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-000488/2/FP**

Datum: **Linz, 28. Oktober 2021**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl aus Anlass der Beschwerde von H B, vertreten durch x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 13. August 2021, GZ: BHKI/920090030122/20, wegen einer Übertretung des LMSVG,

zu Recht:

I. Gemäß § 50 iVm § 27 VwGVG wird das angefochtene Straferkenntnis wegen örtlicher Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben.

II. 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 die belangte Behörde dem Beschwerdeführer nachstehenden Vorwurf und verhängte eine Verwaltungsstrafe:

„[…] Datum/Zeit: 01.09.2020

Ort: x, x

Sie haben als gem. § 9 VStG Verantwortlicher der Firma E H B GmbH mit Sitz in x M, x, zu verantworten, dass das Produkt mit der Bezeichnung ‚Österreichisches Welsfilet Küchenfertig ca. 200g' am 01.09.2020 in Verkehr gebracht wurde, in dem es von der L-Filiale in x, x, von Ihrem Betrieb am 31.08.2020 bezogen und daher für den Verkauf bereitgehalten wurde, welches insofern den Art. 7 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend folgender Angaben nicht entsprochen hat, als die angegebene Aufbrauchsfrist zu lange bemessen war und somit eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware darstellte.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 90 Abs. 3 Zif. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 21 LMSVG i.V.m. dem im Spruch angeführten Artikel der VO (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel […]"

Die belangte Behörde begründete, bei einer Probenkontrolle sei festgestellt worden, dass das Aufbrauchsdatum zu lange bemessen worden sei.

I.2. Gegen dieses dem Bf zu Handen seines Rechtsvertreters zugestellte Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 13. September 2021, mit der die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, angestrebt wird.

In der Beschwerde bringt der Bf ausführlich zum eingerichteten Kontrollsystem vor und beantragt die Einvernahme der im Unternehmen zuständigen Zeugin DI D R.

Die Fischfilets würden mit Kühl-LKWs in Styroportransportbehältern mit Crash-Eis geliefert. Anlässlich der Anlieferung erfolgten stichprobenartige Überprüfungen hinsichtlich der Lieferscheindaten und auch zu Aussehen, Geruch Konsistenz und Oberflächenbeschaffenheit. Zur Überprüfung auf Parasiten (zB.: Nematoden) würden wahllos Filets aus verschiedenen Transportbehältern entnommen und auf eine leistungsstarke Durchleuchtungsplatte zur Feststellung von Parasiten gelegt. Nach den unternehmensinternen Aufzeichnungen ergebe sich auf Grund des angegebenen Verbrauchsdatums, dass die gegenständlichen Fischfilets am 26. August 2020 in einer Menge von 400 kg bzw. 40 Transportbehältern á 10 kg geliefert worden wären. Die Kontrollen anlässlich der Anlieferung hätten keinen

Grund zur Beanstandung ergeben. Es habe auch Kontrollen durch Untersuchungsanstalten gegeben, die vom der QM-Beauftragten überprüft worden seien.

Unrichtig würde dem Bf der Umstand angelastet, dass eine L-Filiale am 31. August 2020 den Fisch bezogen hätte. Vielmehr sei die Charge am 30. August 2020 an die L Ö GmbH in M geliefert worden. Von diesem Zentrallager habe die Filiale die Ware bezogen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, aus dem der für das gegenständliche Beschwerdeverfahren wesentliche Sachverhalt widerspruchsfrei festzustellen ist. Zumal sich bereits aus der Aktenlage ergibt, dass das Straferkenntnis infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufzuheben ist, entfällt die öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG

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

Die MA 59 des Magistrats der Stadt Wien hat am 1. September 2020 in der Filiale des Lebensmitteldiskonters L in Wien, x eine Probe des Produkts Österreichisches Welsfilet küchenfertig ca. 200g entnommen und der AGES zur Überprüfung übergeben.

Eine Gegenprobe wurde nicht ausgefolgt.

Das magistratische Bezirksamt für den 16. Wiener Bezirk hat dann mit E-Mail vom 18. Dezember 2020 die Anzeige der MA 59 – Marktamtsdirektion samt Untersuchungszeugnis „im Hinblick auf den Firmensitz in M" an die belangte Behörde „zuständigkeitshalber" weitergeleitet.

Diese hat das gegenständliche Strafverfahren durchgeführt und das angefochtene Straferkenntnis erlassen, in welchem sie dem Bf folgenden Vorwurf macht:

„[…] Datum/Zeit: 01.09.2020
Ort: x, x

Sie haben als gem. § 9 VStG Verantwortlicher der Firma E H B GmbH mit Sitz in x M, x, zu verantworten, dass das Produkt mit der Bezeichnung ‚Österreichisches Welsfilet Küchenfertig ca. 200g' am 01.09.2020 in Verkehr gebracht wurde, in dem es von der L-Filiale in x, x, von Ihrem Betrieb am 31.08.2020 bezogen und daher für den Verkauf bereitgehalten wurde, welches insofern den Art. 7 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend folgender Angaben nicht entsprochen hat, als die angegebene Aufbrauchsfrist zu lange bemessen war und somit eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware darstellte.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 90 Abs. 3 Zif. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 21 LMSVG i.V.m. dem im Spruch angeführten Artikel der VO (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel […]"

Dieser Vorwurf wurde dem Bf gleichlautend bereits mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18. Februar 2021 gemacht.

Das vorliegende Produkt wurde am 30. August 2020 von der E H B GmbH an die Niederlassung der L Ö GmbH in x M geliefert und von dieser am 31. August 2020 an die Filiale in der xgasse in Wien ausgeliefert.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt – im Wesentlichen der behördliche Vorwurf – ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Akt, insbesondere dem Straferkenntnis und der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18. Februar 2021. Die Feststellungen zur Lieferung ergeben sich aus dem vom Bf vorgelegten Lieferschein und der Angaben im Probenbegleitschreiben.

III. Rechtsgrundlagen:

§ 27 VwGVG lautet:

„Prüfungsumfang

§ 27. Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen."

Die §§ 27 Abs 1 und 29a VStG lauten:

„§ 27. (1) Örtlich zuständig ist die Behörde, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist.

§ 29a. Wenn hiedurch das Verfahren wesentlich vereinfacht oder beschleunigt wird, kann die zuständige Behörde das Strafverfahren oder den Strafvollzug an die sachlich zuständige Behörde übertragen, in deren Sprengel der Beschuldigte seinen Hauptwohnsitz oder Aufenthalt hat. Das Strafverfahren darf nur an eine Behörde im selben Bundesland, der Strafvollzug nur an eine Bezirksverwaltungsbehörde oder Landespolizeidirektion, insoweit diese zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, übertragen werden."

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Tatort beim Begehungsdelikt des (verbotenen) Inverkehrbringens

IV.1.1. Tatvorwurf als Gegenstand des Beschwerdeverfahrens

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt (vgl. etwa VwGH 16. November 2015, Ra 2015/12/0026) ausgesprochen hat, ist „Sache" des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht, ungeachtet des durch § 27 VwGVG vorgegebenen Prüfumfangs, nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat.

Demnach kommt es auf den erhobenen Tatvorwurf im Spruch des Straferkenntnisses an.
Die belangte Behörde scheint (zur Widersprüchlichkeit des Spruchs siehe unter Punkt IV.4.) dem Bf im Wesentlichen anlasten zu wollen, er habe es als „strafrechtlich Verantwortlicher" (gemeint als außenvertretungsbefugter Geschäftsführer) der E H B GmbH gemäß § 9 Abs 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass am 1. September 2020 in der Lidl-Filiale in der xgasse in Wien das Produkt „österreichisches Welsfilet […]" für den Verkauf bereitgehalten und dadurch in Verkehr gebracht wurde, obwohl die angegebene Aufbrauchsfrist zu lange bemessen gewesen sei.

Im vorliegenden Fall wurde dem Bf demnach das Inverkehrbringen eines nach Ansicht der Behörde irreführend gekennzeichneten Produkts durch Bereithalten zum Verkauf in einer Lidl-Filiale in Wien bzw. der Umstand des „Sich-In-Verkehr-Befindens" der Ware in Wien vorgeworfen. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der von der Behörde gewählten Tatzeit, die sich auf die Probennahme in Wien, nicht auf das Ausliefern von M ins Burgenland (dort befindet sich nach dem Aktenstand das Zentrallager des betroffenen Lebensmitteldiskonters). Letzterer Vorgang, der ebenso ein Inverkehrbringen darstellen kann, fand bereits zuvor am 30. August 2020 statt.

Der Tatort des Inverkehrbringens im erhobenen Vorwurf liegt jedenfalls in Wien.

IV.1.2. Örtliche Unzuständigkeit mangels Anwendbarkeit der „Sitz"-Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs

In seiner ganz aktuellen Entscheidung vom 12. Oktober 2020, Ro 2018/10/0047, hat der Verwaltungsgerichtshof in Bezug auf den Tatort beim Inverkehrbringen in Einklang mit seiner bisherigen Judikatur Folgendes dargelegt:

„[…] Zum Tatvorwurf bzw. zum Tatort:

[…] Eine Verwaltungsübertretung ist regelmäßig als dort begangen anzusehen, wo der Täter gehandelt hat oder, bei Unterlassungsdelikten hätte handeln sollen:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Prüfung der Frage, wo der Täter gehandelt hat oder hätte handeln sollen, stets auf das betreffende Tatbild Bedacht zu nehmen (vgl. VwGH 27.3.2019, Ra 2017/10/0147, mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen).

Das Bereithalten eines Produkts fällt unter den Begriff des ‚Inverkehrbringens' im Sinne des § 3 Z 9 LMSVG iVm Art. 3 Z 8 der EG-BasisVO (vgl. VwGH 29.10.2007, 2007/10/0204).

Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um ein Begehungsdelikt;
Tatort ist in diesem Fall der Ort, wo das Lebensmittel in Verkehr gebracht wurde (vgl. VwGH 24.10.2018, Ra 2017/10/0169, mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen; vgl. weiters das erwähnte Erkenntnis VwGH Ra 2017/10/0147). [...]"

Die belangte Behörde ist zur Ahndung von in Wien begangenen Verwaltungsstraftaten – hier gestützt auf den Vorwurf der belangten Behörde, das Inverkehrbringen eines mit den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht in Einklang stehenden Produkts durch Bereithalten in einem Kühlregal im Einzelhandel in Wien – unzuständig, weil gemäß § 27 Abs 1 VStG jene Behörde örtlich zuständig ist, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist und nach dem Tatvorwurf ein Inverkehrbringen des beanstandeten Produkts in Wien angelastet wurde.

Auch eine Abtretung nach § 29a VStG an die Wohnsitzbehörde kommt nicht in Betracht, weil ein Verwaltungsstrafverfahren nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nur an eine im selben Bundesland gelegene Behörde übertragen werden darf.

Der vermutlichen Ansicht des magistratischen Bezirksamtes für den 19. Wiener Bezirk, wonach eine Abtretung iSd sogenannten „Sitz"-Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in Betracht käme, folgend, hat die belangte Behörde ihre Zuständigkeit angenommen.
Dazu ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof diese Judikatur nur für Unterlassungsdelikte entwickelt hat (vgl etwa VwGH 10. Juni 2015, Ra 2015/11/0005). Nur im Falle eines Unterlassungsdelikts und im Zweifel liegt der Tatort nach der Judikatur dort, wo die Dispositionen und Anweisungen zur Vermeidung der Verstöße vorzunehmen gewesen wären, was regelmäßig am Sitz der Unternehmensleitung erfolgen müsse (vgl bspw VwGH 24.03.1994, Zl. 94/02/0026; VwGH 26.02.1996, Zl. 95/10/0240). Im gegenständlichen Fall wurde dem Bf jedoch ein Begehungsdelikt (Inverkehrbringen eines beanstandeten Lebensmittels in einem Supermarkt in Wien) vorgeworfen und ist der Tatort ohne Schwierigkeiten feststellbar (vgl VwGH 25.02.2003, Zl. 2001/10/0257). Als Tatort

kommt nur der Ort in Betracht, an dem das Lebensmittel in Verkehr gebracht wurde. Das war entsprechend dem Tatvorwurf in Wien.
Daran vermag nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes der Umstand der Verantwortlichkeit nach dem § 9 VStG – egal ob als verantwortliches Organ oder als verantwortlicher Beauftragter – nichts zu ändern, weil dadurch Begehungsdelikte nicht zu Unterlassungsdelikten werden, vielmehr dem gemäß § 9 VStG verantwortlichen Organ oder Beauftragten selbst der Vorwurf des Inverkehrbringens gemacht wird (vgl etwa VwGH 12. Oktober 2020, Ro 2018/10/0047, 25. Februar 2003, 2001/10/0257; VwGH 31. März 2003, 2000/10/0068; VwGH 21. Oktober 2010, 2010/10/0144; VwGH 14. Juni 2012, 2009/10/0080).

Die „Sitz"-Judikatur ist auf den vorliegenden Fall daher nicht anwendbar.

IV.3. Will man entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtes (vgl. dazu Punkt IV.6) davon ausgehen, dass der Vorwurf eines Kennzeichnungsverstoßes denkbar ist, wenn nach Anbringen des Verbrauchsdatums aufgrund ungeklärter Vorgänge ein zur Unsicherheit des Lebensmittels führender mikrobiologischer Prozess stattfindet, hätte die belangte Behörde dem Bf allenfalls einen Vorwurf gestützt auf Art 8 Abs 1 iVm § 5 Abs 2 Z 1 LMSVG iVm Art. 4, lit b) sublit. ii) iVm Art 24 LMIV als Vermarkter unter Anführung der diesbezüglich relevanten Tatbestandsmerkmale, der korrekten Tatzeit und des korrekten Tatorts machen können.

Jedenfalls kann die belangte Behörde den Bf aber nicht für ein Inverkehrbringen durch ein Bereithalten in Wien und ebenso wenig durch ein Liefern von einem Lager im Burgenland an eine Filiale in Wien belangen. Diesbezüglich sind die jeweiligen Tatortbehörden zuständig gewesen.

IV.4. Eine (die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende) Verfolgungshandlung nach § 32 Abs 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften iSd § 44a Z 2 VStG zu beziehen; (VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006;).

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

86/01/0258; 31.1.2000, 97/10/0139; s auch VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124)."
(Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44a Rz 2).

Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (VwGH 25. Februar 2003, 2001/10/0257).

„Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (VwGH 25.2.1992, 91/04/0285), die Frage ihrer Übereinstimmung mit den Erfordernissen des § 44 a Z 1 ist folglich in jedem konkreten Fall einzeln zu beurteilen (VwGH 17.9.2009, 2008/07/0067; so die Darstellung der reichhaltigen Rsp zu einzelnen Rechtsbereichen bei Walter/Thienel II^2 § 44 a E 94 ff). Eine ausreichende Konkretisierung wird aber in aller Regel die Angabe von Tatort, Tatzeit sowie des wesentlichen Inhaltes des Tatgeschehens bedingen (VwGH 27.4.2011, 2010/08/0091):

• Tatort: Im Allgemeinen verlangt § 44 a Z. 1 eine möglichst präzise Angabe des Tatortes (VwGH 20. 6. 1990, 89/01/0350; zum Tatort vgl § 27 Rz 4 f). Eine Tatortumschreibung, die mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt, genügt diesen Anforderungen nicht (VwGH 25.9.1991, 91/02/0051). Die Anforderungen an die Konkretisierung des Tatortes dürfen nach der Rsp des VwGH zwar nicht überspannt werden (VwSlg 11.894 A/1985; zB VwGH 27.4.2012, 2011/02/0324 [StVO: die Angabe eines Straßenstücks ist auch ohne genaue Kilometerangabe ausreichend]), doch wird auf eine (wenn auch nur allgemeine) Bezeichnung des Tatortes in aller Regel nicht verzichtet werden können (VwGH 8. 2. 1990, 89/16/0044; als auch VwGH 22.4.1993, 92/09/0377 [das Fehlen jeder Tatortangabe im Spruch belastet den Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes]; zu Ausnahmefällen vgl VwGH 23.10.1991, 91/02/0073 [Übertretung des § 103 Abs 2 KFG]). Im Übrigen ist das gem. § 44 a Z. 1 an die Tatortumschreibung zu stellende Erfordernis nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes (VwGH 20.5.2003, 2002/02/0236; 6.6.2012, 2011/08/0368); so die Darstellung der reichhaltigen Rsp zur Umschreibung des Tatortes bei einzelnen Verwaltungsübertretungen bei Walter/Thienel II^2 § 44 a E 244 ff". [Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44a VStG Rz 3 (Stand 1.7.2013, rdb.at)]

„Der Tatort ist essentielles Element der in den Spruch eines Straferkenntnisses nach § 44a Z 1 VStG aufzunehmenden als erwiesen angenommenen Tat. Zu einem Austausch dieses wesentlichen Tatbestandselementes der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung (hier: Änderung der Tatortbezeichnung von Grundstück Nr x2 in Nr x1) ist die Berufungsbehörde

auch dann nicht berechtigt, wenn sie damit nur einen der Strafbehörde erster Instanz unterlaufenen Irrtum richtigstellen will (Hinweis E 15.11.1994, 92/07/0139).“ (VwGH 19. September 1996, 96/07/0002)

Um den Bf vor Doppelbefolgung zu schützen, ist es also erforderlich dem Bf einen konkret auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand zu stützenden Vorwurf zu machen. Dabei sind alle vom gesetzlichen Tatbestand umfassten Tatbestandselemente in den Spruch konkretisiert aufzunehmen, Verhaltensweisen, die für den Tatbestand nicht relevant sind, sind wegzulassen. Dem Bf ist die Tat im Übrigen bezogen auf einen bestimmten, konkret zu nennenden Tatort anzulasten.

Die belangte Behörde nennt im Spruch des Straferkenntnisse mehrere Orte, nämlich den Sitz des Unternehmens des Bf, sowie jenen an dem die Probe gezogen wird. Die Behörde bezieht sich primär auf den 1. September 2020 als Tatzeit, zudem im Spruchtext aktenwidrig auf ein angebliches Lieferdatum 31. August 2021, wobei sie hier jedoch übersieht, dass es sich hiebei um das Datum der Lieferung vom Zentrallager der L Ö GmbH im Burgenland an ihre Filiale in Wien handelt (laut vom Bf vorgelegten Lieferschein erfolgte eine Lieferung durch die E H B GmbH an das Zentrallager im Burgenland bereits am 30. August 2020).

Der Vorwurf erweist sich insofern als im Allgemeinen nicht mit den Kriterien des § 44a VStG im Einklang, in Bezug auf Tatort, Tatzeit und die Tathandlung im Besonderen als widersprüchlich, weil die Behörde verschiedene mögliche Inverkehrbringenshandlungen (Liefern/Bereithalten) vermischt bzw. unzulässig gleichsetzt (beim Liefern kann es sich nicht um ein Bereithalten handeln), den falschen Personen (Lieferung durch Zentrallager an Filiale) zuordnet und unrichtige Tatzeiten (Lieferung Bf an Zentrallager am 30.8.; Lieferung Zentrallager an Filiale am 31.8.; Bereithalten in Filiale am 1.9.) anführt.

Im Ergebnis will die belangte Behörde dem Bf ein Inverkehrbringen am 1. September 2020 vorwerfen. Dabei handelt es sich um das Bereithalten in der Einzelhandels-Filiale in der xgasse in Wien.

Von einer widerspruchsfreien Verfolgungshandlung im Sinne der Judikatur, die den Bf vor Doppelbestrafung schützt, kann angesichts der dargestellten Ungereimtheiten im Spruch jedenfalls nicht gesprochen werden.

IV.5. Amtswegige Wahrnehmung der Unzuständigkeit

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde zu überprüfen. Eine Unzuständigkeit ist somit jedenfalls von Amts wegen wahrzunehmen, auch wenn sie nicht in der Beschwerde geltend gemacht wurde.

Mangels örtlicher Zuständigkeit der belangten Behörde für das angelastete Begehungsdelikt war der bekämpfte Strafbescheid ersatzlos aufzuheben. Bei diesem verfahrensrechtlichen Ergebnis ist auch keine Kostenentscheidung zu treffen (vgl. Diesbezüglich den annähernd deckungsgleichen Fall LVwG-000193, Erkenntnis vom 25. Jänner 2017, gleiche belangte Behörde, gleicher Bf).

Alternativ (im Falle einer Zuständigkeit der belangten Behörde) hätte eine Aufhebung wegen des fehlerhaften Vorwurfs zu erfolgen.

IV.6. Wie bereits unter Punkt IV.3. angedeutet, kommt der Vorwurf eines Kennzeichnungsverstoßes in Bezug auf das Verbrauchsdatum nach logischen Erwägungen primär dann in Betracht, wenn die Kennzeichnung bereits im Zeitpunkt ihrer Anbringung fehlerhaft ist, etwa dann, wenn die Aufbrauchsfrist per se zu lange bemessen war, nicht aber dann, wenn die Aufbrauchsfrist grundsätzlich dem Stand der Wissenschaft gemäß richtig bemessen, die Haltbarkeit des Produkts aufgrund externer Vorgänge, die nicht in der Ingerenz des Vermarkters liegen, aber verkürzt worden sein kann. Diesfalls greifen die Regelungen insb. des § 5 Abs 1 LMSVG und die dort geregelten Inverkehrbringensverbote.

Das vorliegende Gutachten der AGES bzw. die von den Behörden in Wien gesetzten Ermittlungsschritte reichen nicht aus, dem Bf einen Verstoß in Bezug auf die fehlerhafte Bemessung der Aufbrauchsfrist zu machen, weil Ermittlungen zur Ursache der Verkürzung der Haltbarkeit augenscheinlich nicht stattgefunden haben. Insbesondere fehlen im Gutachten Darlegungen zu den anderen beiden Proben, die genommen wurden, jedoch darüber Aufschluss hätten geben können, ob alle vorhandenen Teile einer Charge oder nur das einzelne Stück betroffen waren.
Obwohl drei Proben entnommen wurden betrachtet der Untersuchungsbefund der AGES offensichtlich nur eine der drei und legt nicht dar, ob die erhöhte Keimbelastung auf alle drei Filets zugetroffen hat.

Dieser Umstand wäre jedoch für den Vorwurf einer allgemein zu lang bemessenen Aufbrauchsfrist essentiell, da die Vermehrung von Keimen in einer einzelnen von mehreren Proben denkbar erscheinen lässt, dass die Verantwortung nicht im Ingerenzbereich des Bf liegt, etwa wenn der Artikel im Supermarkt nicht

fachgerecht gelagert oder aus der Kühlung entnommen und später zurückgelegt wurde (Unterbrechen der Kühlkette).

Das Gutachten der AGES stellt auch nicht dar, dass die Aufbrauchsfrist für ein Produkt dieser Art generell zu lange bemessen war, etwa, weil zwischen Fang/Schlachtung des Fischs und seinem Verderb oder einer signifikanten Vermehrung von Keimen nach wissenschaftlichen Erkenntnissen eine bestimmte Zeitdauer nicht überschritten werden darf, sondern schließt alleine aus der erhöhten mikrobiologischen Belastung eines einzelnen Filets auf diesen Umstand, obwohl die überproportionale Vermehrung von Keimen vielfache Ursachen haben kann. Dem Schluss auf eine zu lange bemessenen Aufbrauchsfrist als Rechtsfrage, liegt insofern kein ausreichendes Ermittlungssubstrat zugrunde.

Die Feststellungen der AGES eignen sich für den Vorwurf des Inverkehrbringens eines wertgeminderten Produkts, wobei auch diesbezüglich auf den Zustand des Produkts zum jeweiligen Inverkehrbringenszeitpunkt abzustellen ist. Bei Inverkehrbringen durch Bereithalten eines wertgeminderten Produkts in einem Supermarkt muss sich der Vorwurf naturgemäß an den Supermarktbetreiber richten. Der gezogene Schluss, die Aufbrauchsfrist sei (generell) zu lange bemessen, erweist sich ohne nähere Begründung allerdings als unzulässig und das Gutachten diesbezüglich als nicht nachvollziehbar.

Anzumerken ist zudem, dass sich der Verwaltungsgerichtshof in der jüngeren Vergangenheit ausführlich mit der Frage des Zurücklassens von Gegenproben auseinandergesetzt hat:

„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 des Zurücklassens einer Gegenprobe deutlich und ergibt sich aus ihr, dass die Gegenprobe wesentliches Beweismittel für die Entlastung des Beschuldigten ist.

In seinem Erkenntnis vom 5. November 2020, Ra 2019/10/0001 hat der VwGH Folgendes dargelegt:

„§ 36 Abs. 2 LMSVG 2006 sieht als Regelfall die Teilung der entnommenen Warenproben in drei annähernd gleiche Teile vor, wobei ein Teil als amtliche Probe der Untersuchung und Begutachtung zuzuführen ist und die (beiden) restlichen Teile im Unternehmen als Gegenprobe zurückzulassen sind. Gemäß Abs. 3 legcit. ist die Zuführung der Probe zur Untersuchung ohne vorherige Teilung nur dann zulässig, wenn die Teilung der entnommenen Probe ihrer Natur nach nicht möglich ist. Es wurde keine Gegenprobe im gegenständlichen Unternehmen zurückgelassen. Die hiefür erforderliche Voraussetzung, nämlich die Unteilbarkeit der Probe ihrer Natur nach, lag nicht vor. Das VwG leitet aus § 36 Abs. 3 LMSVG 2006 vielmehr ab, dass ‚bei einer Probenziehung von Lebensmittelorganen nicht zwingend eine Gegenprobe zurückzulassen ist'. Diese Auffassung ist in dieser Allgemeinheit jedoch verfehlt, weil sie den bloßen Ausnahmecharakter der Bestimmung - im Verhältnis zur allgemeinen Regel des Abs. 2 legcit. - verkennt. Bereits im Fall eines (unzulässigen) Nichtzurücklassens einer Gegenprobe wird das Recht des Unternehmens auf Einholung eines Gegengutachtens nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH verletzt (vgl. EuGH 10.4.2003, C-276/01, Steffensen)."

Im vorliegenden Fall wurde aus nicht nachvollziehbaren Gründen keine Gegenprobe zurückgelassen. Die im Probenbegleitschreiben angeführte Begründung, die Menge sei zu gering gewesen, erscheint vor dem Hintergrund der Entnahme von drei Packungen gerade angesichts des späteren Vorwurfs, der sich auf alle vorhandenen Packungen beziehen müsste, als nicht nachvollziehbar.

Dem Bf wurde insofern die Möglichkeit genommen, sich durch Durchführung einer eigenen Untersuchung der Gegenprobe zu entlasten.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Judikatur könnte ihm ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften insofern nicht mit der im verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.
Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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