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-000492/5/KH**

Datum: **Linz, 9. März 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 W V, x, G, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 11. November 2021, GZ: 0099989/2021, wegen Übertretung des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Februar 2022

zu Recht:

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

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens 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 11. November 2021, GZ: 0099989/2021, verhängte der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) über W V (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 100 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Stunden), da ihm vorgeworfen wurde, es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E V Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in L, x, und somit als nach § 93 LMSVG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher zu vertreten, dass am 1. Juni 2021 und 13:30 Uhr in E V Gesellschaft m.b.H., L, x, das Lebensmittel „Schlagobers" zur direkten Abgabe an Kunden vor Ort bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht worden sei, obwohl dieses Lebensmittel – wie im Gutachten der AGES vom 9. Juni 2021, Auftragsnummer 21067203, Probenzeichen 4001DABI0047/21, festgestellt worden sei - einen sehr hohen Gehalt an mesophilen aeroben Keimen (5,7 Millionen KBE/g) sowie an Bakterien der Gattung Pseudomonas (2,6 Millionen KBE/g) aufgewiesen habe, wobei gemäß den veröffentlichten mikrobiologischen Richt- und Warnwerten zur Beurteilung von Lebensmitteln der Deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie- die Richtwerte für mesophile aerobe Keime 1 Mio. KBE/g und für Pseudomonas spp. 1000 KBE/g betragen. Das Lebensmittel habe aufgrund der hohen bakteriellen Kontamination mit Verderbskeimen eine erhebliche Minderung ihrer wertbestimmenden Eigenschaften (Frische) erfahren und sei daher nach den allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs. 5 Z. 4 LMSVG als wertgemindert zu beurteilen. Der Umstand der Wertminderung sei nicht nach § 5 Abs. 1 Z. 2 LMSVG deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht worden.

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf vor, dass das Personal mehrmals am Tag einen Geschmacks- und Geruchstest durchführe. Auch am Tag der Probenziehung sei dieser Test vor Geschäftsöffnung von D V durchgeführt worden, wobei er sich Eis mit Sahne hergerichtet und es auch gegessen und keinen Fehler festgestellt habe. Durch seine Berufsausbildung als Konditor und durch das regelmäßige Testen der Produkte sei sein Gaumen sehr gut geschult und Unregelmäßigkeiten würden sofort erkannt. Auch im Moment der Probenentnahme hätten weder der Probenzieher noch der anwesende D V unnormale Gerüche wahrgenommen. Am Tag der Probenziehung sei keine Wertminderung zu erkennen gewesen. Beantragt wurde die Einstellung des Verfahrens.

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

4. Im Rahmen des Verfahrens wurde am 1. Februar 2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu welcher der Bf und sein als Zeuge namhaft gemachter Sohn D V erschienen sind. Die belangte Behörde war wegen einer Erkrankung des Bearbeiters entschuldigt.

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

1. Am 1. Juli 2021 und 13:30 Uhr wurde bei der E V Gesellschaft m.b.H. (im Folgenden kurz: E), L, x, von einem Lebensmittelaufsichtsorgan eine Probe von Schlagobers gezogen und der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES) übermittelt. Im Gutachten der AGES vom 9. Juni 2021, Auftragsnummer 21067203, Probenzeichen 4001DABI0047/21, wurde festgestellt, dass die Probe einen Gehalt von 5,7 Millionen KBW/g an mesophilen aeroben Keimen und von 2,6 Millionen KBE/g an Bakterien der Gattung Pseudomonas aufwies.

2. Im Probenbegleitschreiben wurde Folgendes festgehalten:
„Gegenprobe Einzelhandel: keine, da Probenahme beim Hersteller
Gegenprobe Hersteller: Verzicht seitens des Herstellers
[…]
Verwendete Stoffe gemäß § 38 LMSVG: Metro Chef Schlagobers MHD: 12.06.2021 1L"

3. Der Bf war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der E, sein Sohn D V war zur Tatzeit Angestellter bei der E. Letzterer war bei der Probenahme durch das Lebensmittelaufsichtsorgan anwesend und verzichtete ohne Rücksprache mit dem Bf auf die Ausfolgung einer Gegenprobe.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde vorgelegten Behördenakt sowie Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 1. Februar 2022. Zu dieser sind der Bf sowie sein Sohn D V, der zur Zeit der Verwaltungsübertretung als Angestellter bei der E V Gesellschaft m.b.H. tätig war und mittlerweile handelsrechtlicher Geschäftsführer derselben ist, erschienen.
2. Der Sachverhalt ergibt sich eindeutig und widerspruchsfrei aus dem Inhalt des vorgelegten Aktes bzw. der mündlichen Verhandlung.

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 4 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.

(4) Erfolgt die Probenziehung beim Hersteller, ist abweichend von Abs. 2 die Probe in eine amtliche Probe und eine Gegenprobe zu teilen."

Gemäß § 90 Abs. 1 Z. 2 LMSVG begeht, wer Lebensmittel, die wertgemindert oder verfälscht sind, wenn dieser Umstand nicht deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht ist, 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. Im vorliegenden Fall wurde von einem Lebensmittelaufsichtsorgan eine Probe des in der genannten Filiale der E verwendeten Schlagobers gezogen, wobei bei der Überprüfung und Probenahme der damals als Angestellter im Betrieb der E tätige Sohn des Bf, D V, anwesend war. Gemäß dem Probebegleitschreiben und der Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen D V wurde im Rahmen der Probenahme keine Gegenprobe zurückgelassen, da dieser auf eine Ausfolgung derselben verzichtet hatte, da er zum Zeitpunkt der Probenahme davon ausging, dass diese einwandfrei sei. Zur Frage der Ausfolgung einer Gegenprobe ist vorweg auf die diesbezüglich ergangene höchstgerichtliche Judikatur zu verweisen:

In seiner Entscheidung Ra 2017/10/0100 vom 27. März 2019 hat der Verwaltungsgerichtshof zum Zurücklassen einer Gegenprobe u.a. Folgendes ausgeführt: „*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).*"

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 leg.cit. - 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).*"

Betreffend die anzuwendende Bestimmung des LMSVG ist festzuhalten, dass die belangte Behörde – entsprechend den Feststellungen im Probenbegleitschreiben – davon ausging, dass es sich bei der E in Bezug auf das beprobte Schlagobers um einen Hersteller und nicht einen Unternehmer iSd § 36 LMSVG handle. Demzufolge wäre im Hinblick auf die Ausfolgung einer Gegenprobe Abs. 4 par.cit. heranzuziehen, welcher normiert, dass für den Fall der Probenziehung beim

Hersteller die Probe abweichend von Abs. 2 par.cit. in eine amtliche Probe und eine Gegenprobe zu teilen ist.

Ungeachtet dessen, ob diese Rechtsansicht zutreffend ist – für den Fall der Probenahme beim Unternehmer wäre die Probe in drei Teile zu teilen und zwei Teile als Gegenprobe im Unternehmen zurückzulassen -, stellt sich die Frage, ob D V wirksam auf die Ausfolgung einer Gegenprobe verzichten konnte. Davon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen, da dieser zur Tatzeit lediglich Angestellter der E war, handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 VStG Verantwortlicher war W V, welcher jedoch den Verzicht auf die Ausfolgung der Gegenprobe nicht ausgesprochen hat bzw. hat D V vor Bekanntgabe des Verzichts auch nicht mit ihm Rücksprache gehalten. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass auf die Einhaltung einer zwingenden Bestimmung des LMSVG, - hier konkret: welche die Durchführung der Probenahme durch Aufsichtsorgane, im Besonderen die Vorgehensweise betreffend die verpflichtende Ausfolgung einer Gegenprobe regelt -, nicht verzichtet werden kann, wobei dieser Verzicht umso weniger von einer dazu nicht befugten Person wirksam ausgesprochen werden kann.

Dadurch dass keine Gegenprobe ausgefolgt wurde, wurde dem Bf im Sinn der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur die Möglichkeit genommen, anhand einer zurückgelassenen Gegenprobe eigene Analysen vorzunehmen bzw. ein Gegengutachten einzuholen, das möglicherweise ein anderes Ergebnis 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 mittels einer Untersuchung der zurückgelassenen Gegenprobe zu entlasten, konnte ein Verstoß gegen die im angefochtenen Straferkenntnis zitierten lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden und war das Straferkenntnis folglich zu beheben.

2.3. Der Ausspruch über die Kostenbeiträge ist in § 52 Abs. 8 und 9 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (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.

Rechtsmittelbelehrung

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.

Hinweis

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