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-000487/2/KH**

Datum: **Linz, 21. Jänner 2022**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des H B, vertreten durch x, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 13. August 2021, GZ: BHKI/920090030123/20, wegen Übertretung des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG)

zu Recht:

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

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch zu jenen des Behördenverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

1. Mit Straferkenntnis vom 13. August 2021, GZ: BHKI/920090030123/20, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (im Folgenden: belangte Behörde) über H B (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 250 Euro, weil ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„1. Datum/Zeit: 31.08.2020, 11:46 Uhr
Ort: x M, W Brücke x
Sie haben als § 9 VStG Verantwortlicher der Firma E H B GmbH mit Sitz in x M, B x, zu verantworten, dass das Produkt mit der Bezeichnung "Goldbrasse" am 31.08.2020 um 11.46 Uhr in der M-Filiale in x M, W Brücke x, in der SB-Kühlvitrine für den Verkauf bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht wurde, obwohl laut dem Gutachten der Österr. Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH - AGES die Probe als nicht sicher gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, d.h. gesundheitsschädlich oder für den menschlichen Verzehr ungeeignet zu beurteilen war. Die Probe wies eine sehr hohe Zahl an Verderbskeimen (Mesophile aerobe Keime: 110 Millionen KBE/g, Pseudomonaden: 150 Millionen KBE/g) auf.
Lebensmittel sind für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist.
Obwohl es verboten ist derartige Produkte in Verkehr zu bringen wurde dieses in Verkehr gebracht.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften) verletzt:
1. § 90 Abs. 1 Zif. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Ziffer 1 LMSVG“

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf zusammengefasst vor, dass die Goldbrassen von einem griechischen Lieferanten mittels Kühl-LKW in üblichen Styropor-Transportbehältern angeliefert werden, wobei die einzelnen Fische zwischen Crash-Eis gelagert sind. Anlässlich der Anlieferung würden stichprobenartige Überprüfungen hinsichtlich der Übereinstimmung mit den Lieferscheindaten, Einhaltung der Transporttemperatur, Fanggebiet, Sortierung und Qualität erfolgen. Insbesondere werde auch Aussehen, Geruch, Konsistenz, Oberflächenbeschaffenheit kontrolliert und einzelne Filets mittels Durchleuchtungsplatte auf Nematoden überprüft. Während des Verpackungsvorganges erfolge eine grobsinnliche Überprüfung einzelner Fische, welche bei einer Temperatur von 0 Grad gelagert und mit Kühl-LKW ausgeliefert werden. Sobald die Ware dem Spediteur übergeben ist, habe der Bf keinen Einfluss mehr auf die Warenqualität.
Die anlässlich der Anlieferung der verfahrensgegenständlichen Fische vorgenommenen Überprüfungen hätten keinen Grund zur Beanstandung gegeben. Auch würden in periodischen Abständen frische, verpackte Goldbrassen über Auftrag des Bf in autorisierten Untersuchungsanstalten untersucht, wobei diese bislang auch keinerlei Grund für eine Beanstandung ergeben hätten. Die

Durchführung der beschriebenen Kontrollen werde durch die QU-Beauftragte des Unternehmens überprüft.
Die zumutbaren grobsinnlichen Überprüfungen der angelieferten Fische hätten keine Abweichungen ergeben, auch wurde keine Gegenprobe zurückgelassen, sodass auch eine entsprechende Untersuchung nicht veranlasst werden habe können. Auch sei die gegenständliche Probe laut Anzeigegutachten nicht als gesundheitsschädlich, sondern als für den menschlichen Verzehr ungeeignet beurteilt worden. Im Fall der Beurteilung als gesundheitsschädlich wäre die belangte Behörde unzuständig, da es sich um einen gerichtlich strafbaren Tatbestand handle.
Der gegenständliche Fisch sei mit einem Verbrauchsdatum lautend auf 2. September 2020 am 29. August 2020 an die verfahrensgegenständliche Merkur-Filiale ausgeliefert worden, wobei die Verantwortlichkeit des Bf in diesem Fall mit der Auslieferung des Produktes ende.
Beantragt wird die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

3. Die belangte Behörde übermittelte die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Bei einer am 31. August 2020 in der Filiale x M, W Brücke x, der (vormals) M Warenhandels-Aktiengesellschaft durchgeführten Überprüfung wurde eine Probe des Produkts Goldbrasse, Hersteller E H B GmbH, x M, B x, in einer Probenmenge von 3x ca. 300g entnommen und der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH zur Untersuchung übergeben, wobei 110 Millionen KBE/g mesophile aerobe Keime sowie 150 Millionen KBE/g Pseudomonaden in der Probe festgestellt wurden. Laut Probenbegleitschreiben wurde weder für den Einzelhandel, noch für den Hersteller Gegenproben ausgefolgt, da keine augenscheinlich gleiche Wareneinheit vorgelegen sei.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Behördenakt. Die Durchführung einer mündlichen

Verhandlung wurde nicht beantragt, weiters steht iSd § 44 Abs. 2 VwGVG bereits auf Grund der Aktenlage fest, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig und widerspruchsfrei aus dem mit der Beschwerde vorgelegten Verwaltungsakt.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

§ 5 Abs. 1 Z. 1 Lebensmittelsicherheits - und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) normiert, dass es verboten ist, Lebensmittel, die 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.

§ 36 Abs. 1 bis 3 LMSVG lauten wie folgt:

„§ 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."

Gemäß § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG begeht, wer Lebensmittel, die für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder mit irreführenden Informationen oder krankheitsbezogenen Angaben versehen sind oder in irreführender oder krankheitsbezogener Aufmachung in Verkehr bringt, 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 35.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 70.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Vorweg ist auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes Ra 2017/10/0100 vom 27. März 2019 zu verweisen, wonach das Zurücklassen einer Gegenprobe als wesentliches Beweismittel zum Zweck der Entlastung des Beschuldigten dient. Darin führt er Folgendes u.a. aus: *„Der Frage, ob einem Lebensmittelunternehmer eine Gegenprobe nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 und 3 LMSVG zurückgelassen wurde, kommt Relevanz im Hinblick auf die Verwertbarkeit des amtlichen Gutachtens zu (vgl. dazu das vom Revisionswerber genannte Urteil EuGH 10.4.2003, Steffensen, C-276/01, Rz 78 f, sowie Blass ua, Lebensmittelrecht³, § 36 LMSVG, Rz 1 ff; siehe auch VwGH 25.4.2013, 2012/10/0129, Pkt. 2.3. der Entscheidungsgründe). Der Revisionswerber, der im gesamten Strafverfahren bestritten hat, dass das in Rede stehende Lebensmittel einen überhöhten Glutengehalt aufgewiesen habe, hat den vorgelegten Verfahrensakten zufolge im Beschwerdeverfahren - in der vom Verwaltungsgericht durchgeführten Verhandlung am 3. Februar 2017 - vorgebracht, eine Gegenprobe sei nicht ausgefolgt worden, sodass jedenfalls ein Verfahrensmangel vorliege, der es ihm unmöglich mache, dem Gutachten der AGES wirksam entgegenzutreten.*"

Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 5. November 2020, Ra 2019/10/0001 Folgendes ausgeführt: *„§ 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 leg.cit. 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).*"

2.2. Im vorliegenden Fall wurden drei Packungen mit je ca. 300g Füllmenge als Probe gezogen und im Probenbegleitschreiben festgehalten, dass keine Gegenprobe ausgefolgt worden sei, da keine augenscheinlich gleiche Wareneinheit vorgelegen sei.

Gemäß § 36 Abs. 2 LMSVG ist die entnommene Probe, 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. Danach ist jeder Teil zweckentsprechend zu verpacken und zu versiegeln, wobei ein Teil der Probe als amtliche Probe der Untersuchung und Begutachtung zugeführt wird und die restlichen Teile im Unternehmen als Gegenproben zurückzulassen sind. Dies impliziert, dass eine Probe jedenfalls zu teilen ist, wenn dies faktisch möglich ist, was im Fall der verfahrensgegenständlichen Probe zu bejahen sein wird. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass durch die Teilung eine einwandfreie Beurteilung bei der Untersuchung oder Begutachtung vereitelt würde, zumal jeder Teil § 36 Abs. 2 LMSVG folgend zweckentsprechend zu verpacken und versiegeln ist, was vorliegend ebenso möglich gewesen wäre.

§ 36 Abs. 3 LMSVG, welcher für den Fall der Unmöglichkeit der Teilung einer Probe deren Untersuchung als amtliche Probe ohne vorherige Teilung vorschreibt und weiters ausführt „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", ist dahingehend zu verstehen, dass iSd Abs. 2 par. cit. grundsätzlich eine Teilung der Probe zu erfolgen hat, sofern dies möglich ist. Nur für den Fall der faktischen Unmöglichkeit der Teilung wäre zu prüfen gewesen, ob noch eine ausreichende Zahl gleicher Wareneinheiten vorhanden ist, bejahendenfalls eine solche zu entnehmen und amtlich verschlossen als Gegenproben zurückzulassen.

Im vorliegenden Fall wurde am Probenbegleitschreiben zur Frage des Zurücklassens einer Gegenprobe vermerkt, dass keine Gegenprobe ausgefolgt worden sei, da keine augenscheinlich gleiche Wareneinheit vorhanden gewesen sei. Dies scheint wie bereits erwähnt nicht nachvollziehbar, da ein auf einer Tasse befindlicher, in Kunststoff verpackter Fisch sehr wohl teilbar ist und sich nur für den Fall, dass dies nicht möglich gewesen wäre, die Frage des Vorhandenseins augenscheinlich gleicher Wareneinheiten zum Zweck des Zurücklassens als Gegenprobe gestellt hätte. Diese Rechtsansicht wird auch im oben zitierte Judikat des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. November 2020, Ra 2019/10/0001 vertreten, wonach § 36 Abs. 2 LMSVG die allgemeine Regel im Hinblick auf die Entnahme von Warenproben und eine Vorgangsweise nach Abs. 3 par. cit. die Ausnahme dazu darstellt, welche erst zur Anwendung kommt, wenn ein Vorgehen nach Abs. 2 par. cit. aufgrund der Unteilbarkeit der Probe nicht möglich ist.

Da trotz bestehender Möglichkeit der Teilung der gezogenen Proben keine Gegenprobe zurückgelassen wurde, wurde dem Bf im Sinn der oben zitierten höchstgerichtlichen Judikatur die Möglichkeit genommen, anhand einer zurückgelassenen Gegenprobe eigene Analysen vorzunehmen bzw. ein

Gegengutachten einzuholen, welches möglicherweise ein anderes Ergebnis als jenes der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH erbracht hätte. Siehe dazu das Erkenntnis des VwGH vom 5. November 2020, Ra 2019/10/0001, in welchem darauf hingewiesen wird, dass bereits im Fall eines (unzulässigen) Nichtzurücklassens einer Gegenprobe das Recht des Unternehmens auf Einholung eines Gegengutachtens verletzt wird.

Da es dem Bf somit nicht möglich war, sich anhand einer Untersuchung zurückgelassener Gegenproben zu entlasten, konnte ein Verstoß gegen die im angefochtenen Straferkenntnis zitierten lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden und das Straferkenntnis war folglich zu beheben.

2.3. Der Ausspruch über die Kostenbeiträge ist in § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG begründet.

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. Hörzing