

TE Lvwg Erkenntnis 2016/5/10 VGW-022/056/2499/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.05.2016

Entscheidungsdatum

10.05.2016

Index

82/05 Lebensmittelrecht

Norm

LMSVG §90 Abs1 Z1

LMSVG §5 Abs1 Z1

LMSVG §5 Abs5 Z2

1. LMSVG § 90 heute
2. LMSVG § 90 gültig ab 01.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2026
3. LMSVG § 90 gültig von 01.01.2024 bis 31.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 171/2023
4. LMSVG § 90 gültig von 01.01.2022 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 256/2021
5. LMSVG § 90 gültig von 25.04.2017 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2017
6. LMSVG § 90 gültig von 01.01.2016 bis 24.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2015
7. LMSVG § 90 gültig von 12.08.2014 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2014
8. LMSVG § 90 gültig von 07.08.2013 bis 11.08.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 171/2013
9. LMSVG § 90 gültig von 01.01.2011 bis 06.08.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2010
10. LMSVG § 90 gültig von 20.10.2010 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2010
11. LMSVG § 90 gültig von 03.08.2006 bis 29.11.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2006
12. LMSVG § 90 gültig von 21.01.2006 bis 02.08.2006

1. LMSVG § 5 heute
2. LMSVG § 5 gültig ab 01.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2026
3. LMSVG § 5 gültig von 01.01.2022 bis 31.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 256/2021
4. LMSVG § 5 gültig von 25.04.2017 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2017
5. LMSVG § 5 gültig von 12.08.2014 bis 24.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2014
6. LMSVG § 5 gültig von 30.11.2010 bis 11.08.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2010
7. LMSVG § 5 gültig von 21.01.2006 bis 29.11.2010

1. LMSVG § 5 heute
2. LMSVG § 5 gültig ab 01.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2026
3. LMSVG § 5 gültig von 01.01.2022 bis 31.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 256/2021
4. LMSVG § 5 gültig von 25.04.2017 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2017

5. LMSVG § 5 gültig von 12.08.2014 bis 24.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2014
6. LMSVG § 5 gültig von 30.11.2010 bis 11.08.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2010
7. LMSVG § 5 gültig von 21.01.2006 bis 29.11.2010

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Zeller über die Beschwerde des Herrn D. N., vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 23.1.2015, Zahl: MBA ... - S 43752/14, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach dem LMSVG,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Strafnorm in der Fassung BGBl. I 171/2013 zur Anwendung kommt. römisch eins. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Strafnorm in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 171 aus 2013, zur Anwendung kommt.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von EUR 100.- (das sind 20% der verhängten Geldstrafe) zu leisten. römisch zwei. Gemäß Paragraph 52, Absatz eins und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von EUR 100.- (das sind 20% der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

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

Entscheidungsgründe

I. Das angefochtene Straferkenntnis ist gegen den Beschwerdeführer gerichtet und beinhaltet folgenden Spruch: römisch eins. Das angefochtene Straferkenntnis ist gegen den Beschwerdeführer gerichtet und beinhaltet folgenden Spruch:

„Sie haben als verantwortlich Beauftragter im Sinne des § 9 VStG 1991 der Z. GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft, mit dem Sitz in Wien, H.-straße am 1.7.2014 um 10:15 Uhr in der weiteren Betriebsstätte in Wien, S.-straße drei Packungen zu je 150g des Lebensmittels Quargel Paprika fettfrei (U-Zahl Auftragsnummer: ...) durch das Feilhalten im Selbstbedienungsbereich dieser weiteren Betriebsstätte in Verkehr gebracht hat, das für den menschlichen Verzehr ungeeignet und somit nicht sicher gemäß der Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 waren, da die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht mehr gewährleistet war, da diese Lebensmitteln folgende Beschaffenheit aufwiesen: „Sie haben als verantwortlich Beauftragter im Sinne des Paragraph 9, VStG 1991 der Z. GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft, mit dem Sitz in Wien, H.-straße am 1.7.2014 um 10:15 Uhr in der weiteren Betriebsstätte in Wien, S.-straße drei Packungen zu je 150g des Lebensmittels Quargel Paprika fettfrei (U-Zahl Auftragsnummer: ...) durch das Feilhalten im Selbstbedienungsbereich dieser weiteren Betriebsstätte in Verkehr gebracht hat, das für den menschlichen Verzehr ungeeignet und somit nicht sicher gemäß der Artikel 14, der Verordnung (EG) Nr. 178 aus 2002, waren, da die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht mehr gewährleistet war, da diese Lebensmitteln folgende Beschaffenheit aufwiesen:

Aussehen: graugrüne, 2-3mm große runde Stellen

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 90 Abs.1 Z 1 in Verbindung mit § 5 Abs.1 Z 1 und Abs.5 Z 2 des Bundesgesetzes über Sicherheitsanforderungen und weitere Anforderungen an Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher (Lebensmittelsicherheits und Verbraucherschutzgesetzes - LMSVG) im Zusammenhalt mit Artikel 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 Paragraph 90, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 5, Ziffer 2, des Bundesgesetzes über

Sicherheitsanforderungen und weitere Anforderungen an Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher (Lebensmittelsicherheits und Verbraucherschutzgesetzes - LMSVG) im Zusammenhalt mit Artikel 14 Absatz eins, der Verordnung (EG) Nr. 178 aus 2002,

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt: Geldstrafe von € 500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 6 Stunden gemäß § 90 Abs.1 erster Strafsatz LMSVG. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt: Geldstrafe von € 500,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 6 Stunden gemäß Paragraph 90, Absatz eins, erster Strafsatz LMSVG.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 50,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe. Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 50,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 550,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

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

EUR 237.--- für die Begutachtung durch das Institut für Lebensmittelsicherheit Wien (IBAN: AT:..., BIC: ...)

Die Z. GmbH FN ..., Wien, H.-straße, haftet gemäß § 9 Abs. 7 Vstg zur ungeteilten Hand für die hier über ihre verantwortlich Beauftragte im Sinne des § 9 Abs.2 VStG 1991 verhängte Geldstrafe, die sonstigen in Geld bemessenen Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand“ Die Z. GmbH FN ..., Wien, H.-straße, haftet gemäß Paragraph 9, Absatz 7, Vstg zur ungeteilten Hand für die hier über ihre verantwortlich Beauftragte im Sinne des Paragraph 9, Absatz 2, VStG 1991 verhängte Geldstrafe, die sonstigen in Geld bemessenen Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand“

In der fristgerecht dagegen erhobenen Beschwerde wird eingewendet, dass den Beschwerdeführer kein Verschulden trafe. Er sei ein absolut zuverlässiger Mitarbeiter, er und seine Mitarbeiter erhielten laufend Unterweisungen unter anderem in der Lebensmittelhygiene. Der Warenbestand der Supermarktfiliale sowie der Zustand der Waren werde regelmäßig überprüft und zu beanstandenden Ware aussortiert. Dies gelte auch für Milchprodukte, wie gegenständlich. Die Schimmelbildung läge am Produkt bzw. dessen Verpackung selbst und sei damit begründet, dass es sich bei Temperaturschwankungen Kondenswasser bilde, welches zu Schimmelbefall führen könne. In der Folge sei mit einem Rundschreiben die gegenständliche Sorte abgeschrieben worden und vernichtet worden.

In der Filiale sei es jedenfalls zu keiner Unterbrechung der Kühlkette gekommen. Pflichtgemäß würden dreimal täglich Temperaturkontrollen durchgeführt. Die in der Kalenderwoche gemessene Kerntemperatur sei stets im Normbereich gewesen und es sei auch keine Unterbrechung der Kühlkette vorgelegen, dies ergebe sich aus den beigelegten Temperaturkontrolllisten.

Die Kontrolle der Waren erfolge im Rahmen von Einschichtvorgängen und Nachschlichtarbeiten, wobei die Waren auch im Rahmen der vorgegebenen Mindesthaltbarkeitsdatum-Kontroll-Listen überprüft würden. Milchprodukte seien in der gegenständlichen Filiale von einem Team aus 3 Mitarbeitern, welche äußerst zuverlässig seien, kontrolliert. Der Filialleiter sei bei den Kontrollen anwesend und kontrolliere selbst stichprobenartig. Dabei werde nicht nur das Ablaufdatum überprüft, sondern auch das Aussehen der Ware. Aufgrund der Größe des Betriebes und der Produktvielfalt könne er nicht persönlich alles prüfen.

Die graugrünen Stellen am Käse seien für ihn durch die Verpackung nicht wahrnehmbar gewesen. Den Beschwerdeführer trafe kein Auswahlverschulden und trafe auch kein Überwachungsverschulden. Die Mitarbeiter seien äußerst zuverlässig und seien auch nachweislich bestens betreffend der Einhaltung der Hygienevorschriften instruiert.

Würde man, was jedoch bestritten werde, davon ausgehen, dass die graugrünen Stellen erkennbar gewesen wären, so würde es sich hier um ein einmaliges Fehlverhalten handeln.

Ferner sei das Produkt umgehend aus dem Verkehr gezogen und vernichtet worden. Eine Ermahnung hätte gereicht. Auch eine außerordentliche Strafmilderung wäre ausreichend gewesen.

Beigelegt ist der Beschwerde ein Filiale Rundschreiben mit entsprechenden Anweisungen. Ferner ein Auszug aus einer Temperaturkontrollen Liste. Ferner ein Auszug aus einer Artikelliste mit entsprechendem Mindesthaltbarkeitsdatum.

Ferner wurde eine ergänzende Urkundenvorlage eingebracht zum Beweis der laufenden Lebensmittelhygieneschulung.

II. Aus dem vorliegenden Akteninhalt geht folgender Sachverhalt hervorrömisch zwei. Aus dem vorliegenden Akteninhalt geht folgender Sachverhalt hervor:

Mit Schreiben vom 10.10.2014 wurde Anzeige erstattet betreffend der näher angelasteten Umstände.

Aus dem im Akt erliegenden Probenbegleitschreiben geht hervor, dass es sich hier um 3 Packungen in Originalverpackung in einer Selbstbedienung-Verkaufskühlvitrine gehandelt hat. Der Meldungsleger hatte die Bemerkung „Schimmel?“ vermerkt. Es handelte sich um eine Verdachtsprobe.

Aus dem im Akt einliegenden Gutachten der AGES vom 17.7.2014 geht hervor, dass die Verpackung eine verschweißte Kunststoffolie war. Diese war mehrfarbig und illustriert sowie beschriftet. Der Inhalt bestand aus 4 zylinderförmigen Stücken aus beigelber, weichschnittig-elastischer, Spur/glasiger Masse mit beigem, klebrigem Oberflächenbelag sowie zusätzlich stellenweise mit feinem, rotem Pulver bestreut.

Bei der Sinnesprüfung wurde angegeben, dass an der Oberfläche zahlreiche, von außen durch die Verpackung erkennbare, graugrüne, 2-3 mm große, runde Stellen erkennbar seien. Ferner geht aus dem Gutachten hervor, dass es sich um ein abwegiges Äußeres handle. Die mikroskopische Untersuchung habe den sensorischen Befund bestätigt. Die Probe besitze dadurch eine der Verbrauchererwartung widersprechende Beschaffenheit, sodass ihre bestimmungsgemäße Verwendbarkeit, nämlich Genusstauglichkeit, nicht gewährleistet sei. Aus dem beigelegten Foto geht hervor, dass es sich um eine beige Masse handelt und zeigt dies grünliche durchscheinende Punkte auf der Oberfläche.

In der im Verfahren abgegebenen Stellungnahme wird im Wesentlichen vorgebracht wie in der folgenden Beschwerde.

III. In der Sache fand vor dem Verwaltungsgericht Wien am 15.4.2015, fortgesetzt am 6.5.2015 eine öffentliche Verhandlung statt, zu welcher der Beschwerdeführer, der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers sowie der amtliche Sachverständige Dr. W. sowie der Zeuge Ing. K. erschienen und folgende Angaben machten:römisch drei. In der Sache fand vor dem Verwaltungsgericht Wien am 15.4.2015, fortgesetzt am 6.5.2015 eine öffentliche Verhandlung statt, zu welcher der Beschwerdeführer, der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers sowie der amtliche Sachverständige Dr. W. sowie der Zeuge Ing. K. erschienen und folgende Angaben machten:

„Der Beschwerdeführer gibt als Partei einvernommen Folgendes zu Protokoll:

Ich bin seit 25 Jahren bei Z.. Seit ca. 10 Jahren bin ich Filialleiter. Es ist so etwas zum ersten Mal passiert. Ich hatte davor keine einschlägigen Verwaltungsübertretungen zu verantworten.

Ich habe eine HACCP-Liste. Ich und meine 1 bis 2 Kollegen kontrollieren dreimal täglich die Temperatur. Wenn die Temperatur nicht stimmt, erhalte ich ein Signal.

Das Datum wird von uns ebenso täglich kontrolliert. Ich wüsste nicht, was ich noch mehr machen kann. Es handelt sich hier um eine verpackte Ware. Wenn ich das Datum kontrolliere, habe ich das Produkt in Händen.

Das Produkt wurde ein Monat später aus dem Sortiment gezogen.

Ich hatte gefragt, warum das Produkt mitgenommen wird. Mir wurde gesagt, es sei nur eine Stichprobe. Ich kann heute nicht mehr sagen, wo und wann das Formular, Abl.3 und 4, ausgefüllt wurde.

Der BfV gibt Folgendes zu Protokoll:

Verweist auf das schriftliche Vorbringen.

Weiters ist darauf zu verweisen, derartiger Schimmel, wie vorgefunden, aufgrund der Eigenart des Produktes schwer erkennbar war. Der Hersteller hat einen Monat nach der Kontrolle das Produkt glaublich wegen derartiger Vorfälle, zurückgerufen.

Aufgrund der engmaschigen Kontrollen liegt kein Verschulden vor. Noch weitergehende Kontrollen als gegenständlich sind einem derartigen Betrieb nicht zumutbar. Die Sorgfaltspflicht wäre überspannt, wenn mehr als dreimal täglich kontrolliert werden müsste.

Zum Verschulden möchte ich noch ausführen, dass es für mich nicht ersichtlich ist, dass dies vorliegt. Es ist nicht erklärlich, was der Bf hätte anders oder besser machen sollen. Es wäre notwendig, pro futura auch Anweisungen zu erhalten, was von den Unternehmen erwartet wird.

Es ist mir nicht nachvollziehbar, dass Verschulden vorliegen soll. Weiters kann es sein, dass der Schimmel im Kontrollzeitpunkt durch den Bf noch nicht sichtbar war. Es ist mir nicht nachvollziehbar, dass Verschulden vorliegen soll. Weiters kann es sein, dass der Schimmel im Kontrollzeitpunkt durch den Bf noch nicht sichtbar war.

Es wurde eine Verdachtsprobe gezogen. Der Zeitpunkt der Aufnahme der Fotos, welche im Akt erliegen, ist nicht erkennbar. Die Probe wurde erst am Entnahmetag um 14:00 Uhr abgeliefert. Die Erkennbarkeit kann erst durchaus vor der AGES gegeben gewesen sein.“

Der amtliche Sachverständige gab Folgendes zu Protokoll:

„Der Amtssachverständige gibt folgende Stellungnahme ab:

Aus dem vorliegenden Gutachten geht betreffend der Sinnesprüfung hervor: Die Veränderungen waren nur auf der ersten Packung ersichtlich. Die anderen Packungen waren unauffällig. Dies entspricht auch dem Foto im Akt: Diese zeigen sichtbare Koloniebildungen.

Mikrobiologisch wurde ein hoher Gehalt an Hefen festgestellt. Es gibt keine Grenzwerte für Hefen, jedoch wird gegen Ende der Haltbarkeit angenommen, dass ca. je nach Produkt 10.000 bis 100.000 Einheiten im Produkt enthalten sein dürfen und nicht überschritten werden dürfen.

Mikroskopisch ist im Gutachten festgehalten, dass ebenso massenhaft Hefen und auch Bakterien wahrgenommen wurden. Es kann auch sein, dass bei diesen sichtbaren kolonieartigen Stellen auf der Oberfläche des Produkts („grau-grüne Punkte, runde Stellen“) Schimmelpilze dabei waren, welche mikrobiologisch nicht am angewendeten Standardnährboden gewachsen sind.

Diese vorhandenen großen runden Stellen sind daher wohl als gewachsene Sprosspilze (= Überbegriff für Hefen und Schimmelpilzen) zu werten.

Aus dem Gutachten geht hervor, dass dieses um 14 Uhr bei 7 Grad C eingelangt ist. Es war gekühlt zu lagern, wie aus dem Etikett hervorgeht. Das bedeutet bei Käse: bis 9 Grad C ist in Ordnung.

Die Kontamination muss vor der Verpackung des Produktes passiert sein. Ich nehme an, es ist durch das Paprikagewürz geschehen.

Wenn das Produkt gekühlt gelagert wurde, dann kann es sein, dass es mehrere Wochen dauert, bis die Sprosspilze sichtbar sind. Bei warmer Lagerung wäre es schneller. Jedenfalls geht es nicht von Stunden, dass diese sichtbar in Kolonien sich entwickeln.

Befragt durch BfV:

Bei gereiften Produkten sind grundsätzlich Hefen im Zuge des Reifungsprozesses immer vorhanden.

Das Paprikagewürz ist deswegen verdächtig: Gewürze sind nicht sterilisiert und meist nicht bestrahlt. Diese können Hefen in größerer Anzahl enthalten. Weiters war der Paprika am Produkt oben aufgebracht, außen. Daher hatten die Keime freie Vermehrungsmöglichkeiten und konnten sich leichter entwickeln als im Produkt drinnen. Denn dort hätten sie Konkurrenz durch andere Reifungskeime.

Zu der Dauer der Untersuchung Abl 6 (1.7.2014 bis 14.7.2014) kann ich sagen, dass es normalerweise so ist, dass die Untersuchungsmethoden qualitativ gesichert sind: Sofort nach Einlangen der Probe soll binnen weniger Stunden mit der Untersuchung begonnen werden. Das Prozedere selbst der Untersuchung dauert naturgemäß mehrere Tage (zB Keimwachstum abwarten). So ist die übliche Vorgangsweise. Das vorliegende Gutachten sagt nicht, wann genau mit der Untersuchung begonnen wurde. Zu dem Zeitfenster 1. bis 14.7.2014 kann ich konkret nichts sagen.

Wie die Zahl von 940.000 KBE pro g gemessen wurde: Normalerweise ist es so, dass die Probe homogenisiert wird. Dann wird eine Verdünnung 1:10 vorgenommen und weitere Verdünnungsschritte in 10er Stufen. Je nach Bereich, welchen man größenordnungsgemäß erwartet, wird nach entsprechender Verdünnung die Verdünnungsmenge (0,1 ml meist) auf Nährboden aufgestrichen. Dies wird bebrütet mit bestimmter Temperatur für bestimmte Zeit. Durch die Verdünnungsschritte weiß man nachvollziehbar, wieviel vom Produkt man am Nährboden hat.

Dort wo zB ein Bakterium oder Keim war, ist zB nach 2 Tagen eine Kolonie erkennbar. Wenn davon zu viel ist, da nicht auswertbar, weil die Nährbodenplatte voll ist, ist die nächsthöhere Verdünnungsstufe zu wählen. Je nach Verdünnungsstufe ist es dann rückrechenbar. So kommt man auf die konkrete Zahl.

Es ist bei der Untersuchung von Lebensmittel nicht üblich, zu untersuchen, welche Hefen es konkret sind.

Zur Frage des Zeitraumes von der ersten Erkennbarkeit bis zu dem festgestellten 2 bis 3 mm großen Stellen: Wenn das Produkt gekühlt gelagert wird geht die Vermehrung nicht so schnell. Um sichtbare Kolonien vom Ausmaß 3 mm zu haben, muss man schon rechnen, dass sich diese über mehrere Tage hinweg sichtbar bestanden haben muss.“

Der Zeuge, Ing. K., gab Folgendes zu Protokoll:

„Auf Vorhalt von Abl 3:

Dieses Schreiben ist von mir.

Auf Vorhalt von Abl. 10-11:

Diese Punkte auf dem Lebensmittel sind mir aufgefallen gewesen. Ich habe das Produkt nicht im geöffneten Zustand gesehen. Ich hatte es für Schimmel gehalten.

Ich habe das Produkt als Verdachtsprobe gezogen, da ich angenommen habe, es wäre Schimmel. Mehr als diese drei Packungen, welche ich als Probe mitgenommen habe, waren nicht vorhanden. Ob dies auf allen dreien so war, weiß ich nicht. Im Zeitpunkt der Probenahme war das Produkt bei 3 Grad gekühlt.

Ich habe das Produkt zum Notieren der relevanten Daten ungekühlt vor mir gehabt. Dies war naturgemäß nicht lange. Danach kam, wie normalerweise, das Produkt in eine von mir bei jeder Revision mitgenommenen Kühltasche mit Akkus drinnen hinein. Am Ende der Revision kam das Produkt in das Dienstauto, wo es eine eigene Kühleinrichtung gibt. Ich habe heute nachgefragt: Die Aufzeichnungen betreffend des Funktionierens der Kühleinrichtung waren für diesen Zeitraum in Ordnung. Der Chauffeur des Dienstautos bringt dann normalerweise, so auch in diesem Fall, das Lebensmittel zur Untersuchungsanstalt.

Befragt durch den BFV:

Konkrete Erinnerungen habe ich nicht an die Probenziehung. Aufgrund meiner Aufzeichnungen kann ich dies rekonstruieren.

Die Fotos wurden von AGES angefertigt.

Ich weiß daher auch nicht mehr, ob ich mit dem Filialleiter über diese Mängel gesprochen habe.

Befragt durch den ASV:

Das Produktionsdatum des gegenständlichen Produktes fragen wir nicht nach. Wir erfragen normalerweise nur das Lieferdatum.“

IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen römisch vier. 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.“ Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer eins, 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.“ Paragraph 5, Absatz 5, Ziffer 2, LMSVG lautet: „Lebensmittel sind für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist.“

Der Beschwerdeführer ließ die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes an sich unbestritten. Aus dem vorliegenden Akteninhalt ergeben sich auch keinerlei gegenteilige Hinweise, sodass – insbesondere in Hinblick auf das im Akt erliegende Gutachten der AGES - der objektive Tatbestand als erwiesen festzustellen war.

Zum Verschulden:

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. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, 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 Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und auch über das Verschulden keine Bestimmung enthalten ist, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 VStG. Bei diesem 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 Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Der Beschuldigte hat hiezu 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 (VwGH 20.6.1978, 2411/77; 22.4.1993, 93/09/0083). Da zum Tatbestand der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und auch über das Verschulden keine Bestimmung enthalten ist, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt iSd Paragraph 5, Absatz eins, VStG. Bei diesem 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 Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Der Beschuldigte hat hiezu 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 (VwGH 20.6.1978, 2411/77; 22.4.1993, 93/09/0083).

Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzugestehen, Schulungen und laufende Überprüfungen der Mitarbeiter durchzuführen. Ein ausreichendes Kontrollsystem zur Hintanhaltung von Mängeln, wie gegenständlich vorgeworfen, nicht ausreichend dargetan:

Wie zuletzt 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 untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchieebene gelangen und dort tatsächlich befolgt werden.

Die vorliegenden Beschwerdeausführungen legen daher nicht ausreichend dar, in welchem Ausmaß, welcher Frequenz von welchem Mitarbeiter Kontrollen durchgeführt wurden, welche Maßnahmen (auch im Falle eigenmächtiger Handlungen) getroffen wurden, um entsprechende Übertretungen hintanzuhalten.

Insbesondere ist hier auszuführen, dass im Zeitpunkt der Kontrolle und Probenziehung der Mangel für das Kontrollorgan jedenfalls sichtbar war. Das geht aus der schlüssigen und glaubhaften Zeugenaussage hervor und ist auch bereits im Probenbegleitschreiben („Verdachtsprobe“ „Schimmel?“) entsprechend festgehalten. Dies wird daher als erwiesen festgestellt.

Dazu brachte der Beschwerdeführer – unterlegt mit Temperaturkontrolllisten – vor, dass die Kühltette kontrolliert worden sei und diese eingehalten worden sei. Dieses Vorbringen wirkte glaubhaft und ergibt sich auch aus den vorgelegten Unterlagen.

Wiederum hierzu führte der amtliche Sachverständige schlüssig aus, dass bei Einhaltung der Kühltemperatur die Entwicklung dieses Schimmelbefalles nicht binnen weniger Stunden geschehen konnte. Es waren weder am im Akt erliegenden Gutachten noch an dem mündlich erstatteten Gutachten im Zuge der durchgeführten Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien Zweifel entstanden. Die gutachtlichen Ausführungen waren schlüssig.

Daher ist für den gegenständlichen Fall festzuhalten, dass aufgrund der gekühlten Lagerung des Produktes die Schimmelbildung nicht innerhalb weniger Stunden geschehen sein konnte. Daher wiederum hätte es den kontrollierenden Mitarbeitern jedenfalls auffallen müssen. Denn im Zeitpunkt der Kontrolle selbst waren die Veränderungen jedenfalls auffällig. Wie in einem ähnlichen Zusammenhang bereits der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, ist in derartigen Fällen – hier dazu noch durch die Möglichkeit des Erkennens vor dem Kontrollzeitpunkt – jedenfalls von Verschulden auszugehen (vgl. VwGH Erkenntnis vom 21.5.2012, Zl. 2009/10/0029). Daher ist für den gegenständlichen Fall festzuhalten, dass aufgrund der gekühlten Lagerung des Produktes die Schimmelbildung nicht innerhalb weniger Stunden geschehen sein konnte. Daher wiederum hätte es den kontrollierenden Mitarbeitern jedenfalls auffallen müssen. Denn im Zeitpunkt der Kontrolle selbst waren die Veränderungen jedenfalls auffällig. Wie in einem ähnlichen Zusammenhang bereits der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, ist in derartigen Fällen – hier dazu noch durch die Möglichkeit des Erkennens vor dem Kontrollzeitpunkt – jedenfalls von Verschulden auszugehen vergleiche VwGH Erkenntnis vom 21.5.2012, Zl. 2009/10/0029).

Es war daher von grob fahrlässigem Verhalten auszugehen.

Zur Strafbemessung:

Mit dem vorliegenden Straferkenntnis wurde eine Verwaltungsübertretung gemäß § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG geahndet. Laut Aktenlage wurde der Beschwerdeführer vor dieser Tat noch nicht wegen einer derartigen konkreten Übertretung des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG bestraft. Indem daher kein Wiederholungsfall vorliegt, war unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 90 Abs. 1 LMSVG in der für den Tatzeitpunkt noch geltenden Rechtslage in der Fassung BGBl. I 171/2013 entsprechend der Annahme der Behörde- von einem bis zu 50.000 € reichenden gesetzlichen Strafraum für die vorliegende Übertretung auszugehen. Mit dem vorliegenden Straferkenntnis wurde eine Verwaltungsübertretung gemäß Paragraph 90, Absatz eins, Ziffer eins, LMSVG geahndet. Laut Aktenlage wurde der Beschwerdeführer vor dieser Tat noch nicht wegen einer derartigen konkreten Übertretung des Paragraph 90, Absatz eins, Ziffer eins, LMSVG bestraft. Indem daher kein Wiederholungsfall vorliegt, war unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des Paragraph 90, Absatz eins, LMSVG in der für den Tatzeitpunkt noch geltenden Rechtslage in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 171 aus 2013, entsprechend der Annahme der Behörde- von einem bis zu 50.000 € reichenden gesetzlichen Strafraum für die vorliegende Übertretung auszugehen.

Gemäß § 10 VStG richten sich Straftat und Strafsatz nach den Verwaltungsvorschriften, so weit in diesem Gesetz nicht anderes bestimmt ist. Gemäß Paragraph 10, VStG richten sich Straftat 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 Paragraph 19, Absatz eins, VStG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 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. Gemäß Paragraph 19, Absatz 2, leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (Paragraphen 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 Paragraphen 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 einwandfreier Lebensmittel. Nach dem erstinstanzlichen 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 zumindest durchschnittlich gewertet. Die Folgen der Übertretung sind ebenso nicht unbedeutend, war doch das Lebensmittel aufgrund der vorgefundenen Sprosspilze und dem damit einhergehenden Aussehen 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 vom Beschwerdeführer besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Verwirklichung des hergestellten Straftatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Insbesondere ist von grob fahrlässiger Begehung auszugehen, wie oben unter „Verschulden“ dargelegt.

Als Milderungsgründe waren die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit sowie die überlange Verfahrensdauer zu werten.

Erschwerungsgründe sind nicht hervorgekommen.

Es kann nicht von geringfügigem Verschulden ausgegangen werden, da der Beschwerdeführer einschlägige, rechtskräftige Vormerkungen zu verantworten hat und daher die Vermutung nicht aufrecht erhalten werden kann (vgl. VwGH zu – auch nunmehr anzuwendenden Rechtsprechung zu § 21 Abs. 1 VStG vom 20.9.1996, Zl. 95/17/0495). Der Beschwerdeführer hätte sich auf geeignete Weise mit den einschlägigen Rechtsnormen vertraut machen müssen (vgl. so auch VwGH Erkenntnis vom 7.6.2000, Zl. 2000/03/0014). Es kann nicht von geringfügigem Verschulden ausgegangen werden, da der Beschwerdeführer einschlägige, rechtskräftige Vormerkungen zu verantworten hat und daher die Vermutung nicht aufrecht erhalten werden kann vergleiche VwGH zu – auch nunmehr anzuwendenden Rechtsprechung zu Paragraph 21, Absatz eins, VStG vom 20.9.1996, Zl. 95/17/0495). Der Beschwerdeführer hätte sich auf geeignete Weise mit den einschlägigen Rechtsnormen vertraut machen müssen vergleiche so auch VwGH Erkenntnis vom 7.6.2000, Zl. 2000/03/0014).

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers sind als durchschnittlich zu werten. Sorgepflichten für 2 Kinder waren zu berücksichtigen.

Unter Bedachtnahme auf die Strafzumessungsgründe, insbesondere der Sorgepflichten, der beiden Milderungsgründe und der lediglich fahrlässigen Begehungsweise, erweist sich die verhängte Strafhöhe dennoch angesichts des Strafrahmens bis zu 50.000.- Euro, des durchschnittlichen Unrechtsgehaltes sowie der general- und spezialpräventiven Erwägungen als angemessen.

Damit ist auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 49 Abs. 3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union) Genüge getan; nach dieser Bestimmung darf das Strafmaß zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass die administrativen oder strafrechtlichen Maßnahmen nicht über den Rahmen des zur Erreichung der verfolgten Ziele unbedingt Erforderlichen hinausgehen dürfen, und eine Sanktion nicht so sehr außer Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehen darf, dass sie sich als eine Behinderung der im Vertrag verankerten Freiheiten erweist (vgl. Urteil EuGH 12. Juli 2001, C-262/99 (Paraskevas Louloudakis gegen Elliniko Dimosio)). Damit ist auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Artikel 49, Absatz 3, Charta der Grundrechte der Europäischen Union) Genüge getan; nach dieser Bestimmung darf das Strafmaß zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass die administrativen oder strafrechtlichen Maßnahmen nicht über den Rahmen des zur Erreichung der verfolgten Ziele unbedingt Erforderlichen hinausgehen dürfen, und eine

Sanktion nicht so sehr außer Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehen darf, dass sie sich als eine Behinderung der im Vertrag verankerten Freiheiten erweist vergleiche Urteil EuGH 12. Juli 2001, C-262/99 (Paraskevas Louloudakis gegen Elliniko Dimosio).

Es war daher 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. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 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.

Schlagworte

Einhaltung der Kühltemperatur; Quargel Paprika fettfrei; Schimmel

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2016:VGW.022.056.2499.2015

Zuletzt aktualisiert am

04.07.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at