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-000393/2/FP

Datum:
Linz, 4. März 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von D K, geb. x 1981, vertreten durch S Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 25. November 2019, GZ: BHGMSanR-2018-465301/15-Lüf, 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 bzw. 2 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 25. November 2019 warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) „als delegiertem Verantwortlichen“ (gemeint: verantwortlichem Beauftragten) Nachstehendes vor:

„Es wurde Ihnen zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretung begangen zu haben:

1. Datum/Zeit: 05.06.2018

Ort: x

Sie haben als der nach § 9 VStG nachweislich delegierte Verantwortliche der L Österreich GmbH, am 05.06.2018 in der Filiale in G, im Verkaufsraum, mindestens eine Packung ‚Haferflocken zart‘ zum baldigen Verkauf bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht.

Die untersuchte Probe, Nr. 18060186-001, wies laut Gutachten der Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES) vom 10.07.2018, Zi: x, einen Geruch und Geschmack nach Waschmittel auf. Die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit dieses Artikels war somit nicht mehr gewährleistet. Die Ware war für den menschlichen Verzehr ungeeignet und als nicht sicher zu beurteilen. Sie unterlag dem Verbot des Inverkehrbringens.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 5 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 5 Ziff. 2 Lebenmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 idgF, iVm Art. 14 Abs. 2b der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Jänner 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zu Lebensmittelsicherheit“

Die belangte Behörde verhängte eine Strafe von 200 Euro (48 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe), schrieb Lebensmitteluntersuchungskosten iHV 64 Euro, sowie die Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens iHv 20 Euro vor.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 18. Dezember 2019 rechtzeitig Beschwerde, in welcher er auf das Wesentliche zusammengefasst darstellte, es handle sich bei der Feststellung der AGES, es liege ein „sehr leichter Geruch und Geschmack nach Waschmittel“ vor, um eine höchst subjektive Einschätzung, die nicht mehr objektivierbar sei.
Nachforschungen in der Produktionsstätte hätten ergeben, dass in dieser ausschließlich mit Getreideprodukten gearbeitet würde und chemische Mittel, wie Waschpulver nicht zum Einsatz kämen. Die Reinigung erfolge mit Pressluft, Wasser und mechanischer Gerätschaft. Bei Lagerung und Transport könne es aufgrund interner Vorschriften zu keiner Übertragung von Geruch oder Geschmack kommen.

Die Gegenproben seien von zwei unabhängigen Instituten untersucht worden. Diese seien jeweils zum Ergebnis gekommen, dass Geruch und Geschmack keine Auffälligkeiten zeigen würden.
Der Tatvorwurf sei nicht erwiesen und nicht gesetzgemäß konkretisiert.
Der Bf brachte überdies vor, dass ihm die Tat mangels Verschuldens nicht angelastet werden könne.

I.3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde dem Verwaltungsgericht samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 13. Jänner 2020 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Bereits aus diesem ergibt sich, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, weshalb gemäß § 44 Abs 2 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung entfällt.

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

Am 5. Juni 2018 fand in einer Filiale (D) der L Österreich GmbH eine lebensmittelpolizeiliche Kontrolle statt. Ein Organ des Amtes der Oö. Landesregierung zog zu Probenzeichen x eine Probe des Produktes „Haferflocken zart“. Die Probe bestand aus 3 Packungen á 500 g. Zudem scheinen (arg. „detto“) 3 Packungen des gleichen Produkts als Gegenprobe ausgefolgt worden zu sein.
[Anzeige, Probenbegleitschreiben, Lichtbilder Gutachten Hygienicum]

Die Probe wurde dem Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck (AGES) übermittelt, welches diese zwischen 6. Juni 2018 und 12. Juli 2018 zu U-Zahl 18060186 untersuchte. Das Analyseergebnis in Hinblick auf die Inhaltsstoffe war negativ, jedoch ergab die sogenannte Sinnenprüfung bei Packung 01 einen „sehr leichten“ Geruch und Geschmack nach Waschmittel.
[Prüfbericht/Befund AGES U-Zahl 18060186]

Von der AGES wurde in der Folge nachstehendes „Gutachten“ erstattet:

„G U T A C H T E N

Die Probe mit der Warenbezeichnung gemäß Probenbegleitschreiben ‚HAFERFLOCKEN zart‘ besteht aus drei Probeneinheiten (Packungen). Die Packung 01 weist gemäß Sinnenprüfung des Prüfberichts / Befundes einen sehr leichten Geruch und Geschmack nach Waschmittel auf.
Der Geruch und der Geschmack der Probeneinheit widersprechen der berechtigten Verbrauchererwartung in solchem Maß, dass die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit der Ware nicht gewährleistet ist.

Die Probe ist im Sinne von § 5 Abs 5 Z 2 LMSVG, BGbl I Nr. 13/2006 i.d.g.F, für den menschlichen Verzehr ungeeignet und somit nicht sicher gemäß Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

Auf die Verpflichtung der Unternehmer gemäß § 38 Abs. 1 Z 5 LMSVG (Vorgangsweise bei nicht sicheren Lebensmitteln und anderen nicht sicheren Waren des LMSVG) wird hingewiesen.[...]“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Zu den Packungen 02 und 03 äußert sich das Gutachten nicht. Das Gericht geht deshalb davon aus, dass diese unbedenklich waren.

Die Gegenproben wurden dem Institut H, Institut für M und H GmbH mit Sitz in G, übermittelt, welche diese zu den Zahlen 18-02194 und 18-02195 durch die Versuchsanstalt für G, P, W, DI C K untersuchen ließ. DI C K sowie verschiedene Mitarbeiter des Instituts H, Institut für M und H GmbH, sind in der Gesamtliste der Lebensmittelgutachterinnen und Lebensmittelgutachter gemäß § 73 LMSVG als Lebensmittelgutachter für die Gruppe B Z 5 „Mahl- und Schälprodukte, Brot- und Backerzeugnisse“ aufgeführt.
Die Begutachtung der Gegenprobe vom 24. Juli 2018 hat ergeben, dass sowohl deren Geruch als auch deren Geschmack normal seien. [genannter Prüfbericht, Gesamtliste der Lebensmittelgutachterinnen und Lebensmittelgutachter gemäß § 73 LMSVG]

Es kann nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass die untersuchte Probe einen sehr leichten Geruch und Geschmack nach Waschmittel aufwies.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Der Bf hat im gegenständlichen Verfahren ein Gutachten eines spezialisierten Labors vorgelegt, welches auf gleicher fachlicher Ebene wie die AGES – als Lebensmittelgutachter gemäß § 73 LMSVG – eine Analyse der Gegenprobe vorgenommen hat, die keine Auffälligkeiten bei Geschmack und Geruch ergeben hat.

Zum Gutachten der AGES ist zunächst anzumerken, dass dieser nach dem Aktenstand 3 Packungen des vorliegenden Produkts zur Verfügung gestanden sind, jedoch, soweit ersichtlich nur eines der Produkte, nämlich jenes welches die AGES als mit den lebensmittelrechtlichen Bestimmungen nicht in Einklang stehend beurteilt, in das Gutachten der AGES eingeflossen ist. Die anderen beiden

Packungen werden im Gutachten nicht einmal erwähnt. Das Gericht geht aufgrund dieser Umstände davon aus, dass die anderen beiden Packungen unbeanstandet geblieben sind.

Trotz der von der AGES in einem Schreiben vom 15. Februar 2019 dargelegten Rahmenbedingungen in Bezug auf die sensorische Prüfung nach DIN 10964 kann einem sensorischen Prüfverfahren schon dem Grunde nach nicht der gleiche Beweiswert zukommen, wie etwa einem standardisierten chemischen Analyseverfahren. Auch wenn Personen im Hinblick auf gewisse Sinneswahrnehmungen besonders geschult oder geeignet sind ist gerade bei nur „sehr leichten“ Abweichungen von einem von der jeweiligen Prüfperson (subjektiv) erwarteten Geschmack oder Geruch, der bei einem naturbelassenen Produkt noch dazu natürlichen Schwankungen unterliegen kann, ein gewisses natürliches Fehlerpotential gegeben und kann eine sensorische Prüfung niemals eine solche Beweiskraft haben, wie eine chemische Analyse. Dies umso mehr, wenn die Quelle der Herkunft eines bestimmten abwegigen Geschmacks und Geruchs nicht feststellbar ist und, wenn Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene vorliegen, welche ein anderes Ergebnis erbringen und, zudem – wie hier – von der AGES selbst mehrere Packungen untersucht, jedoch nur bei einer der Packungen eine unerwünschte Abweichung festgestellt wird. Organoleptische Prüfungen haben naturgemäß eine größere Schwankungsbreite und sind dadurch nicht so aussagekräftig wie mit geeichten Messgeräten durchgeführte Analysen. Vor Allem lässt die notwendige Einordnung in sprachliche Kategorien (stark, mittel, leicht, sehr leicht) keine gesicherte Feststellung etwa in Bezug darauf zu, wie das Ausmaß einer Belastung durch Fremdgeruch- und/oder Geschmack von der wohl auch hier relevanten Maßfigur des normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers wahrgenommen wird, etwa ob die Belastung für diese – anders als für den geschulten und besonders aufmerksamen Lebensmitteltechniker bei der AGES – nicht unter der Wahrnehmungsschwelle liegt, was bei „sehr leichtem“ Auftreten der Abweichung durchaus im Bereich des Möglichen liegt.

Es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass der Nachweis einer objektiven Sorgfaltswidrigkeit im Verwaltungsstrafverfahren mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erfolgen hat.

Zudem erachtet das Gericht die Argumentationslinie der AGES, der Geruch und Geschmack habe sich bei den Gegenproben (die vom Amtsorgan in Kunststoffbeutel verpackt worden waren) allenfalls bereits verflüchtigt als nicht stichhältig. Zunächst ist die AGES darauf hinzuweisen, dass die Untersuchungsdauer bei ihr nach ihrem Prüfbericht von 6. Juni 2018 bis 12. Juli 2018, also gut fünf Wochen in Anspruch genommen hat, obwohl im Schreiben vom 15. Februar 2019 dargelegt wird, dass die sensorische Überprüfung noch am Tag der Einlieferung der Probe stattgefunden hat. Die späte Prüfung der

Gegenproben erscheint vor diesem Hintergrund als nachvollziehbar, als das Unternehmen für das der Bf tätig ist kostenintensive Prüfungen von Gegenproben kaum in Auftrag geben wird, bevor seitens der AGES oder der Behörde ein Verstoß gegen das Lebensmittelrecht behauptet wird.

Angesichts der hohen rechtlichen Bedeutung der Gegenprobe (vgl. dazu Punkt III.2.1.), hat dieser Umstand im Übrigen keinerlei Auswirkungen auf das Ergebnis. Weiters ist anzumerken, dass die Argumentation der AGES, es sei zu einem Sich-Verflüchtigen gekommen vor dem Hintergrund der von ihr im Schreiben vom 15. Februar 2019 geäußerten Ansicht, die von ihr festgestellte Geschmacks- und Geruchsveränderung sei durch Geruchsübertragung in der Filiale erfolgt, als nicht nachvollziehbar. Angesichts der fehlenden Beanstandung der anderen Packungen kann eine solche Übertragung im Ergebnis wohl nur in Bezug auf eine Packung stattgefunden haben.
Diesfalls verwundert es nicht, dass die anderen beiden Packungen unbeanstandet geblieben sind (zum mangelnden Verschulden bei Vorliegen eines Einzelfalls siehe Punkt III.3.).

Vor diesem Hintergrund, insbesondere dem Vorliegen unbedenklicher Gegenproben, sieht es das Gericht nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit als erwiesen an, dass die vorliegend untersuchten Haferflocken einen Geschmack und Geruch nach Waschpulver aufgewiesen haben.

Es darf an dieser Stelle angemerkt werden, dass es sich der Frage, ob ein Lebensmittel zum Verzehr ungeeignet bzw. unsicher ist um eine Rechtsfrage (Rechtsbegriff) handelt, „deren Inhalt nach juristischen Methoden zu ermitteln ist“. (Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art 14, Rn 56).
Es war insofern nicht an der AGES in ihrem Gutachten die der belangten Behörde zustehende rechtliche Beurteilung vorwegzunehmen und die Sachverhaltsfeststellung „sehr leichter Geruch und Geschmack nach Waschmittel“ unter den gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren, sondern war dies die Aufgabe der belangten Behörde, der sie im Ergebnis auch nachgekommen ist.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen

a) Die für das Verfahren wesentlichen Bestimmungen des LMSVG lauten:

„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, […]
in Verkehr zu bringen.
[…]
(5) Lebensmittel sind
1. gesundheitsschädlich, wenn sie geeignet sind, die Gesundheit zu gefährden oder zu schädigen;
2. für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist;
[…]

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.

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. […]“

b) Art 14 der VERORDNUNG (EG) Nr. 178/2002 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 28. Jänner 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (EG-Basis-Verordnung) lautet in seinen wesentlichen Teilen:

„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.“
[…]

c) § 5 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG, BGBl. Nr. 52/1991) lautet:

„Schuld

§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.“

d) § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG, BGBl. Nr. 52/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008) lautet:

„Besondere Fälle der Verantwortlichkeit
§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.“

III.2. Objektive Tatseite

III.2.1. 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.“

Demnach kann es zu einer Bestrafung kommen, wenn dem Bf auf objektiver Ebene nachgewiesen wird, dass er ein Lebensmittel in Verkehr gebracht hat, welches eine Eigenschaft aufwies, die es für den menschlichen Verzehr ungeeignet machte.

Abgesehen von der Frage, ob ein Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet ist, wenn dieses kurzfristig (arg. „verflüchtigen“) einen sehr leichten (allenfalls sogar unter der Wahrnehmungsschwelle des Durchschnittsverbrauchers liegenden) Geruch oder Geschmack annimmt, der dem Lebensmittel im allgemeinen nicht zugerechnet wird, aber nicht per se unangenehm oder ekelerregend ist (vgl. hiezu die Tatbestände des § 14 Abs 5 der VERORDNUNG (EG) Nr. 178/2002, auf die hier nicht weiter eingegangen werden muss) ist auf eine ganz aktuelle Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. März 2019, Ra 2017/10/0100, hinzuweisen, in welcher dieser die Bedeutung der amtlichen Gegenprobe herausstreicht:

„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.

Der Bf hat zwei auf gleicher fachlicher Ebene erstattete Gutachten beigebracht, welche die Freiheit des vorliegenden Produkts von Fremdgeschmack und -geruch bescheinigen.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Judikatur kann ihm ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften insofern nicht mit der im verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden. Vielmehr ist im Sinne des Grundsatzes „in dubio pro reo“ von dem für ihn günstigeren Sachverhalt auszugehen.

III.2.2. Es darf in diesem Zusammenhang im Übrigen angemerkt werden, dass das Lebensmittelaufsichtsorgan vorliegend nicht entsprechend § 36 Abs 2 LMSVG, sondern nach Abs 3 leg. cit. vorgegangen ist, also die primäre Probe – obwohl das zweifellos möglich gewesen wäre - nicht geteilt, sondern mehrere augenscheinlich gleiche Wareneinheiten entnommen hat. Es liegt dieser Umstand nicht in der Sphäre des Bf, sondern müssen allfällige daraus resultierende Beweisschwierigkeiten der Behörde zugerechnet werden.

III.3. Subjektive Tatseite

Selbst wenn man aber annehmen wollte, dass das vorliegende Produkt den von der AGES festgestellten sehr leichten Geruch und Geschmack aufgewiesen hätte, könnte der Umstand der Geruchs- und Geschmacksabweichung dem Bf kaum subjektiv angelastet werden.

Selbst die AGES geht davon aus, dass dieser Geruch vom Produkt erst in der Filiale aufgenommen wurde. So wäre allenfalls denkbar, dass ein Kunde die Packung aus dem Regal entnimmt, in seinem Einkaufswagen auf oder unter stark parfümiertes Waschpulver oder ein sonstiges Produkt, mit einem ähnlichen Geruchsmuster legt, sich dann anders entscheidet und das Produkt wieder in das Regal stellt.

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.

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. Mai 2011, 2009/17/0185; 30. Oktober 1991, 91/09/0060). Dabei trifft den Beschuldigten keine Beweislast, sondern eine Darlegungslast iS einer entsprechenden Glaubhaftmachung (VwGH 30. Oktober 1991, 91/09/0060). Hat der Beschuldigte 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)].

Der Bf hat in sämtlichen Anbringen dargestellt, dass aufgrund der großen Anzahl an Lebensmitteln, die im Betrieb des Unternehmens für das der Bf tätig ist, es faktisch unmöglich ist einzelne Lebensmittel in jede Richtung zu überprüfen.

Auch mit dieser Ansicht ist der Bf im Recht.
Vorliegend könnte unter der Annahme, dass der Inhalt der Packung 01 tatsächlich die von der AGES beschriebenen Mängel aufgewiesen hat, kein Verschulden beim Bf angenommen werden.

Für den Bf, der als Geschäftsführer und verantwortlicher Beauftragter naturgemäß nicht ständig in jeder Filiale anwesend sein kann, ist es auch im Falle des lückenlosesten Kontrollsystems unmöglich, herauszufinden, dass der Inhalt einer bestimmten Haferflockenpackung „ganz leicht nach Waschmittel schmeckt und riecht“. Naturgemäß können der Bf und auch das Filialpersonal nicht jede zum Verkauf bestimmte Einzelpackung öffnen und sensorisch überprüfen, weil das Produkt sonst nicht mehr verkaufsfähig wäre. Mit derartig ausgefallenen und untypischen Umständen, wie Waschmittelgeruch und -geschmack in einer einzelnen Packung Haferflocken kann und muss auch nicht gerechnet werden.
Vor diesem Hintergrund erweist sich die Argumentation der belangten Behörde, der Unternehmer habe die Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften mittels Eigenkontrollen zu überprüfen und sei die Qualitätskontrolle unzureichend gewesen als verfehlt, weil der allfällig vorliegende Mangel im Wege einer Eigenkontrolle selbst dann nicht auffallen hätte können, wenn jede einzelne Packung betrachtet, ja selbst einer Geruchskontrolle unterzogen worden wäre, was bei Papierverpackungen schon aus hygienischen Erwägungen nicht wünschenswert ist.

Nach menschlichem Ermessen kann auch nicht verhindert werden, dass bspw. ein Kunde eine Haferflockenpackung in der Nähe eines Waschmittels positioniert und allenfalls in das Regal zurück stellt.

Es ist im Übrigen nicht Intention des Gesetzes, jedes bei vernünftigem Betrachten irrelevantes und im Ergebnis bedeutungsloses Geschehen im Sinne einer Erfolgshaftung einer Bestrafung zu unterziehen.
Vielmehr ist auch das Lebensmittelstrafrecht ein Schuldstrafrecht.

Ein Verschulden kann vorliegend nicht im Ansatz erkannt werden.

III.4. Im Ergebnis ist der Beschwerde daher Folge zu geben und das Straferkenntnis aufzuheben, zumal die objektive Verletzung lebensmittelrechtlicher Bestimmungen nicht mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen werden konnte, weiters auch für den Fall des Vorliegens des von der AGES beanstandeten Sachverhalts dieser dem Bf nicht subjektiv vorgeworfen werden kann.

Das Strafverfahren ist schon mangels Vorliegen einer strafbaren Verwaltungsübertretung gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw. 2 VStG einzustellen.

III.5. Kosten

Bei diesem Ergebnis fallen gemäß § 52 Abs 8 und 9 VwGVG keine Verfahrenskosten zulasten des Bf an.
Der Ausspruch hinsichtlich der Untersuchungskosten der AGES ergibt sich aus § 71 LMSVG.

III.6. Die belangte Behörde darf der Vollständigkeit halber auf Folgendes hingewiesen werden:

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Spruch des Strafbescheides das die Verantwortlichkeit des Täters konstituierende Merkmal richtig und vollständig wiederzugeben. Die Umschreibung der Tätereigenschaft als „Verantwortlicher“ lasse die Merkmale nicht erkennen, aus denen sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschuldigten für eine bestimmte GmbH iSd § 9 VStG ergibt. (VwGH 25. Februar 1993 92/18/0440 mit Hinweis E 24.7.1991, 91/19/0147).
§ 9 Abs 2 VStG kennt den von der belangten Behörde kreierten Begriff des „delegierten Verantwortlichen“ nicht, weshalb dieser Begriff als konstituierendes Merkmal nicht in Betracht kommt. Vielmehr spricht das Gesetz vom „verantwortlichen Beauftragten“. Im vorliegenden Fall der Auswahl aus dem Kreis der Geschäftsführer käme auch die Wendung „verantwortlich beauftragter Geschäftsführer“ in Betracht.

Die belangte Behörde ist überdies darauf hinzuweisen, dass Strafverfügungen gem. § 47 Abs 1 VStG nur erlassen werden dürfen, wenn ein Organ der öffentlichen Aufsicht auf Grund eigener dienstlicher Wahrnehmung oder eines vor

ihm abgelegten Geständnisses eine Verwaltungsübertretung anzeigt. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weil die Anzeige des Aufsichtsorganes gem. § 24 LMSVG nicht aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung sondern aufgrund eines Gutachtens der AGES (kein Organ der öffentlichen Aufsicht, vgl. Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 47 VStG RZ 6; Stand 1.7.2013, rdb.at) erfolgt ist.

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