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-000490/4/KH

Datum:
Linz, 7. Februar 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des Mag. B, vertreten durch H Rechtsanwälte GmbH, W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 2. November 2021, GZ: Pol-303-SR09-28-2021/3, wegen einer Übertretung des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG)

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch zu jenen des Behördenverfahrens zu leisten. Zudem ist dem Beschwerdeführer kein Ersatz der Untersuchungskosten gemäß § 71 Abs. 3 LMSVG vorzuschreiben.

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 2. November 2021, GZ: Pol-303-SR09-28-2021/3, verhängte der Bürgermeister der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde) über Mag. B (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 200 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 20 Stunden), da ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als im Sinne des § 9 Abs.1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der Firma V GmbH, W, nachstehende Verwaltungsübertretung zu verantworten.
Am 11.09.2020 um 11.34 Uhr fand im Betrieb der Firma P GmbH, W, eine lebensmittelpolizeiliche Kontrolle statt, bei der drei (3) Packungen ä 212 g des Nahrungsergänzungsmittels ‚K', MHD: 03/2023, Los/Charge: 46, als amtliche Probe entnommen wurden. Das verfahrensgegenständliche Produkt wurde im Logistiklager der Firma P GmbH für die Auslieferung im Auftrag der V GmbH bereitgehalten und somit in Verkehr gebracht.
Laut Gutachten des Institutes für Lebensmittelsicherheit Wien vom 08.04.2021 liegt ein Verstoß gegen die Verordnung (EU) 2015/2283 über neuartige Lebensmittel vor, da es sich bei dem Nahrungsergänzungsmittel ‚K' - enthält laut Kennzeichnung "Pankreatin" - um ein neuartiges Lebensmittel handelt, welches in der EU keine Zulassung hat.
Pankreatin sei ein pulverförmiges Enzym-Präparat, das aus frischem oder zwischenzeitlich gefrorenem Pankreas-Gewebe aus Säugetieren durch mechanische Zerkleinerung mit nachfolgender Aceton-Behandlung und Trocknung gewonnen wird. Pankreatin enthält ein Gemisch aus sämtlichen Verdauungsenzymen des Pankreas (Proteasen wie Trypsin, Chymotrypsin, Elastase sowie Lipasen, a-Amylase und Ribonuclease).
Gemäß Artikel 3 Abs. 2 Buchstabe a) Unterbuchstabe v) der Verordnung (EU) 2015/2283 ist ‚Pankreatin' folgender Kategorie zuzuordnen: ‚Lebensmittel, die aus Tieren oder deren Teil bestehen und daraus isoliert oder erzeugt wurden'.

Nach Artikel 6 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2283 dürfen nur zugelassene und in der Unionsliste angeführte neuartige Lebensmittel nach Maßgabe der in der Liste festgelegten Bedingungen und Kennzeichnungsvorschriften als solche in den Verkehr gebracht oder in und auf Lebensmitteln verwendet werden.

Nach Artikel 2 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2283 fällt das gegenständliche Nahrungsergänzungsmittel ‚K' unter die Bestimmung des Inverkehrbringens neuartige Lebensmittel in der Union.

Es liegt ein Verstoß gegen das lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) in Verbindung mit der Verordnung (EU) 2015/2283 über neuartige Lebensmittel vor.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 90 Abs. 3 Z 1 i.V.m. § 4 Abs. 1, Anlage Teil 1 Z 38 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 i.d.g.F., i.V.m Artikel 6 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2283 vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel i.d.g.F.“

2. In seiner binnen offener Frist erhobene Beschwerde brachte der Bf zusammengefasst vor, dass das Produkt K kein neuartiges Lebensmittel iSd der VO (EU) 2015/2283 sei. Es sei bereits vor Mai 1997 in der Europäischen Union verwendet worden. Konkret wurde das in Belgien vertriebene Produkt C der W Pharma Belgien genannt, bezüglich dessen in einer Presseaussendung erwähnt wird, dass „C seit über sieben Jahrzehnten in Deutschland vertrieben“ werde. Weiters wurde eine Einfuhrbescheinigung des Produkts PACREATIC ENZYME 60S vom 25. August 1993 vorgelegt und ein Aufsatz aus einer englischen Fachzeitschrift aus dem Jahr 1977 zitiert, gemäß dem Speisen mit Pankreatinpulver zubereitet worden seien.

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:

1. Im Rahmen einer behördlichen Überprüfung der V GmbH, W, durch ein Lebensmittelaufsichtsorgan am 11. September 2020 wurde eine Probe des Produkts K gezogen, das laut Zutatenliste die Zutat Pankreatin enthielt. Die Probe wurde am 11. September 2020 im Logistiklager Austria GmbH zur Auslieferung im Auftrag der V GmbH bereitgehalten, dem Institut für Lebensmittelsicherheit Wien der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH übermittelt und in der Folge als neuartiges Lebensmittel eingestuft.

2. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens betreffend die verfahrens-gegenständliche Beschwerde wurden eingehende Erhebungen zur Frage der Erfüllung der Kriterien des Art. 3 Abs. 2 lit. a) v) VO (EU) 2015/2283 hinsichtlich der Einstufung von Pankreatin als neuartiges Lebensmittel angestellt, wobei diesbezüglich auf eine in Frankreich auf der Grundlage des Art. 15 Décret n°2006-352 du 20 mars 2006 relati aux compléments alimentaires veröffentlichte „Liste des substances à but nutritionnel ou physiologique éligibles à l’article 15 sans restriction“ - Liste der Nährstoffe, die ohne Einschränkung in Nahrungsergänzungsmitteln verwendet werden dürfen, zu verweisen ist, in welcher u.a. auch Pankreatin genannt ist.

3. Hiezu erging eine Anfrage der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH an die zuständige französische Lebensmittelbehörde, ob bestätigt werden kann, dass das Enzym Pankreatin in einem Nahrungsergänzungsmittel ohne Einschränkung eingesetzt werden könne bzw. aus dem zuvor genannten Grund (= Décret n°2006-352) eine "history of safe consumption" für das Enzym Pankreatin vor dem Stichtag 15. Mai 1997 gemäß der Novel Food VO (EU) 2015/2283 vorliege und Pankreatin im Einsatz in einem Nahrungsergänzungsmittel in Frankreich daher nicht als neuartiges Lebensmittel eingestuft werde. Die Anfrage wurde mit dem Zusatz versehen, dass im Fall des Verschweigens von einer Zustimmung ausgegangen werde, was vorliegend zutraf. Die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH äußerte in der Folge in einer Stellungnahme, dass ihrer Einschätzung nach der Status von Pankreatin nicht als neuartig einzustufen sei.

4. Der Bf war zur Tatzeit bzw. ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der V GmbH.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt bzw. weiterführende Ermittlungen hinsichtlich des Status von Pankreatin im Hinblick auf dessen Einstufung als neuartiges Lebensmittel, wobei diesbezüglich eine Stellungnahme der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH ergangen ist, welche die Einschätzung enthält, dass Pankreatin nicht als neuartiges Lebensmittel einzustufen ist.

2. Die unter Z. II.3. erwähnte Anfrage bei der französischen Lebensmittelbehörde betreffend die Auslegung des Eintrags von Pankreatin in der unter Z. II.2. angeführten Liste bzw. die Tatsache, dass Pankreatin in dieser Liste aufscheint, lassen jedenfalls Zweifel an der Annahme, dass es sich bei Pankreatin um ein neuartiges Lebensmittel handelt, aufkommen. Insofern sind auch das Ergebnis der Anfrage bzw. die Stellungnahme der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, welche in der Folge davon ausgeht, dass es sich bei Pankreatin nicht um ein neuartiges Lebensmittel handelt, – unter Hinweis darauf, dass die erwähnte Einschätzung als rechtlich nicht bindend anzusehen ist – hinsichtlich der Beurteilung, ob ein Anwendungsfall des § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG vorliegt, als relevant für das gegenständliche Beschwerdeverfahren anzusehen – siehe hiezu die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung. Dass jene Tiere, aus welchen das Enzym Pankreatin isoliert wurde, nicht mithilfe von vor dem 15. Mai 1997 in der Union zur Lebensmittelerzeugung verwendeten herkömmlichen Zuchtverfahren gewonnen wurden, wurde nicht behauptet.

3. Dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer verwaltungsstrafrechtlich für Verstöße gegen das LMSVG verantwortlich ist bzw. dass das verfahrensgegenständliche Produkt in Verkehr gebracht wurde, wurde von diesem nicht bestritten.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

„Gemäß § 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Sicherheitsanforderungen und weitere Anforderungen an Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher (Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG), BGBl. I Nr. BGBl. I Nr. 13/2006 idF BGBl. I Nr. 51/2017, sind die in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union sind samt Änderungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten im Rahmen dieses Bundesgesetzes zu vollziehen.

In der Anlage - Verordnungen der Europäischen Union gemäß § 4 Abs. 1 Teil 1 ist unter Z. 38 die Verordnung (EU) 2015/2283 vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission (ABl. Nr. L 327 vom 11. Dezember 2015) genannt.

Gemäß § 90 Abs. 3 Z. 1 LMSVG begeht, wer den in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der Europäischen Union samt Änderungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten oder den näheren Vorschriften zur Durchführung dieser Rechtsakte gemäß § 4 Abs. 3 oder § 15 zuwiderhandelt, 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.

VERORDNUNG (EU) 2015/2283 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission:

Gemäß Art. 2 Abs. 1 gilt die Verordnung (EU) 2015/2283 für das Inverkehrbringen neuartiger Lebensmittel in der Union.

Gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) bezeichnet der Ausdruck:
‚neuartige Lebensmittel' alle Lebensmittel, die vor dem 15. Mai 1997 unabhängig von den Zeitpunkten der Beitritte von Mitgliedstaaten zur Union nicht in nennenswertem Umfang in

der Union für den menschlichen Verzehr verwendet wurden und in mindestens eine der folgenden Kategorien fallen:
[...]
v) Lebensmittel, die aus Tieren oder deren Teilen bestehen oder daraus isoliert oder erzeugt wurden, ausgenommen Tiere, die mithilfe von vor dem 15. Mai 1997 in der Union zur Lebensmittelerzeugung verwendeten herkömmlichen Zuchtverfahren gewonnen wurden, sofern die aus diesen Tieren gewonnenen Lebensmittel eine Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel in der Union haben, [...]“

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Wie bereits im Rahmen der Beweiswürdigung erwähnt, ist die Frage der Einstufung von Pankreatin als Novel Food jedenfalls insoweit als strittig anzusehen, als im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Hinweise hervorkamen, dass Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Einschätzung, dass es sich dabei um ein neuartiges Lebensmittel handelt, nicht teilen bzw. eine history of safe consumption hinsichtlich Pankreatin besteht. Hinzuweisen ist dazu insbesondere auf die auf der Grundlage des Art. 15 Décret n°2006-352 du 20 mars 2006 relativ aux compléments alimentaires veröffentlichte „Liste des substances à but nutritionnel ou physiologique éligibles à l’article 15 sans restriction“ (Liste der Nährstoffe, die ohne Einschränkung in Nahrungsergänzungsmitteln verwendet werden dürfen), in welcher Pankreatin genannt ist.

Hiezu erging eine Anfrage der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH an die zuständige französische Lebensmittelbehörde, ob bestätigt werden kann, dass das Enzym Pankreatin in einem Nahrungsergänzungsmittel ohne einer Einschränkung eingesetzt werden könne bzw. aus dem zuvor genannten Grund (= Décret n°2006-352) eine "history of safe consumption" für das Enzym Pankreatin vor dem Stichtag 15. Mai 1997 gemäß der Novel Food VO (EU) 2015/2283 vorliege und Pankreatin im Einsatz in einem Nahrungsergänzungsmittel in Frankreich daher nicht als neuartiges Lebensmittel eingestuft werde, wobei die Anfrage mit dem Zusatz versehen wurde, dass im Falle des Verschweigens von einer Zustimmung ausgegangen werde, was vorliegend zutraf. In der Folge äußerte die Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH die (nicht bindende) Einschätzung, dass Pankreatin infolge des Ergebnisses der Anfrage bei der französischen Lebensmittelbehörde nicht als neuartiges Lebensmittel anzusehen sei.

2.2. Zur Frage, ob es sich bei Pankreatin um ein neuartiges Lebensmittel iSd VO (EU) 2015/2283 handelt und ob demzufolge der objektive Tatbestand der dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsstraftat zu bejahen ist, ist zusammenfassend auszuführen, dass nach Prüfung der mit der Beschwerde vorgelegten Dokumente und unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Anfrage bei der französischen Lebensmittelbehörde die Beurteilung dieser Frage jedenfalls soweit ungeklärt war,

dass aufgrund von Recherchen zur Verwendung von Pankreatin in der EU die erwähnte Anfrage hinsichtlich der Auslegung der Nennung von Pankreatin in der „Liste des substances à but nutritionnel ou physiologique éligibles à l'article 15 sans restriction“ an die französische Lebensmittelbehörde gestellt wurde, welche zum Ergebnis führte, dass nunmehr auch die Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH davon ausgeht, dass es sich bei Pankreatin nicht um ein neuartiges Lebensmittel handelt. Unter Hinweis auf die grundsätzliche Notwendigkeit eines Vorgehens nach den Bestimmungen der VO (EU) 2015/2283 durch den Lebensmittelunternehmer selbst zur Frage nach dem Status eines Lebensmittels als neuartiges Lebensmittel, ist für den im gegenständlichen Beschwerdeverfahren zu beurteilenden Einzelfall festzustellen, dass das nunmehr dargelegte Ermittlungsergebnis den zur Bejahung des Vorliegens eines wesentlichen Tatbestandselementes notwendigen Schluss, dass es sich bei Pankreatin um ein neuartiges Lebensmittel handelt, nicht zulässt. Somit ist unter Verweis auf die Anforderungen des § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG festzuhalten, dass nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens aus den dargelegten Gründen Zweifel an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes bestehen und die dem Bf vorgeworfene Tat nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren notwendigen Sicherheit erwiesen werden kann, weshalb das angefochtene Straferkenntnis nach dem Grundsatz in dubio pro reo aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen ist.

2.3. Bei diesem Verfahrensergebnis hat der Bf gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG keine Verfahrenskostenbeiträge zu leisten. Der Ausspruch hinsichtlich des Ersatzes der Untersuchungskosten ergibt sich aus § 71 Abs. 3 LMSVG.

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. 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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