

A, geb am **..******

Verwaltungsübertretung nach dem LMSVG - Beschwerde

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seine Richterin Mag. Linda Wieser über die Beschwerde des Herrn A, geboren am **.**.****, wohnhaft in Adresse, Platz, Ort, vertreten durch RA Dr. B, Adresse, Platz, Ort, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft L vom 19.02.2014, Zahl **-**-****,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde **Folge gegeben** und der angefochtene Bescheid **behoben**.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, 1010 Wien, erhoben werden. Gegen Entscheidungen

gemäß § 25a Abs 4 VwGG ist lediglich die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, zulässig. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die Beschwerde bzw die Revision ist durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw eine bevollmächtigte Rechtsanwältin einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrenslauf, Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft L vom 19.02.2014, ** ***_**_****, wurde dem Beschwerdeführer folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

*„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl. Nr. 52/1991 i.d.g.F. zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma XY, zu verantworten, dass – wie anlässlich einer am 19.08.2013 im Betrieb Z – XY, Adresse, Platz, Ort, durchgeführten Lebensmittelkontrolle des Lebensmittelaufsichtsorgans C und anschließender Untersuchung der entnommenen Probe durch die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, Institut für Lebensmitteluntersuchung, Adresse, Platz, Ort, U- Zahl ****_****_**** mit der Bezeichnung „Creme-Schnitte“ festgestellt wurde – bei der vorliegenden Probe ein Verstoß gegen § 5 Abs. 5 Ziffer 4 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 i.d.g.F. vorliegt.*

Die Lebensmittelprobe mit der Bezeichnung „Cremeschnitte“ weist dem Prüfbericht nach einen Gehalt an Enterobacteriaceae im Ausmaß von 350.000 koloniebildenden Einheiten pro Gramm (KBE/g) sowie einen Gehalt an Escherichia coli von 810 KBE/g auf.

Von der Deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie ist bezüglich Enterobacteriaceae ein Richtwert von 1000 KBE/g und ein Warnwert 10.000 KBE/g, bezüglich Escherichia coli ein Richtwert von 10 KBE/g und ein Warnwert von 100 KBE/g festgelegt worden („Richt- und Warnwerte zur Beurteilung von Patisseriewaren mit nicht durchgebackener Füllung – DGHM, Veröffentlichte Richt- und Warnwerte zur Beurteilung von Lebensmitteln, Stand: Dezember 2012“).

Richtwerte geben eine Orientierung, welches produktspezifische Mikroorganismenspektrum zu erwarten und welche Mikroorganismengehalte in den jeweiligen Lebensmitteln bei Einhaltung einer guten Hygienepaxis akzeptabel sind. Warnwerte geben Mikroorganismengehalte an, deren Überschreitung einen Hinweis darauf gibt, dass die Prinzipien einer guten Hygiene- und/oder Herstellungspraxis verletzt wurden.

Die Einhaltung von Richt- bzw. Warnwerten stellt im Sinne der berechtigten Verbrauchererwartung eine spezifische, wertbestimmende Eigenschaft dar.

Die vorliegende Probe überschreitet die DGHM – Warnwerte für Enterobacteriaceae und für Escherichia coli.

Die Probe hat somit eine erhebliche Minderung einer spezifischen, wertbestimmenden Eigenschaft zu erfahren.

*Die vorliegende Lebensmittelprobe ist nach § 5 Abs. 5 Ziffer 4 LMSVG als **wertgemindert** zu beurteilen.*

Angaben, die den Umstand der Wertminderung kenntlich machen, sind nicht ersichtlich."

Dadurch habe der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung gemäß § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 5 Z 4 LMSVG begangen und wurde daher über ihn gemäß § 90 Abs 3 Z 2 LMSVG unter Anwendung des § 47 VStG eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 150,-- verhängt. Weiters wurden dem Beschuldigten gemäß § 46 VStG ein Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Euro 15,--, sowie gemäß § 71 Abs 3 LMSVG Euro 97,32 als Ersatz der Kosten für die Untersuchung der Probe vorgeschrieben.

Gegen dieses Straferkenntnis brachte der rechtsfreundlich vertretene Beschuldigte fristgerecht Beschwerde ein und führte darin aus wie folgt:

„In umseits bezeichneter Rechtssache erhebt der Beschuldigte gegen das Straferkenntnis vom 19.02.2014, welches seinen Vertreter nur in Durchschrift zur Verfügung gestellt wurde, nachstehende

Beschwerde

an das Landesverwaltungsgericht Tirol.

Die Entscheidung wird gänzlich bekämpft. Der Bescheid ist mit Rechtswidrigkeit belastet. Es liegen Verfahrensmängel vor. Die Strafe ist überhöht.

Im Einzelnen ist Folgendes auszuführen:

Obwohl der Beschuldigtenvertreter ausgewiesen war, wurde das Straferkenntnis nicht ihm, sondern dem Beschuldigten direkt zugestellt.

Dem Beschuldigtenvertreter wurde mit Mail vom 26.02.2014 nur eine Kopie ohne Unterschrift zugestellt.

Eine wirksame Zustellung liegt nicht vor.

Aus advokatischer Vorsicht wird, um Exekutionsmaßnahmen zu verhindern, ungeachtet dessen ein Rechtsmittel erhoben.

Da insoferne kein rechtswirksamer Bescheid vorliegt, wird das Rechtsmittel zurückzuweisen sein.

Höchst vorsorglich wird jedoch noch Folgendes ausgeführt:

Zutreffend ist in der Argumentation im Straferkenntnis nur, dass es im Betrieb des Beschuldigten ein gut funktionierendes Kontrollsystem gibt bzw. dass nur eine einzige verunreinigte Probe gezogen wurde.

Es ist aber nicht erwiesen, dass im Betrieb des Beschuldigten - XY GmbH - die behauptete Verunreinigung erfolgt ist. Die Probe wurde im Betrieb der Z GmbH gezogen, wo es allenfalls zu den behaupteten, angeblichen Normabweichungen gekommen ist.

Dass im Produktionsbereich des Beschuldigten die behauptete Wertverminderung verursacht wurde, ist auszuschließen, da ansonsten die weiteren mikrobiologischen Untersuchungen der übrigen gezogenen Proben an Creme- und Bananenschnitten zum gleichen negativen Ergebnis geführt hätten, wie bei der einen hier gegenständlichen Probe.

Dazu kommt, dass es am 07.01.2014 eine unangekündigte lebensmittelpolizeiliche Überprüfung der Konditorei im Betrieb in Ort gegeben hat.

Unter anderem wurden dabei wieder Creme- und Bananenschnittenmuster zu externen mikrobiologischen Untersuchung gezogen, die offensichtlich kein negatives Ergebnis gebracht hatten.

Insoferne ist also bei der Produktion ein Hygienemangel auszuschließen, sodass die behauptete Beanstandung nur in der erwähnten Filiale verursacht sein konnte allenfalls durch einen nicht erkennbaren Mangel im Rohstoffbereich.

Diesbezüglich hat es aber zuvor noch nie Probleme gegeben. Bei den üblichen Kontroll- und Probeziehungen gab es keine Beanstandungen.

Zum Kontrollsystem im Betrieb des Beschuldigten ist auszuführen, dass gerade auf die Personal- und Betriebshygiene großen Wert gelegt wird.

Abgesehen von den laufenden Schulungen und Kontrollen gibt es eine ständige Qualitätssicherung mit externen und internen Probeziehungen.

Der erstellte Reinigungsplan wird laufend überarbeitet. Im Desinfektionsbecken werden alle abbaubaren Teile des Cremekochers und Handwerkzeuge wie z.B. Messer desinfiziert. Es wurde vor kurzer Zeit ein neuer Geschirrspüler angeschafft, wo alle Werkzeuge, Kleinteile täglich nach der Arbeit automatisch gereinigt werden.

Es wird auch geprüft, ob vor der Bestückung der Kuchenbleche die Bleche nochmals gereinigt werden müssen. Das Personal wird geschult und auf Hygiene kontrolliert, es finden laufend Auffrischungsschulungen statt.

Die Mitarbeiter sind qualifiziert und ausgebildet eine Kontaminierung im Produktionsbetrieb ist daher auszuschließen.

Der Bescheid entspricht nicht dem Konkretisierungsgebot.

Die Behörde bezieht sich bezüglich der Wertminderung der gezogenen Probe auf Richt- und Warnwerte der deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie, welche aber nur empfehlenden Charakter hat.

Die DGHM ist eine Arbeitsgruppe in Deutschland, welche für diverse Produktgruppen Richt- und Warnwerte festgelegt hat. Diese haben keine Rechtsgültigkeit für Österreich, wo die V02Ö73 für bestimmte Produktgruppen mikrobiologische Grenzwerte definiert.

Diese VO enthält aber keine Vorgaben für Patisseriewaren, sodass diese Richtlinie nicht herangezogen werden kann. Deutsche Empfehlungen gelten nicht für Österreich.

Eine Bestrafung des Beschuldigten scheidet auch deswegen aus, da er verantwortliche Beauftragte bestellt hat. Dazu kommt, dass er mit dem weiteren Geschäftsführer die verbindliche Regelung getroffen hat, dass dieser für den Produktionsbereich zuständig ist, was zwar sein Verschulden nicht ausschließen kann, aber bei einer allfälligen Strafbemessung zu berücksichtigen wäre.

Die Verhängung einer Strafe ist aufgrund der aufgezeigten Umstände nicht gerechtfertigt. Die verhängte Strafe auch überhöht.

Der Beschuldigte beantragt folgende Beweismittel zu seinem Vorbringen aufzunehmen:

Einvernahme des DI D, p.A, XY GmbH, Adresse,

Platz, Ort, als Zeuge

Einholung eines Gutachten zur Frage der Verursachung der behaupteten Wertminderung

Durchführung eines Ortsaugenscheins im Betrieb des Beschuldigten

zeugenschaftliche Einvernahme des Meldungslegers

Einholung der Ergebnisse der lebensmittelpolizeilichen Überprüfungen im Rahmen der stattgefundenen Kontrollen im Betrieb des Beschuldigten und in der Z Filiale Ort

Beschuldigteneinvernahme

Im Übrigen wird gestellt der

Antrag

das Landesverwaltungsgericht wolle mangels rechtswirksamer Zustellung des Straferkenntnisses an den Beschwerdevertreter die Beschwerde zurückweisen.

In eventum: Das Landesverwaltungsgericht wolle nach Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung der Beschwerde Folge geben, den angefochtenen Bescheid beheben und das Verfahren einstellen.

..."

Aufgrund dieses Beschwerdevorbringens wurde der behördliche Akt dem Landesverwaltungsgericht Tirol zur Entscheidung vorgelegt.

II. Rechtsgrundlagen:

Die im gegenständlichen Verfahren maßgebenden Bestimmungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz - LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006, idF BGBl. I Nr. 95/2010, lauten wie folgt:

§ 5

...

(5) Lebensmittel sind

...

4. wertgemindert, wenn sie 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

...

2. Lebensmittel, die wertgemindert oder verfälscht sind, wenn dieser Umstand nicht deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht ist,

...

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 50 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Bei vorsätzlichen Verstößen gegen Z 1 und 2, die in Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns begangen werden, ist, sofern die Folgen der Übertretung nicht unbedeutend sind, eine Geldstrafe in der Höhe von zumindest 700 Euro, bei Wiederholung von 4000 Euro festzusetzen. Im Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen.

Die im gegenständlichen Verfahren maßgebende Bestimmung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG), BGBl I Nr 33/2013, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 122/2013, lautet wie folgt:

§ 17

Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1

bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl Nr 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl Nr 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl Nr 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 38

Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl Nr 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, BGBl Nr 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 44

(2) Die Verhandlung entfällt, wenn der Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

III. Erwägungen:

Zunächst ist festzuhalten, dass das Landesverwaltungsgericht Tirol davon ausgeht, dass das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft L vom 19.02.2014, ZI ****_**_******, rechtswirksam zugestellt wurde.

Am 19.02.2014 wurde gegen den Beschwerdeführer ein Straferkenntnis wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem LMSVG erlassen. Bereits mit Schriftsatz vom 11.02.2014 hatte RA Dr. B bekannt gegeben, den Beschwerdeführer rechtsfreundlich zu vertreten und sich auf die ihm erteilte Vollmacht berufen. Dennoch wurde das Straferkenntnis von der Bezirkshauptmannschaft L dem Beschwerdeführer persönlich und nicht an den ausgewiesenen Vertreter, zugestellt.

Gem § 9 Abs 1 Zustellgesetz hat die Behörde, wenn ein Zustellbevollmächtigter bestellt ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, diesen als Empfänger zu bezeichnen. Geschieht dies nicht, so gilt die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt, in dem das Schriftstück dem Zustellbevollmächtigten tatsächlich zugekommen ist.

Seitens der rechtsfreundlichen Vertretung des Beschwerdeführers wir vorgebracht, dass ihm mit E-Mail vom 26.02.2014 nur eine Kopie des Straferkenntnisses ohne Unterschrift zugestellt worden sei und daher eine wirksame Zustellung nicht vorliege. Dabei übersieht der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers, dass ihm eine amtssignierte Ausfertigung des Straferkenntnisses übermittelt wurde und gem § 18 Abs 4 AVG daher keine Unterschrift

erforderlich ist. Durch die Zustellung des amtssignierten Dokumentes trat eine Heilung des Zustellmangels ein.

Das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft L vom 19.02.2014 war dennoch aus folgenden Gründen zu beheben:

Die als erwiesen angenommene Tat, die der Spruch eines Straferkenntnisses nach § 44a Z 1 VStG enthalten muss, ist mit allen ihren rechtserheblichen Merkmalen anzuführen, zu konkretisieren und zu individualisieren. Nach § 90 Abs 1 Z 2 LMSVG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer Lebensmittel, die wertgemindert oder verfälscht sind, wenn dieser Umstand nicht deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht ist, in Verkehr bringt. Mit dem bloßen Hinweis sowohl in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 23.01.2014 als auch im Straferkenntnis vom 19.02.2014, dass anlässlich einer am 19.08.2013 durchgeführten Lebensmittelkontrolle bei der gezogenen Probe ein Verstoß gegen das LMSVG vorliege und die Probe eine erhebliche Minderung einer spezifischen, wertbestimmenden Eigenschaft erfahren habe, ohne dass dieser Umstand kenntlich oder ersichtlich gemacht worden sei, wird nicht mit der gem § 44a Z 1 VStG erforderlichen Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, welche Tat – Handlung oder Unterlassung – dem Beschwerdeführer als Verwaltungsübertretung zur Last gelegt worden ist. Es lässt sich aus dem Spruch des bekämpften Bescheides nicht erkennen, dass ein „Inverkehrbringen“ stattgefunden hat und worin das „Inverkehrbringen“ bestanden habe bzw durch welche Vorgangsweise dies geschehen sein soll (vgl dazu VwGH vom 18.10.1999, ZI 98/10/0004). Das Inverkehrbringen des beanstandeten Lebensmittels ist ein rechtserhebliches Merkmal bei Übertretungen gem § 90 Abs 1 Z 2 LMSVG und muss im Spruch bei Umschreibung der Tat genannt sein. Im angefochtenen Bescheid fehlt das wesentliche Tatbestandsmerkmal des „Inverkehrbringens“ zur Gänze.

Schon aufgrund dieser Erwägungen war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

IV. Unzulässigkeit der Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Linda Wieser
(Richterin)