt ist, dass die Ware in ihrer den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht entsprechenden Beschaffenheit nicht zum Verbraucher gelangt. Die Befugnisse der Aufsichtsorgane gemäß §§ 35, 39 und 41 bleiben davon unberührt.
[...]

Lebensmittel
Allgemeine Anforderungen

§ 5. (1) [...]
(2) Es ist verboten, Lebensmittel mit zur Irreführung geeigneten Informationen in Verkehr zu bringen oder zu bewerben, insbesondere

1. in Bezug auf die Eigenschaften des Lebensmittels wie Art, Identität, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprungsland oder Herkunftsort und Methode der Herstellung oder Erzeugung;
2. indem dem Lebensmittel Wirkungen oder Eigenschaften zugeschrieben werden, die es nicht besitzt;
3. indem zu verstehen gegeben wird, dass sich das Lebensmittel durch besondere Merkmale auszeichnet, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Merkmale aufweisen, insbesondere durch besondere Hervorhebung des Vorhandenseins oder Nicht-Vorhandenseins bestimmter Zutaten oder Nährstoffe;
4. indem durch das Aussehen, die Bezeichnung oder bildliche Darstellungen das Vorhandensein eines bestimmten Lebensmittels oder einer Zutat suggeriert wird, obwohl tatsächlich in dem Lebensmittel ein von Natur aus vorhandener Bestandteil oder eine normalerweise in diesem Lebensmittel verwendete Zutat durch einen anderen Bestandteil oder eine andere Zutat ersetzt wurde.

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.

Probenahme

§ 36. (1) Die Aufsichtsorgane können Proben von Waren einschließlich ihrer Werbemittel, Etiketten und Verpackungen entnehmen.
(2) Die entnommene Probe ist, soweit dies ihrer Natur nach möglich ist und dadurch nicht ihre einwandfreie Beurteilung bei der Untersuchung und Begutachtung vereitelt wird oder im Folgenden nicht anderes bestimmt ist, in drei annähernd gleiche Teile zu teilen; hernach ist jeder Teil zweckentsprechend zu verpacken und zu versiegeln. Ein Teil der Probe wird als amtliche Probe der Untersuchung und Begutachtung zugeführt. Die restlichen Teile sind im Unternehmen als Gegenproben zurückzulassen. Der Unternehmer ist berechtigt, im Beisein des Aufsichtsorgans auf jeder Verpackung der Teile Angaben über das Unternehmen (Firmenstempel u. dgl.) anzubringen. Er ist über Lagerfrist und -bedingungen im Sinne des Abs. 8 zu informieren.
(3) Ist eine Teilung der entnommenen Probe ihrer Natur nach nicht möglich, so ist die Probe ohne vorherige Teilung als amtliche Probe der Untersuchung zuzuführen. Sind noch augenscheinlich gleiche Einheiten der Ware vorhanden, so ist eine ausreichende Zahl der Einheiten zu entnehmen und dem Unternehmer amtlich verschlossen als Gegenproben zurückzulassen.
(4) Erfolgt die Probenziehung beim Hersteller, ist abweichend von Abs. 2 die Probe in eine amtliche Probe und eine Gegenprobe zu teilen.
(5) Abweichend von Abs. 2 wird bei Probenahme zum alleinigen Zweck der Untersuchungen auf Kontaminanten gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 315/93 oder auf das Vorhandensein von Spuren genetisch veränderter Lebensmittel gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 nur eine Probe amtlich entnommen. Aus dem Homogenisat dieser Probe sind durch die für die Untersuchung der Probe beauftragte Einrichtung der Agentur oder die für die Untersuchung der Probe beauftragte Untersuchungsanstalt der Länder die amtliche Probe und die Gegenproben zu entnehmen sowie die Gegenproben zu versiegeln. Abs. 3 und 4 gelten sinngemäß. Gegenproben sind von den genannten Stellen in geeigneter Weise bis zu einer gemäß Abs. 8 zu setzenden Frist aufzubewahren. Abs. 7 gilt sinngemäß. Ebenso ist bei den stichprobenweisen Untersuchungen von lebenden Tieren, Fleisch sowie Erzeugnissen der Aquakultur auf Rückstände gemäß § 56 nur eine Probe zu entnehmen. Von dieser Probe ist, soweit es technisch möglich ist, ein Teil durch die für die Untersuchung der Probe beauftragte Agentur oder die für die Untersuchung der Probe beauftragte Untersuchungsanstalt der Länder aufzubewahren.
(6) Die Aufsichtsorgane haben den Hersteller, sofern er eine Zustelladresse in Österreich hat, oder wenn dies nicht der Fall ist, den Importeur oder Vertreiber in Österreich, über die Tatsache der Probenziehung und den Aufbewahrungsort der Gegenprobe unverzüglich schriftlich zu informieren. Ist eine Aufbewahrung der Gegenprobe auf Grund der Beschaffenheit der Ware nicht möglich, so ist dies dem Hersteller oder Importeur oder Vertreiber zeitgleich mitzuteilen.

§ 90. (1) Wer
[...]

3. Gebrauchsgegenstände, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch 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."

III.2. Objektiver Tatbestand

III.2.1. Grundsätzliches

Eine Strafbarkeit nach dem LMSVG 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 das Feststehen des objektiven Tatbestands 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."

III.2.2. Gemäß § 90 Abs 1 Z 3 LMSVG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist zu bestrafen, wer Gebrauchsgegenstände, die mit irreführenden Angaben versehen sind, oder in irreführender oder krankheitsbezogener Aufmachung in Verkehr bringt.

„ ‚Zur Irreführung geeignet' bedeutet dabei, daß ein nicht unerheblicher Teil der Betroffenen durch bestimmte Angaben irregeführt werden kann. Allerdings muß es sich um zur Irreführung geeignete Angaben über solche Umstände handeln, die nach der Verkehrsauffassung, insbesondere nach der Verbrauchererwartung, wesentlich sind

(Hinweis Barfuß ua, Lebensmittelrecht, 2te Auflage, Kommentar zu § 8, Seite 19f).“ (VwGH 9. November 1992, 91/10/0105)

Was nun den quasi nebenbei gemachten Vorwurf des Vorhandenseins von BPF und einer damit in Zusammenhang stehenden Irreführungseignung betrifft, erweist sich die der Bf vorgeworfene Tathandlung, ein Produkt als „frei von BPA“ ausgelobt zu haben, obwohl es BPF enthalten habe, schon an sich als nicht zur Irreführung von Konsumenten geeignet.

Kein Konsument geht davon aus, dass ein Produkt frei von BPF ist, wenn es als BPA frei ausgelobt wird, weshalb eine Irreführungseignung nicht gegeben ist. Es fehlt schon ein der irreführenden Auslobung.

Damit erweist sich aber schon nach logischen Gesichtspunkten, dass der Bf nicht vorgeworfen werden kann, dass sie durch die Kennzeichnung „BPA free“ die Verbraucher in die Irre führen konnte, weil BPF im Produkt gewesen sei.

III.2.3. Fehlende Gegenprobe

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. Nach der dargestellten Judikatur des VwGH führt das Fehlen einer Gegenprobe zum Mangel der Verwertbarkeit des amtlichen Gutachtens.

III.2.4. Dazu kommt, dass die Bf vorliegend nachvollziehbare Unterlagen vorgelegt hat, die eine Freiheit der vorliegenden Probe von BPA nahelegen. Aus der von

der Bf vorgelegten Beilage ./A ergibt sich, dass das zur Herstellung der vorliegenden Flaschen verwendete epoxidharzbeschichtete Aluminiumblech frei von BADGE, BPA und BPF war. Die Hersteller des Produkts bestätigen in weiteren Unterlagen, dass genau dieses Blech für den inkriminierten Artikel verwendet wurde und es zu keinen Veränderungen in den Beschichtungen gekommen ist.

III.2.5. Neben der fehlenden Ausfolgung einer amtlichen Gegenprobe führen die vorgelegten unbedenklichen Unterlagen, die BPA-Freiheit im Produktionsprozess belegen, dazu, dass das Vorhandensein von BPA in den Proben nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden kann. Eine fehlerhafte Analyse oder die Verunreinigung der Probe kann mit der erforderlichen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, nicht ausgeschlossen werden. Zumindest muss aber davon ausgegangen werden, dass die Bf nicht um ein Vorhandensein von BPA im vorliegenden Produkt wissen konnte (vgl. dazu III.3.). Auf die Frage, ob mit der Auslobung „BPA free“ auch die Freiheit von Derivaten von BPA (bspw. BADGE, vgl. x) zugesichert wird, muss angesichts der dargestellten Umstände nicht mehr eingegangen werden.

III.2.6. Es ergibt sich vor dem Hintergrund des vorstehend Gesagten, dass der Bf schon der objektive Tatbestand des § 90 Abs 1 Z 3 LMSVG nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden kann.

Durch die Auslobung als „BPA free“ ist eine Irreführung in Bezug auf BPF schon per se nicht denkbar.

III.3. Subjektive Tatseite

Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Normen sind nur dann strafbar, wenn sie schuldhaft begangen werden. § 5 Abs 1 VStG ordnet an, dass verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit zumindest Fahrlässigkeit erfordert.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet an, dass der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert (bei Strafdrohungen bis 50.000 Euro). Der Täter kann, um sich zu entlasten, glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“.

§ 5 Abs 1 S 2 regelt eine „Obliegenheit der Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens“ (VwGH 16.5.2011, 2009/17/0185; 30.10.1991, 91/09/0060). Dabei trifft die Bf keine Beweislast, sondern eine Darlegungslast iS einer entsprechenden Glaubhaftmachung (VwGH 30.10.1991, 91/09/0060). Hat die Bf ausreichende – also die Verschuldensvermutung potenziell entkräftende – Entlastungsmomente konkret aufgezeigt (oder gar entsprechende Beweisanträge gestellt), so hat sich die Behörde – bei sonstigem Verfahrensmangel – damit

sachlich auseinanderzusetzen, gegebenenfalls also entsprechende Beweise aufzunehmen [(Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 9 (Stand 1.7.2013, rdb.at)].

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass der Gesellschaft zwei Gutachten renommierter international akkreditierter Institute vorlagen, aus welchen sich ergeben hat, dass das als Grundstoff verwendete beschichtete Aluminiumblech und der Kunststoffdeckel BPA frei sind.

Zudem bestätigen die an der Herstellung beteiligten Betriebe, dass das getestete Blech bei den hier ggst. Flaschen zur Anwendung kam und nichts hinzugekommen ist.

Nach der Judikatur des VwGH trifft den für die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften Verantwortlichen im Falle der Beiziehung eines Sachverständigen diesem gegenüber eine gewisse Kontrollpflicht. So hat er das Gutachten des Sachverständigen nicht nur auf seine Vollständigkeit, sondern auch daraufhin zu überprüfen, ob ihm sonstige, auch für einen Laien bei Anwendung der nötigen und zumutbaren Sorgfalt erkennbare Mängel anhaften, wie etwa, dass es auf offenkundig unrichtigen Voraussetzungen beruht (VwGH 12.1.1989, 88/10/0169, VwSlg 12947 A/1989).

Im heutigen Wirtschaftsleben ist die Überwachung sämtlicher Normen, insbesondere in einem derart großen international agierenden Handelsunternehmen, wie dem vorliegenden, für einen Einzelnen unmöglich. Er muss sich spezialisierter Gehilfen bedienen. Bediente sich die Bf nun eines Sachverständigen, um die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten, kann ihr ein Verstoß gegen ihr obliegende objektive Sorgfaltswidrigkeiten nur in Form eines Auswahl- oder eines Überwachungsverschuldens vorgeworfen werden (vgl. VwGH 12.1.1989, 88/10/0169).

Im vorliegenden Fall hat sich die Bf spezialisierter Labors als Sachverständigen bedient. Die Labors verfügen über Akkreditierungen basierend auf internationalen Standards.

Die Bf konnte davon ausgehen, dass die erstatteten Gutachten inhaltlich richtig waren, sofern die Gutachten nicht in die Augen fallende Mängel aufwiesen. Eine zusätzliche fachliche Überprüfung, ob Gutachten aufgrund internationaler Standards von staatlichen Akkreditierungsstellen akkreditierter Labors inhaltlich richtig ist, würde die Sorgfaltspflichten des Verantwortlichen bei Weitem überspannen.

Eine Überprüfung muss vielmehr nur dahingehend erfolgen, ob dem Gutachten sonstige, auch für Laien bei der Anwendung der nötigen und zumutbaren Sorgfalt

erkennbare Mängel anhaften, wie etwa, dass es auf offenkundig unrichtigen Voraussetzungen beruht (VwGH 12. Jänner 1989, 88/10/0169).

Das Gericht kann den vorgelegten Untersuchungsberichten keine offensichtlichen Unschlüssigkeiten entnehmen.

Die Bf durfte sich daher auf die Gutachten verlassen und war es ihr schlicht nicht möglich, darauf zu schließen, dass die innere Beschichtung der Flaschen allenfalls doch BPA enthielt.

Die Bf trifft am allfälligen Verstoß kein Verschulden.

III.4. Im Ergebnis ist der Beschwerde daher Folge zu geben und das Straferkenntnis aufzuheben, zumal (1) die Verletzung lebensmittelrechtlicher Bestimmungen nicht mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen werden konnte und (2) die Bf selbst unter Annahme des Vorhandenseins von BPA im Produkt ihr mangelndes Verschulden iSd §5 Abs 1 Satz 2 VStG glaubhaft machen konnte.

Das Strafverfahren ist daher mangels Vorliegen einer strafbaren Verwaltungsübertretung gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen.

III.5. Kosten

Bei diesem Ergebnis fallen gemäß § 52 Abs 8 und 9 VwGVG keine Verfahrenskosten zulasten der Bf an.
Der Ausspruch hinsichtlich der Untersuchungskosten der AGES ergibt sich aus § 71 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 Bezug habende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist im Erkenntnis ausführlich dargestellt. 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