



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38700
Telefax: (43 01) 4000 99 38700
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-022/056/3380/2017-1
L. P.

Wien, 15.1.2018

Geschäftsabteilung: VGW-M

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Zeller über die Beschwerde der Frau L. P., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 17.1.2017, Zahl: MBA ... - S 34625/16, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach dem LMSVG,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 800 Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe auf 1 Tag und 15 Stunden herabgesetzt wird sowie die nach § 64 Abs. 3 VStG verhängten Barauslagen mit 107,44 Euro festgesetzt werden. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit 80 Euro festgesetzt, das sind 10% der verhängten Geldstrafe.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1.) Das angefochtene Straferkenntnis richtet sich gegen die Beschwerdeführerin als Beschuldigte und beinhaltet folgenden Spruch:

„Sie haben als verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs.2 VStG der X. mit Sitz in ..., berechtigt zur Ausübung des Gewerbes "Handelsgewerbe gemäß § 103 Abs.1 lit.b Z.25 GewO 1973, beschränkt auf den Kleinhandel" zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmerin im Sinne des § 21 LMSVG im Filialbetrieb in Wien, J.-gasse, am 02.02.2016 das Lebensmittel "Chicoree", das lt. Gutachten der Magistratsabteilung 38 - Lebensmitteluntersuchungsanstalt der Stadt Wien einen silageartigen Geruch, einen bräunlichen und matschigen Strunk sowie bräunlich verfärbte, weiche, matschige äussere Blätter aufwies, in einer Menge von zwei Packungen zum Verkauf bereitgehalten und dadurch in Verkehr gebracht hat, obwohl es verboten ist, Lebensmittel in Verkehr zu bringen, die für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, weil die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 5 Abs.1 Z.1 i.V.m. § 5 Abs.5 Z.2 und § 21 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes - LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 1.000,00, falls diese uneinbringlich ist,
Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 12 Stunden

gemäß § 90 Abs.1 zweiter Strafsatz LMSVG.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
€ 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe

Gemäß § 64 Abs. 3 des Verwaltungsstrafgesetzes haben Sie außerdem die in diesem Strafverfahren entstandenen Barauslagen zu ersetzen:

€ 134,30 für die Begutachtung durch die Lebensmitteluntersuchungsanstalt der Stadt Wien

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 1.234,30.
Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die X. haftet für die mit diesem Bescheid über die verantwortliche Beauftragte, Frau L. P. verhängte Geldstrafe von € 1.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 100,00 samt Barauslagen in der Höhe von € 134,30 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In der fristgerecht dagegen erhobenen Beschwerde wird dargelegt, dass in der betreffenden Filiale ein mehrfach erprobtes System zur Lebensmittelkontrolle implementiert sei. Neu angelieferte Produkte würden von Mitarbeiterinnen unmittelbar nach Einlangen kontrolliert, sowohl hinsichtlich ihres Erscheinungsbildes als auch bezüglich des Mindesthaltbarkeitsdatums. Es werde größte Sorgfalt an den Tag gelegt. Beim Einsortieren der Ware fände eine 2. Kontrolle statt. Ferner würden auch bereits in den Regalen liegende Produkte während des laufenden Filiale Betriebs regelmäßig, üblicherweise erstmals morgens bereits vor der Filiale Öffnung, sorgfältig überprüft. Die Beschwerdeführerin achte penibel darauf, dass nur frische und verkehrstaugliche und auch optisch ansprechbare Produkte zum Verkauf angeboten werden würden. Es sei ihr naturgemäß nicht möglich, jedes einzelne Produkt zu kontrollieren, weswegen sie im Rahmen des dargelegten Kontrollsystems erfahrene und gut ausgebildete Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen habe, an welche sie diese Aufgaben delegieren.

Beim gegenständlichen Produkt sei das Mindesthaltbarkeitsdatum noch intakt gewesen. Die Ware sei gegenständlich erst am gleichen Tag der Kontrolle an die Filiale geliefert worden. Es handle sich hier um ein Produkt, welches in Zellophan eingewickelt gewesen sei, wo weiters Aufkleber und diverse Hinweise angebracht gewesen seien. Diese Art der Verpackung schränke die Kontrollmöglichkeit wesentlich ein. Geruch, Beschaffenheit und auch das Aussehen könne daher nur bedingt kontrolliert werden.

Es könne in Einzelfällen vorkommen, dass ein mangelhaftes Produkt übersehen werde und erst bei der darauffolgenden Überprüfung aussortiert werde. Dies sei gegenständlich vorgelegen. Da das Produkt „Chicoree“ luftdicht verpackt gewesen sei, sei der silageartige Geruch nicht wahrnehmbar gewesen. Eine Geruchskontrolle sei nicht möglich gewesen.

Ferner lege Doppelbestrafung betreffend des Verfahrens zur Zahl MBA ... - S 34624/16 vor, da dort ein weiteres Salatprodukt, Salatherzen, beanstandet worden sei.

Schließlich sei die verhängte Strafhöhe unangemessen. Es seien Filialen interne Maßnahmen ergriffen worden, sodass spezialpräventive Erwägungen hintanzustellen seien. So sei die gesamte Obst- und Gemüseabteilung einer umfassenden und zusätzlichen Kontrolle unterzogen worden und sämtliche

Produkte, welche auch nur im Entferntesten nicht den Anforderungen des LMSVG entsprechen seien entfernt worden, um weitere nachteilige Folgen zu vermeiden. Dies sei strafmildernd. Ferner sei die Verfahrensdauer über lang. Die Gesamthöhe der verhängten Strafe sei existenzbedrohend.

Die Kosten der Begutachtung werden ebenso beanstandet, da die beschriebenen Mängel bereits vom Lebensmittelaufsichtsorgan hätten festgestellt werden können. Es hätte keiner fachspezifischen Untersuchung bedurft. Es wäre einem Laien möglich gewesen, die Sachverhalte zu erkennen und rechtlich zu würdigen.

2.) Aus dem vorliegenden Verwaltungsakt geht folgender Sachverhalt hervor:

Die Anzeige wurde am 30.6.2016 gelegt. Darin wird der in der Folge inkriminierte Sachverhalt zur Anzeige gebracht.

Aus dem im Akt einliegenden Probenbegleitschreiben geht hervor, dass bei der Kontrolle am 2.2.2016 um 10:05 Uhr in der Filiale der X. in der L.-Gasse, Wien, das gegenständliche Lebensmittel, „Chicoree“, vorgefunden worden sei, welche bei Raumtemperatur zum Verkauf bereitgehalten worden seien, am 2.2.2016 bezogen worden sei. Es handle sich um eine Verdachtsprobe.

Aus dem im Akt einliegenden Gutachten der Lebensmitteluntersuchungsanstalt der Stadt Wien vom 1.4.2016 geht hervor, dass das Aussehen: bei sämtlichen Stücken, äußere Blätter bräunlich verfärbt, weich, matschig, Strung bräunlich, matschig verändert sei; Geruch: silageartiger Geruch sei. Aus der Fotodokumentation gehen die entsprechenden Chicoreeherzen hervor, welche und matschige Blätter sind ersichtlich, ebenso ein matschiger Strung. Die Ware sei für den menschlichen Verzehr ungeeignet.

In der Folge wurde die Beschwerdeführerin als zuständige verantwortliche Beauftragte namhaft gemacht.

3.) In der Sache fand vor dem Verwaltungsgericht Wien am 26.4.2017 eine öffentliche Verhandlung statt, zu welcher die Beschwerdeführerin, ihr Rechtsvertreter sowie die amtliche Sachverständige, Dr. S., erschienen und Folgendes zu Protokoll gaben:

„Die Beschwerdeführerin gibt als Partei einvernommen Folgendes zu Protokoll:

Ich bin seit 2006 bei X. tätig und seit 2010 (mit einer einjährigen Unterbrechung) in der gegenständlichen Filiale. Seit November 2009 bin ich Filialleiterin. Die gegenständliche Filiale ist klein und funktioniert an sich gut. Es gab schon öfter Kontrollen.

Zu Akt 1.):

Die Eclairs wurden am 7.1.2016 mit einem gesonderten Tiefkühlfahrzeug geliefert. Wir haben sie unmittelbar in die Tiefkühlzelle gegeben. Dies ist immer so. Wenn man sie benötigt, tauen wir sie auf und im aufgetauten Zustand sind sie dann vier Tage lang in der Kühlvitrine verkaufbar. Danach entsorgen wir sie. Wie es konkret bei den gegenständlichen Eclairs war, kann ich mich nicht erinnern. In der Kühlvitrine sind die Eclairs nach wie vor in der ursprünglichen Verpackung. So werden sie auch verkauft.

Zur Kontrolle:

Auf Vorhalt Aktenblatt 7:

Das System erstellt das Enddatum automatisch, dies in dem Zeitpunkt wenn wir das Produkt auftauen und kühlen.

Bei der Kontrolle war ich selbst dabei.

Befragt vom BfV:

Wir kontrollieren einmal vormittags und einmal nachmittags die Produkte nach Datum und auch anderen Indizien (z.B. ob es Luft gezogen hat usw.). Wir kontrollieren jedes Produkt in der Feinkost.

Die Amtssachverständige gibt dazu folgende Stellungnahme ab:

Es ist schwer zu sagen, wo die Ursache für den festgestellten Keimgehalt liegt. Es kann entweder ein zu hoher Anfangskeimgehalt bei der Produktion gewesen sein, es kann eine zu lange Lagerung gewesen sein oder zwischendurch eine Kühlkettenunterbrechnung. Die Art und Menge der vorgefundenen Keime lassen keine eindeutige Schlussfolgerung zu.

Wenn der Hersteller zwei bis 6°C als Lagertemperatur angibt, so ist eine Lagerung bei (vorgefundenen) 6°C am oberen Ende der Skala. Besser wäre natürlich die Lagerung bei einer niedrigeren Temperatur. Auch ist die Lagerung von vier Tagen relativ lang.

Das Produkt selbst ist durch die Füllung nicht keimfrei. Das heißt dass nach dem Auftauen die Keimvermehrung beginnt und auch durch die Umgebung (Zucker, Schlagobers) gute Wachstumsbedingungen vorliegen. Es handelt sich wegen der Fülle um ein sensibles Produkt.

Die Beschwerdeführerin gibt auf Befragen an:

Das Produkt wurde von T. GmbH geliefert. Bei der Anlieferung machen wir eine Temperaturkontrolle. Dies ist am Lieferschein vermerkt. Der Lieferschein selbst ist jedoch nicht mehr vorhanden. Wir behalten die Lieferscheine nicht eine so

lange Zeit.

Ich habe noch die Temperaturkontrolllisten von dem fraglichen Zeitraum für TK und Kühlvitrine und kann diese vorlegen.

Der Lieferant beliefert uns schon seit längerem. Dieser liefert noch weitere TK-Produkte.

Zu Akt 2.):

Es handelte sich um eine verpackte Ware.

Auf Vorhalt Aktenblatt 6 und 7:

Dies stimmt so. Es handelt sich um ein sehr gefragtes Produkt. Daher kann ich mich noch erinnern, dass ich das Kontrollorgan gefragt habe, ob er es mitnimmt, da wir sonst ein neues bestellen müssten. Zum Aussehen selbst kann ich wenig sagen. Eine Mitarbeiterin ist spezialisiert auf die Kontrolle von Obst und Frischgemüse und kontrolliert dies auch zweimal täglich. Es kann sein, dass sie etwas übersehen hat.

Die ASV wird eine Kostenaufschlüsselung schriftlich nachreichen.

Zu Akt 3):

Auf Vorhalt Aktenblätter 6 Folgende:

Es kann sein, dass meine Kollegin dies übersehen hat. Vielleicht hat sie angenommen, dass die Ware in Ordnung ist, da sie am gleichen Tag geliefert wurde, kurz vor der Kontrolle.

Die Amtssachverständige erklärt:

Silageartig heißt, dass das Produkt dumpf, säuerlich ist und eine Essigsäuregärung vorliegt.“

4.) Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

§ 5 Abs. 1 Z. 1 LMSVG lautet: „Es ist verboten, Lebensmittel, die für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, in den Verkehr zu bringen.“

§ 5 Abs. 5 Z. 2 LMSVG lautet: „Lebensmittel sind für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist.“

Es geht aus dem im Akt einliegenden Gutachten schlüssig und nachvollziehbar hervor, dass die gegenständliche Ware zum menschlichen Verzehr ungeeignet war. Der objektive Tatbestand wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten und ergibt sich auch aus dem Gutachten und den dazu ebenso

vorliegendem Bildmaterial der Ware. Der objektive Tatbestand war daher als erwiesen zu erachten.

Bestritten wird, dass es sich bei den bei der gegenständlichen Kontrolle gezogenen Proben „Salatherzen“ (zu VGW-022/056/3378/2017) – Beanstandung wegen Wertminderung – und „Chicoree“ (zu VGW-022/056/3380/2017) – Beanstandung, da zum Verzehr ungeeignet – um einzeln zu bestrafende Delikte handelt:

Nach § 22 Abs. 1 VStG sind, wenn jemand durch verschiedene selbständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen hat, die Strafen nebeneinander zu verhängen.

Eine in Lehre und Rechtsprechung anerkannte Ausnahme von diesem zur Ahndung jeder gesetzwidrigen Einzelhandlung führenden Kumulationsprinzip stellt die strafrechtliche Figur des fortgesetzten Deliktes dar. Darunter versteht der Verwaltungsgerichtshof – in Anerkennung dieser auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes auftretenden Erscheinungsform deliktischen Verhaltens - eine Reihe von Einzelhandlungen, die vermöge der Gleichartigkeit ihrer Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände, verbunden mit der zeitlichen Kontinuität zu einer Einheit zusammentreten. Die solcherart zu einer einzigen Deliktseinheit verbundenen Einzelhandlungen erfahren dadurch eine rechtliche Gleichstellung mit einem einfachen Begehungsdelikt, sind damit als nur eine Verwaltungsübertretung anzusehen und dementsprechend auch nur mit einer Strafe zu bedenken (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 18.3.1998, ZI 96/09/0313 und die dort angeführte Vorjudikatur und Literaturhinweise).

Eine zentrale Voraussetzung für die Annahme eines fortgesetzten Deliktes ist das Vorliegen eines Fortsetzungszusammenhangs auch auf der subjektiven Tatseite (auf der Verschuldensseite). Daher scheidet ein fortgesetztes Delikt dann aus, wenn den einzelnen Tathandlungen gesondert gefasste und voneinander getrennt zu beurteilende Entschlüsse des Täters zugrunde liegen oder eine fahrlässige Verschuldensform vorliegt. Wird also der Täter für verschiedene Tathandlungen beanstandet und gibt es keinen Hinweis auf einen einheitlichen Willen, so ist kein

Fortsetzungszusammenhang gegeben. Hinweise darauf haben sich im gegenständlichen Verfahren nicht ergeben und wurde auch nicht vorgebracht.

Ein fortgesetztes Delikt scheidet daher schon aufgrund des mangelnden einheitlichen subjektiven Tatvorsatzes aus (vgl. nochmals das Erkenntnis des VwGH vom 18.3.1998, Zl. 96/09/0313 und die dort angeführte Vorjudikatur und Literaturhinweise).

Nach dem Grundsatz der Kumulation gemäß § 22 VStG ist grundsätzlich für jedes Delikt eine gesonderte Strafe auszusprechen ist.

Die Grenze des Kumulationsprinzips liegt im Verbot der Doppelbestrafung, wobei Art. 4 7. ZP MRK nur vor einer neuerlichen Verfolgung und Bestrafung für ein und dasselbe Delikt schützt. Wenn durch ein und dieselbe Handlung jedoch zwei Delikte verwirklicht werden (Idealkonkurrenz), so liegt keine Verletzung des Art. 4 7. ZP MRK vor (vgl. dazu u.a. Walter-Thienel, Verwaltungsverfahren zu § 22, Seite 415). Bei der Beurteilung der Frage, ob "dieselbe Sache" iSd Art. 4 7. ZP MRK vorliegt, ist allein auf die Fakten abzustellen und hat die rechtliche Qualifikation derselben außer Betracht zu bleiben (vgl. EGMR E 10. Februar 2009, 14939/03 (Sergey Zolotukhin); E 16. Juni 2009, 13079/0325 (Ruotsalainen); E 25. Juni 2009, 55759/07 (Maresti); E 14. Januar 2010, 2376/03 (Tsonyo Tsonev); E 18. Oktober 2011 (Tomasovi'c)). Unzulässig ist eine neuerliche Strafverfolgung dann, wenn sie sich auf denselben oder zumindest im Wesentlichen denselben Sachverhalt bezieht (vgl. zuletzt VwGH Erkenntnis vom 24.4.2014, Zl. 2013/09/0047).

Gegenständlich wird der Beschwerdeführerin betreffend zweier Produkte, Chicoree und Salatherzen, zweimal vorgeworfen, zum einen eine Übertretung des § 5 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 5 Z. 2 LMSVG und zum anderen eine Übertretung des § 5 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 5 Z. 3 LMSVG zu verantworten zu haben. Es handelt sich hier um zwei verschieden gelagerte Vorwürfe, jeweils unterschiedliche Anforderungen des LMSVG nicht beachtet zu haben. Es kann schon deswegen nicht erkannt werden, dass eine einheitliche Strafe zu verhängen gewesen wäre, da auf Grundlage des Kumulationsprinzips hier jedenfalls zwei unterschiedliche Tatbilder bestehen sowie unterschiedlicher

Unrechtsgehalt damit verfolgt wird und damit keine Gefahr einer Doppelbestrafung vorliegt.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist aufgrund des § 22 VStG mit Einzelstrafen vorzugehen und nicht eine einheitliche Gesamtstrafe bei verschiedenen Lebensmitteln vorzugehen. Die Gefahr einer Doppelbestrafung ist gegenwärtig nicht gegeben. Es wurden daher die zur Last gelegten Verletzungen entsprechend pro Verwaltungsübertretung jeweils für sich gewertet und nur pro Übertretung, also pro Lebensmittel nur eine einheitliche Strafe verhängt.

Zum Verschulden ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht 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.

Da zum Tatbestand der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretungen weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und auch über das Verschulden keine Bestimmung enthalten ist, handelt es sich bei diesen Übertretungen um Ungehorsamsdelikte iSd § 5 Abs. 1 VStG. Bei diesen besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche von diesem jedoch widerlegt werden kann. Ihm obliegt es, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Der Beschuldigte hat hierzu initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht; dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen.

Es entspricht nun herrschender Rechtsprechung, dass der Verantwortliche, der persönlich nicht mehr sämtlichen Überwachungsaufgaben nachkommen kann, durch ein ausreichend dichtes und zulänglich organisiertes Netz von seinerseits wieder überwachten Aufsichtsorganen dafür zu sorgen hat, dass die im Unternehmen von den Beschäftigten zu beachtenden Vorschriften diesen nicht nur bekannt sind, sondern auch tatsächlich im Einzelfall eingehalten werden

(VwGH 19.2.1986, 85/09/0037). Nur wenn der Verantwortliche glaubhaft machen kann, dass die ihm angelastete Verwaltungsübertretung trotz Bestehens und Funktionierens eines solchen, von ihm im einzelnen darzulegenden Systems, ohne sein Wissen und ohne seinen Willen erfolgt ist, kann ihm der Verstoß in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht nicht zugerechnet werden (VwGH 27.9.1988, 87/08/0026).

Wie im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.9.2014 zur Zahl Ra 2014/02/0045 dargelegt, ist für die Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems erforderlich, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die entsprechenden Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehende Anordnung Befugte vorgesehen hat, um das Funktionieren dieses Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, das heißt sicherzustellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung Vorschriften auch an die jeweils untergeordneten, zuletzt also an die unterste Hierarchieebene gelangen und dort tatsächlich befolgt werden.

Ein derartiges taugliches Kontrollsystem hat jedoch die Beschwerdeführerin nicht dokumentiert. Sie hat auch nicht offengelegt, weshalb ungeachtet des behaupteten Kontrollsystems Verstöße gegen die Bestimmungen des LMSVG unbemerkt geblieben sind, vielmehr meinte sie in ihrer Einvernahme, dass es übersehen worden sei. Wie sie jedoch hintanhält, dass auch ein derartiges Übersehen durch einen Mitarbeiter bzw. Mitarbeiterin passiert, wurde nicht dargelegt. Auch das sonstige lückenlose Kontrollsystem wurde nicht dargelegt, um derartige Mängel hintanzuhalten. Dass das Produkt vor kurzem (am gleichen Tag) geliefert wurde oder aber dass Sichtkontrollen durch die Verpackung etwas behindert waren (wobei bei den Beschwerdeausführungen zu den Untersuchungskosten das Gegenteil dargelegt wurde), sind keine Gründe, um mangelndes Verschulden annehmen zu können (z.B. siehe VwGH Erkenntnis vom 21.5.2012, Zl. 2009/10/0029). Stichproben, welche sie selbst durchgeführt hat, sind ebenso wenig ausreichend, um eine durchgehende Kontrolle darzulegen.

Daher war auch der subjektive Tatbestand in Form von Fahrlässigkeit als erwiesen festzustellen.

Zur Strafbemessung:

Mit dem vorliegenden Straferkenntnis wurde eine Verwaltungsübertretung gemäß § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG geahndet. Laut Aktenlage wurde die Beschwerdeführerin vor dieser Tat bereits einmal wegen einer derartigen konkreten Übertretung des § 90 Abs 1 Z. 1 LMSVG bestraft. Indem daher ein Wiederholungsfall vorliegt, war unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 90 Abs 1 LMSVG in der für den Tatzeitpunkt geltenden Rechtslage BGBl. I 130/2015 von einem bis zu 100.000 Euro reichenden gesetzlichen Strafraumen für die vorliegende Übertretung auszugehen.

Gemäß § 10 VStG richten sich Strafart und Strafsatz nach den Verwaltungsvorschriften, so weit in diesem Gesetz nicht anderes bestimmt ist.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013 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 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die vorliegende Übertretung schädigte das öffentliche Interesse am Inverkehrbringen hygienisch einwandfreier Lebensmittel. Nach dem Akteninhalt sind keine Anhaltspunkte für die Annahme hervorgekommen, dass der objektive Unrechtsgehalt der vorliegenden Tat wesentlich hinter jenem an sich mit derartigen Übertretungen verbundenen Unrechtsgehalt zurückgeblieben oder wesentlich darüber hinausgegangen wäre. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat wurde deshalb als durchschnittlich gewertet. Die Folgen der Übertretung sind ebenso nicht unbedeutend, war doch das Lebensmittel aufgrund der vorgefundenen Keime nicht mehr zum Verzehr geeignet und hätte daher nicht In

Verkehr gebracht werden dürfen.

Auch kann das Ausmaß des Verschuldens im vorliegenden Fall nicht als geringfügig bezeichnet werden, da nichts hervorgekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschriften besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Verwirklichung des hergestellten Straftatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Milderungsgrund war die überlange Verfahrensdauer. Sonstige Milderungs- oder Erschwerungsgründe sind nicht zu Tage getreten.

Die Einstellung des Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG oder auch nur der Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Absatz VStG konnte nicht in Erwägung gezogen werden, weil sich die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes und der Grad des die Beschwerdeführerin treffenden Verschuldens keinesfalls als atypisch geringfügig erweisen und insgesamt nicht davon gesprochen werden kann, dass das tatbildliche Verhalten hinter dem in der Strafdrohung des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG typisierten Unrechtsgehalt deutlich zurückgeblieben wäre.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beschwerdeführerin sind als durchschnittlich zu werten. Sorgepflichten waren nicht zu berücksichtigen.

Unter Bedachtnahme auf die Strafzumessungsgründe, war mangels Erschwerungsgründen und angesichts des Milderungsgrundes die Strafe spruchgemäß herabzusetzen. Einer weiteren Herabsetzung standen general- und spezialpräventiven Erwägungen sowie der Strafraum bis zu 100.000 Euro entgegen.

Zu den verhängten Barauslagen:

Gemäß § 36 Abs 1 LMSVG können die Aufsichtsorgane Proben von Waren einschließlich ihrer Werbemittel, Etiketten und Verpackungen entnehmen.

Gemäß § 36 Abs. 9 leg. cit. ist die entnommene amtliche Probe dem örtlich zuständigen Institut für Lebensmitteluntersuchung der Agentur oder der örtlich

zuständigen Untersuchungsanstalt der Länder zwecks Untersuchung gemäß § 68 Abs. 1 zu übermitteln.

§ 71 Abs. 3 bis 5 LMSVG lauten:

„(3) Im Verwaltungsstrafverfahren ist im Straferkenntnis der zum Kostenersatz verpflichteten Partei der Ersatz der Kosten an die Agentur oder an die jeweilige Untersuchungsanstalt der Länder vorzuschreiben.

(4) Die Kosten der Untersuchung sind nach dem Gebührentarif (§ 66) zu berechnen.

(5) Die von einer Partei zu ersetzenden Kosten der Untersuchung können im Verwaltungsweg eingebracht werden.“

§ 1 der geltenden Gebührentarifverordnung, BGBl. II 189/1989 idgF, setzt fest, dass die Gebühren im Rahmen der amtlichen Kontrolle in Punkten festgesetzt werden; ein Punkt beträgt 1,58 Euro. Ferner setzt die Verordnung im Detail Umfang der zur Verrechnung bringenden Positionen fest sowie Ausmaß der dafür zu vergebenden Punkte.

Im vorliegenden Fall steht unbestritten fest, dass die bei einer Lebensmittelkontrolle am 2.2.2016 gezogene Probe von der Lebensmitteluntersuchungsanstalt – als Untersuchungsanstalt des Landes Wien – untersucht und im abschließenden Gutachten dahingehend beurteilt wurde, wie in der Folge angelastet wurde. Die Übertretung steht nunmehr fest. Unbestritten ist, dass hierfür von der Lebensmitteluntersuchungsanstalt Gebühren im Wege des Verwaltungsstrafverfahrens beansprucht wurden. Demzufolge ist sie gemäß § 69 LMSVG verpflichtet, von ihr festgestellte Verletzungen lebensmittelrechtlicher Vorschriften in ihrem Gutachten festzustellen und dies der Behörde mitzuteilen (vgl. VwGH vom 16.06.2011, ZI. 2009/10/0157).

Die Auferlegung der Kosten hat nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur stattzufinden, wenn es zu einer Bestrafung kommt (vgl. die Erkenntnisse vom 9. November 1992, ZI. 92/10/0045, und vom 31. Mai 1999, ZI. 98/10/0008).

Die Vorschreibung der Untersuchungskosten im gegenständlichen Straferkenntnis erfolgte daher – aufgrund der festgestellten Übertretung des LMSVG – dem Grunde nach zu Recht; handelt es sich doch eindeutig um Kosten im Sinn der oben wiedergegebenen Bestimmung, da die Untersuchung zur Feststellung des relevanten Sachverhaltes unentbehrlich war (vgl. dazu etwa VwGH Erkenntnis vom 20.3.2002, 99/03/0211). Den gesetzlichen Bestimmungen ist nicht zu

entnehmen, dass im Falle des Verdachtes eines Verstoßes gegen derartige Bestimmungen des § 5 LMSVG die gemäß § 36 Abs. 9 LMSVG angeordnete Übermittlung der Proben an die Untersuchungsanstalt zu unterbleiben habe oder der Ersatz der durch die Untersuchung entstandenen Kosten nicht im Sinne des § 71 Abs. 3 LMSVG dem Bestraften auferlegt werden dürfte. Auch bei möglichen Kennzeichnungsverletzungen kann nicht von einem Aufsichtsorgan eine entsprechende Analyse durchgeführt werden (siehe zur LMKV bereits VwGH Erkenntnis vom 16.6.1986, Zl. 86/10/0024). Gleiches gilt bei Mängeln wie den gegenständlich vorliegenden. Demnach kann dem Beschwerdevorbringen auch nicht gefolgt werden, dass die Übertretung für einen Laien erkennbar gewesen wäre (wobei das Vorbringen im Übrigen dem Beschwerdevorbringen selbst an anderer Stelle widerspricht, wenn dort dargelegt wurde, dass es durch das Sichtfenster nicht erkennbar gewesen wäre) und deswegen keine Begutachtung durchzuführen gewesen wäre. Es handelte sich darüber hinaus um eine Verdachtsprobe.

Aus dem im Verwaltungsakt einliegenden Gutachten der Lebensmitteluntersuchungsanstalt der Stadt Wien, Untersuchungszeugnis vom 1.4.2016, zur U-Zahl 834/2016A geht zur Höhe der Untersuchungskosten unter anderem hervor, dass auf Grundlage des Gebührentarifs – wobei die Gebührentarifverordnung als Rechtsgrundlage herangezogen wurde – eine Untersuchung auch eine Beschreibung, Fotodokumentation und sensorische Überprüfung beinhaltete.

Mit Schreiben vom 2.5.2017 wurde eine inhaltliche Aufschlüsselung der zur Verrechnung gebrachten Kosten übermittelt, woraus auch auf der Grundlage des anzuwendenden Gebührentarifs entsprechende Punkte jeweils dargelegt wurden. Daraus ergeben sich als die für die Feststellung der gegenständlichen Beanstandung notwendigen Kosten – wie von der Sachverständigen selbst ausgeführt – im Umfang vom 107,44 Euro (entspricht 68 Punkten, siehe § 1 der im Verrechnungszeitpunkt geltenden Gebührentarifverordnung). Dass eine falsche Berechnung bestanden hätte, wurde nicht vorgebracht und es sind auch keine Zweifel daran entstanden. Die Gebührentarifverordnung wurde zu Recht für die Tätigkeit der Lebensmitteluntersuchungsanstalt des Landes Wien herangezogen. Der Umfang sowie Punkteanzahl stimmen mit den Vorgaben der

Anlage zur Gebührentarifverordnung überein. Dass Administration gegenständlich verrechnet wurde, entspricht ebenso dem in Anhang der Gebührenverordnung angeführten Katalog an zu verrechnenden Tätigkeiten.

Dementsprechend war nach Darlegungen der Sachverständigen auf Grundlage der richtiggestellten Kostenaufstellung diese nunmehr als für dieses Strafverfahren relevante Kosten als Barauslagen im Ausmaß von gesamt 107,44 Euro zu bestimmen. Es waren daher spruchgemäß die verhängten Barauslagen um diesen Betrag herabzusetzen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat

ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Zeller