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-000538/9/JK

Datum:
Linz, 6. November 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Kriegner über die Beschwerde des J W, vertreten durch Dr. H Rechtsanwalts GmbH, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 01.08.2022, GZ: BHRI/921120042367/21, wegen Übertretungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes iVm der VO (EG) Nr. 178/2002 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses aufgehoben und diesbezüglich das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Hinsichtlich Spruchpunkt 2. wird der Beschwerde teilweise stattgegeben und die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Stunden) herabgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens reduzieren sich zu Spruchpunkt 2. auf 50 Euro.

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:

I.1. Mit Straferkenntnis vom 01.08.2022, GZ: BHRI/921120042367/21, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Ried (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) zu Spruchpunkt 1. gemäß Art 19 Abs 1 VO (EG) Nr. 178/2002 iVm § 38 Abs 1 Z 5 lit a, § 90 Abs 4 Z 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage 9 Stunden) und zu Spruchpunkt 2. gemäß Art 19 Abs 3 VO (EG) Nr. 178/2002 iVm § 38 Abs 1 Z 5 lit a, § 90 Abs 4 Z 2 LMSVG eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tage 5 Stunden) wie folgt:
„[...]
1. Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter für das B Werk in Adresse, in dem mit Lebensmittel umgegangen wird und somit als Lebensmittelunternehmer zu verantworten, dass es verabsäumt und damit unterlassen wurde, den in dieser Betriebsstätte mit Listeria monocytogenes kontaminierten Brat- und Grillkäse, Natur, 45% F.i.T., 150 g - Charge x, MHD 02.08.2021, bei dem es sich durch die Kontamination um ein nicht sicheres Lebensmittel gehandelt hat, - zum Zeitpunkt der Ermittlung der Lebensmittelaufsicht am 16.06.2021 befanden sich noch bis zu 328 Kartons = 3.608 Packungen österreichweit in Verkehr - mit einem öffentlichen Rückruf und einer Verbraucherwarnung bereits am 11.06.2021 vom Markt zu nehmen, wodurch die in Art. 19 Abs. 1 letzter Satz der VO (EG) Nr. 178/2002 festgelegten Vorgaben nicht eingehalten wurden.

2. Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter für das B Werk in Adresse, in dem mit Lebensmittel umgegangen wird und somit als Lebensmittelunternehmer zu verantworten, dass es verabsäumt und damit unterlassen wurde, am 09.06.2021, nach der Feststellung, dass in der Betriebsstätte in G ein mit Listeria monocytogenes kontaminierter Brat- und Grillkäse, Natur, 45% F.i.T., 150 g - Charge x, MHD 02.08.2021, bei dem es sich durch die Kontamination um ein nicht sicheres Lebensmittel gehandelt hat, in Verkehr gebracht wurde, unverzüglich die Behörde zu verständigen, dass Grund zur Annahme besteht, dass ein in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit von Menschen schädigen kann, wodurch die in Art. 19 Abs. 3 1. Satz der VO (EG) 178/2002 festgelegte Verpflichtung nicht eingehalten wurde.
[...]“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitig Beschwerde und bringt darin im Wesentlichen vor, die B betreibe eine hochsensitive molekularbiologische Screeningmethode, eine sogenannte DEP-Pooling-Methode, für den Nachweis von Listeria monocytogenes. Eine DEP-Pooling-Methode sei ein auf Anreicherung basierendes qPCR-Testverfahren, welches nach ca. 32 Stunden ein Ergebnis der gepoolten Proben liefere. Ergebe eine Poolprobe ein positives PCR-Ergebnis, müssten in weiterer Folge die jeweiligen Einzelproben rückverfolgt werden, um nachzuverfolgen, welche der Proben tatsächlich positiv

sei. Nach weiteren 6 Stunden liege das endgültige PCR-Ergebnis der jeweiligen Einzelprobe vor. Positive Einzelproben müssten in weiterer Folge mikrobiologisch nach DIN EN ISO 11290 bestätigt werden. Korrekt sei, dass erstmals am 09.06.2021 um 08:15 Uhr eine Poolprobe ein positives qPCR-Signal ergeben habe. Es habe sich um eine Poolingprobe von 9 Wischproben vom letzten Transportband der Verpackungslinien aus den Räumen „Stückeverpackung“ und „Slicer“ am Standort G gehandelt. Unmittelbar danach sei die Untersuchung der jeweiligen Einzelproben erfolgt. 15 min später sei die Geschäftsführung über das vorläufige Ergebnis informiert und sämtliche etwaig betroffene Käsesorten und Chargen gesperrt worden. Am 09.06.2021 um 13:50 Uhr sei sodann eine positive PCR-Einzelprobe vorgelegen. Zu diesem frühen Zeitpunkt habe jedoch noch keine Aussage getroffen werden können, ob eine Kontamination des Endproduktes stattgefunden habe. Zumal die ggst. qPCR-Methode den grundsätzlichen Nachweis von vermehrungsfähigen Listeria monocytogenes – Bakterien, aber auch von gestressten, bereits toten und lebensfähigen, aber nicht vermehrungsfähigen Varianten ermögliche und der ggst. Brat- und Grillkäse zuvor im Produktionsprozess auf über 70 Grad erhitzt worden sei, habe nicht bereits mit Erhalt des positiven qPCR-Ergebnisses – ohne das repräsentative Testergebnis des akkreditieren Prüflabors – davon ausgegangen werden können, dass eine relevante Verunreinigung mit vermehrungsfähigen, lebenden Listerien vorliegen würde. Umgehend nach Erhalt der positiven Einzelprobe seien innerhalb von 54 Minuten alle weiteren wesentlichen Maßnahmen, wie ein sofortiger Produktionsstopp, intensive Beprobung des Produktionsumfelds, stille Rückholung und sofortige interne Untersuchung der etwaig betroffenen Käsesorten und Chargen erfolgt. Erst am 18.06.2021 seien hinsichtlich eines Toastkäses und am 24.06.2021 hinsichtlich des ggst. Brat- und Grillkäses positive externe Untersuchungsergebnisse vorgelegen, sodass frühestens ab 18.06.2021 bzw. 24.06.2021 allenfalls Grund zur Annahme iSd Art 19 VO (EG) Nr. 178/2002 bestanden habe. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung liege somit nicht vor.

I.3. Mit Schreiben vom 31.08.2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.10.2023, in der der Bf und die von ihm beantragte Zeugin zum Sachverhalt einvernommen wurden.

II.2. Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Mit Aufforderung der belangten Behörde zur Rechtfertigung vom 31.08.2021, GZ: BHRI/921120042367/21, wurde dem Bf unter anderem nachstehender Vorwurf gemacht:

„[…]

1. Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter für das B Werk in Adresse, in dem mit Lebensmittel umgegangen wird und somit als Lebensmittelunternehmer zu verantworten, dass es verabsäumt und damit unterlassen wurde, den in dieser Betriebsstätte mit Listeria monocytogenes kontaminierten Brat- und Grillkäse, Natur, 45% F.i.T., 150 g - Charge x, MHD 02.08.2021, bei dem es sich durch die Kontamination um ein nicht sicheres Lebensmittel gehandelt hat, - zum Zeitpunkt der Ermittlung der Lebensmittelaufsicht am 16.06.2021 befanden sich noch bis zu 328 Kartons = 3.608 Packungen österreichweit in Verkehr - mit einem öffentlichen Rückruf und einer Verbraucherwarnung bereits am 09.06.2021 vom Markt zu nehmen, wodurch die in Art. 19 Abs. 1 letzter Satz der VO (EG) Nr. 178/2002 festgelegten Vorgaben nicht eingehalten wurden.

[…]“

[Aufforderung zur Rechtfertigung vom 31.08.2021, GZ: BHRI/921120042367/21]

Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses lautet wie unter Punkt I.1. dargestellt [angefochtenes Straferkenntnis].

Der Bf war im Tatzeitpunkt verantwortlicher Beauftragter für die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen (insbesondere LMSVG) im Werk der B in G (im Folgenden: Werk G) [Zustimmungserklärung zur Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten vom 14.11.2014; PV Bf]. Im Werk G erfolgt keine Käseproduktion, sondern werden dort aus anderen Werken der B angelieferte Erzeugnisse verarbeitet bzw. aufgeschnitten. Am Standort in G sind zwölf Produktionslinien vorhanden und es werden alle acht Stunden, somit immer bei Schichtwechsel, Wischproben von jeder Linie genommen. Es wird mittels qPCR-Methode u.a. auf Listeria monocytogenes getestet. Dabei handelt es sich um eine Methode, bei der nicht nach einzelnen Zellen wie in der herkömmlichen Mikrobiologie, sondern tatsächlich nach DNA von lebenden, toten oder geschädigten und nicht vermehrungsfähigen Bakterien gesucht wird. Die Wischproben werden im hauseigenen Labor in G untersucht, wobei nach ca. 34 bis 36 Stunden ein Ergebnis vorliegt. Es werden Poolproben genommen und bei einem positiven Ergebnis ist die jeweilige positive Einzelprobe aus dem Pool zu eruieren, wozu weitere vier bis sechs Stunden benötigt werden. Die positive Einzelprobe ist sodann von einem akkreditierten Labor nochmals zu überprüfen [PV Bf, ZV].

Am 06.06.2021 um ca. 23:00 Uhr startete die Weiterverarbeitung des verfahrensgegenständlichen Brat- und Grillkäses, der zuvor im Rahmen seiner Produktion auf 70 Grad erhitzt worden war. Am 09.06.2021 um 08:15 Uhr wurde die Qualitätsmanagerin des Werks G vom Labor darüber informiert, dass eine positive Wisch- bzw. Poolprobe betreffend das Transportband, über das auch der Brat- und Grillkäse gelaufen ist, vorliegt. Es wurde umgehend mit den Einzelproben

gestartet und zugleich der Bf, die Zeugin und der Geschäftsführer der B über den positiven Pool informiert. Nach Verständigung der Geschäftsleitung wurden die über dieses Transportband gelaufenen Käsesorten gesperrt. Der Brat- und Grillkäse war am 09.06.2021 bereits ausgeliefert. Am 09.06.2021 um 13:50 Uhr wurden die anderen Werke der B informiert, da zu diesem Zeitpunkt das Einzelergebnis der Poolprobe vorlag und sich herausgestellt hat, dass auf der Slicer-Linie 5 der Brat- und Grillkäse positiv ist. Um 14:30 Uhr erfolgte sodann eine Besprechung, an der der Geschäftsführer, die Zeugin, die Qualitätsmanagerin, ein übergeordneter Fachberater für die Käsereistandorte und der Bf teilnahmen und bei der die stille Rückholung des Brat- und Grillkäses beschlossen wurde. Zudem wurde das Probenaufkommen im Werk G deutlich erweitert und es erfolgte eine großflächige Reinigung und Desinfektion. Das positive Isolat, das bezüglich des Brat- und Grillkäses festgestellt wurde, wurde in weiterer Folge an das akkreditierte Labor „LVA“, die die Beprobung nach DIN EN ISO 11290 durchführt, geschickt. Am 10.06.2021 wurde eine Poolprobe vom Brat- und Grillkäse selbst, die wiederum werksintern untersucht wurde, genommen, dessen positives internes Ergebnis am 11.06.2021 vorlag. Am 24.06.2021 wurde das positive Probenergebnis betreffend den Brat- und Grillkäse durch die „LVA“ bestätigt [PV Bf, ZV, Prüfbericht vom 24.06.2021]. Am 15.06.2021 wurde die Behörde über das Vorhandensein von Listerien im Brat- und Grillkäse informiert [PV Bf, ZV, Verwaltungsstrafanzeige vom 16.08.2021, GZ: ESV- 2016-94455/130-Hn].

Der Bf verfügt über ein monatliches Bruttoeinkommen von ca. 7.000 Euro sowie über ein Haus gemeinsam mit seiner Ehegattin. Er ist für seine Ehegattin sorgepflichtig und hat Schulden in Höhe von ca. 65.000 Euro, hinsichtlich derer er monatlich ca. 400 – 450 Euro zurückzahlt. Weiters leistet der Bf monatlich ca. 1.700 – 1.800 Euro Pflegekostenanteil für seine zu pflegende Mutter [PV Bf]. Hinsichtlich des Bf lagen im Tatzeitpunkt keine rechtskräftigen Verwaltungsvorstrafen vor [Auszug betr. verwaltungsstrafrechtl. Vormerkungen vom 31.08.2022].

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, der Beschwerde und den Aussagen des Bf sowie der einvernommenen Zeugin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, wobei die einzelnen Feststellungen insbesondere auf den jeweils in Klammern angeführten Beweismitteln gründen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. § 90 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 in der für den Bf günstigeren Fassung BGBl. I Nr. 256/2021, lautet auszugsweise:

„2. Abschnitt
Verwaltungsstrafbestimmungen

Tatbestände

§ 90. […]
(4) Wer
[…]
2. den Verpflichtungen der §§ 21, 22, 36 Abs. 7, 38, 47 Abs. 1 oder 52 zuwiderhandelt,
[…]
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 35 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 70 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.
[…]“

§ 38 LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 idF BGBl. I Nr. 51/2017, lautet auszugsweise:

„Pflichten der Unternehmer

§ 38. (1) Unternehmer sind verpflichtet,
[…]
5. entsprechend ihrer Verantwortung
a) gemäß Art. 19 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 in Bezug auf Lebensmittel,
[…]“

Artikel 19 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (im Folgenden: VO (EG) Nr. 178/2002) lautet auszugsweise:

„Artikel 19
Verantwortung für Lebensmittel: Lebensmittelunternehmen

(1) Erkennt ein Lebensmittelunternehmer oder hat er Grund zu der Annahme, dass ein von ihm eingeführtes, erzeugtes, verarbeitetes, hergestelltes oder vertriebenes Lebensmittel den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht entspricht, so leitet er unverzüglich Verfahren ein, um das betreffende Lebensmittel vom Markt zu nehmen, sofern das Lebensmittel nicht mehr unter der unmittelbaren Kontrolle des ursprünglichen Lebensmittelunternehmers steht, und die zuständigen Behörden darüber zu unterrichten. Wenn das Produkt den Verbraucher bereits erreicht haben könnte, unterrichtet der Unternehmer die Verbraucher effektiv und genau über den Grund für die Rücknahme und ruft erforderlichenfalls bereits an diese gelieferte Produkte zurück, wenn andere Maßnahmen zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichen.
[…]
(3) Erkennt ein Lebensmittelunternehmer oder hat er Grund zu der Annahme, dass ein von ihm in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit des Menschen

schädigen kann, teilt er dies unverzüglich den zuständigen Behörden mit. Der Unternehmer unterrichtet die Behörden über die Maßnahmen, die getroffen worden sind, um Risiken für den Endverbraucher zu verhindern, und darf niemanden daran hindern oder davon abschrecken, gemäß einzelstaatlichem Recht und einzelstaatlicher Rechtspraxis mit den zuständigen Behörden zusammenzuarbeiten, um einem mit einem Lebensmittel verbundenen Risiko vorzubeugen, es zu begrenzen oder auszuschalten.
[…]“

§ 44a Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, lautet:

„§ 44a. Der Spruch hat, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:
1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.“

III.2.1.1. Die als erwiesen angenommene Tat im Sinn des § 44a Z 1 VStG ist der den Delikttatbestand erfüllende Sachverhalt. Der Beschuldigte hat ein subjektives Recht darauf, dass ihm die als erwiesen angenommene Tat richtig und vollständig vorgehalten wird (vgl. VwGH 08.08.2008, 2008/09/0042).

Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (vgl. VwGH 01.07.2010, 2008/09/0149; 24.06.2015, Ra 2015/09/0012) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (vgl. VwGH 29.09.2016, Ra 2016/05/0075; 24.10.2016, Ra 2016/02/0189), 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 29.10.2015, Ra 2015/07/0097; 06.09.2016, Ra 2016/09/0049) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (vgl. VwGH 25.07.2016, Ra 2014/02/0034). 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 (vgl. VwGH 25.02.2003, 2001/10/0257).

III.2.1.2. Mit Aufforderung der belangten Behörde zur Rechtfertigung vom 31.08.2021 wurde dem Bf zu Punkt 1. vorgeworfen, er habe es als verantwortlicher Beauftragter der B unterlassen, den in der Betriebsstätte in Adresse, mit Listeria monocytogenes kontaminierten Brat- und Grillkäse mit einem öffentlichen Rückruf

und einer Verbraucherwarnung bereits am 09.06.2021 vom Markt zu nehmen, wodurch die in Art 19 Abs 1 letzter Satz VO (EG) Nr. 178/2002 festgelegten Vorgaben nicht eingehalten wurden. Auch der im Behördenakt einliegenden Verwaltungsstrafanzeige vom 16.08.2021 kann entnommen werden, dass der Verdacht bestehe, dass es der/die Entscheidungsträger/in des Konzerns seiner/ihrer Verantwortung als Lebensmittelunternehmer verabsäumt und damit unterlassen habe, das nicht sichere Lebensmittel mit einem öffentlichen Rückruf und einer Verbraucherwarnung bereits am 09.06.2021 vom Markt zu nehmen. Im angefochtenen Straferkenntnis wird dem Bf zu Spruchpunkt 1. jedoch angelastet, er habe es als verantwortlicher Beauftragter unterlassen, den genannten Brat- und Grillkäse mit einem öffentlichen Rückruf und einer Verbraucherwarnung bereits am 11.06.2021 vom Markt zu nehmen.

Eine Strafe darf jedoch nur für jene Tat verhängt werden, auf die sich die – das Strafverfahren einleitende – erste Verfolgungshandlung bezogen hat (vgl. Mannlicher/Quell II8 § 44 a Anm 3; Walter/Thienel II2 § 44 a Anm 4; Thienel/Schulev-Steindl[5] 493).

Eine Verfolgungshandlung der belangten Behörde auch in Bezug auf die unterlassene Rücknahme des Käses (mit öffentlichem Rückruf und Verbraucherwarnung) bereits am 11.06.2021 kann dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht entnommen werden. Auch das Straferkenntnis selbst kann nicht als diesbezügliche Verfolgungshandlung herangezogen werden, da dieses außerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangen ist.

Zudem sieht Art 19 Abs 1 letzter Satz VO (EG) Nr. 178/2002 vor, dass, wenn das Produkt den Verbraucher bereits erreicht haben könnte, der Unternehmer die Verbraucher effektiv und genau über den Grund für die Rücknahme unterrichtet (Verbraucherwarnung) und erforderlichenfalls bereits an diese gelieferte Produkte zurückruft (öffentlicher Rückruf), wenn andere Maßnahmen zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichen.

Tatbestandsmerkmal des Art 19 Abs 1 letzter Satz VO (EG) Nr. 178/2002 ist somit auch, dass „andere Maßnahmen zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichen“. Diesbezügliche Ausführungen finden sich in Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses nicht. Inwiefern im vorliegenden Fall ein öffentlicher Rückruf und eine Verbraucherwarnung nach Ansicht der Behörde bereits am 09.06.2021 (als richtiger Tatzeitpunkt) erforderlich gewesen seien, da andere Maßnahmen zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichten, kann Spruchpunkt 1. nicht entnommen werden. Damit umfasst die Umschreibung der Tat in Spruchpunkt 1. jedoch nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art 19 Abs 1 letzter Satz VO (EG) Nr. 178/2002, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens iSd § 44a Z 1 VStG erforderlich sind.

III.2.1.3. Dieser Spruchmangel ist vom Verwaltungsgericht auch nicht korrigierbar. „Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung. Ein Austausch der Tat durch das Verwaltungsgericht durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zugrunde gelegten Sachverhalts kommt nicht in Betracht (vgl. VwGH 25.07.2022, Ra 2021/08/0069; 08.03.2023, Ra 2022/03/0103).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl. VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226).

Wie bereits ausgeführt, ist ein öffentlicher Rückruf und eine Verbraucherwarnung nach Art 19 Abs 1 der genannten Verordnung nur zulässig, wenn andere Maßnahmen zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichen. Was genau zu veranlassen ist, hängt davon ab, was zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus notwendig ist (Blass ua, LMR^3 § 38 LMSVG Rz 14). Ein Vorwurf hinsichtlich dieses wesentlichen Tatbestandsmerkmals erfolgte im bisherigen Verwaltungsstrafverfahren nicht. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist nicht berechtigt, den durch Spruchpunkt 1. des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend zu ergänzen, weshalb im vorliegenden Fall andere Maßnahmen als ein öffentlicher Rückruf und eine Verbraucherwarnung zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichten, da damit dem Bf dieses Tatbestandsmerkmal erstmalig und darüber hinaus außerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen werden würde.

Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses war daher aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich einzustellen.

III.2.2. Erkennt ein Lebensmittelunternehmer oder hat er Grund zu der Annahme, dass ein von ihm in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit des Menschen schädigen kann, teilt er dies gemäß Art 19 Abs 3 1. Satz VO (EG) Nr. 178/2002 unverzüglich den zuständigen Behörden mit.

„Grund zu der Annahme“, dass ein vom Unternehmer in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit des Menschen schädigen kann, besteht dann, wenn ihm konkrete Umstände bekannt sind, die die Unsicherheit des Lebensmittels aufzeigen. Es müssen also tatsächliche Anhaltspunkte für die Vermutung vorliegen. Davon ist auszugehen, wenn der Lebensmittelunternehmer entsprechende Abweichungen von lebensmittelrechtlichen Vorschriften im Zuge

eigener Kontrollen feststellt (Blass ua, LMR[3] § 38 LMSVG Rz 13). Bei „unverzüglich“ im Zusammenhang mit Gesundheitsschädlichkeit bleibt kein Spielraum, sodass der Unternehmer so rasch wie möglich, dh in der Regel zumindest noch am gleichen Tag, an dem er von der möglichen Gesundheitsgefährdung von Menschen erfährt, reagieren muss (Blass ua, LMR[3] § 38 LMSVG Rz 15).

Fest steht, dass der B eGen (und auch dem Bf) aufgrund eigener werksinterner Kontrollen am 09.06.2021 ein auf Listeria monocytogenes positives qPCR-Ergebnis des Transportbandes, über das der ggst. Brat- und Grillkäse im Werk G gelaufen ist, vorlag. Bei Listerien handelt es sich zweifelsfrei um Krankheitserreger, die abstrakt geeignet sind, die Gesundheit von Menschen zu gefährden oder zu schädigen. Selbst wenn bei dem von der B herangezogenen Testverfahren sowohl vermehrungsfähige Listeria monocytogenes, aber auch gestresste, bereits tote und lebensfähige, aber nicht vermehrungsfähige Bakterien nachgewiesen werden, war aufgrund des positiven Testergebnisses am 09.06.2021 jedenfalls auch anzunehmen, dass der ggst. Brat- und Grillkäse mit vermehrungsfähigen und/oder lebensfähigen Listerien kontaminiert sein könnte, zumal auch Art 19 Abs 3 1. Satz VO (EG) Nr. 178/2002 davon spricht, dass das in Verkehr gebrachte Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit des Menschen schädigen kann. Dass seitens der B eGen Grund zur Annahme bestand, dass der Käse mit Listerien kontaminiert ist, ergibt sich auch insbesondere daraus, dass – wie der Bf und die Zeugin selbst in deren Einvernahmen angaben – noch am 09.06.2021 sämtliche über das ggst. Transportband gelaufenen Käsesorten gesperrt, die anderen Werke über das positive Testergebnis informiert und ein stiller Rückruf des Brat- und Grillkäses vorgenommen wurde. An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass der Brat- und Grillkäse im Produktionsprozess auf 70 Grad erhitzt wird, da aufgrund des positiven Testergebnisses am 09.06.2021 jedenfalls tatsächliche Anhaltspunkte für die Vermutung vorlagen, dass der Brat- und Grillkäse – neben toten und/oder nicht vermehrungsfähigen – auch mit lebenden und/oder vermehrungsfähigen Listerien kontaminiert sein könnte.

Zumal am 09.06.2021 der ggst. Brat- und Grillkäse bereits ausgeliefert war, wäre der Behörde seitens der B bzw. durch den Bf als verantwortlicher Beauftragter so rasch wie möglich, jedenfalls noch am 09.06.2021, deren Vermutung, dass ein von der B, Werk G, in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise die Gesundheit von Menschen schädigen kann, mitzuteilen gewesen.

Der Bf hat daher den objektiven Tatbestand der ihm als verantwortlicher Beauftragter der B für das Werk G zu Spruchpunkt 2. vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

III.2.3. Die Tathandlung zu Spruchpunkt 2. ist dem Bf auch in subjektiver Hinsicht schuldhaft vorwerfbar.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, 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 (Ungehorsamsdelikt).

Die ggst. Verwaltungsübertretung (Spruchpunkt 2.) stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Vom Bf wurden keine Umstände vorgebracht, die geeignet wären, mangelndes Verschulden darzutun. Der Bf gab in seiner Einvernahme selbst an, dass am 09.06.2021 ein auf Listeria monocytogenes positives qPCR-Ergebnis des Transportbandes, über das der ggst. Brat- und Grillkäse im Werk G gelaufen ist, vorlag. Er habe die Geschäftsleitung der B verständigt, die über das ggst. Transportband gelaufenen Käsesorten seien gesperrt worden, es sei zusätzlich vermehrt beprobt und gereinigt/desinfiziert worden und letztendlich auch ein stiller Rückruf veranlasst worden. Es ist dem Bf bzw. der B damit durchaus zuzugestehen, dass nach Vorliegen des positiven Testergebnisses umfangreiche Maßnahmen zur Eindämmung des Gesundheitsrisikos veranlasst wurden. Aufgrund des positiven Einzelprobenergebnis am 09.06.2021, dem nicht nur, aber jedenfalls auch lebende und/oder vermehrungsfähige Listerien zugrunde gelegen sein könnten, wäre es für den Bf als verantwortlichen Beauftragten für den Bereich Lebensmittelsicherheit aber angezeigt gewesen, eine erhöhte Aufmerksamkeit in Bezug auf die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften an den Tag zu legen und jedenfalls auch die Behörde über die mögliche Kontaminierung des Brat- und Grillkäses und damit über eine mögliche Gesundheitsschädigung von Menschen zu informieren. Die vom Bf angeführten Gründe für sein Handeln, insbesondere dass lediglich ein internes positives Testergebnis vorgelegen sei und dieses auch falsch positiv hätte sein können, können sein Verhalten nicht entschuldigen. Es ist zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen. Dem Bf ist daher die ggst. Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

III.2.4.1. Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung

bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

III.2.4.2. Der Strafrahmen für die Übertretung zu Spruchpunkt 2. beträgt – nach der für den Bf günstigeren Fassung BGBl. I Nr. 256/2021 – bis zu 35.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 70.000 Euro.

Der Bf war im Tatzeitpunkt verwaltungsstrafrechtlich unbescholten. Der Bf verfügt über ein monatliches Bruttoeinkommen von ca. 7.000 Euro sowie über ein Haus gemeinsam mit seiner Ehegattin. Er ist für seine Ehegattin sorgepflichtig und hat Schulden in Höhe von ca. 65.000 Euro, hinsichtlich derer er monatlich ca. 400 – 450 Euro zurückzahlt. Weiters leistet der Bf monatlich ca. 1.700 – 1.800 Euro Pflegekostenanteil für seine zu pflegende Mutter.

Die belangte Behörde ging im angefochtenen Straferkenntnis von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro und keinen Sorgepflichten aus. Erschwerende oder mildernde Umstände würden nicht vorliegen.

Unter Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren hervorgekommenen Sorgepflichten des Bf für seine Gattin und Mutter sowie seiner Schulden, die im erstinstanzlichen Verfahren mangels Angaben des Bf nicht berücksichtigt wurden, und des Milderungsgrundes der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit war die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Stunden) herabzusetzen. Damit kann – aus spezialpräventiven Gründen – jedenfalls das Auslangen gefunden werden.

III.2.5. Aufgrund der Aufhebung von Spruchpunkt 1. und der Reduktion der Geldstrafe zu Spruchpunkt 2. entfällt gemäß § 52 Abs 8 VwGVG die Vorschreibung eines Kostenbeitrags zum Beschwerdeverfahren.

Der vom Bf hinsichtlich Spruchpunkt 2. zu leistende Kostenbeitrag zum behördlichen Verfahren beträgt gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG 10% der verhängten Strafe, weshalb dieser Beitrag nun aufgrund der reduzierten Strafe mit 50 Euro festzusetzen war.

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. 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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kriegner