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-000709/3/FP

Datum:
Linz, 3. Dezember 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von A__, B-Strasse, gen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 23.05.2024, GZ: BHFR/923060008356/23, wegen einer Übertretung des LMSVG,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG weder einen Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Zugleich entfällt die Verpflichtung zum Ersatz von Kosten der Lebensmitteluntersuchung gemäß § 71 Abs- 3 LMSVG.

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.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis, hat die belangte Behörde den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Sie haben es in Ihrer Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der C__ mit Sitz in D-Strasse und somit als Lebensmittelunternehmer verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass am 01.12.2022 an die E__, F-Strasse zumindest 37 Stück C__ Hirschragout roh aufgetaut' geliefert und somit in Verkehr gebracht wurden welche laut dem Gutachten der G__, Institut für Lebensmittelsicherheit H__, vom 03.01.2023, Auftragsnummer: 22147398, gemäß den Allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs. 5 Z. 2 LMSVG als für den menschlichen Verzehr ungeeignet und somit als nicht sicher zu beurteilen waren und dem Verbot des Inverkehrbringens gemäß § 5 Abs. 1 Z. 1 LMSVG unterlagen.
Die vorliegende Probe wies in der kommissionellen sensorischen Untersuchung abwegige Geruchseigenschaften auf:
- Verkoster 1-3: mäßig faulig
  Eine Geschmacksprüfung wurde auf Grund des Geruchs abgelehnt.

Die abwegige Beschaffenheit wird durch das Ergebnis der mikrobiologischen Untersuchung objektiviert:
- Mesophile aerobe Gesamtkeimzahl: 54 Millionen koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Milchsäurebakterien: 37 Millionen koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Enterobacteriaceae: 150.000 koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Escherichia coli: 150.000 koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Pseudomonaden: 15 Millionen koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)

Die Probe besitzt eine der Verbrauchererwartung derart widersprechende Beschaffenheit, dass ihre bestimmungsgemäße Verwendbarkeit (Genusstauglichkeit) nicht gewährleistet ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 90 Abs. 1 Z. 1 iVm. § 5 Abs. 5 Z. 2 iVm. § 5 Abs. 1 Z. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz - LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 256/2021 iVm. § 9 Abs. 1 VStG“

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde über den Bf eine Geldstrafe von 350 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 21 Stunden.

Neben dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 35 Euro wurden dem Bf auch Lebensmitteluntersuchungskosten von 254,40 Euro vorgeschrieben.

I.2. In der Begründung legt die belangte Behörde unter Bezugnahme auf die Anzeige und das Gutachten der AGES dar, dass der Bf in seinem Einspruch selbst bestätige, dass es bei der dem Verfahren zu Grunde liegenden Charge an Wildfleisch trotz aller Vorkehrungen zu Verkeimungen gekommen sei.

Der Bf sei somit im gegenständlichen Fall seiner Sorgfaltspflicht als Lebensmittelunternehmer nicht entsprechend den gesetzlichen Vorgaben in ausreichendem Maße nachgekommen.

I.3. Dagegen erhob der Bf mit E-Mail vom 13.06.2024 rechtzeitig Beschwerde in welcher er auf das Wesentliche zusammengefasst darlegte, dass er ausdrücklich der Behauptung widerspreche, dass keine Vorkehrungen getroffen wurden. Weiterhin widerspreche er vehement dem Vorwurf, seiner Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen zu sein. Er habe lediglich festgestellt, dass es bei dieser Charge offensichtlich zur Verkeimung gekommen sei, jedoch basiere diese Feststellung ausschließlich auf dem Gutachten der AGES. Die Verkeimung könne ebenso durch nicht eingehaltene Kühlketten des Händlers oder des Frächters verursacht worden sein. Es komme häufig vor, dass nach Anlieferung der gekühlten Ware die Kommissionierwägen in den Gängen stehen und die Waren darauf warten, in die Kühlvitrinen geräumt zu werden. Es sei für den Bf nicht nachvollziehbar, dass für diese Praxis er zur Verantwortung gezogen werden solle.
Darüber hinaus würde der Tatsache kein Gehör geschenkt, dass es keine Dokumentation zur Temperatur bei der Entnahme der Probe gebe. Allein diese Tatsache rechtfertige die Beschwerde. Ohne eine korrekte Dokumentation der Probentemperatur sei die Aussagekraft des Gutachtens fragwürdig.

I.4. Die belangte Behörde hat dem Landesverwaltungsgericht die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt am 19. Juni 2024 zur Entscheidung vorgelegt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Eine öffentliche mündliche Verhandlung entfällt, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das bekämpfte Straferkenntnis aufzuheben ist (§ 44 Abs. 2 VwGVG).

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

II.2.1. Anlässlich einer lebensmittelpolizeilichen Kontrolle in einer E__ in I-Strasse H__, zog ein lebensmittelpolizeiliches Organ der MA59 am 05.12.2022 eine Probe des Produkts C__ 100 % Wild aus Österreich, Hirschragout, roh aufgetaut. Es wurden 3 Originalpackungen á 0,350 Gramm mit einem Verbrauchsdatum 07.12.2022 entnommen.
Die Packungen befanden sich in einem SB-Kühlregal und wiesen eine Temperatur von 3,9° C auf.
Als Gegenproben wurden jeweils drei Packungen für das Einzelhandelsunternehmen und den Hersteller in Form augenscheinlich gleicher Wareneinheiten entnommen und zurückgelassen.
Eine Teilung der gezogenen Proben wurde nicht vorgenommen.

Die AGES (Institut für Lebensmittelsicherheit H__) beanstandete mit dem amtlichen Untersuchungszeugnis vom 03.01.2023, Auftragsnummer 22147398, die eingereichte Probe.

Der Prüfbericht/Befund lautet:

„Probenummer: ccc

Untersuchungsgegenstand:	C__ 100% Wild aus Österreich, Hirschragout, roh aufgetaut
Los/Charge/MHD:	ddd
Probe eingelangt am:	05.12.2022 14:26
Externe Probenkennung:	eee
Probentransport:	Dienstwagen mit Kühleinrichtung
Amtl. Verp. (Probenverpackung):	Kunststoffsack amtlich verschlossen
Probenentnahme - Datum,Uhrzeit:	05.12.2022 13:08
Entnahme bei:	E__ F-Strasse - bbb
Anlass der Probenziehung:	§ 36 LMSVG
Probenart:	Handelsproben
Bezeichnung der Ware:	C__ 100% Wild aus Österreich, Hirschragout, roh aufgetaut
Hersteller:	C__ D-Strasse
Lieferant:	C__ D-Strasse
Bezugsdatum:	01.12.2022
Probenmenge:	3 Packungen je 0,350 kg
Untersuchung von-bis:	05.12.2022 - 29.12.2022

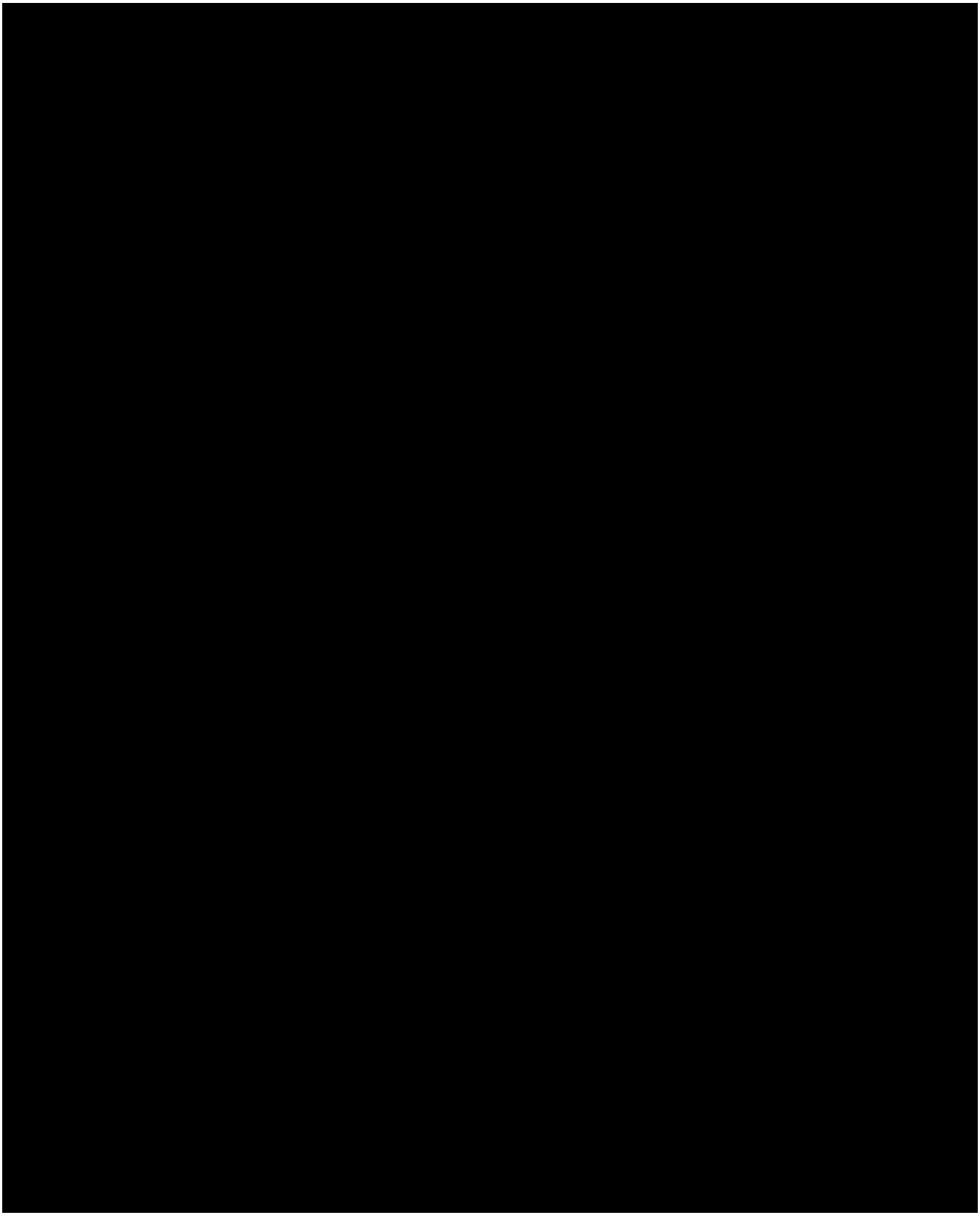
Beschreibung

Eingangstemperatur (in °C):	+3,5°C
Verpackungskennzeichen:	Vakuumverpackung, verschlossen
Anzahl der Verpackungen mit direktem Lebensmittelkontakt:	3
Material der Verpackung mit direktem Lebensmittelkontakt:	Verbundmaterial
Form der Verpackung mit direktem Lebensmittelkontakt:	Kunststofffolie, verschweißt
Verschluss der Verpackung mit direktem Lebensmittelkontakt:	Blatt
Aufmachung:	illustriert und beschriftet sowie mit Etiketten versehen, Aufschrift siehe Anhang
Verbrauchsdatum:	07.12.22
Identitätskennzeichen:	fff
Gewicht (brutto):	376g, 375g, 376g
Gewicht (tara):	27g
Inhalt:	rohe, bis ca. 2,5 x 3 x 4 cm große Wildfleischstücke
Verarbeitungsschritte:	roh, nicht erhitzt, unverarbeitet (roh)

Produktionsmethode: Wild aus freier Wildbahn

Formale Überprüfungen

EU-Lebensmittel-Informationsverordnung:	durchgeführt
LMIV_DVO_EU_775_2018 über die	durchgeführt



Angaben zur Herkunft der primären Zutat:
Hygieneverordnung über Lebensmittel tierischen Ursprungs: durchgeführt

„GUTACHTEN

Die vorliegende Probe mit der Bezeichnung "C__ 100% Wild aus Österreich, Hirschragout, roh aufgetaut" weist in der kommissionellen sensorischen Untersuchung abwegige Geruchseigenschaften auf:
- Verkoster 1-3: mäßig faulig
Eine Geschmacksprüfung wurde aufgrund des Geruchs abgelehnt.

Die abwegige Beschaffenheit wird durch das Ergebnis der mikrobiologischen Untersuchung objektiviert:
- Mesophile aerobe Gesamtkeimzahl: 54 Millionen koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Milchsäurebakterien: 37 Millionen koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Enterobacteriaceae: 150.000 koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Escherichia coli: 150.000 koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
- Pseudomonaden: 15 Millionen koloniebildende Einheiten pro Gramm (KBE/g)
Die Probe besitzt eine der Verbrauchererwartung derart widersprechende Beschaffenheit, dass ihre bestimmungsgemäße Verwendbarkeit (Genusstauglichkeit) nicht gewährleistet ist.
Sie ist daher nach den Allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs.5 Z 2 LMSVG idgF als für den menschlichen Verzehr ungeeignet und somit als nicht sicher zu beurteilen und unterliegt dem Verbot des Inverkehrbringens gemäß § 5 Abs.l Z 1 LMSVG idgF.
Auf die Verpflichtung der Unternehmer gemäß § 38 Abs. 1 Z 5 LMSVG (Vorgangsweise bei nicht sicheren Lebensmitteln und anderen nicht sicheren Waren des LMSVG) wird hingewiesen.

Gutachterin:

[...]“

[Prüfbefund und Gutachten AGES]

Es kann nicht festgestellt werden, dass alle drei gezogenen Proben oder die gesamte Charge, dieselben abwegigen Eigenschaften aufwiesen.

Es kann nicht festgestellt werden, dass das vom Bf gelieferte Produkt bei Anlieferung in den Einzelhandelsmarkt bereits die abwegigen Eigenschaften aufgewiesen hat bzw. in einer Form kontaminiert war, dass das Produkt bei fach- und ordnungsgemäßer Lagerung und Einhaltung der Kühlkette zum Ende der Verbrauchsfrist die festgestellten abwegigen Eigenschaften aufgewiesen hätte.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Wesentliche Frage ist vorliegend, ob die im Hinblick auf die untersuchte Probe eingetretene Verkeimung, die die Probe für den menschlichen Verkehr ungeeignet machte, im Verantwortungsbereich des Bf gelegen ist.

Diesbezüglich ergeben sich im vorliegenden Verfahren diverse Unwägbarkeiten und sind die Darlegungen des Bf in Bezug auf die Handhabung des Produkts im Markt nicht von der Hand zu weisen.
Der Bf weist zu Recht darauf hin, dass die übermäßige Verkeimung auch zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten sein kann, etwa durch eine Unterbrechung der Kühlkette im Einzelhandel.

Die im Akt erliegenden Unterlagen zeigen auf, dass eine Temperaturmessung nur bei der Probennahme und der Annahme bei der AGES erfolgten, jedoch keine Aufzeichnungen in Bezug auf den Transport oder die Handhabung im Einzelhandel aktenkundig sind. Zur Einhaltung der Kühlkette bezüglich der Bedingung einer gekühlten Lagerung von bis max. + 4° C gibt es keine Dokumentation, insbesondere nicht zur Wareneingangstemperatur und Lagertemperatur in der Kühlvitrine.

Hinzu kommt, dass in das Gutachten der AGES nur eine der drei gezogenen Proben Eingang gefunden zu haben scheint, zumal in dem Gericht sonst vorgelegten Gutachten, die Einzelproben regelmäßig einzeln dargestellt werden. Im Gutachten ist auch nur von der „vorliegende[n] Probe“ die Rede. Deshalb kann nicht festgestellt werden, ob alle drei Proben die gleichen negativen Eigenschaften aufgewiesen haben.
Wäre dem nicht so, wäre dies ein deutlicher Hinweis darauf, dass die untersuchte Probe ihre problematischen Eigenschaften möglicherweise aufgrund einer fehlerhaften Handhabung – etwa durch einen Konsumenten - erfahren hat.
Wie schon in verschiedenen hg. Erkenntnissen, bspw. vom 24. Juni 2016 GZ: LVwG-000099/2/WEI, sowie vom 17. Februar 2017, GZ: LVwG-000174/2/Wei, ausgeführt wurde, ist bei einer nicht im Betrieb des Herstellers erfolgten Probeziehung, etwa in einem Einzelhandelsmarkt, zu berücksichtigen, dass nicht bloß die Kontamination der Ware mit Keimen im Herstellungsprozess, sondern auch deren übermäßige Vermehrung im Nachhinein durch unterschiedliche Behandlung der Ware, insbesondere durch eine mögliche Unterbrechung der Kühlkette, in Betracht kommen kann. Es könnte außerhalb des Einflussbereiches des Bf zu einer Unterbrechung der Kühlkette an einer dem Produktionsbetrieb nachfolgenden Stelle gekommen sein. Beispielsweise kommt es nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch immer wieder vor, dass Kunden in

Einzelhandelsmärkten etwas aus einer Kühleinrichtung entnehmen und dann doch nicht kaufen wollen oder können und das Produkt irgendwo vor dem Passieren der Kassa zurücklassen und nicht in die Kühlung zurücklegen. Trotz einer solchen oft unterschätzten Unterbrechung der Kühlung werden Packungen nicht selten „der Ordnung halber“ wieder in die Kühlvitrine zurückgelegt. Andernfalls müsste man das Lebensmittel tierischen Ursprungs mitunter vorzeitig und aufwändig als „Kategorie-3-Material“ entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 behandeln und entsorgen (vgl. Voith/Grube, LMIV-Kommentar[2] [2016] Art 24 Rz 91 f).
Auch das Argument des Bf, es sei denkbar, dass das Produkt nach der Anlieferung nicht unverzüglich in die Kühlung gelegt wurde, sondern die Ware oft in den Kommissionierwägen stehen bleibt, ist nicht von der Hand zu weisen, und kann immer wieder beobachtet werden. Diesfalls wären alle gelieferten Packungen betroffen.

Anzumerken ist am Rande, dass nach dem Gutachten der AGES die Untersuchung der AGES laut Befund von 05.12.2022 bis 29.12.2022 andauerte und der dem Gericht vorliegenden Ausfertigung des Gutachtens nicht entnommen werden kann, welche Schritte zu welchen Terminen vorgenommen wurden. Auch der Kostenmitteilung können Termine der einzelnen Bearbeitungsschritte nicht entnommen werden.

Eine Anfrage des Gerichts bei der AGES, die dazu dienen sollte, zur Aufklärung beizutragen, wurde nicht beantwortet.

Nach dem Gutachten der AGES vom 03.01.2023 ergab die mikrobiologische Prüfung - scheinbar einer - der drei Teilproben des Produkts „C__ 100% Wild aus Österreich, Hirschragout, roh aufgetaut“ eine mikrobiologische Verunreinigung. Wann (innerhalb des Zeitraums vom 05.12.2022 bis 29.12.2022) die mikrobiologische Untersuchung stattfand, lässt sich dem Gutachten der AGES nicht entnehmen. Bezugs- bzw. Richtwerte werden im Gutachten nicht angegeben.

Nach den Recherchen des Gerichts existieren folgende relevante Toleranzwerte:
(Quelle: https://www.aaa.ac.at)

	Soll (KBE/g) (Toleranzwert)	Ist (KBE/g)
Mesophile aerobe Gesamtkeimzahl:	5 Millionen	54 Millionen
Milchsäurebakterien	5 Millionen	37 Millionen
Enterobacteriaceae	1.000	150.000
Escherichia coli	50	150.000
Pseudomonaden	-	15 Millionen

Im Gutachten ist angegeben, dass die Probe für den menschlichen Verzehr ungeeignet war und ergibt sich aus den ermittelten Toleranzwerten eine doch beträchtliche Überschreitung in Bezug auf verschiedene Keime.

Auch wenn die in der Stellungnahme der Gutachterin der AGES gemachten Temperaturangaben zutreffen, woran kein Grund zu zweifeln besteht, decken diese Angaben doch nur die zeitliche Phase von der amtlichen Probenahme bis zur Untersuchung im Institut für Lebensmittelsicherheit H__ ab und kann das Gutachten der AGES naturgemäß keine Aussage darüber treffen, welche Handhabung die Ware nach Auslieferung im Einzelhandel erfahren hat.

Was vor der Probenahme geschah ist nicht dokumentiert.

Tatsächlich besteht mangels dokumentierter Aufzeichnungen der Eingangs- und Lagertemperaturen beim gegenständlichen Produkt in der Frage der ständigen Einhaltung der Lagerbedingung eine erhebliche Unsicherheit.

Insbesondere wurden bei der lebensmittelpolizeilichen Kontrolle am 05.12.2022 die im Rahmen der Eigenkontrolle zu führenden Aufzeichnungen über Lagertemperaturen in der E__ in H__ augenscheinlich nicht überprüft. Die wesentliche Frage der Einhaltung der Lagerbedingungen während der gesamten Haltbarkeitsdauer ist demnach nicht aufklärbar.

Hinzu kommt weiterhin, dass die Ausfolgung der Gegenproben augenscheinlich nicht gemäß § 36 Abs. 3 LMSVG durch Teilung der untersuchten Probe erfolgte, sondern gleiche Wareneinheiten ausgefolgt wurden. Gerade im Hinblick auf die Frage, ob nur ein einzelnes Stück aus einer Partie, die ganze Partie oder nur jene Stücke betroffen sind, die an einen bestimmten Markt im Einzelhandel geliefert wurden, ist die Trennung der Einzelprobe von besonderer Bedeutung und zwar vor allem dann, wenn wie hier – ohne diesbezüglichen Nachweis – davon ausgegangen wird, dass sämtliche gelieferten Stücke (37!) verdorben waren.

So hat der VwGH zu seinem Erkenntnis vom 05.11.2020, Ra 2019/10/0001, folgenden Rechtssatz gebildet:
„§ 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. […] 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).“

In seinem Erkenntnis vom 27.03.2019, Ra 2017/10/0100, sprach der VwGH wie folgt aus:

„Der Frage, ob einem Lebensmittelunternehmer eine Gegenprobe nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 und 3 LMSVG 2006 zurückgelassen wurde, kommt Relevanz im Hinblick auf die Verwertbarkeit des amtlichen Gutachtens zu (vgl. EuGH 10.4.2003, Steffensen, C-276/01; VwGH 25.4.2013, 2012/10/0129).“

Für das Gericht ist nicht ersichtlich, warum eine Teilung der Probe, die schon aus geschnittenem Wildfleisch bestand, nicht möglich gewesen sein soll.

Insgesamt kann aufgrund der dargestellten Umstände, insb. der Gegenproben-ausfolgung entgegen § 36 Abs. 3 LMSVG und des Umstandes, dass aufgrund des Gutachtens nicht klar ist, ob nur eine der drei gezogenen Proben einer mikrobiologischen Untersuchung zugeführt worden ist oder zu beanstanden war, weiters keinerlei Überprüfung dahingehend aktenkundig ist, ob die Kühlkette im Einzelhandel, welche außerhalb der Ingerenz des Bf liegt, eingehalten wurde, nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden, dass ein unkontrolliertes Wachstum der vorgefundenen Keime aufgrund von Handlungen und/oder Unterlassungen erfolgte, die dem Hersteller, bzw. dem Bf, zuzuordnen sind.

Vor allem können dem Akt keinerlei Hinweise darauf entnommen werden, dass alle 37 im Spruch genannten Wareneinheiten vom festgestellten Verderb betroffen waren.

Das Gericht teilt im Übrigen nicht die Ansicht der Behörde, der Bf habe – was er in der Beschwerde auch entsprechend bestreitet – zugestanden, dass es in seinem Betrieb zu einer Kontamination gekommen ist. Vielmehr hat der Bf Folgendes dargestellt:

„Offensichtlich kam es bei der Cahrge trotz aller Vorkehrungen zu einer Verkeimung, hervorgerufen durch den Rohstoff.“

Wie der Bf in seiner Beschwerde darlegt, habe er lediglich festgestellt, dass es bei dieser Charge offensichtlich zur Verkeimung gekommen ist, jedoch basiere diese Feststellung ausschließlich auf dem Gutachten der AGES.

Der untechnischen Darstellung des Bf, dass eine Verkeimung gegeben war, was aufgrund des Gutachtens der AGES offenkundig ist, kann allerdings nicht so verstanden werden, dass der Bf aufgrund eigener Untersuchung Mängel beim Lebensmittel feststellen konnte und die gesamte Partie betroffen war.

III. Einschlägige Rechtsvorschriften

Die hier wesentlichen Bestimmungen des LMSVG lauten:

2. Abschnitt
Lebensmittel
Allgemeine Anforderungen

§ 5. (1) Es ist verboten, Lebensmittel, die
1. nicht sicher gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, d.h. gesundheitsschädlich oder für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, oder

[…],
in Verkehr zu bringen.
[…]
(5) Lebensmittel sind
1. gesundheitsschädlich, wenn sie geeignet sind, die Gesundheit zu gefährden oder zu schädigen;
2. für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist;
3. verfälscht, wenn ihnen wertbestimmende Bestandteile, deren Gehalt vorausgesetzt wird, nicht oder nicht ausreichend hinzugefügt oder ganz oder teilweise entzogen wurden, oder sie durch Zusatz oder Nichtentzug wertvermindernder Stoffe verschlechtert wurden, oder ihnen durch Zusätze oder Manipulationen der Anschein einer besseren Beschaffenheit verliehen oder ihre Minderwertigkeit überdeckt wurde, oder wenn sie nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt wurden;
4. wertgemindert, wenn sie entweder während der Herstellung oder nach der Herstellung, ohne dass eine weitere Behandlung erfolgt ist, eine erhebliche Minderung an wertbestimmenden Bestandteilen oder ihrer spezifischen, wertbestimmenden Wirkung oder Eigenschaft erfahren haben, soweit sie nicht für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind. […]

§ 90. (1) 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, 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.“

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Objektiver Tatbestand

Eine Strafbarkeit kann sich dann ergeben, wenn objektiv gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen wurde. Der objektive Verstoß muss von der Behörde erwiesen werden.

Um den Bf vorliegend wegen des Inverkehrbringens eines für den menschlichen Verzehr ungeeigneten Lebensmittels zur Verantwortung ziehen zu können, wäre der Nachweis zu erbringen, dass das untersuchte Lebensmittel nach der Herstellung, ohne dass eine weitere Behandlung erfolgt ist bereits eine erhebliche Minderung an wertbestimmenden Bestandteilen oder seiner spezifischen, wertbestimmenden Wirkung oder Eigenschaft erfahren hat, bzw. das Produkt aufgrund einer Kontamination und der Nichteinhaltung guter Herstellungs- und Hygienepraxis bereits Eigenschaften aufwies, die dazu führen mussten, dass das Produkt am Ende der Haltbarkeitsfrist nicht mehr zum menschlichen Verzehr geeignet war. Zusammengefasst muss das Produkt die negativen Eigenschaften bereits zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens durch das Unternehmen, dessen Geschäftsführer der Bf ist, aufgewiesen und dadurch die rasche Entwicklung einer nicht akzeptablen Verkeimung begünstigt haben, ist doch nach § 90 Abs. 1 Z 1 LMSVG jene Person strafbar, die ein für den menschlichen Verzehr ungeeignetes Lebensmittel in Verkehr bringt.
Kurz gesagt verantwortet der Bf lebensmittelrechtlich bedenkliche Eigenschaften des Produkts im Rahmen des ihn betreffenden Inverkehrbringensvorganges, nicht jedoch Umstände, die sich nach dem Verlassen der Sphäre des Bf ereignen und das Produkt nachteilig beeinflussen. Solche Vorgänge liegen nicht in der Ingerenz des Bf.

Im Verfahren kann der Nachweis nicht erbracht werden, dass der Umstand der inakzeptablen mikrobiologischen Belastung des untersuchten Lebensmittels nicht auch auf äußere Umstände zurückzuführen sein kann, die nicht im Einflussbereich des Bf lagen.
Wie bereits ausführlich dargelegt, ist es nicht unwahrscheinlich, dass das Produkt etwa im Ladengeschäft, ggf. durch Einflussnahme von Konsumenten oder Bediensteten des Einzelhändlers, Bedingungen ausgesetzt war, die zu einer unkontrollierten Erhöhung der Keime führte. Solche möglichen Umstände hat der Bf nicht zu vertreten.

Das von der Behörde auf Basis des Gutachtens der AGES durchgeführte Beweisverfahren hat nur ergeben, dass die untersuchte Einzelprobe, jedenfalls aber nicht die gesamte Charge inakzeptabel verkeimt war. Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass sich im Betrieb des Bf oder im Zeitraum, in welchem er für die Einhaltung der Kühlkette verantwortlich war, Umstände aufgetreten sind, die zu einer derartigen Erhöhung der Keimlast geführt haben. Eine diesbezügliche Untersuchung hat augenscheinlich nicht stattgefunden.

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes in dubio pro reo muss dieser Umstand zugunsten des Bf gewürdigt werden und ist bereits aus diesem Grund, auf objektiver Ebene der Tatsachen, mit Einstellung vorzugehen, weil mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit schon nicht erwiesen werden kann, dass eine Überschreitung von Werten, die einen Hinweis auf eine Wertminderung und

den späteren Verderb des Produktes geben könnten, bereits im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Lebensmittels durch das Lebensmittelunternehmen, dessen Geschäftsführer der Bf ist, gegeben war.

Hinzu kommt, dass dem Gutachten der AGES nach der Judikatur des VwGH deshalb keine besondere Beweiskraft zukommt, da es Unterlassen wurde, gesetzgemäß Gegenproben zu hinterlassen. (vgl. EuGH 10.04.2003, Steffensen, C-276/01; VwGH 25.04.2013, 2012/10/0129; 27.03.2019, Ra 2017/10/0100) und weil für den Bf in Bezug auf die untersuchte Probe keine Möglichkeit bestand, ein Gegengutachten einzuholen.

IV.2. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass bei einer mikrobiologisch zu beanstandenden Probe, die in einem Einkaufsmarkt im Einzelhandel gezogen wurde, alleine durch diesen Umstand nicht belegt werden kann, dass beim Hersteller Prozesse stattgefunden haben, die zum verfrühten Verderb oder einer verfrühten Wertminderung vor Ablauf der Verbrauchsfrist geführt haben. Die von der belangten Behörde dem Gutachten der AGES entnommene Feststellung einer abwegigen Eigenschaft der Ware infolge Verderbs lässt für sich gesehen nicht die Annahme zu, dass der Hersteller die Waren in einem nicht mit dem Gesetz in Einklang stehenden Zustand in Verkehr gebracht hat.
Vielmehr müssten zusätzlich zu den Feststellungen der AGES noch Feststellungen im Hinblick auf den Umgang mit der Ware vor und nach Verlassen des Produktionsbetriebs getroffen werden können, die ein Verhalten des Bf belegen das den Verderb des Produkts begünstigt hat.
Solche Feststellungen können nach dem Aktenstand aber nicht getroffen werden, zumal Informationen etwa zur Kühlkette erst ab Ziehen der Probe durch das Marktamt vorliegen, das Produkt zuvor jedoch bereits fünf Tage im Geschäft war und nicht bekannt ist, wie das Produkt in dieser Zeit gehandhabt wurde.

Der Vorwurf, das Unternehmen, dessen Geschäftsführer der Bf ist, habe das Produkt in der abwegigen Form in Verkehr gebracht fußt insofern auf einer im Verwaltungsstrafverfahren nicht zulässigen Vermutung zum Nachteil des Beschuldigten und ist daher mit der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht vereinbar.
Der Beschwerde ist daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren mangels einer erwiesenen Verwaltungsübertretung gemäß dem § 45 Abs. 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

V. Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG sowohl die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens als auch zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerde-

verfahrens. Mit der Aufhebung des Straferkenntnisses entfällt auch die Grundlage für die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Lebensmitteluntersuchung gemäß § 71 Abs. 3 LMSVG.

VI. 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. Der wesentliche Sachverhalt war unbestritten und der Aktenlage zu entnehmen. Fragen der einzelfallbezogenen Beurteilung durch das Verwaltungsgericht stellen idR keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung dar (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Zl. Ra 2014/08/0064, VwGH 26.02.2015, Zl. Ra 2015/07/0028). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist auch nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

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

1. 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