

Österreichisches Lebensmittelbuch

IV. Auflage

Kapitel / A 1 / Judikatur bei Waren nach dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG)

Veröffentlicht mit Geschäftszahl:

BMGF-75210/0016-II/B/13/2017 vom 1.8.2017

BMASGK-75210/0011-IX/B/13/2019 vom 5.7.2019

INHALTSVERZEICHNIS

Inhalt

| | | |
|--------|--|----|
| 1 | LEBENSMITTEL..... | 8 |
| 1.1 | Allgemeines | 8 |
| 1.1.1 | Umfang des Vorsorgeprinzips – Beigabe von Aminosäuren in Nahrungsergänzungsmitteln..... | 8 |
| 1.1.2 | Definition Lebensmittel – Aufnahme durch den Magen-Darm-Trakt | 11 |
| 1.1.3 | Inverkehrbringen – Begriff | 11 |
| 1.1.4 | Bedeutung von Leitlinien für die gute Verfahrenspraxis | 12 |
| 1.1.5 | Wirksame Aussonderung | 12 |
| 1.1.6 | Aussagekraft von Gutachten..... | 13 |
| 1.1.7 | Gegen Gesetz verstoßender Handelsbrauch | 13 |
| 1.1.8 | Zigarettenattrappe – Lebensmittel? Lebensmittelbegriff | 14 |
| 1.1.9 | Fremdkörper in gezogenen Proben (Biolebensmittel) | 15 |
| 1.1.10 | Schutzzweck des Lebensmittelrechtes | 15 |
| 1.1.11 | Wasser | 16 |
| 1.2 | Gesundheitsschädlich..... | 17 |
| 1.2.1 | Fremdkörper Quinoa – Chargenvermutung | 17 |
| 1.2.2 | Gesundheitsschädlichkeit – diätetische Lebensmittel..... | 17 |
| 1.2.3 | Gluten in Buchweizenmehl | 17 |
| 1.3 | Für den menschlichen Verzehr ungeeignet | 18 |
| 1.3.1 | Bauchfleisch mariniert, Eigenverpackung, sensorische Untersuchung alleine für wirksames Kontrollsystem nicht ausreichend | 18 |
| 1.3.2 | Abgelaufene Mindesthaltbarkeitsfrist – Verdorbenheit | 19 |
| 1.4 | Verfälschung..... | 19 |
| 1.5 | Wertminderung..... | 19 |
| 1.6 | Zur Irreführung geeignete Angaben | 19 |
| 1.6.1 | Styriagra | 19 |
| 1.6.2 | Waldbeerfruchtschnitte | 19 |
| 1.6.3 | Blickfangartige Aufmachung (Früchte) | 20 |
| 1.6.4 | Anforderungen für Kennzeichnung „frei von Konservierungsmitteln“ | 21 |
| 1.6.5 | Zur Täuschung geeigneten Angaben in Werbung..... | 23 |
| 1.6.6 | Irreführungseignung von Werbeaussagen..... | 23 |

| | | |
|--------|---|----|
| 1.6.7 | Unzulässige Werbung mit Selbstverständlichkeiten – Beurteilung der Irreführungseignung..... | 23 |
| 1.6.8 | Karree-Filet..... | 23 |
| 1.6.9 | Auswirkungen des Umfanges eines vorher eingeholten Gutachtens auf die Haftung des Unternehmers – Behauptung der Deckung von 50 % des täglichen Obst- und Gemüsebedarfes | 24 |
| 1.6.10 | Kommerzielle Kommunikation an medizinische Fachkreise (Nährwert- und gesundheitsbezogene Angabe)..... | 24 |
| 1.6.11 | Empfehlung Diätologin eines Krankenhauses – unzulässige gesundheitsbezogene Angabe | 27 |
| 1.6.12 | Krankheitsbezogene Angabe – Nikotinentzug – Nervosität – Stress..... | 27 |
| 1.6.13 | Krankheitsbezogene Angabe – Übersäuerung..... | 27 |
| 1.6.14 | „ohne Fett geröstet“ ist keine verbotene nährwertbezogene Angabe sondern eine wahrheitsbezogene Angabe über Beschaffenheit..... | 28 |
| 1.6.15 | Hintanhaltung von Folgeerkrankungen bereits kranker Personen – Diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke | 29 |
| 1.7 | Abgrenzungsfragen | 29 |
| 1.7.1 | Zerkleinerte Pflanzen und Kräuter als Nahrungsergänzungsmittel..... | 29 |
| 1.7.2 | Abgrenzung Nahrungsergänzungsmittel und Arzneimittel | 30 |
| 1.7.3 | Anwendungsvorrang der Richtlinie 2002/46/EG über Nahrungsergänzungsmittel gegenüber der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 | 31 |
| 1.7.4 | Einstufung als Novel-Food..... | 31 |
| 1.7.5 | Abgrenzung (Funktions)arzneimittel – Nahrungsergänzungsmittel anhand des Abgrenzungskriteriums „pharmakologische Wirkung“ | 31 |
| 1.7.6 | Abgrenzung (Funktions)arzneimittel – Lebensmittel (Nahrungsergänzungsmittel) | 32 |
| 1.7.7 | Präsentationsarzneimittel..... | 32 |
| 1.7.8 | Präsentationsarzneimittel – Ausnahme Anwendung nach komplementärmedizinischen Methoden?..... | 33 |
| 1.7.9 | Arzneimittel – Hildegard von Bingen | 33 |
| 1.7.10 | Arzneimittel – Vitamin | 34 |
| 1.7.11 | Arzneimittel – Lebensmittel, Berücksichtigung einer Auslobung in einem Faltprospekt | 34 |
| 1.8 | Verantwortlichkeit des Unternehmers | 34 |
| 1.8.1 | Informationspflicht des Unternehmers | 34 |

| | | |
|--------|--|----|
| 1.8.2 | Anforderungen an den verantwortlichen Beauftragten..... | 35 |
| 1.8.3 | Informationspflicht des Unternehmers, Vertrauen auf die Richtigkeit einer anwaltlichen oder behördlichen Rechtsauskunft..... | 35 |
| 1.8.4 | Sorgfaltspflicht des Unternehmers – geringe Schuld? | 36 |
| 1.8.5 | Sorgfaltspflicht des Unternehmers – Deklaration – Vertrauen auf Gutachten..... | 36 |
| 1.8.6 | Sorgfaltspflicht im Handel – Kontrolle originalverpackter Waren..... | 37 |
| 1.8.7 | Anforderungen an Kontrollsystem für verpackte Waren ohne sichtbare Mängel (Matjesfilet)..... | 37 |
| 1.8.8 | Sorgfaltspflicht im Einzelhandel..... | 39 |
| 1.8.9 | Sorgfaltspflicht – Übertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit . | 39 |
| 1.8.10 | Verantwortlichkeit eines nach § 9 VStG bestellten Organes für unrichtige Angabe der Mindesthaltbarkeitsfrist auf verpackt angelieferten Lebensmitteln..... | 40 |
| 1.8.11 | Vorwerfbarkeit irreführender Angaben auf der Etikettierung – Verantwortlichkeit - gewürztes Fleischerzeugnis | 42 |
| 1.8.12 | Vorwerfbarkeit irreführender Angaben auf der Etikettierung –Bloßes Feilhalten von Lebensmitteln, die dem Lebensmittelinformationsrecht nicht entsprechen, ist keine Zuwiderhandlung gegen Art. 8 Abs. 3 LMIV | 42 |
| 1.8.13 | Bestellung eines strafrechtlich verantwortlichen Beauftragten nach § 9 VStG für ein bestimmtes Geschäftsfeld | 43 |
| 1.8.14 | Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten für abgegrenzten Bereich – Strafrechtliche Verantwortlichkeit..... | 44 |
| 1.8.15 | Definition fortgesetztes Delikt – Abgehen von kumulativer Bestrafung.. | 45 |
| 1.8.16 | Abwesenheit des verantwortlichen Beauftragten – Erforderliche Vorsorgemaßnahmen | 46 |
| 1.8.17 | Herbizidkontamination in abgepacktem Bio Leinsamen - Verantwortlichkeit | 46 |
| 1.8.18 | Verantwortlichkeit des Unternehmers nach Artikel 8 der LMIV 1169/2011 | 47 |
| 1.9 | Zuständigkeit | 47 |
| 1.9.1 | Örtliche Zuständigkeit der verfolgenden Behörde | 47 |
| 1.10 | Kennzeichnung | 48 |
| 1.10.1 | Naturbelassen/naturrein..... | 48 |
| 1.10.2 | Bezeichnung eines rein pflanzlichen Lebensmittels als Milchprodukt | 49 |
| 1.10.3 | Tatort Kennzeichnungsmängel verpackt ausgelieferter Waren | 50 |

| | | |
|---------|--|----|
| 1.10.4 | Deklaration in englischer Sprache, englischer Fachbezeichnungen sind für den durchschnittlichen Konsumenten nicht verständlich, Rechtssatz | 50 |
| 1.10.5 | Irreführungseignung von Kennzeichnungselementen..... | 50 |
| 1.10.6 | Irreführungseignung – Blickfangwerbung - (Bananenmilch) irreführende Produktaufmachung..... | 51 |
| 1.10.7 | Irreführungseignung – Bio und Umwelthinweise | 51 |
| 1.10.8 | Ratio Etikettierungsvorschriften, am Beispiel der Kennzeichnung von Bier | 53 |
| 1.10.9 | Für Fachkreise bestimmte Kennzeichnungen – maßgebliche Verkehrsauffassung..... | 54 |
| 1.10.10 | Kennzeichnung eines verpackten Lebensmittels – Tatzeitpunkt | 55 |
| 1.10.11 | Bezeichnung „tiefgekühlt“ nicht zwingend Inhalt der Sachbezeichnung bzw. Anbringung in deren unmittelbarer Nähe nicht erforderlich..... | 55 |
| 1.10.12 | Champagnersorbet..... | 55 |
| 1.10.13 | Schützbares Ursprungsbezeichnung bzw. geographische Angabe gemäß Artikel 2 VO (2028/1992) bzw. 510/2006) Abgrenzung zur nicht schützbares geographischen Herkunftsangabe | 57 |
| 1.10.14 | Verlados/unzulässige Anspielung auf geschützte geografische Angabe (Calvados)..... | 57 |
| 1.10.15 | Mangelnde Verständlichkeit einer englischen Gebrauchsanweisung..... | 60 |
| 1.10.16 | „enthält Gluten/Lactose“ nicht unklar wenn auch in der Zutatenliste angegeben | 61 |
| 1.10.17 | Herkunftsbezeichnungen | 61 |
| 1.10.18 | „Regionale Bezeichnungen sind nicht als ausreichende Sachbezeichnungen anzusehen“ | 62 |
| 1.10.19 | Etikettierung..... | 62 |
| 1.10.20 | Nährwertbezogene Angabe „liefert Energie“ bei Frühstückskexen | 62 |
| 1.10.21 | Nährwertkennzeichnung..... | 63 |
| 1.10.22 | „Fettfrei geröstet ist keine nährwertbezogene Angabe“ | 63 |
| 1.10.23 | Klassenname Semmelbrösel als Zutat zulässig? (Diese Entscheidung betrifft nicht das Erfordernis der Allergenkennzeichnung!)..... | 63 |
| 1.10.24 | Freiwillig bereitgestellte Informationen über Lebensmittel..... | 64 |
| 1.11 | Hygiene..... | 64 |
| 1.11.1 | Mikrobiologie – Verstoß gegen Prozesshygienekriterien | 64 |
| 1.11.2 | Doppelbestrafungsverbot bei kumulativen Hygieneverstößen..... | 65 |
| 1.11.3 | Einstufung von Fleischerzeugnissen als Separatorenfleisch..... | 65 |

| | | |
|--------|--|----|
| 1.12 | Bedeutung des Österreichischen Lebensmittelbuches | 66 |
| 1.12.1 | Prüfung der Wirkung von Werbeaussagen | 66 |
| 1.12.2 | Einfluss auf Ermittlung der Verbrauchererwartung..... | 66 |
| 1.12.3 | Verbrauchererwartung – Produktaufmachung – Zutatenverzeichnis..... | 66 |
| 1.12.4 | Verbrauchererwartung Schnitzel – Rindsschnitzelfleisch im Ganzen | 67 |
| 1.12.5 | Nicht erkennbare Ungeeignetheit für den menschlichen Verzehr bewirkt keinen Ausschluss des fahrlässigen Inverkehrbringens im Verwaltungsstrafverfahren | 68 |
| 1.12.6 | Separatorenmaterial | 69 |
| 2 | KOSMETIKA..... | 69 |
| 2.1 | Allgemeines | 69 |
| 2.2 | Gesundheitsschädlich..... | 71 |
| 2.3 | Für den menschlichen Gebrauch nicht geeignet | 71 |
| 2.4 | Verfälschung..... | 71 |
| 2.5 | Wertminderung..... | 71 |
| 2.6 | Zur Irreführung geeignete Angabe..... | 71 |
| 2.6.1 | Kosmetika – Zur Irreführung geeignete Angaben – Verbrauchererwartung | 71 |
| 2.6.2 | Naturkosmetika, Zulässigkeit der Bezeichnung (Duschgel) | 72 |
| 2.7 | Abgrenzungsfragen | 73 |
| 2.7.1 | Abgrenzung (Funktions)arzneimittel – kosmetisches Mittel anhand des Abgrenzungskriteriums „pharmakologische Wirkung“ (Mundspüllösung) | 73 |
| 2.7.2 | Abgrenzung kosmetisches Mittel – Arzneimittel (Erkältungsbad) | 73 |
| 2.8 | Verantwortlichkeit des Unternehmers | 74 |
| 2.9 | Kennzeichnung | 74 |
| 2.9.1 | Kennzeichnung kosmetischer Mittel; Vorliegen „praktischer Gründe“ für die Unmöglichkeit der vollständigen Angabe obligatorischer Warnhinweise auf Behältnis und Verpackung | 74 |
| 2.10 | Hygiene..... | 75 |
| 3 | GEBRAUCHSGEGENSTÄNDE | 75 |
| 3.1 | Allgemeines | 75 |
| 3.2 | Gesundheitsschädlich..... | 75 |
| 3.3 | Für den menschlichen Verzehr ungeeignet | 75 |
| 3.4 | Verfälschung..... | 75 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3.5 | Wertminderung..... | 75 |
| 3.6 | Zur Irreführung geeignete Angaben | 75 |
| 3.7 | Abgrenzungsfragen | 75 |
| 3.8 | Verantwortlichkeit des Unternehmers | 75 |
| 3.9 | Kennzeichnung | 75 |
| 3.9.1 | Erforderliche Schriftgröße bei der Kennzeichnung von Spielzeug – Warnhinweis bezüglich Verletzungsgefahr und Alterseignung | 75 |
| 3.10 | Hygiene..... | 76 |

PRÄAMBEL

Im vorliegenden Kapitel wird ein Überblick über die wesentliche Judikatur in Lebensmittelstrafsachen gegeben.

Entscheidungen, die vor dem Inkrafttreten des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes ergangen sind, wurden dann aufgenommen, wenn von der Judikatur nach wie vor auf sie zurückgegriffen wird und die Rechtslage inhaltlich unverändert geblieben ist.

Dieses Kapitel wird in regelmäßigen Abständen aktualisiert.

1 LEBENSMITTEL

1.1 Allgemeines

1.1.1 Umfang des Vorsorgeprinzips – Beigabe von Aminosäuren in Nahrungsergänzungsmitteln

Wie der Generalanwalt in Nr. 50 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, können vorläufige Risikomanagementmaßnahmen nach Art. 7 der Verordnung Nr. 178/2002 erst ergriffen werden, wenn die Auswertung der verfügbaren Informationen im Sinne des Art. 6 dieser Verordnung erfolgt ist und zu der Feststellung geführt hat, dass hinsichtlich möglicher gesundheitsschädlicher Auswirkungen eines Lebensmittels oder eines in einem Lebensmittel enthaltenen Stoffes wissenschaftlich Unsicherheit besteht.

Insoweit erfordert eine korrekte Anwendung des Vorsorgeprinzips erstens die Bestimmung der möglicherweise negativen Auswirkungen der betreffenden Stoffe oder Lebensmittel auf die Gesundheit und zweitens eine umfassende Bewertung des Gesundheitsrisikos auf der Grundlage der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 9. September 2003, Monsanto Agricoltura Italia u. a., C 236/01, EU:C:2003:431, Rn. 113, sowie vom 28. Januar 2010, Kommission/Frankreich, C 333/08, EU:C:2010:44, Rn. 92).

Wenn es sich als unmöglich erweist, das Bestehen oder den Umfang des behaupteten Risikos mit Sicherheit festzustellen, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, nicht schlüssig oder ungenau sind, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die Gesundheit der Bevölkerung jedoch fortbesteht, falls das Risiko eintritt, rechtfertigt daher das Vorsorgeprinzip den Erlass beschränkender Maßnahmen, sofern sie objektiv und nicht diskriminierend sind (Urteil vom 28. Januar 2010, Kommission/Frankreich, C 333/08, EU:C:2010:44, Rn. 93 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Demzufolge ist ein Mitgliedstaat nach Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 178/2002 grundsätzlich berechtigt, eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende zu erlassen, nach der, sofern keine Ausnahmegenehmigung erteilt wird, die Verwendung von Aminosäuren in Lebensmitteln generell verboten ist, wenn diese Regelung, bei der es sich im Kern um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt, insbesondere auf den Grundsatz der Risikoanalyse des Art. 6 der Verordnung und auf

das Vorsorgeprinzip ihres Art. 7, wie sie in den Rn. 51 bis 57 des vorliegenden Urteils erläutert werden, gestützt ist.

Ferner müssen gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 178/2002 nach dessen Abs. 1 getroffene Maßnahmen verhältnismäßig sein und dürfen den Handel nicht stärker beeinträchtigen, als dies zur Erreichung des in der Gemeinschaft gewählten hohen Gesundheitsschutzniveaus unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Durchführbarkeit und anderer angesichts des betreffenden Sachverhalts für berücksichtigungswert gehaltener Faktoren notwendig ist. Zudem müssen diese Maßnahmen innerhalb einer angemessenen Frist überprüft werden, die von der Art des festgestellten Risikos für Leben oder Gesundheit und der Art der wissenschaftlichen Informationen abhängig ist, die zur Klärung der wissenschaftlichen Unsicherheit und für eine umfassendere Risikobewertung notwendig sind.

Eine solche Unsicherheit, die vom Begriff der Vorsorge nicht zu trennen ist, wirkt sich auf den Umfang des Ermessens des Mitgliedstaats und damit auch auf die Art und Weise der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus. Unter solchen Umständen ist einem Mitgliedstaat zuzugestehen, dass er nach dem Vorsorgeprinzip Schutzmaßnahmen trifft, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargetan sind. Allerdings darf die Risikobewertung nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt werden (Urteil vom 28. Januar 2010, Kommission/Frankreich, C 333/08, EU:C:2010:44, Rn. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Im vorliegenden Fall übermittelt das vorlegende Gericht keine hinreichenden Informationen, anhand deren festgestellt werden könnte, ob das aminosäurehaltige Lebensmittel betreffende Verbot des LFGB auf die sich aus den Art. 6 und 7 der Verordnung Nr. 178/2002 ergebenden allgemeinen Grundsätze des Lebensmittelrechts gestützt wurde. Jedoch führt die deutsche Regierung in ihren beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen aus, dass mit den nationalen Rechtsvorschriften für Aminosäuren in § 6 Abs. 1 LFGB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 LFGB der vom Zusatz von Aminosäuren zu Lebensmitteln ausgehenden Gesundheitsgefahr effektiv begegnet werden solle. Die Anreicherung von Lebensmitteln mit Aminosäuren berge gesundheitliche Risiken, doch die aktuelle wissenschaftliche Erkenntnislage sei unvollständig und erlaube bislang noch keine abschließende Bewertung dieser Risiken.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarkeit der im LFGB getroffenen Regelung mit der Verordnung Nr. 178/2002 vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist. Im Rahmen dieser Prüfung muss das vorlegende Gericht sich erstens davon überzeugen, dass die Bewertung der mit der Verwendung von Aminosäuren in Nahrungsergänzungsmitteln verbundenen Risiken so durchgeführt wurde, dass sie die in den Rn. 53 und 56 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen erfüllt und nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt ist.

Zweitens ist das Ermessen der Mitgliedstaaten betreffend den Umfang, in dem sie den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten wollen, von besonderer Bedeutung, wenn nachgewiesen wird, dass beim gegenwärtigen Stand der wissen-

schaftlichen Forschung Unsicherheiten hinsichtlich der gesundheitsschädlichen Wirkung bestimmter Stoffe bestehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. April 2010, Solgar Vitamin's France u. a., C 446/08, EU:C:2010:233, Rn. 35 und 36). Folglich stellt, wie der Generalanwalt in Nr. 96 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die Tatsache, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens die nationale Behörde über ein weites Ermessen verfügen kann, an sich im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Verordnung Nr. 178/2002 kein Problem dar.

Drittens betrifft die Regelung des LFGB, wie aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 und § 4 Abs. 1 Nr. 2 LFGB hervorgeht, unterschiedslos alle Aminosäuren und deren Derivate, ohne nach etwaigen Stoffgruppen oder -arten zu unterscheiden. Auch wenn eine solche allgemeine Verbotsregelung nicht allein aus diesem Grund mit der Verordnung Nr. 178/2002 unvereinbar ist, so muss aus der von den zuständigen nationalen Behörden nach Art. 6 dieser Verordnung durchzuführenden Risikoanalyse doch klar hervorgehen, für welche den betreffenden Stoffen gemeinsamen Merkmale oder Eigenschaften eine tatsächliche Gefahr für die menschliche Gesundheit nicht ausgeschlossen werden kann.

Im vorliegenden Fall scheinen – in Anbetracht der von der deutschen Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen gemachten Angaben und vorbehaltlich der vom vorliegenden Gericht vorzunehmenden notwendigen Prüfung – die Risikoanalyse und die Anwendung des sich daraus ergebenden Vorsorgeprinzips nur bestimmte Aminosäuren zu betreffen. Dies wäre zur Rechtfertigung eines unterschiedslos für alle Aminosäuren geltenden Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, wie es das LFGB vorsieht, unzureichend.

Im Hinblick auf diese Prüfung ist darauf hinzuweisen, dass gemäß der in Rn. 56 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung die praktischen Schwierigkeiten, eine umfassende Bewertung der von aminosäurehaltigen Lebensmitteln ausgehenden Gesundheitsgefahr vorzunehmen, es nicht zu rechtfertigen vermögen, dass vor dem Erlass eines systematischen und nicht zielgerichteten Verbots mit Erlaubnisvorbehalt eine solche umfassende Bewertung nicht vorgenommen wurde (vgl. entsprechend Urteil vom 28. Januar 2010, Kommission/Frankreich, C 333/08, EU:C:2010:44, Rn. 103).

Viertens ist nach § 68 Abs. 5 LFGB die Zulassung einer Ausnahme vom Verbot des § 6 LFGB auf längstens drei Jahre zu befristen; sie kann nur dreimal um jeweils längstens drei Jahre verlängert werden. Hierzu ist festzustellen, dass § 68 Abs. 5 LFGB, indem er für die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen diese zeitlichen Beschränkungen selbst dann vorsieht, wenn die Unbedenklichkeit eines Stoffes nachgewiesen wird, eine Maßnahme darstellt, die in keinem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem LFGB verfolgten Zweck steht, den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu erreichen.

Nach alledem sind die Art. 6 und 7 der Verordnung Nr. 178/2002 dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, die das Herstellen oder Behandeln bzw. das Inverkehrbringen eines Nahrungsergänzungsmittels mit Aminosäuren verbietet, sofern nicht hierfür eine im Ermessen der

nationalen Behörde liegende Ausnahmegenehmigung erteilt wird, entgegenstehen, wenn diese Rechtsvorschrift auf eine Risikoanalyse gestützt ist, die nur bestimmte Aminosäuren betrifft, was zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist. In jedem Fall sind diese beiden Artikel dahin auszulegen, dass sie einer solchen nationalen Rechtsvorschrift entgegenstehen, wenn diese vorsieht, dass die Ausnahmen von dem Verbot nach dieser Vorschrift selbst dann nur befristet zugelassen werden können, wenn die Unbedenklichkeit eines Stoffes nachgewiesen ist. **(EuGH vom 19.01.2017, C-282/15 Queiser Pharma GmbH und Co KG gegen BRD)**

1.1.2 Definition Lebensmittel – Aufnahme durch den Magen-Darm-Trakt

„Lebensmittel“ iSv Art 2 Abs. 1 und 2 BasisVO: Lebensmittel sind danach alle Stoffe, die „dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden“. In der Literatur ist jedoch völlig unstrittig, dass die Aufnahme durch den Magen-Darm-Trakt erfolgen muss (Zeinhofer aaO 164 mwN auch auf ein Grünbuch der Europäischen Kommission; Meyer/Streinz, LFGB – BasisVO [2007] Art 2 BasisVO Rz 7; Meyer/Reinhart, Das neue Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch – eine Mogelpackung, WRP 2005, 1437, 1441). Diese Auffassung, die nach dem natürlichen Verständnis des Begriffs „Lebensmittel“ überaus nahe liegt, ergibt sich insbesondere aus der französischen und der englischen Fassung dieser Bestimmung: „to be ingested by humans“ bzw. „d'être ingéré par l'être humain“. Das im Französischen verwendete Zeitwort „ingérer“ bedeutet nach dem Wörterbuch der Académie Française (<http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>) „introduire par la bouche dans les voies digestives“; es bezieht sich somit auf den Verdauungstrakt. Gleiches gilt für das englische „to ingest“ (vgl dazu die Definition in 13 4 Ob 27/08m www.merriam-webster.com: „to take in for or as if for digestion“, dh „Aufnehmen zur oder als ob zur Verdauung“). **(OGH vom 08.04.2008, 4Ob27/08m)**

1.1.3 Inverkehrbringen – Begriff

Die Beschwerde macht als Beschwerdepunkt geltend, der Beschwerdeführer sei in seinem einfachgesetzlichen Recht verletzt worden, "ohne Vorliegen eines entsprechenden Tatbildes nicht wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 5 Abs. 1 Z 1 iVm § 90 Abs. 1 Z 1 LMSVG bestraft zu werden". Dazu bringt der Beschwerdeführer vor, das "bloße Bereithalten von Lebensmitteln für Verkaufszwecke" sei "ausschließlich dann als Inverkehrbringen anzusehen, wenn das Lebensmittel in jenem konkreten Verarbeitungszustand/in jener konkreten Beschaffenheit in welcher es sich gerade befindet für Verkaufszwecke bestimmt" sei. Hingegen liege in jenen Fällen, in welchen noch eine Weiterverarbeitung/Bearbeitung des Lebensmittels beabsichtigt sei, ein Inverkehrbringen lediglich dann vor, wenn tatsächlich die Weitergabe erfolge.

Dem ist allerdings zu entgegen, dass gerade der in der Beschwerde hervorgehobenen - Begriffsbestimmung des Art. 3 Z. 8 EG-BasisVO eine Einschränkung des im vorliegenden Fall maßgeblichen "Bereithaltens von Lebensmitteln für Verkaufszwecke" auf solche Lebensmittel, welche bereits unmittelbar für den Verkauf verarbeitet sind, nicht zu entnehmen ist. Gegen eine derartige einschränkende Auslegung kann auch - worauf die belangte Behörde zutreffend hingewiesen hat - die (in § 1 Abs. 1

LMSVG übernommene) Bestimmung des Art. 1 Abs. 3 EG-BasisVO ins Treffen geführt werden, wonach die Verordnung "für alle Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen" u.a. von Lebensmitteln gilt.

An dem Inhalt der Begriffsbestimmung des Art. 3 Z. 8 EG-BasisVO vermag auch der Beschwerdehinweis auf die Begriffsbestimmung der "Verarbeitung" in Art. 2 Abs. 1 lit. m der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene nichts zu ändern.

(VwGH vom 29.02.2012, 2008/10/0191)

1.1.4 Bedeutung von Leitlinien für die gute Verfahrenspraxis

Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 wiederholt die schon aus Art. 4 Abs. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 folgende Verpflichtung der Lebensmittelunternehmer sicherzustellen, dass Lebensmittel die mikrobiologischen Kriterien des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 einhalten. Die Lebensmittelunternehmer haben dazu Maßnahmen im Rahmen ihrer auf HACCP-Grundsätzen beruhenden Verfahren (vgl. dazu Art 5 VO [EG] Nr. 852/2004 betreffend Grundsätze der Gefahrenanalyse und der Überwachung kritischer Kontrollpunkte) zu treffen, um zu gewährleisten, dass die Prozesshygienekriterien eingehalten werden. Im Art 5 Abs. 2 lit a) bis g) der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 werden die von Lebensmittelunternehmern zu beachtenden HACCP-Grundsätze für ein System zur Eigenkontrolle aufgelistet.

Bei den in Art. 7 ff der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 angeführten Leitlinien für eine gute Verfahrenspraxis (Hygienepaxis) handelt es sich ebenso wie bei den Richtlinien des ÖLMB um rechtlich zwar nicht unmittelbar verbindliche Verkehrsnormen, die aber von Angehörigen des angesprochenen Verkehrskreises beachtet werden und daher kraft Verkehrssitte als Maßstab in die Beurteilung der gebotenen Sorgfalt einfließen. **(LVwG OÖ vom 05.11.2015, LVwG-000077/2/WEI)**

1.1.5 Wirksame Aussonderung

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die verfahrensgegenständlichen - unbestrittenermaßen wertgeminderten - zwei Stück "Rindszunge gekocht" in einer Kiste im Tiefkühlraum des erwähnten Betriebes vorgefunden wurden, in der sich auch ein Zettel im Format DIN A 3 mit der Aufschrift "Ware nicht für den Verkauf!!! (Retourware, Datum abgelaufen, Muster, Proben)" befunden hat. Was mit der Ware geschehen sollte, ist nicht erkennbar gewesen.

Zwischen den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens steht unbestritten fest, dass das in Rede stehende Lebensmittel "Rindszunge gekocht" wertgemindert war und dass dieser Umstand nicht deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht war. Streit besteht in der Frage, ob die Ware in Verkehr gebracht wurde. Während die belangte Behörde diese Frage wie dargelegt bejaht, erachtet der Beschwerdeführer den erwähnten Zettel, der sich mit der Ware in der Kiste im Tiefkühlraum befunden habe, für ausreichend, "um zu verhindern, dass die Ware im Sinne der Verbotsbestimmung des § 5 Abs. 1 Z. 2 LMSVG in Verkehr gebracht werden könnte". Er ist mit seiner Auffassung nicht im Recht:

Gemäß § 3 Z. 9 LMSVG iVm Art. 3 Z. 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 bezeichnet der Ausdruck "Inverkehrbringen" das Bereithalten von Lebensmitteln oder Futtermitteln für Verkaufszwecke einschließlich des Anbietens zum Verkauf oder jeder anderen Form der Weitergabe, gleichgültig, ob entgeltlich oder nicht, sowie den Verkauf, den Vertrieb oder andere Formen der Weitergabe selbst.

Der Beschwerdeführer übersieht nun bei seinem Vorbringen, dass unter Inverkehrbringen in diesem Sinne das Bereithalten von Lebensmitteln für Verkaufszwecke "einschließlich ... jeder anderen Form der Weitergabe, gleichgültig ob entgeltlich oder nicht" umfasst. Auch das Bereithalten für jede andere Form der Weitergabe als den Verkauf im eigentlichen Sinn fällt somit unter den Begriff des "Inverkehrbringens". Der erwähnte, lediglich den Verkauf, nicht aber "jede andere Form der Weitergabe" untersagende Zettel ändert daher schon aus diesem Grunde nichts an der Beurteilung, die Ware sei im Sinne des LMSVG für Verkaufszwecke bereitgehalten worden. Ob dieser Zettel aber überhaupt eine taugliche Maßnahme darstellen könnte, um ein Inverkehrbringen der in Rede stehenden Waren im Sinne des LMSVG auszuschließen, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben.

Der Beschwerdeführer zeigt auch mit seinem weiteren Vorbringen, die Annahme der belangten Behörde, er habe durch sein Verhalten dem Schutzzweck des LMSVG in nicht unerheblichem Ausmaß zuwidergehandelt, sei geradezu "an den Haaren herbeigezogen", keinen Umstand auf, der eine Rechtswidrigkeit in der Strafbemessung erkennen ließe.

Da somit bereits der Inhalt der vorliegenden Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. (**VwGH vom 29.10.2007, 2007/10/0204**)

1.1.6 Aussagekraft von Gutachten

Siehe dazu auch A 1 1.6. (**OGH vom 17.04.2012, 4Ob47/12h**)

1.1.7 Gegen Gesetz verstoßender Handelsbrauch

Auswirkungen einer unterlassenen Beanstandung in eingeholtem Privatgutachten und Untersuchung der Bundesanstalt für Lebensmitteluntersuchung und -forschung bzw. mündlicher Informationen eines Sachverständigen zur Rechtslage bei anderslautender Kenntnislage des Unternehmers.

Ein gegen zwingendes Gesetz verstoßender Handelsbrauch, wie ihn die Beklagte mehrfach behauptet hat, ist nach Lehre und Rechtsprechung unbeachtlich.

Zur Begründung ihrer Auffassung, dass sie auf Grund einer vertretbaren Rechtsansicht von der Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens habe ausgehen dürfen, verweist die Beklagte auf das Gutachten der Lebensmittel-Versuchsanstalt in welchem die Quaderform der untersuchten Margarineschmalz-Packungen nicht beanstandet wurde. Demgegenüber hat aber schon das Berufungsgericht zu Recht hervorgehoben, dass sich der der Anstalt erteilte Begutachtungsauftrag lediglich auf die Zusammensetzung und die Deklaration des Produktes nach der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung

1973 bezogen hatte. Dem entspricht auch der Inhalt des Gutachtens, wonach weder die Zusammensetzung der vorgelegten Probe noch die dabei verwendeten Emulgatoren und Farbstoffe Anlass zu einer Beanstandung geboten hätten und die Kennzeichnung dieser Probe den Erfordernissen der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung entspreche. Dass die Anstalt auch die Gesetzmäßigkeit der von der Beklagten gewählten Quaderform überprüft und für zulässig befunden hätte, lässt sich dem Gutachten hingegen nicht entnehmen. Für die Beklagte ist aber auch daraus nichts zu gewinnen, dass der als Gutachter tätig gewordene Chemiker Dr. G*** in einem Gespräch mit zwei Vertretern der Beklagten die Auffassung vertrat, das untersuchte Erzeugnis könne seiner Meinung nach selbst dann, wenn es als Margarineschmalz anzusehen wäre, in Quaderform vertrieben werden; nach den Feststellungen der Vorinstanzen hatte sich nämlich Dr. G*** dabei ausdrücklich auf den Erlass vom 18. Oktober 1926 bezogen, dessen Unvereinbarkeit mit der seit 1939 bestehenden neuen Rechtslage aber gerade der Beklagten als einer bedeutenden österreichischen Margarineherstellerin jedenfalls bekannt sein musste. Aus dem gleichen Grund kann auch der Umstand, dass die Bundesanstalt für Lebensmitteluntersuchung und -forschung das von ihr bereits mehrmals untersuchte Produkt "Thea-Brat" noch nicht wegen seiner Ausformung in Quaderform beanstandet hat, von der Beklagten nicht mit Erfolg zur Rechtfertigung ihrer Vorgangsweise herangezogen werden. **(OGH vom 13.09.1988, 4Ob364/86)**

1.1.8 Zigarettenattrappe – Lebensmittel? Lebensmittelbegriff

Weder das Granulat noch die Zigarettenattrappe sind selbst "Lebensmittel" iSv Art 2 Abs. 1 und 2 BasisVO.

Diese Bestimmung ist zwar sehr weit formuliert. Lebensmittel sind danach alle Stoffe, die "dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigen Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden". In der Literatur ist jedoch völlig unstrittig, dass die Aufnahme durch den Magen-Darm-Trakt erfolgen muss (Zeinhofer aaO 164 mwN auch auf ein Grünbuch der Europäischen Kommission; Meyer/Streinz, LFGB - BasisVO [2007] Art 2 BasisVO Rz 7; Meyer/Reinhart, Das neue Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch - eine Mogelpackung, WRP 2005, 1437, 1441). Diese Auffassung, die nach dem natürlichen Verständnis des Begriffs "Lebensmittel" überaus nahe liegt, ergibt sich insbesondere aus der französischen und der englischen Fassung dieser Bestimmung: "to be ingested by humans" bzw "d'être ingéré par l'être humain". Das im Französischen verwendete Zeitwort "ingérer" bedeutet nach dem Wörterbuch der Académie Française (<http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>) "introduire par la bouche dans les voies digestives"; es bezieht sich somit auf den Verdauungstrakt. Gleiches gilt für das englische "to ingest" (vgl. dazu die Definition in www.merriam-webster.com: "to take in for or as if for digestion", dh "Aufnehmen zur oder als ob zur Verdauung").

Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Denn die - pharmakologisch freilich unwirksamen - Wirkstoffe des Granulats werden bloß eingeatmet und durchlaufen daher

nicht den Magen-Darm-Trakt. Die eingeatmeten "Moleküle" (so der Revisionsrekurs) sind daher ebenso wenig Lebensmittel wie - selbstverständlich - die Attrappe selbst. **(OGH vom 08.04.2008, 4Ob27/08m)**

1.1.9 Fremdkörper in gezogenen Proben (Biolebensmittel)

Vermutung gem. Art 14 Abs. 6 EG-BasisVO

Abstellungsaufforderung eines Lebensmittelaufsichtsorganes nicht zustellpflichtig

Im Mittelpunkt des EU-Lebensmittelrechts steht die Lebensmittelsicherheit. Besteht Grund zur Annahme, dass Lebensmittel gesundheitsschädlich sind, dürfen diese nicht in Verkehr gebracht werden (Art. 14 I der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 - EG-BasisVO). Ausdruck dieses Grundsatzes ist ua die in Art. 14 Abs. 6 EG-BasisVO enthaltene (widerlegbare) Vermutung, nach der die gesamte Charge eines Lebensmittels als nicht sicher gilt, wenn ein zu dieser Charge gehörendes Lebensmittel nicht sicher ist, es sei denn es wird bei eingehender Prüfung kein Nachweis gefunden, dass der Rest der Charge nicht sicher sei. Demnach sollen Lebensmittel, die dem Anschein nach gleichen schädlichen Einflüssen oder Behandlungen ausgesetzt waren, bis zum Nachweis des Gegenteils gleich behandelt werden. War im vorliegenden Fall Beanstandungsgrund das Vorhandensein von Steinchen und Lehmkörnern in drei von drei untersuchten Packungen, konnten die Verwaltungsorgane vertretbarerweise davon ausgehen, dass dieser Beanstandungsgrund auf die gesamte Charge zutrifft. Sie konnten sich nicht auf die Möglichkeit verlassen, der Verbraucher werde selbst die Steinchen erkennen und aussortieren. Dass die Steinchen vulkanischen Ursprungs sind und sich bei der Zubereitung (Kochen in Wasser) auflösen, steht nicht fest. Auch mit dem Hinweis, bei unverarbeiteten Biolebensmitteln seien Fremdkörper nie 100%ig auszuschließen, wird die Unvertretbarkeit der Anwendung der sich aus Art 14 Abs. 6 EG-BasisVO ergebenden Vermutung nicht dargelegt.

Das Verhalten der Organe der beklagten Partei findet seine Rechtsgrundlage in § 39 Abs. 2 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes BGBl 13/2006 idF. BGBl 24/2007 (LMSVG). Nach dieser Regelung kann das Aufsichtsorgan vor Erlassung eines Bescheids den Lebensmittelunternehmer auffordern, Verstöße abzustellen. Da die Aufforderung kein (bekämpfbarer) Bescheid ist, ist eine Zustellung an den Lebensmittelunternehmer nicht notwendig. **(OGH vom 06.07.2010, 10b86/10v)**

1.1.10 Schutzzweck des Lebensmittelrechtes

Grenzen Eingriff in Eigentumsrecht bei Fleischschau durch Amtstierarzt

Hauptziel des Lebensmittelgesetzes 1975 ist der notwendige Schutz des Konsumenten vor gesundheitlicher Gefährdung und vor Irreführung (RV 4 BlgNR 13. GP; 21). Diesem Zweck dient insbesondere die im 5. Abschn. des Gesetzes geregelte Überwachung des Verkehrs mit den durch das Lebensmittelgesetz erfassten Waren durch Aufsichtsorgane (§§ 35 ff. LMG), zu denen gemäß § 41 LMG auch die unter anderem zu vorläufiger Beschlagnahme befugten Tierärzte bei Ausübung der Fleischschau zählen. Soweit solche für den Bund handelnde Organe hoheitliche Verfügungen treffen, dienen die Grenzen der sie dazu ermächtigenden Normen des Lebensmittelgesetzes auch dem Schutz der Rechtssphäre dessen, der Lebensmittel in Verkehr bringt.

So darf der Eingriff in das Eigentum nur ein solches Ausmaß haben, dass eine an dem Zweck der Überwachung orientierte Untersuchung nach den hierfür in Betracht kommenden Untersuchungsmethoden möglich ist (VfGH Slg. 8471/1978). Darüber hinaus ist der Betroffene insoweit zu schützen, dass er ihm unrichtig erscheinende Gutachten der Untersuchungsanstalten, die zur Einleitung von Verwaltungs- oder gerichtlichen Strafverfahren führen, ohne Beweisnotstand überprüfen kann (vgl. SSt 23/100; ÖVA 1963, 106).

Schutzzweck der Vorschriften des Lebensmittelrechtes ist hingegen bei teleologischer Betrachtungsweise (ZVR 1984/214; ZVR 1983/35; SZ 54/108 mwN uva.) nicht die Sicherung der Beweislage dessen, der Lebensmittel in Verkehr bringt, in einem späteren Gewährleistungsprozess, in dem es auch nicht auf den Zustand der Ware im Zeitpunkt ihrer Untersuchung, sondern im Zeitpunkt der Übernahme ankommt. **(OGH vom 08.10.1984, 1Ob22/84)**

1.1.11 Wasser

Anwendbarkeit TWV Definition „Abgabe zum Zwecke der Gemeinschaftsversorgung bzw. im familiären Verband“

Im Beschwerdefall erfolgt im Wege der gegenständlichen Versorgungsanlage die Bereitstellung von Wasser für eine Personengemeinschaft, nämlich die Beschwerdeführerin und die drei übrigen Miteigentümer sowie deren jeweiligen Haushaltsangehörige. Es handelt sich sohin um eine Gemeinschaftsversorgung im Sinne des § 3 Z 9 dritter Satz LMSVG. Soweit die Beschwerde argumentiert, der Wasserbezug erfolge lediglich zum jeweiligen Eigengebrauch, weshalb nicht davon gesprochen werden könne, dass die Beschwerdeführerin (so wie die anderen Miteigentümer) Wasser an Personen außerhalb ihres jeweiligen Haushaltes "abgabe", ist dem entgegenzuhalten, dass infolge der vorliegenden Miteigentumsgemeinschaft jeder der vier Miteigentümer nicht bloß selbst (bzw. für seine jeweiligen haushaltsangehörigen Familienmitglieder) Wasser aus der gemeinschaftlichen Anlage bezieht, sondern gleichzeitig eine Abgabe dieses Wasser eben auch an die jeweils anderen Miteigentümer (und deren Haushaltsangehörige) erfolgt.

Der Tatbestand der "Abgabe zum Zweck der Gemeinschaftsversorgung" des § 3 Z. 9 zweiter Satz LMSVG ist sohin im Beschwerdefall (für jeden der Miteigentümer) erfüllt.

Die in dieser Bestimmung enthaltene Ausnahmeregelung ("sofern dies nicht im Rahmen des familiären Verbandes erfolgt") kommt im Beschwerdefall nicht in Betracht, weil die Abgabe des Wassers (auch) an die übrigen Miteigentümer (und deren Haushaltsangehörige), und sohin an Personen erfolgt, die keinem gemeinsamen Familienverband mit der Beschwerdeführerin angehören.

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin demnach Wasser im Sinne des § 3 Z. 9 dritter Satz LMSVG in Verkehr gebracht.

Sie ist sohin Lebensmittelunternehmerin im Sinne des § 3 Z. 11 LMSVG, weshalb auf sie die für die Betreiber einer Wasserversorgungsanlage geltenden Bestimmungen der TWV (insbesondere deren §§ 5 und 6) Anwendung finden. **(VwGH vom 17.09.2014, 2012/10/0046)**

1.2 Gesundheitsschädlich

1.2.1 Fremdkörper Quinoa – Chargenvermutung

Im Mittelpunkt des EU-Lebensmittelrechts steht die Lebensmittelsicherheit. Besteht Grund zur Annahme, dass Lebensmittel gesundheitsschädlich sind, dürfen diese nicht in Verkehr gebracht werden (Art 14 I der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 - EG-BasisVO). Ausdruck dieses Grundsatzes ist u.a. die in Art 14 Abs. 6 EG-BasisVO enthaltene (widerlegbare) Vermutung, nach der die gesamte Charge eines Lebensmittels als nicht sicher gilt, wenn ein zu dieser Charge gehörendes Lebensmittel nicht sicher ist, es sei denn es wird bei eingehender Prüfung kein Nachweis gefunden, dass der Rest der Charge nicht sicher sei. Demnach sollen Lebensmittel, die dem Anschein nach gleichen schädlichen Einflüssen oder Behandlungen ausgesetzt waren, bis zum Nachweis des Gegenteils gleichbehandelt werden. War im vorliegenden Fall Beanstandungsgrund das Vorhandensein von Steinchen und Lehmkörnern in drei von drei untersuchten Packungen, konnten die Verwaltungsorgane vertretbarerweise davon ausgehen, dass dieser Beanstandungsgrund auf die gesamte Charge zutrifft. Sie konnten sich nicht auf die Möglichkeit verlassen, der Verbraucher werde selbst die Steinchen erkennen und aussortieren. Dass die Steinchen vulkanischen Ursprungs sind und sich bei der Zubereitung (Kochen in Wasser) auflösen, steht nicht fest. Auch mit dem Hinweis, bei unverarbeiteten Biolebensmitteln seien Fremdkörper nie 100%ig auszuschließen, wird die Unvertretbarkeit der Anwendung der sich aus Art 14 Abs. 6 EG-BasisVO ergebenden Vermutung nicht dargelegt. Vermag die Revisionswerberin keine sachlichen Gründe dafür ins Treffen zu führen, warum die Beurteilung der Probe keinen Rückschluss auf den Rest der Charge ermöglichte, ist auch den Verwaltungsorganen nicht vorwerfbar, weitergehende Überlegungen in dieser Richtung unterlassen zu haben (siehe Österreichisches Lebensmittelhandbuch IV. Auflage, Codexkapitel A 3 Pkt. 5.2 und 5.3 der Allgemeinen Beurteilungsgrundsätze). **(OGH vom 06.07.2010, 1Ob86/10v)**

1.2.2 Gesundheitsschädlichkeit – diätetische Lebensmittel

Ob diätetische Lebensmittel gesundheitsschädlich sind, hängt davon ab, ob sie trotz Einhaltung der angegebenen Verwendungshinweise die Gesundheit der Verbraucher, für die sie bestimmt sind, schädigen können (hier Magenbitter). **(OGH vom 20.02.1973, 12Os209/72 (12Os210/72))**

1.2.3 Gluten¹ in Buchweizenmehl

Im Österreichischen Lebensmittelbuch ist die Erwartungshaltung der im Verkehr mit Lebensmittel beteiligten Kreise festgeschrieben. Es spiegelt die konkreten Verbrauchererwartungen wider. Dort wird im Codexkapitel B 20 "Mahl- und Schälprodukte" ausgeführt, dass Buchweizenmehl glutenfrei ist. Steht weiters fest, dass für Zöliakie- kranke nur glutenfreie Lebensmittel nicht gesundheitsgefährdend sind und diese Verbrauchergruppe gerade deshalb Buchweizenmehl kauft, liegt keine Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts darin, wenn dieses die Ansicht der Verwaltungsbehörden

¹ Zum Begriff „glutenfrei“ siehe auch VO (EG) 41/2009 zur Zusammensetzung und Kennzeichnung von Lebensmitteln, die für Menschen mit einer Glutenunverträglichkeit geeignet sind.

als vertretbar erachtete, das von der klagenden Partei vertriebene mit Gluten verunreinigte Buchweizenmehl sei gesundheitsschädlich iSd Art. 14 Abs. 2 lit a der EG-BasisVO. Auch mit dem Argument, das Buchweizenmehl sei nicht ausdrücklich für die Verbrauchergruppe der Zöliakiekranken angeboten bzw. für diese ausdrücklich bestimmt worden (siehe Pkt. 3.7. des Österreichischen Lebensmittelbuchs, IV. Auflage, Codexkapitel A 3 zeigt die Revisionswerberin keine Unvertretbarkeit der Entscheidung der Verwaltungsbehörden auf. Wie sich aus Pkt. 3.11 des Österreichischen Lebensmittelbuchs, IV. Auflage, Codexkapitel A 3 nämlich ergibt, führt eine bei voraussehbarer Verwendung gegebene Eignung zur Gesundheitsschädigung nur dann nicht zur Beurteilung der Ware als gesundheitsschädlich, wenn dem Eintritt der Gesundheitsschädlichkeit durch ausreichende Maßnahmen (etwa Informationen oder Hinweise) entgegengewirkt wurde. **(OGH vom 06.07.2010, 1Ob86/10v)**

1.3 Für den menschlichen Verzehr ungeeignet

1.3.1 Bauchfleisch mariniert, Eigenverpackung, sensorische Untersuchung alleine für wirksames Kontrollsystem nicht ausreichend

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Beschuldiger im Hinblick auf das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems, aufgrund dessen das Fehlen eines Verschuldens gemäß § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft gemacht würde, gehalten darzutun, dass er solche Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließen, und wie es trotz dieses Kontrollsystems zur Verwaltungsübertretung kommen konnte (vgl. W. Wessely in N. Raschauer/W. Wessely (Hg.), VStG, § 5 Rz 25 bis 29 und die dort zitierte hg. Judikatur).

Wenn die belangte Behörde ausführt, der Mitbeteiligte habe nicht erkennen können, dass die Ware für den menschlichen Verzehr nicht geeignet gewesen sei, da deren Aussehen unauffällig und ihr Geruch arteigen und ohne Abweichung gewesen sei und der Mitbeteiligte weder dazu verpflichtet noch dazu in der Lage sei, an jedem Lebensmittel eine bakteriologische Untersuchung vorzunehmen, geht sie (erkennbar) davon aus, dass ihn an der Übertretung des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG kein Verschulden treffe.

Damit geht die belangte Behörde jedoch nicht auf die Vermutung der Fahrlässigkeit in § 5 Abs. 1 VStG und das sich daraus ergebende Erfordernis, den Mangel an Verschulden glaubhaft zu machen, ein. Vielmehr wäre ausgehend von der Begründung des angefochtenen Bescheides fahrlässiges Verhalten im Hinblick auf das Inverkehrbringen von für den menschlichen Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln nach Ansicht der belangten Behörde immer schon dann auszuschließen, wenn diese Eigenschaft der Lebensmittel anhand ihres Aussehens und Geruchs nicht erkennbar ist. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, stellt der Straftatbestand des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG doch allein auf die (fehlende) Eignung eines in Verkehr gebrachten Lebensmittels zum menschlichen Verzehr ab. Im Hinblick darauf ist der Mangel an Verschulden glaubhaft zu machen. Gerade für (hier zudem mariniertes) Fleisch liegt es auf der Hand, dass die Beurteilung, ob dieses für den menschlichen Verzehr geeignet ist, sich nicht allein auf Aussehen und Geruch beschränken kann. Entgegen der Ansicht der belangten Behör-

de - die eine bakteriologische Untersuchung jedes einzelnen in Verkehr gebrachten Lebensmittels als einzige weitere Möglichkeit anzusehen scheint, Übertretungen wie die gegenständliche zu verhindern - sind zur Kontrolle der Unbedenklichkeit von Fleisch auch eine Reihe weiterer (zumutbarer) Maßnahmen denkbar, wie sie zum Teil in den lebensmittelrechtlichen Vorschriften vorgesehen sind und etwa auch in der vorliegenden Amtsbeschwerde aufgezeigt werden. **(VwGH vom 21.05.2012, 2011/10/0050 mit Verweis auf VwGH vom 26.04.2010, 2008/10/0169)**

1.3.2 Abgelaufene Mindesthaltbarkeitsfrist – Verdorbenheit

Als Gegenstand jener Verbrauchererwartung, die für die Annahme der Verdorbenheit eines bestimmten Lebensmittels von Bedeutung ist, weil sie produktbezogen die jeweils maßgebenden Kriterien für dessen "bestimmungsgemäße Verwendbarkeit" und damit auch für deren wesentliche Verminderung (einschließlich ihres gänzlichen Wegfalls) determiniert, kann nach dem gesetzlich umschriebenen Verwendungszweck der Lebensmittel folgerichtig nur die für diese Zielsetzung aktuelle tatsächliche Beschaffenheit des betreffenden Stoffs in Betracht kommen.

Darüber aber besagt der Ablauf einer empfohlenen Aufbrauchfrist allein noch nichts; dass ein Lebensmittel einer solcherart bloß auf die Mindestdauer der Haltbarkeit bezogenen Verbrauchererwartung nicht entspricht, hat demnach - selbst dann, wenn dieser Umstand aus Gründen der Vorsicht weithin zu einem Konsumverzicht, also zum tatsächlichen Unterbleiben seiner bestimmungsgemäßen Verwendung, führt - für sich allein noch nicht eine Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendbarkeit der Ware, sohin ihrer Genusstauglichkeit, (und damit ihre Verdorbenheit) zur Folge, weil sich eine derartige Verbrauchererwartung nicht auf die dafür maßgebende effektive Beschaffenheit des betreffenden Lebensmittels bezieht. **(OGH vom 09.09.1986, 100s118/86)**

1.4 Verfälschung

1.5 Wertminderung

1.6 Zur Irreführung geeignete Angaben

1.6.1 Styriagra

Wird eine bekannte Marke in humorvoll verfremdeter Weise zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen verwendet, so kann die Unlauterkeit der Ruf- oder Aufmerksamkeitsausbeutung aus grundrechtlichen Erwägungen zu verneinen sein, wenn das beanstandete Verhalten als Ausdruck künstlerischen Schaffens oder als Beitrag zum gesellschaftlichen Diskurs zu werten ist (Markenparodie oder Markensatire). Das gilt jedoch nicht, wenn die Nutzung der Marke bei realistischer Betrachtung in erster Linie dazu dient, deren Bekanntheit für den Absatz eigener Waren oder Dienstleistungen auszunutzen. **(OGH vom 22.09.2009, 17Ob15/09v)**

1.6.2 Waldbeerfruchtschnitte

Der mündige Konsument erwartet von einem als „Waldbeeren Fruchtschnitte“ bezeichneten Produkt weder eine unter Verwendung ganzer Früchte, noch - im Ver-

hältnis zu anderen Obstzutaten - überwiegend aus Waldbeeren hergestellte Fruchtschnitte. Ganze Früchte muss er als Zutat schon aufgrund der geringen Breite der Schnitte, deren erkennbar fester Konsistenz und der vorausgesetzten längeren Haltbarkeit eines solchen Lebensmittels ausschließen, und ohne Kenntnis der Zutatenliste hat er keine Vorstellung davon, in welchem Ausmaß die namensgebenden Früchte in der Schnitte enthalten sind und ob diese Zutat mengenmäßig gegenüber sonstigen (Obst-)Zutaten überwiegt. **(OGH vom 15.02.2011, 4Ob228/10y)**

1.6.3 Blickfangartige Aufmachung (Früchte)

Im vorliegenden Fall befinden sich zum einen auf der Verpackung des Fruchtttees u. a. Abbildungen von Himbeeren und Vanilleblüten, die Angaben „Fruchtttee mit natürlichen Aromen“ und „Fruchttteemischung mit natürlichen Aromen – Himbeer-Vanille-Geschmack“ sowie ein grafisch gestaltetes Siegel „nur natürliche Zutaten“.

Zum anderen enthält der Tee nach dem auf einer Seite der Verpackung angebrachten Verzeichnis der Zutaten gemäß Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2000/13, dessen Richtigkeit und Vollständigkeit nicht bezweifelt werden, natürliche Aromen mit „Vanillegeschmack“ und „Himbeergeschmack“. Es ist also unstrittig, dass der Tee keine natürlichen Zutaten aus Vanille oder Himbeere oder aus Vanille oder Himbeere gewonnenen Aromen enthält.

Im Ausgangsverfahren stellt sich daher die Frage, ob die Etikettierung des Fruchtttees geeignet ist, den Käufer irrezuführen, weil sie den Eindruck des Vorhandenseins von Himbeer- und Vanilleblütenzutaten oder aus diesen Zutaten gewonnenen Aromen erwecken könnte, obwohl solche Zutaten oder Aromen darin nicht vorhanden sind.

Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art.2 Abs.1 Buchst. a Ziff. i und Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2000/13 dahin auszulegen sind, dass es mit ihnen nicht vereinbar ist, dass die Etikettierung eines Lebensmittels und die Art und Weise, in der sie erfolgt, durch das Aussehen, die Bezeichnung oder die bildliche Darstellung einer bestimmten Zutat den Eindruck des Vorhandenseins dieser Zutat in dem Lebensmittel erwecken können, obwohl sie darin tatsächlich nicht vorhanden ist und sich dies allein aus dem Verzeichnis der Zutaten auf der Verpackung des Lebensmittels ergibt.

Der Umstand, dass das Verzeichnis der Zutaten auf der Verpackung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Erzeugnisses angebracht ist, kann jedoch für sich allein nicht ausschließen, dass die Etikettierung dieses Erzeugnisses und die Art und Weise, in der sie erfolgt, geeignet sein könnten, den Käufer gemäß Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i der Richtlinie 2000/13 irrezuführen.

Die Etikettierung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2000/13 umfasst nämlich alle Angaben, Kennzeichnungen, Hersteller- oder Handelsmarken, Abbildungen oder Zeichen, die sich auf ein Lebensmittel beziehen und die auf dessen Verpackung angebracht sind. In der Praxis kommt es vor, dass einige dieser verschiedenen Elemente unwahr, falsch, mehrdeutig, widersprüchlich oder unverständlich sind.

Ist dies der Fall, kann das Verzeichnis der Zutaten, auch wenn es richtig und vollständig ist, in bestimmten Fällen gleichwohl nicht geeignet sein, einen falschen oder missverständlichen Eindruck des Verbrauchers bezüglich der Eigenschaften eines Lebensmittels zu berichtigen, der sich aus den anderen Elementen der Etikettierung dieses Lebensmittels ergibt.

Lassen die Etikettierung eines Lebensmittels und die Art und Weise, in der sie erfolgt, insgesamt den Eindruck entstehen, dass dieses Lebensmittel eine Zutat enthält, die tatsächlich nicht darin vorhanden ist, ist eine solche Etikettierung daher geeignet, den Käufer über die Eigenschaften des Lebensmittels irrezuführen.

Bei dieser Prüfung hat das vorliegende Gericht u.a. die verwendeten Begriffe und Abbildungen sowie Platzierung, Größe, Farbe, Schriftart, Sprache, Syntax und Zeichensetzung der verschiedenen Elemente auf der Verpackung des Früchtetees zu berücksichtigen.

Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i und Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür in der durch die Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass es mit ihnen nicht vereinbar ist, dass die Etikettierung eines Lebensmittels und die Art und Weise, in der sie erfolgt, durch das Aussehen, die Bezeichnung oder die bildliche Darstellung einer bestimmten Zutat den Eindruck des Vorhandenseins dieser Zutat in dem Lebensmittel erwecken können, obwohl sie darin tatsächlich nicht vorhanden ist und sich dies allein aus dem Verzeichnis der Zutaten auf der Verpackung des Lebensmittels ergibt. **(EuGH vom 04.06.2015, C195/14 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. gegen Teekanne GmbH & Co KG)**

1.6.4 Anforderungen für Kennzeichnung „frei von Konservierungsmitteln“

Die Frage, ab welcher Konzentration dieser Stoff seine (nicht nur antioxidierende, sondern darüber hinaus auch) konservierende Wirkung entfaltet, stellt sich schon deshalb, weil nach Art. 9 der VO 1333/2008 in den Anhängen II und III zu dieser Verordnung die Lebensmittelzusatzstoffe zwar den einzelnen „Funktionsklassen“ im Sinne des Anhanges I entsprechend ihrer technischen Hauptfunktion zugeordnet sind – nämlich insbesondere „konservierend“ bzw. „antioxidierend“ i.S.d. Anhanges I Z. 3 und Z. 4 zu dieser Verordnung –, diese Zuordnung aber nach den angeführten Bestimmungen nicht ausschließt, dass solche Zusatzstoffe auch für andere Zwecke verwendet werden können; jedoch sind die in den Anhängen II und III enthaltenen Listen der Lebensmittelzusatzstoffe (sog. „E-Nummern“) gemäß Art. 4 Abs. 3 und 4 der VO 1333/2008 nicht nach Funktionsklassen, sondern vielmehr nach dem Kriterium der Kategorien jener Lebensmittel, denen sie zugesetzt werden dürfen, erstellt.

Aus rechtlicher Sicht ergibt sich daraus, dass allein die Einreihung eines Zusatzstoffes in eine bestimmte Klasse – z.B. in die Klasse 200 bis 297 bzw. in die Klasse 300 bis 392 – noch keinen hinreichenden Nachweis dafür bildet, dass diesem Stoff beispielsweise auch tatsächlich eine (vorwiegend) konservierende bzw. (vorwiegend bloß) antioxidierende Wirkung zukommt, oder bzw. kurz: Einer E-Nummer kommt (generell und auch insoweit) bloß Indizwirkung zu.

Vor diesem Hintergrund hat die AGES über (neuerliche) Aufforderung des LVwG Oberösterreich im Grunde nicht selbst Stellung genommen, sondern mit e-mail vom 16. März 2016 vielmehr auf eine Literaturstelle hingewiesen; aus dieser ergibt sich, dass Kaliummetabisulfit sowohl antioxidierende als auch konservierende Wirkung hat und dieser Stoff im Besonderen ab einer Menge zwischen 0,025 g/kg (= 25 mg/kg) und 0,3 g/kg (= 300 mg/kg) zur Konservierung geeignet ist (vgl. *R. Ebermann – I. Elmadafa*, Lehrbuch Lebensmittelchemie und Ernährung, 2. Aufl. [2011], S. 615 und dazu näher oben, I.13.).

Daraus folgt insgesamt, dass der im verfahrensgegenständlichen Produkt vorgefundenen (Durchschnitts-)Menge an Kaliummetabisulfit von 99,5 mg/kg (= 0,0995 g/kg) – weil dieses Quantum innerhalb der für diese Zwecksetzung als lebensmittelchemisch geeignet angeführten Bandbreite liegt – (nicht nur eine antioxidierende, sondern auch) eine konservierende Wirkung zukam, wenngleich dadurch (zumindest im Durchschnitt) der gemäß Anhang II Teil E der VO 1333/2008 für die Kategorie „04.2.2. Obst und Gemüse in Essig, Öl oder Lake“ festgelegte höchstzulässige Grenzwert von 100 mg/kg nicht überschritten wurde und erst recht keine Gesundheitsgefährdung zu befürchten war.

Im Ergebnis erweist sich somit die auf dem Etikett der Verpackung enthaltene Angabe „Ohne Konservierungsmittel“ jedenfalls als sachlich unrichtig.

Zugleich war diese aber auch geeignet, Verbraucher in die Irre zu führen, weil bei Zugrundelegung eines durchschnittlichen Konsumenten als Maßstab realistischweise nicht erwartet werden kann, dass dieser erkennt, dass die Auslobung „Ohne Konservierungsmittel“ durch den gleichzeitig am Etikett angebrachten Hinweis, dass im verfahrensgegenständlichen Lebensmittel auch ein Antioxidationsmittel enthalten ist, entsprechend relativiert bzw. konkret: nicht bloß neutralisiert, sondern sogar ins Gegenteil verkehrt wird. Denn einem durchschnittlichen Verbraucher ist schon nicht zusinnbar, zu wissen bzw. zu erkennen, dass einem spezifischen Antioxidationsmittel – hier: „E 224“ (= „Kaliummetabisulfit“) – ab einem bestimmten Quantum zugleich auch eine konservierende Wirkung zukommt, und erst recht nicht, ab welcher Konzentration ein derartiger Effekt eintritt.

Da ein durchschnittlicher Verbraucher die Angabe „Ohne Konservierungsmittel“ in Verbindung mit dem gleichzeitigen Hinweis „Antioxidationsmittel“ vielmehr dahin versteht, dass ein solches Lebensmittel keinerlei chemische Konservierungsstoffe enthält, liegt insgesamt besehen also ein tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG i.V.m. § 5 Abs. 2 Z. 1 LMSVG vor: Denn die Angabe „Ohne Konservierungsmittel“ in Verbindung mit „Antioxidationsmittel: E 224“ ist insgesamt besehen nicht geeignet, eine Irreführung durchschnittlicher Verbraucher darüber,

dass der von ihnen erworbene „Karfiolsalat“ tatsächlich nicht die Eigenschaft hat, frei von jeglichen Konservierungsstoffen zu sein (sondern dass das Antioxidationsmittel „Kaliummetabisulfit“ hier in einer Konzentration vorhanden ist, der konservierende Wirkung zukommt), verlässlich hintanzuhalten. **(LVwG OÖ vom 15.04.2016, LVwG-000130/17/Gf/Mu)**

1.6.5 Zur Täuschung geeigneten Angaben in Werbung

Die Werbung für ein fabrikmäßig hergestelltes Fertiggericht in Dosen mit dem - durch die Wiederholung der Silbe "gut" - besonders einprägsamen Werbespruch "Gutes vom Gutshof", aber auch die Werbung für ein bestimmtes Produkt mit dem Zusatz "... vom Gutshof" ist geeignet, die Verbraucher über die Herstellungsart und auch über den Ursprung dieser Erzeugnisse zu täuschen. Es lassen sich häufig - und auch im vorliegenden Fall - marktschreierische Anpreisungen auf einen sachlich nachprüfbareren "Tatsachekern" - etwa auf die Behauptung erstklassiger Qualität - zurückführen, die durchaus ernst genommen wird und bei Unrichtigkeit zur Irreführung geeignet ist (ÖBl 1978, 31; ÖBl 1984, 97; ÖBl 1987, 49 ua).

In diesem Sinn kann aber die deutlich als Ursprungsbezeichnung (in der Einzahl !) formulierte Angabe "vom Gutshof", die die Beklagte durch die Verwendung ihrer Wortbildmarke noch verstärkt, von einem nicht unerheblichen Teil des Publikums dahin verstanden werden, dass die Beklagte, auch wenn sie ihre Erzeugnisse (im allgemeinen) industriell herstellt, mit einem Gutshof als ständigem, allenfalls auch von ihr kontrollierten Lieferanten hochwertiger landwirtschaftlicher Erzeugnisse in Verbindung stehe, dass sich die mit der beanstandeten Angabe beworbenen Erzeugnisse durch eine besondere Frische auszeichneten oder dass für die Fertiggerichte der "GutshofSerie" eine besondere, von der üblichen industriellen Herstellung abweichende handwerksmäßige Art der Zubereitung - wenn auch in großen Mengen - angewendet werde. **(OGH vom 09.02.1988, 4Ob414/87)**

1.6.6 Irreführungseignung von Werbeaussagen

Siehe dazu auch Abs. 1.11.1. **(OGH vom 20.10.1998, 4Ob 268/98k)**

1.6.7 Unzulässige Werbung mit Selbstverständlichkeiten – Beurteilung der Irreführungseignung

Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 5 Abs. 2 Z. 3 LMSVG 2006 sind - wahre - Angaben, durch die zu verstehen gegeben wird, dass das Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Eigenschaften besitzen, zur Irreführung geeignet. Die Lösung der Frage, ob Hinweise zur Irreführung geeignet sind, erfordert weder eine Verbraucherbefragung noch ein Sachverständigen-gutachten (vgl. E 22. März 1999, 98/10/0420). **(VwGH vom 16.12.2015, VwGH Ro 2015/10/0013)**

1.6.8 Karree-Filet

Eine (irreführende) Falschbezeichnung nach § 74 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 lit c LMG liegt vor, wenn unverpackt in einer gekühlten Verkaufsvitrine gelagertes Schweinefleisch (Karree) als - Karree Filet - bezeichnet wird. Damit weiß ein erheblicher Teil der

Konsumenten nicht, ob es sich hierbei um ein Karree oder um ein Filet handelt. Die Verwendung des Begriffes Filet erweckt dazu den Eindruck, ein hochwertiges, teures Fleisch zu kaufen. Dabei liegt es auf der Hand, dass die Art des in Verkehr gebrachten Lebensmittels einen Umstand darstellt, der nach der Verkehrsauffassung, insbesondere der Verbrauchererwartung, wesentlich ist (siehe dazu VwGH 09.11.1992, 91/10/0105). **(UVS Steiermark vom 10.04.1995, 30.16-152/94)**

1.6.9 Auswirkungen des Umfangs eines vorher eingeholten Gutachtens auf die Haftung des Unternehmers – Behauptung der Deckung von 50 % des täglichen Obst- und Gemüsebedarfes

Selbst wenn man daher die Einhaltung der beruflichen Sorgfalt für relevant hielte, müsste sie bei objektiver Irreführungseignung einer Geschäftspraktik vom belangten Unternehmer behauptet und bewiesen werden. Die Beklagte stützt sich dafür, soweit im Rekursverfahren noch relevant, auf Prüfberichte einer Lebensmittelversuchsanstalt, die die Verkehrsfähigkeit ihres Produkts bejaht hatten. Den Inhalt dieser Berichte hat das Erstgericht durch Verweis auf die Urkunden festgestellt. Ihnen lässt sich indes nicht mit der nötigen Deutlichkeit entnehmen, dass die Versuchsanstalt auch die Irreführungseignung der beanstandeten Äußerung geprüft hätte. Vielmehr heißt es jeweils, dass die „vorliegende Probe einer mikrobiologischen, sensorischen und chemischen Untersuchung“ unterzogen worden sei. Ob diese Untersuchungen auch die Frage betrafen, wie hoch nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft der tägliche Bedarf an Obst und Gemüse ist und ob die Zubereitung der Beklagten tatsächlich ausreiche, diesen Bedarf zur Hälfte abzudecken, ist nicht erkennbar. Soweit einige Prüfberichte ausführen, die jeweilige Probe entspreche den Bestimmungen der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung und der Nährwertkennzeichnungsverordnung, fehlt dafür jede Begründung; zudem ist nicht ersichtlich, dass sich die diesbezügliche Prüfung tatsächlich auch auf die konkret beanstandete Ankündigung bezogen hätte. Ein die Einhaltung der beruflichen Sorgfalt rechtfertigendes Vertrauen auf die Prüfberichte könnte in diesem Zusammenhang jedenfalls nur dann bestehen, wenn darin auch eine nachvollziehbare Begründung für die Richtigkeit der konkret strittigen Aussage enthalten wäre. Vollends deutlich wird die fehlende Aussagekraft im Prüfbericht vom 20. Oktober 2010. Denn dort führt die Versuchsanstalt aus, die Probe entspreche den Bestimmungen der VO (EG) Nr. 1924/2006 (Health Claims VO) „unter der Voraussetzung, dass die gesundheitsbezogenen Angaben nachweislich und nachvollziehbar wissenschaftlich belegt werden können.“ Eine inhaltliche Überprüfung hat hier also gerade nicht stattgefunden. Dieser Prüfbericht ist der jüngste der von der Beklagten vorgelegten. Er lässt es daher besonders zweifelhaft erscheinen, dass in den früheren Begutachtungen eine umfassende Prüfung erfolgt wäre. **(OGH vom 17.04.20124, Ob47/12h)**

1.6.10 Kommerzielle Kommunikation an medizinische Fachkreise (Nährwert- und gesundheitsbezogene Angabe)

Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art.1 Abs.2 der Verordnung Nr. 1924/2006 dahin auszulegen ist, dass nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben in kommerziellen Mitteilungen über Lebensmittel, die als solche an den

Endverbraucher abgegeben werden sollen, in den Geltungsbereich dieser Verordnung fallen, auch wenn sich diese Mitteilungen nicht an den Endverbraucher, sondern ausschließlich an medizinische Fachkreise richten.

Innova Vital, deren Geschäfte von einem Arzt geführt werden, brachte in Deutschland ein in Tropfenform zu verabreichendes Vitamin-D3-haltiges Nahrungsergänzungsmittel unter dem Namen „Innova Mulsin® Vitamin D3“ in den Verkehr.

Im November 2013 richtete der Geschäftsführer von Innova Vital ausschließlich an namentlich genannte Ärzte ein Schreiben (im Folgenden: in Rede stehendes Schreiben), in dem es hieß:

„...“

Sie kennen die Fakten: 87 % der Kinder in Deutschland haben Vitamin[-]D-Werte von unter 30 ng/ml im Blut. Laut [der Deutschen Gesellschaft für Ernährung (DGE)] sollten es aber zwischen 50-75 ng/ml sein.

Wie schon in zahlreichen Studien beschrieben wurde, trägt Vitamin D maßgeblich zur Prävention mehrerer Krankheiten, wie z. B. atopische Dermatitis, Osteoporose, Diabetes mellitus und [Multiple Sklerose] bei. Nach diesen Studien ist ein zu niedriger Vitamin[-]D-Spiegel schon im Kindesalter mit verantwortlich für das spätere Auftreten der genannten Krankheitsbilder.

Aus diesem Grund habe auch ich meinem Sohn die empfohlenen Vitamin[-]D-Präparate verabreicht und dabei festgestellt, dass die herkömmliche Tablettenform von Säuglingen, Kleinkindern und auch Schulkindern nicht sehr gut angenommen wird. Mein Sohn spuckte diese regelmäßig wieder aus.

Darüber habe ich mir als Arzt mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Immunologie Gedanken gemacht und eine Vitamin[-]D3[-]Emulsion (Innova Mulsin® D3) zur Verabreichung in Tropfenform entwickelt.

...

Vorteile der Mulsine:

...

schnelle Vorbeugung oder Beseitigung von Mangelzuständen (Vitamin[]D3[]Mangel bei 80 % der Bevölkerung im Winter beschrieben)

...

Direkt-Bestellkonditionen sowie kostenfreies Infomaterial für Ihre Praxis erhalten Sie unter ...“

Das in Rede stehende Schreiben enthielt eine bebilderte Darstellung des Nahrungsergänzungsmittels Innova Mulsin® Vitamin D3 mit Angaben über seine Zusammensetzung, seinen Verkaufspreis und die Tagestherapiekosten nach der Dosierungsempfehlung von einem Tropfen täglich.

Zwar ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1924/2006, dass die Verwendung nährwert- oder gesundheitsbezogener Angaben nur zulässig ist, wenn der

durchschnittliche Verbraucher die positiven Wirkungen, die in der Angabe dargestellt werden, versteht.

Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass jede objektive Information über neue wissenschaftliche Entwicklungen, die Lebensmittelunternehmer unter Verwendung technischer oder wissenschaftlicher Terminologie – wie hier des Begriffs „atopische Dermatitis“ – an medizinische Fachkreise richten, verboten wäre.

Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1924/2006 ist nämlich dahin zu verstehen, dass diese Bestimmung im Interesse einer sachkundigen Entscheidung des Endverbrauchers zur Anwendung gelangt, wenn die nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben unmittelbar dem Endverbraucher mitgeteilt werden. In einem Fall wie dem des Ausgangsrechtsstreits jedoch wird das solche Angaben enthaltende Schreiben, wie der Generalanwalt in Nr. 54 seiner Schlussanträge festgestellt hat, nicht als solches dem Endverbraucher vorgelegt, sondern den medizinischen Fachkreisen übermittelt, die stillschweigend dazu aufgefordert werden, das betroffene Lebensmittel dem Endverbraucher zu empfehlen.

Darüber hinaus sieht der vierte Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1924/2006 vor, dass die Verordnung auf Angaben in nicht kommerziellen Mitteilungen wie z. B. in den Ernährungsrichtlinien oder Empfehlungen staatlicher Gesundheitsbehörden und stellen oder in nicht kommerziellen Mitteilungen und Informationen in der Presse und in wissenschaftlichen Veröffentlichungen keine Anwendung finden sollte.

Daher steht die Verordnung der objektiven Information medizinischer Fachkreise über neue wissenschaftliche Entwicklungen, die sich technischer oder wissenschaftlicher Terminologie bedient, nicht entgegen, wenn die Mitteilung nicht kommerzieller Art ist.

Vor diesem Hintergrund ist der Begriff „kommerzielle Mitteilung“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 dieser Verordnung dahin zu verstehen, dass er u. a. Mitteilungen in Form einer Lebensmittelwerbung erfasst, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes dieser Lebensmittel dienen.

Eine solche Mitteilung kann jedoch auch die Form einer nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe im Sinne der Verordnung enthaltenden Werbeschreibens annehmen, das Lebensmittelunternehmer an medizinische Fachkreise richten, damit diese ihren Patienten gegebenenfalls den Kauf und/oder den Verbrauch dieses Lebensmittels empfehlen.

Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1047/2012 der Kommission vom 8. November 2012 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben in kommerziellen Mitteilungen über Lebensmittel, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen, in den Geltungsbereich dieser Verordnung fallen, auch wenn sich diese Mitteilungen nicht an den Endverbraucher, sondern ausschließlich an medizinische Fachkreise richten. **(EuGH**

vom 14.7.2016, C-19/15, Verband sozialer Wettbewerb e.V. gegen Innova Vital GmbH)

1.6.11 Empfehlung Diätologin eines Krankenhauses – unzulässige gesundheitsbezogene Angabe

Im vorliegenden Fall hängt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Beschwerdeführers davon ab, ob die inkriminierte Angabe auf den Lebensmittelprodukten Art. 12 lit. c der EU-Claims-Verordnung widerspricht. Nach dieser Verordnungsbestimmung in der deutschen Sprachfassung vor der Berichtigung Amtsblatt L 160 vom 12. Juni 2013, Seite 15 (siehe dazu gleich unten), handelt es sich bei Angaben, die auf Empfehlungen von einzelnen Ärzten oder Vertretern medizinischer Berufe oder von Vereinigungen die nicht in Art. 11 genannt werden, verweisen, um unzulässige gesundheitsbezogene Angaben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis zur Zl. 2012/10/0105 ausgesprochen, dass es sich bei dem Hinweis auf den Wert von Lebensmitteln der auch hier gegenständlichen Produktschiene für eine ausgewogene Ernährung eindeutig um eine Empfehlung im Sinn der zitierten Verordnungsbestimmung handelt. Er kam unter Heranziehung von teleologischen und systematischen Argumenten sowie der englischen und französischen Sprachfassung der EU-Claims-Verordnung zum Ergebnis, dass es sich bei einer Diätologin um eine Vertreterin eines medizinischen Berufs im Sinn von Art. 12 lit. c dieser Verordnung handle und die inkriminierte Angabe auf einem Lebensmittelprodukt daher dieser Bestimmung in der Fassung vor der oben erwähnten Berichtigung der deutschen Sprachfassung widerspreche. Durch diese Berichtigung wurde die Wortfolge "Vertretern medizinischer Berufe" durch "Angehörigen von Gesundheitsberufen" ersetzt. Somit wurde nunmehr seitens des Verordnungsgebers klargestellt, dass von Art. 12 lit. c auch Empfehlungen von Diätologen, die zweifellos zu den "Gesundheitsberufen" zu zählen sind, umfasst sind. **(VwGH vom 12.08.2014, 2013/10/0203)**

1.6.12 Krankheitsbezogene Angabe – Nikotinentzug – Nervosität – Stress

„Nervosität“ oder „Stress“ sind zumindest im Zusammenhang mit dem Nikotinentzug als „krankhafte Beschwerden“ im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 AMG anzusehen (zu diesem Begriff VwGH 97/10/0210: von der „Normbeschaffenheit abweichende Zustände“ wie etwa Schlafstörungen). Ebenfalls krankheitsbezogen sind Angaben (teilweise auch der „aktuellen“ Werbelinie), die auf eine unterstützende Wirkung - und zwar mangels deutlicher Unterscheidung auch des Granulats, nicht bloß der Attrappe als solcher - bei der „Raucherentwöhnung“ hinweisen. Diese Aussagen beziehen sich eindeutig auf die Behandlung einer Krankheit (Nikotinabhängigkeit). **(OGH vom 08.04.2008, 4Ob27/08m)**

1.6.13 Krankheitsbezogene Angabe – Übersäuerung

Ein verständiger Verbraucher wird aus der beanstandeten Werbung ableiten, dass das Produkt Krankheiten vorbeugt. Denn schon aus dem Aufbau der Anzeige ergibt sich, dass der Übersäuerung entgegengewirkt werden soll, um auch weitere Krankheiten (u.a. Arteriosklerose, Diabetes, Migräne) zu verhindern. Damit ist die Bekämpfung

fung der „Übersäuerung“ bei der gebotenen Gesamtbetrachtung kein Wert an sich, sondern in erster Linie Mittel zum Zweck. Es besteht daher kein Zweifel, dass die Anzeige zumindest den Eindruck einer krankheitsvorbeugenden Wirkung hervorruft. Aber auch die Übersäuerung selbst wird ein verständiger Verbraucher im Gesamtzusammenhang als Krankheit verstehen, die mit dem Produkt behandelt werden kann. Denn wenn „akute Übersäuerung“ ein „lebensgefährlicher Zustand“ ist, muss jeder unbefangene Leser auch die bloße „Übersäuerung“ für eine Krankheit halten, d.h. für eine zeitlich und intensitätsmäßig variable Störung der Normbeschaffenheit des Körpers (Barfuß/Smolka/Onder aaO 17; vgl. auch die EB zum AMG, 1060 BlgNR 15. GP). Diese Auffassung deckt sich mit der Rsp des VwGH zu § 9 LMG idF der LMG-Novelle 2003. Danach liegt eine verbotene Angabe schon dann vor, wenn auf einen Zustand Bezug genommen wird, bei dem „menschliche Organe oder Lebensprozesse nicht ordnungsgemäß und ungestört funktionieren“ (GZ 2002/10/0224 = JUS A/4189 - Verdauungsdragees). Das ist bei einer „Übersäuerung“ offenkundig der Fall. **(OGH vom 19.12.2006, 4Ob171/06k)**

1.6.14 „ohne Fett geröstet“ ist keine verbotene nährwertbezogene Angabe sondern eine wahrheitsbezogene Angabe über Beschaffenheit

Die nährwertbezogene Angabe „ohne Fettzusatz“ ist zwar im Anhang zur VO 1924/2006 nicht angeführt und daher wegen des Verbotsprinzips unzulässig. Bei der beanstandeten Angabe „Erdnüsse, ohne Fett (im Ofen) geröstet“ handelt es sich jedoch nicht um eine solche, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung wie die Angabe „ohne Fettzusatz“ hat. Diese Angabe ist zusammen mit dem Hinweis „pikant gewürzt“ eine nützliche und wahrheitsgemäße Information für den Verbraucher über die Beschaffenheit des Produkts und steht im Zusammenhang mit der Herstellung von verschiedenen Produkten wie „Erdnüsse, ölgeröstet mit/ohne Salz“ und „Erdnüsse, trocken geröstet, pikant gewürzt“. Dem Verbraucher soll durch die Information über die Beschaffenheit des Lebensmittels die Wahl zwischen geschmacklich verschiedenen Erdnussprodukten ermöglicht werden.

Während die nährwertbezogene Angabe „ohne Fettzusatz“ auf die besondere Eigenschaft eines Produkts durch einen reduzierten Fettgehalt abstellt, umschreibt der Hinweis „ohne Fett geröstet“ nur die Art der Röstung und intendiert keine Aussage über Nährstoffe des Produkts. Es kann daher nicht von einer gleichbedeutenden bzw. synonymen Angabe zur Deklaration eines Produkts mit der Angabe „ohne Fettzusatz“ ausgegangen werden. Auch wenn, wie die AGES im Gutachten ausgeführt hat, in Fett geröstete Erdnüsse allein durch diese Art der Röstung 50 % statt 46 % Fett aufweisen und damit einen leicht erhöhten Fettanteil enthalten, wird dieser Umstand nicht schon durch die Angabe „ohne Fett geröstet“ zum Ausdruck gebracht. Für den durchschnittlichen Verbraucher der Erdnussprodukte ist in erster Linie der Geschmacksunterschied und nicht der nur geringfügige Unterschied im Fettgehalt wesentlich.

Dem europäischen Gesetzgeber ist vor allem wichtig, dass Angaben über Lebensmittel vom Verbraucher verstanden werden können und alle Verbraucher vor irreführenden Angaben geschützt werden (vgl Erwägungsgrund 16). Die an dieser Zielsetzung der EG-ClaimsVO orientierte teleologische Auslegung erfordert kein Verständnis

des Hinweises „ohne Fett geröstet“ als nährwertbezogenen Angabe, nur weil darin formal die Worte „ohne Fett“ vorkommen. Für den aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher besteht nämlich keinerlei Täuschungsgefahr. Die Annahme einer unzulässigen nährwertbezogenen Angabe im gegebenen Fall eines korrekten Hinweises zur Herstellungsweise ohne denkbare Irreführungsmöglichkeit läuft nach hG Ansicht dem von der EG-ClaimsVO verfolgten Schutzzweck eines hohen Verbraucherschutzniveaus zuwider und verkehrt ihn geradezu ins Gegenteil, weil damit sinnvolle und unbedenkliche Informationen des Verbrauchers verhindert werden. **(LvWG OÖ vom 23.06.2015, LVwG-000076/2/WEI)**

1.6.15 Hintanhaltung von Folgeerkrankungen bereits kranker Personen – Diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke

Die Richtlinie 1999/21/EG der Kommission vom 25. März 1999 über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke enthält in Art. 1 Abs. 2 lit. b die wörtlich in § 1 Abs. 2 Z. 2 der Verordnung LebensmittelV diätetische medizinische Zwecke 2000 übernommene Definition von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke. Demnach dienen diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke zunächst jedenfalls der Ernährung. Sie dienen jedoch auch der diätetischen "Behandlung" von "Patienten". Die Zweckwidmung muss sich somit auf kranke Personen beziehen (vgl. auch den ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 1992/21/EG "Personen ..., die an bestimmten Krankheiten, Störungen oder Beschwerden leiden oder auf Grund von ihnen unterernährt sind"). Ziel einer solchen Behandlung ist es somit, durch eine an die besonderen Erfordernisse des Patienten angepasste Ernährung Einfluss auf das Krankheitsgeschehen zu nehmen, wozu auch gehören kann, Folgeerkrankungen bzw. das Risiko, dass solche auftreten, zu beeinflussen. Die Zweckwidmung eines Produktes für die Hintanhaltung von Folgeerkrankungen von bereits kranken Personen steht somit der Einstufung als diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke im Sinn der Verordnung nicht entgegen. **(VwGH vom 28.10.2015, Ra 2014/10/0004)**

1.7 Abgrenzungsfragen

1.7.1 Zerkleinerte Pflanzen und Kräuter als Nahrungsergänzungsmittel

Aus dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten der AGES vom 28.11.2016 geht hervor, dass die „*** Kapseln“ aufgrund der Gesamtaufmachung und deklarierten stofflichen Zusammensetzung sowie aufgrund der dosierten Verabreichung als Nahrungsergänzungsmittel zu beurteilen sind. Der mit der Beschwerde vorgelegte Prüfbericht aus dem Jahr 2012 vermag dem nicht entgegen zu treten. Dieser bezieht sich einerseits nicht auf das verfahrensgegenständliche Produkt „*** Kapseln“, sondern auf „Bio-Moringa Blattpulver“, und geht andererseits sehr wohl davon aus, dass auch dieses ein Nahrungsergänzungsmittel darstellt (wie sich aus den oben abgedruckten Auszügen aus dem Prüfbericht, v.a. der Einleitung, eindeutig ergibt). Der in der Beschwerde vom Zusammenhang losgelöst zitierte Passus aus diesem Prüfbericht, wonach „die Komplexität der Inhaltsstoffe keine Ergänzungsfunktion begründet“, ist bloß ein Kommentar des SV E zum damaligen Etikett-Entwurf, worauf es hei-

ßen sollte „Nutzen Sie seine Komplexität für eine sinnvolle Nahrungsergänzung“; liest man nämlich den darauffolgenden Satz „Es muss ein oder mehrere ernährungsphysiologisch bedeutsame Inhaltsstoffe bezeichnet werden können“ und (ein paar Zeilen davor) den Satz „Haben Sie eine analytisch ermittelte Tabelle mit allen Inhaltsstoffen?“, geht daraus klar die Ansicht des SV hervor, dass die Ergänzungsfunktion nur aus den (ihm damals nicht bekannten und deshalb von ihm nicht angeführten) Inhaltsstoffen abgeleitet werden kann, nicht aber aus der auf dem Etikett-Entwurf abgedruckten „Komplexität“ des Blattpulvers. Wenn die Beschwerdeführerin nun daraus ableiten möchte, dass in den „*** Kapseln“ keine ernährungsphysiologischen Inhaltsstoffe in konzentrierter Form vorhanden seien, ist dies für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar. Aus dem – von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen – Gutachten der AGES ergibt sich nämlich im Gegenteil, dass auf der (auch auf dem gegenständlichen Etikett abgedruckten) Herstellerhomepage *** Moringa als „nährstoffreichste Pflanze der Erde“ mit hohem Zeatingehalt, 90 wichtigen Nährstoffen, Vitaminen, Mineralstoffen, allen essentiellen Aminosäuren und sekundären Pflanzenstoffen beworben wird. Die Definition „Nahrungsergänzungsmittel“ laut § 3 Z. 4 LMSVG ist somit gegenständlich erfüllt, zumal nach der Herstellerangabe eine hohe Nährstoffdichte vorliegt, sich schon aus dem Wortlaut der Auslobung „zur nutritiven Unterstützung“ („nutritiv“ kommt vom lateinischen Wort „nutrire“, d.h. (er)nähren) die Bestimmung zur Nahrungsergänzung ergibt und die Darreichung in Kapselform vorliegt. Dazu wird auch auf das Erkenntnis des Obersten Gerichtshofes vom 11.8.2015, 4 Ob 34/15a, verwiesen, worin dieser (hinsichtlich „Vitalpilze-Kapseln“) mit zahlreichen Literaturverweisen ausgesprochen hat, dass unter den Begriff „sonstige Stoffe mit physiologischer Wirkung“ auch zermahlene Pflanzen und Kräuter fallen, soweit sie darauf abzielen, die Ernährung zu ergänzen und eine konzentrierte Zufuhr dieser Stoffe zu bewirken. - Somit hatte das gegenständlich zweifellos durch Lagern im Selbstbedienungsregal in Verkehr gebrachte Produkt „*** Kapseln“ den Vorgaben der NEMV zu entsprechen. (LVwG-S-859/001-2017 , LVwG NÖ vom 4.6.2018)

1.7.2 Abgrenzung Nahrungsergänzungsmittel und Arzneimittel

Abgrenzung Lebensmittel (Nahrungsergänzungsmittel) – Arzneimittel

Die Einstufung eines Erzeugnisses als Arzneimittel oder als Lebensmittel muss unter Berücksichtigung aller seiner Merkmale vorgenommen werden, die das Erzeugnis sowohl in seinem ursprünglichen Zustand als auch dann aufweist, wenn es gemäß der Gebrauchsanweisung in Wasser oder Joghurt verrührt worden ist.

Auf ein Erzeugnis, das sowohl die Voraussetzungen eines Lebensmittels als auch diejenigen eines Arzneimittels erfüllt, sind nur die speziell für Arzneimittel geltenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden.

Die pharmakologischen Eigenschaften eines Erzeugnisses sind der Faktor, aufgrund dessen die mitgliedstaatlichen Behörden ausgehend von den Wirkungsmöglichkeiten dieses Erzeugnisses zu beurteilen haben, ob es im Sinne des Artikels 1 Nummer 2 Absatz 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel

dazu bestimmt ist, im oder am menschlichen Körper zur Erstellung einer ärztlichen Diagnose oder zur Wiederherstellung, Besserung oder Beeinflussung der menschlichen physiologischen Funktionen angewandt zu werden. Die Gesundheitsgefahr, die die Verwendung eines Erzeugnisses nach sich ziehen kann, ist ein eigenständiger Faktor, den die zuständigen nationalen Behörden im Rahmen der Einstufung dieses Erzeugnisses als Arzneimittel ebenfalls zu berücksichtigen haben. **(EuGH vom 09.06.2005, C-211/03, C-299/03 und C-316/03 bis C-318/03 HLH Warenvertriebs GmbH und Orthica BV)**

1.7.3 Anwendungsvorrang der Richtlinie 2002/46/EG über Nahrungsergänzungsmittel gegenüber der Verordnung (EG) Nr. 178/2002

Die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit stellt gegenüber der Richtlinie 2002/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel eine ergänzende Regelung dar, deren Anwendung insoweit ausgeschlossen ist, als eine Gemeinschaftsregelung wie diese Richtlinie für bestimmte Kategorien von Lebensmitteln spezielle Bestimmungen enthält. **(EuGH vom 09.06.2005, C-211/03, C-299/03 und C-316/03 bis C-318/03 HLH Warenvertriebs GmbH und Orthica BV,)**

1.7.4 Einstufung als Novel-Food

Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten ist dahin auszulegen, dass ein Lebensmittel oder eine Lebensmittelzutat in der Gemeinschaft noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls feststeht, dass dieses Lebensmittel oder diese Lebensmittelzutat vor dem Bezugszeitpunkt in keinem Mitgliedstaat in erheblicher Menge für den menschlichen Verzehr verwendet wurde. Bezugszeitpunkt für die Prüfung des Umfangs des menschlichen Verzehrs dieses Lebensmittels oder dieser Lebensmittelzutat ist der 15. Mai 1997. **(EuGH vom 09.06.2005, C-211/03, C-299/03 und C-316/03 bis C-318/03 HLH Warenvertriebs GmbH und Orthica BV,)**

1.7.5 Abgrenzung (Funktions)arzneimittel – Nahrungsergänzungsmittel anhand des Abgrenzungskriteriums „pharmakologische Wirkung“

Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung nicht auf ein Produkt anzuwenden ist, dessen Eigenschaft als Funktionsarzneimittel wissenschaftlich nicht nachgewiesen ist, ohne dass sie ausgeschlossen werden kann.

Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Kriterien der Modalitäten des Gebrauchs eines Produkts, des Umfangs seiner Verbreitung, der Bekanntheit bei den Verbrauchern und der Risiken, die seine Verwendung mit sich bringen kann, für die Entscheidung, ob dieses Produkt unter die Definition des Funktionsarzneimittels fällt, weiter relevant sind.

Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein Produkt – abgesehen von den Stoffen oder Stoffzusammensetzungen, die dazu bestimmt sind, zur Erstellung einer medizinischen Diagnose angewandt zu werden – nicht als Arzneimittel im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann, wenn es aufgrund seiner Zusammensetzung – einschließlich der Dosierung seiner Wirkstoffe – und bei bestimmungsgemäßer Anwendung die physiologischen Funktionen nicht in nennenswerter Weise durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherstellen, korrigieren oder beeinflussen kann. **(EuGH vom 15.01.2009 C-140/07 Hecht Pharma GmbH)**

1.7.6 Abgrenzung (Funktions)arzneimittel – Lebensmittel (Nahrungsergänzungsmittel)

Ein Erzeugnis (hier: Knoblauchextrakt-Pulver in Kapselform mit einem Allicin-Anteil zwischen 0,95 % und 1,05 %, womit jede Kapsel ebenso viel Allicin enthält wie 7,4 g roher, frischer Knoblauch), dessen Auswirkungen auf die physiologischen Funktionen nicht über Wirkungen hinausgehen, die ein in angemessener Menge verzehrtes Lebensmittel auf diese Funktionen haben kann, besitzt keine nennenswerten Auswirkungen auf den Stoffwechsel und kann damit nicht als ein Erzeugnis eingestuft werden, das die physiologischen Funktionen im Sinne des Art. 1 Nr. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2001/83 wiederherstellen, bessern oder beeinflussen könnte. **(EuGH vom 15.11.2007, C-319/05 Europäische Kommission gegen Deutschland)**

1.7.7 Präsentationsarzneimittel

Das Rekursgericht hat zutreffend erkannt, dass es sich beim Produkt der Beklagten um ein Präsentationsarzneimittel iSv § 1 Abs. 1 Z 1 und Z 5 AMG 10 4 Ob 27/08m handelt. Zwar ist es pharmakologisch wirkungslos. Für die Annahme eines Arzneimittels genügt aber schon die subjektive Zweckbestimmung (RIS-Justiz RS0051450, insb. T3, T7; zuletzt etwa 4 Ob 208/06a = ÖBI-LS 2007/9 - medizinischer Disclaimer, und 4 Ob 213/06m = wbl. 2007, 450 - Minucell). Dafür ist maßgebend, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben zum Produkt auffassen, nicht dagegen, wie sie der Werbende verstanden wissen wollte. Es sind die zur Beurteilung von Werbeanmeldungen nach § 2 UWG entwickelten Grundsätze heranzuziehen (RIS-Justiz RS0051461), insbesondere die Unklarheitenregel (4 Ob 22/04w = RdW 2004, 539 - Thunbergia Laurifolia mwN). **(OGH vom 08.04.2008, 4Ob27/08m)**

1.7.8 Präsentationsarzneimittel – Ausnahme Anwendung nach komplementärmedizinischen Methoden?

Die Arzneimitteleigenschaft kann sich damit sowohl aus der tatsächlichen Funktion (Art 1 Nr. 2 lit b GemeinschaftskodexRL (RL 2001/83/EG); „dazu dienen“ in § 1 Abs. 1 AMG) als auch aus der Präsentation (Art 1 Nr 2 lit a GemeinschaftskodexRL; „dazu bestimmt“ in § 1 Abs.1 AMG) eines Stoffs als Arzneimittel ergeben (RIS-Justiz RS0051450 [insb. T3, T7]; zuletzt etwa 4 O. 27/08m = ÖBl 2008, 325 [Schultes] - Zigarettenattrappe; EuGH Rs C-60/89, Monteil, Slg 1991 I-1547, Rz 10 f; zuletzt mwN EuGH Rs C-84/06, Antroposana, Slg 2007 I-07609, Rz 31). Auch pharmakologisch wirkungslose Erzeugnisse können aus diesem Grund bei einer entsprechenden Produktaufmachung unter den Arzneimittelbegriff fallen (4 Ob 27/08m – Zigarettenattrappe mwN).

Die in § 1 Abs. 1 AMG und in der deutschen Fassung von Art 1 Nr. 2 lit a GemeinschaftskodexRL enthaltene Formulierung „dazu bestimmt“ ist- wie sich insbesondere aus der englischen und französischen Fassung der Richtlinie ergibt - ebenfalls im Sinn einer „Präsentation“ zu verstehen. Ursprünglich war auch deren deutsche Fassung entsprechend formuliert gewesen („alle Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die ... bezeichnet werden“); erst mit der RL 2004/27/EG wurde das im Sinn der nunmehr geltenden Regelung geändert („zu Heilung oder Linderung ... bestimmt“). Die englische und die französische Fassung blieben aber in diesem Punkt unverändert, und auch die Erwägungsgründe der Richtlinie bieten keine Erklärung für die Umformulierung. Damit steht außer Frage, dass der europäische Gesetzgeber hier keine grundlegende Änderung der unionsrechtlichen Arzneimitteldefinition - im Sinn einer Abkehr vom „Präsentationsarzneimittel“ - vornehmen wollte. Die oben dargestellte Rechtsprechung ist daher weiterhin maßgebend.

Bei der Prüfung, ob ein Präsentationsarzneimittel vorliegt, ist entscheidend, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben zum Produkt auffassen, nicht dagegen, wie sie der Werbende verstanden wissen wollte (4Ob 74/92 = ÖBl 1993, 68 - CAPILLARIS Haaraktivator; RIS-Justiz RS0051461; zuletzt etwa 4 Ob 27/08m - Zigarettenattrappe).

Das Argument der Beklagten, der Hinweis auf eine „Rezeptur nach Hildegard von Bingen“ begründe die Ausnahme nach § 1 Abs. 3 Z 9 AMG, greift auf dieser Grundlage nicht durch. Denn die letztgenannte Bestimmung nimmt zwar Stoffe vom Arzneimittelbegriff aus, die ausschließlich dazu bestimmt sind, nach „komplementärmedizinischen“ Methoden angewendet zu werden. Das gilt aber nach dem ausdrücklichen Wortlaut gerade nicht für Stoffe, die - wie hier - unter die Definition des § 1 Abs. 1 Z 1 - 4 AMG fallen (außer es handelte sich - anders als hier - um Homöopathika). **(OGH vom 16.02.2011, 17Ob14/10y)**

1.7.9 Arzneimittel – Hildegard von Bingen

Der Hinweis auf eine "Rezeptur nach Hildegard von Bingen" begründet keine Ausnahme nach § 1 Abs. 3 Z 9 AMG. Denn die letztgenannte Bestimmung nimmt zwar Stoffe vom Arzneimittelbegriff aus, die ausschließlich dazu bestimmt sind, nach "komplementärmedizinischen" Methoden angewendet zu werden. Das gilt aber nach

dem ausdrücklichen Wortlaut gerade nicht für Stoffe, die - wie hier - unter die Definition des § 1 Abs. 1 Z 1 - 4 AMG fallen (außer es handelte sich - anders als hier - um Homöopathika). **(OGH vom 16.02.2011, 17Ob14/10y)**

1.7.10 Arzneimittel – Vitamin

Nur ein Erzeugnis, das unter die gemeinschaftsrechtliche Definition des Arzneimittels fällt, kann als Arzneimittel im Sinne dieser Richtlinie angesehen werden. Für die gemeinschaftsrechtliche Einstufung eines Erzeugnisses als Arzneimittel oder als Lebensmittel sind somit entweder seine pharmakologischen Eigenschaften oder seine Bezeichnung als Mittel zur Heilung oder Verhütung von Krankheiten maßgebend. An diesem gemeinschaftsrechtlichen Arzneimittelbegriff hat sich auch nach der - insoweit inhaltsgleichen - Bestimmung des Art 1 Nr. 2 II der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 6. 11. 2001 (ABl EG Nr. L 311, S. 67), gemäß deren Art 128 Abs. 1 die Richtlinie 65/65/EWG aufgehoben worden ist, nichts geändert (4 Ob 141/02t; Köhler, Die neuen europäischen Begriffe und Grundsätze des Lebensmittelrechts, GRUR 2002, 844 ff, FN 5; BGH GRUR 2002, 910 - Muskelaufbaupräparate). Zur Qualifizierung eines Vitamins als Arzneimittel im gemeinschaftsrechtlichen Sinn hat der EuGH ausgesprochen, dass diese von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beim jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis feststehenden pharmakologischen Eigenschaften jedes einzelnen Vitamins vorzunehmen ist (Urteil Van Bennekom Slg 1983, 3883 RN 29). **(OGH vom 20.05.2003, 4Ob102/03h)**

1.7.11 Arzneimittel – Lebensmittel, Berücksichtigung einer Auslobung in einem Faltprospekt

Auch der Inhalt eines Faltprospektes ist bei der Abgrenzung zwischen Lebensmittel und Arzneimittel in die Prüfung der subjektiven Zweckbestimmung durch den Hersteller mit einzubeziehen, muss doch nach der Lebenserfahrung damit gerechnet werden, dass die darin vermittelte Information im Beratungsgespräch vom Apotheker und seinen Mitarbeitern an den Verbraucher weitergegeben wird. **(OGH vom 15.10.2002, 4Ob141/02t)**

1.8 Verantwortlichkeit des Unternehmers

1.8.1 Informationspflicht des Unternehmers

Ein in der Lebensmittelerzeugung tätiger Manager, wenn er auch nur technisch ausgebildet ist, ist verpflichtet, sich mit den in seinem Beruf auftauchenden juristischen Problemen genau auseinanderzusetzen. Es ist ihm daher vorzuwerfen, dass er sich mit dem offenkundig der Beschwichtigung der Antragstellerin dienenden Erlass des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz abfand, ohne sich bei den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden oder bei einem unabhängigen Rechtsbeistand zu informieren. Dort hätte er nämlich erfahren, dass dieser Erlass keinesfalls ein die Strafverfolgungsbehörden bindendes Verfolgungshindernis, sondern lediglich eine ressortinterne Dienstanweisung darstellte, die aber nicht verhindern konnte, dass nicht doch - von wem auch immer - Anzeigen erstattet und die Strafverfolgungsbehörden pflichtgemäß tätig wurden. Der Rechtsirrtum wäre daher (läge er vor) im

Sinn des § 9 Abs. 2 StGB unbeachtlich (Kienapfel AT Z. 18 RN. 23 ff.). **(OGH vom 20.10.1988, 13Os10/88 (13Os11/88))**

1.8.2 Anforderungen an den verantwortlichen Beauftragten

Kommt es nämlich zu einem Rechtsverstoß, dann hat der handelsrechtliche Geschäftsführer für diese Rechtsverletzung einzustehen, soweit er nicht durch geeignete Maßnahmen entsprechende Vorsorge zur Vermeidung solcher Rechtswidrigkeiten getroffen hat. Die Vorsorge muss der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche nicht notwendigerweise durch eigene operative Betätigung in der Überwachung von Mitarbeitern treffen, es kommt auch die Einrichtung und Effektuierung eines zur Verhinderung von Rechtsverstößen dienenden Regel- und Kontrollsystems in Betracht. Auch wenn man im Gegenstand davon ausginge, dass die handelsrechtliche Geschäftsführerin tatsächlich ihren Ehegatten hinsichtlich bestimmter Informationsagenden beauftragt habe, wobei ein diesbezüglicher Nachweis fehlt, exkulpierete diese Annahme jedoch nicht die handelsrechtliche Geschäftsführerin selbst in diesem Fall, da die inhaltlichen Anforderungen an ein allwirksames Regel- und Kontrollsystem sehr hochgestellt sind. Dieses muss nämlich so beschaffen sein, dass es „die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten“ lässt (ständige Rechtsprechung des VwGH). Es hätte nämlich zusätzlich zur Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß

§ 9 Abs.2 VStG diesbezügliche Instruktionen und gegebenenfalls Schulungen gegeben haben müssen, dann wirksame, sich nicht auf Stichproben erschöpfende Kontrollen, sowie gegen Richtlinienverstöße den Einsatz von Sanktionierungsinstrumenten zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens.

Der Nachweis, dass diesbezüglich die Agenden delegiert worden sind, ist also nicht gelungen. Die Beschwerdeführerin vermochte sich mit ihrer Verantwortung nicht zu exkulpieren, zumal jährliche Besprechungen hinsichtlich Neuerungen an Ort der Lieferfirma nicht ausreichen, um sich der im Gegenstand notwendigen Sorgfalts- bzw. Informationspflichten zu entledigen. Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Im Gegenstand ist dies die Beschwerdeführerin selbst. Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten würde einen Wechsel in der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit bewirken und würde von dem nach außen zur Vertretung Berufenen auf den verantwortlichen Beauftragten übergehen. Ein wirksamer Wechsel in der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit liegt aber nur vor, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 9 VStG erfüllt sind. **(LVwG Kärnten vom 07.07.2015, KLVwG-1706-1707/10/2014)**

1.8.3 Informationspflicht des Unternehmers, Vertrauen auf die Richtigkeit einer anwaltlichen oder behördlichen Rechtsauskunft

Gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungs-

vorschriften nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein.

Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen, es bedarf vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen, die nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden kann. Hat die Partei (von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, mwN). Im von der belangten Behörde zitierten hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2008, Zl. 2008/17/0075, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass im Fall von Zweifeln am Umfang eines behördlichen Auftrages "insbesondere die Einholung einer Auskunft der bescheiderlassenden Behörde" in Betracht komme. Die Beschwerde gegen die Bestrafung wurde mit der Begründung abgewiesen, dass das zur Vertretung nach außen berufene Organ "auf die Einholung einer Auskunft, sei es bei der Rechtsvertretung seines Unternehmens, sei es bei der bescheiderlassenden Behörde" verzichtet habe. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde schließt daher der Umstand, dass Rechtsanwälte im Interesse des Auftraggebers tätig werden, nicht von vornherein aus, dass eine objektiv unrichtige Auskunft eines Rechtsanwalts einen schuldausschließenden Irrtum begründet. **(VwGH vom 12.08.2014, 2013/10/0203)**

1.8.4 Sorgfaltspflicht des Unternehmers – geringe Schuld?

Die zur Anwendung des § 42 StGB u.a. erforderliche geringe Schuld des Täters verlangt ein erhebliches Zurückbleiben des tatbildmäßigen Verhaltens sowohl hinsichtlich des Schuldgrades als auch hinsichtlich der Sozialschädlichkeit und des Störwertes hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat. Nun kann aber schon angesichts der großen Menge der vom Angeklagten während des hier in Rede stehenden längeren Tatzeitraumes - wenn auch bloß fahrlässig - (durch Einfuhr, Lagern und Weiterverkauf) in Verkehr gebrachten Flaschen mit verfälschten 'Pflaumen in Armagnac' (eine Flaschenanzahl von über 15.000) und der oftmaligen Wiederholung der Tat von einer geringen Schuld des Angeklagten, die deutlich unter der Norm liegt, nicht gesprochen werden.

Den Angeklagten traf vielmehr als verantwortlichen Großimporteur dieses (verfälschten) Produktes ein gesteigertes Maß an Sorgfaltspflicht. **(OGH vom 19.05.1982, 120s65/82)**

1.8.5 Sorgfaltspflicht des Unternehmers – Deklaration – Vertrauen auf Gutachten

Demgegenüber geht es im vorliegenden Fall nicht um eine mögliche Überprüfung der für ein verpacktes Fleischprodukt (vgl VwGH 14.6.2012, Zl. 2009/10/0080: vakuumverpackte „Truthahnschnitzel“ und „Truthahnsteaks“) angegebenen kurzen Haltbarkeitsfrist, sondern um die allgemeine Frage, ob und wie das an sich unbestritten auch bei Raumtemperatur lange haltbare (konkret: Mindesthaltbarkeitsangabe 06/2015; Bezugsdatum 19.01.2014; Probenahme 18.02.2014) Produkt „Bio Honig flüssig“ den-

noch zur besseren Information des Verbrauchers und möglichst langen Erhaltung der Produkteigenschaften hinsichtlich der Lagerbedingungen zu deklarieren ist. Dazu waren schon im Hinblick auf die überlange Zeitkomponente eigene Lagerversuche im Zusammenhang mit Lieferungen des Produkts „Bio Honig flüssig“ praktisch nicht sinnvoll. Sie waren aber auch vom Wissensstand des Bf nicht erforderlich, zumal in zwei zeitnah von der H KG eingeholten Fachgutachten von gemäß § 73 LMSVG autorisierten Lebensmittelgutachtern jeweils eine allgemeingültige, von weiteren Kontrollen unabhängige, positive Aussage zur Verkehrsfähigkeit der Deklaration des Produkts getroffen worden war, auf die sich der Bf verlassen durfte. Den Lebensmittelunternehmer trifft im Falle der Beiziehung geeigneter Sachverständiger nur eine eingeschränkte Kontrollpflicht. Da keine offenkundigen, auch für Laien erkennbare Mängel der gegenständlichen Gutachten vorliegen, konnte eine weitere fachliche Überprüfung dieser Gutachten nicht gefordert werden, zumal dies auf eine unzulässige Überspannung der objektiven Sorgfaltspflicht im Geschäftsleben hinauslaufen würde (vgl dazu näher VwSlg 12947 A/1989). **(LVwG OÖ vom 14.01.2015, LVwG-000070/2/WEI)**

1.8.6 Sorgfaltspflicht im Handel – Kontrolle originalverpackter Waren

Von einem Lebensmittelkleinhändler kann zwar nicht verlangt werden, dass er alle zum Verkauf bestimmten originalverpackten Lebensmittel unter Beschädigung dieser Verpackung untersucht; er ist aber zu einer solchen Untersuchung dann verpflichtet, wenn besondere Umstände den Verdacht erwecken, dass zum Verkauf bestimmte Lebensmittel seines Geschäftes verdorben sein könnten. **(OGH vom 19.07.1972, 110s114/72; 90s88/73)**

1.8.7 Anforderungen an Kontrollsystem für verpackte Waren ohne sichtbare Mängel (Matjesfilet)

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 untergeordnete, 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 unbemerkt geblieben sind:

Vorgelegt wurden insgesamt 4 Prüfberichte eines akkreditierten Untersuchungslabors. Von diesen 4 Prüfberichten sind 3 dem Produkt, wie vorliegend, zuordenbar. So wurde am 17.8.2015 das Produkt mit Mindesthaltbarkeitsdatum 31.8.2015 überprüft. Es wurde eine sensorische Prüfung durchgeführt physikalisch-chemische Untersuchung sowie auch eine mikrobiologische Untersuchung gemacht.

Ferner wurde das Produkt, wie gegenständlich vorliegend, am 20.10.2015 zur Untersuchung übergeben. Dieses Produkt hatte eine Mindesthaltbarkeitsfrist bis zum 29.10.2015. Auch in diesem Fall fand eine sensorische Untersuchung physikalisch-chemische Untersuchung sowie mikrobiologische Untersuchung statt. Nach dem gegenständlichen Vorfall wurde das Produkt, wie gegenständlich vorliegend, am 21.12.2015 zur Untersuchung übergeben und in diesem Fall fand eine sensorische Untersuchung, physikalisch-chemische Untersuchung sowie mikrobiologische Untersuchung statt. Im fraglichen Zeitraum wurde daher das gegenständliche Produkt einmal in einem Zweimonatsrhythmus zur stichprobenartigen Untersuchung übergeben.

Auch wenn die vorliegenden Untersuchungen auch eine sensorische Prüfung beinhaltet haben und bei den anderen Chargen (mit anderem Mindesthaltbarkeitsdatum) keine Beanstandung vorgelegen ist, so fehlte für die vorliegende Charge eine entsprechende Untersuchung. Wie die Sachverständige ausführte, ist eine Verkeimung – solange das Produkt geöffnet war – wohl als Ursache für den gegenständlich vorliegenden Mangel zu sehen. Gerade da bei einer – wie glaubhaft dargelegt wurde – in weiterer Folge engmaschigen und durchgehenden Kontrolle des verpackten Produktes betreffend Kühltemperatur sowie Verpackungskontrolle vor Ort in der gegenständlichen Filiale der H. KG, wäre es wichtig, entsprechende Mängel im Produktionsprozess ebenso engmaschig durch entsprechende Kontrollen hintanzuhalten, um von einem ausreichenden Kontrollsystem ausgehen zu können.

Zwar sind regelmäßig Kontrollen durchgeführt worden, jedoch fanden diese nicht derart engmaschig statt, um Mängel, wie gegenständlich vorliegend, hintanzuhalten zu können. Auch wenn das Produkt verpackt ist und bei den vor Ort stattgefundenen Sichtkontrollen und Temperaturkontrollen keine Auffälligkeiten waren, sind jene Mängel, die nicht bereits durch Sichtkontrollen oder durch Temperaturkontrollen wahrnehmbar sind (nämlich in der Filiale, wo das Lebensmittel zum Verkauf bereit gehalten wird) deswegen nicht bereits außerhalb des Umfangs von zuordenbaren Verschulden gelegen (z.B. siehe VwGH Erkenntnis vom 21.5.2012, Zl. 2009/10/0029). Es ist der Beschwerdeführerin ebenso zuzugestehen, dass nicht nur die dargelegten Kontrollen stichprobenartig durchgeführt werden, sondern auch eine entsprechende Qualifikationsauswahl betreffend der Produzenten bzw. Zulieferer im Vorfeld getroffen wurde, jedoch ist die Auswahl der Vertriebspartner und Überprüfungen im Zeitraum der Auswahl nicht ausreichend, um ein solches Kontrollsystem darzulegen, dass Verschulden im Rahmen des § 5 Abs. 1 VStG auszuschließen wäre.

Daher war auch der subjektive Tatbestand in Form von Fahrlässigkeit als erwiesen festzustellen. **(VGW-022/056/4762/2017 Entscheidungsdatum 16.01.2018)**

1.8.8 Sorgfaltspflicht im Einzelhandel

Anhang II Abschnitt E Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2160/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 zur Bekämpfung von Salmonellen und bestimmten anderen durch Lebensmittel übertragbaren Zoonoseerregern in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1086/2011 der Kommission vom 27. Oktober 2011 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass frisches Geflügelfleisch, das aus den in Anhang I dieser Verordnung aufgeführten Tierpopulationen stammt, das in Anhang I Kapitel 1 Reihe 1.28 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 vom 15. November 2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel in der durch die Verordnung Nr. 1086/2011 geänderten Fassung genannte mikrobiologische Kriterium auf allen Stufen des Vertriebs einschließlich des Einzelhandels erfüllen muss.

Das Unionsrecht, insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit und die Verordnung Nr. 2073/2005 in der durch die Verordnung Nr. 1086/2011 geänderten Fassung, ist dahin auszulegen, dass es grundsätzlich einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegensteht, wonach einem Lebensmittelunternehmer, der allein auf der Stufe des Vertriebs zwecks Inverkehrbringens eines Lebensmittels tätig ist, wegen Nichteinhaltung des in Anhang I Kapitel 1 Reihe 1.28 der Verordnung Nr. 2073/2005 genannten mikrobiologischen Kriteriums eine Sanktion auferlegt wird. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Sanktion dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 der Verordnung Nr. 178/2002 entspricht. **(EuGH vom 13.11.2014, C-443/13 Ute Reindl gegen BH Innsbruck)**

1.8.9 Sorgfaltspflicht – Übertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Zum Beschwerdevorbringen, es bestehe in der P. HandelsgesmbH ein "grundsätzlich wirksames Kontroll- und Weisungssystem der Warenprüfung hinsichtlich ihrer Lebensmitteltauglichkeit" ist der Beschwerdeführer auf die hg. Judikatur zu verweisen, wonach dem strafrechtlich Verantwortlichen zwar zuzubilligen ist, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf mögliche und zumutbare Maßnahmen zu beschränken, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit guten Grund erwarten lassen. Es trifft ihn aber die Obliegenheit, durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sicher zu stellen, dass seinen Anordnungen entsprochen wird, wobei er der Behörde bei einem Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften dieses System im Einzelnen darzulegen hat. Davon, dass der Verantwortliche das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft gemacht hat, kann aber nur dann gesprochen werden, wenn konkret dargelegt wird, in welcher Weise im Unternehmen sichergestellt wird, dass Verletzungen der in Rede stehenden Vorschriften vermieden bzw. Verstöße wahrgenommen und abge-

stellt werden; insbesondere ist darzulegen, auf welche Weise der Verantwortliche seiner Verpflichtung zur Überwachung der von ihm beauftragten Personen nachgekommen ist und wieso er dessen ungeachtet die in Rede stehende Übertretung nicht verhindern konnte. Der Hinweis auf die Betrauung Dritter mit Kontrollaufgaben, die Erteilung entsprechender Weisungen und auf stichprobenartige Überprüfungen genügt den dargelegten Anforderungen nicht (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II2 (2002), S. 105 f, dargestellte hg. Judikatur). **(VwGH vom 26.04.2010, 2008/10/0169)**

1.8.10 Verantwortlichkeit eines nach § 9 VStG bestellten Organes für unrichtige Angabe der Mindesthaltbarkeitsfrist auf verpackt angelieferten Lebensmitteln

Das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte, mit Strafe bedrohte Verhalten ist im Ergebnis das Inverkehrbringen falsch (hinsichtlich ihrer Haltbarkeit) bezeichneter Lebensmittel. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt dabei ein Begehungsdelikt vor. Tatort ist der Ort, wo das Lebensmittel in Verkehr gebracht wurde. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass für die Verwaltungsübertretung der Beschwerdeführer als nach außen vertretungsbefugtes Organ im Sinne des § 9 VStG einzustehen hat. Begehungsdelikte werden nach der hg. Rechtsprechung nicht dadurch zu Unterlassungsdelikten, dass ein nach außen vertretungsbefugtes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift verantwortlich ist. Dem nach außen vertretungsbefugten Organ wird in diesen Fällen nicht der Vorwurf gemacht, es habe es unterlassen, dafür zu sorgen, dass die falsch bezeichnete Ware nicht in Verkehr gebracht werde. Es wird ihm vielmehr der Vorwurf des Inverkehrbringens dieser Ware gemacht (vgl. zB. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2003, Zl. 2001/10/0257 mwN, sowie das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2010, Zl. 2010/10/0144).

Zum Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen gehört weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr. Es handelt sich somit um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Bei diesen Delikten besteht nach § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG die Rechtsvermutung für das Verschulden (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters. Bestreitet er dieses, so hat er nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles dazutun, was für seine Entlastung spricht, insbesondere dass er solche Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließen. Ansonsten wäre er selbst dann strafbar, wenn die Verstöße ohne sein Wissen und ohne seinen Willen begangen wurden (vgl. zB. die hg. Erkenntnisse vom 6. Mai 1996, Zl. 94/10/0116, vom 26. April 2010, Zl. 2008/10/0169, sowie vom 21. Mai 2012, Zlen. 2009/10/0029 bis 0031, mwN.).

Der Verwaltungsgerichtshof hat zwar wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die im heutigen Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung es nicht zulässt, das sich der Unternehmer (Arbeitgeber, strafrechtlich Verantwortliche) aller Belange und Angelegenheiten persönlich annimmt; es muss ihm vielmehr zugebilligt werden, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf mögliche und zumutbare Maßnahmen zu beschränken, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung

der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwartet lassen. Dabei trifft ihn jedoch die Obliegenheit, durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sicherzustellen, dass seinen Anordnungen entsprochen wird, wobei er der Behörde bei einem Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften dieses System im Einzelnen darzulegen hatte. Davon, dass der Verantwortliche das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft gemacht hätte, kann nur gesprochen werden, wenn konkret dargelegt wird, in welcher Weise im Unternehmen sichergestellt wird, dass Verletzungen der in Rede stehenden Vorschriften vermieden bzw. Verstöße wahrgenommen und abgestellt werden; insbesondere ist darzulegen, auf welche Weise der Verantwortliche seiner Verpflichtung zur Überwachung der von ihm beauftragten Personen nachgekommen ist und wieso er dessen ungeachtet die in Rede stehende Übertretung nicht verhindern konnte. Der Hinweis auf die Betrauung Dritter mit Kontrollaufgaben, die Erteilung entsprechender Weisungen und auf stichprobenartige Überprüfungen genügt den oben dargelegten Anforderungen nicht (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 27. November 1995, Zl. 93/10/0186 und die erwähnten hg. Erkenntnisse vom 6. Mai 1996, vom 26. April 2010 und vom 21. Mai 2012, mwN.).

Nach den Bescheidfeststellungen ist der Beschwerdeführer dafür verantwortlich, dass das Inverkehrbringen der von ihm zentral eingekauften Waren an die Zweigniederlassungen und die Filialen unter Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften erfolgt. Er ist also dafür verantwortlich, dass die auf den gelieferten Produkten im Zeitpunkt der Anlieferung an die jeweilige Filiale, mithin des Inverkehrbringens, gemachten Angaben über die Haltbarkeit nicht zur Irreführung über den Zustand der Lebensmittel geeignet sind.

Aus dem Vorbringen über das Kontrollsystem geht nicht hervor, in welchen Zeitabständen Anlieferungen der in Rede stehenden Produkte ("Truthahnschnitzel", "Truthahnsteaks") erfolgen, es ist daher nicht erkennbar, wie häufig Lieferungen dieser Produkte überhaupt einer stichprobenartigen Kontrolle unterzogen werden. Eine größere Zahl der vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten stammt entgegen seinem Vorbringen nicht aus dem unmittelbar vor der Beanstandung liegenden Zeitraum, sondern liegt mehrere Monate zurück. Das geschilderte Kontrollsystem ist offenbar so beschaffen, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anlieferung an die jeweilige Filiale keine Kenntnis vom Zustand der gelieferten Lebensmittel hat, sich vielmehr aufgrund seiner bisherigen, durch Gutachten unterstützten, Erfahrungen mit der von ihm herangezogenen Lieferantin darauf verlässt, dass auch die jeweils gerade in Verkehr gebrachten Waren mit gesetzeskonformen Angaben über die Haltbarkeit versehen sind. Den Beschwerden ist auch nicht zu entnehmen, weshalb ungeachtet des behaupteten "Kontrollsystems" Verstöße gegen die Bestimmungen des LMSVG unbemerkt geblieben sind.

Dass die belangte Behörde ein solches Kontrollsystem nicht als ausreichend zur Hintanhaltung von Verstößen gegen das LMSVG angesehen und ein Verschulden des Beschwerdeführers bejaht hat, kann im Ergebnis insgesamt nicht als rechtswidrig erkannt werden. **(VwGH vom 14.06.2012, 2009/10/0080)**

Siehe dazu auch **VwGH vom 21.05.2012, 2009/10/0029**

1.8.11 Vorwerfbarkeit irreführender Angaben auf der Etikettierung – Verantwortlichkeit - gewürztes Fleischerzeugnis

Nach der glaubwürdigen Rechtfertigung des Bf., erfolgte die Etikettierung des verfahrensgegenständlichen Produktes in der Zentrale der X. AG mit Sitz in N.. Der Bf. hatte sohin keinen Einfluss auf den Inhalt dieses Etikettes. Nachdem der Bf schließlich von dem Umstand Kenntnis erlangt hatte, dass das gegenständliche Etikett irreführende Angaben enthielt, verständigte er umgehend die Zentrale, welche die Änderung des Etikettes durchführte. Nunmehr enthalte dieses Etikett nicht mehr die beanstandete Angabe.

Da aber die Etikettierung nicht dem unmittelbaren Einflussbereich des Bf unterlag, konnte er auch nicht für die ihm zur Last gelegte Tat zur Verantwortung gezogen werden, weshalb der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und die Einstellung des Verfahrens spruchgemäß zu verfügen waren. (VGW vom 15.02.2016, VGW-022/018/14817/2015)

1.8.12 Vorwerfbarkeit irreführender Angaben auf der Etikettierung –Bloßes Feilhalten von Lebensmitteln, die dem Lebensmittelinformationsrecht nicht entsprechen, ist keine Zuwiderhandlung gegen Art. 8 Abs. 3 LMIV

Als Grundregel normiert Art. 8 Abs. 1 LMIV für die korrekte Information über ein Lebensmittel die Verantwortlichkeit des Unternehmers, „unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel vermarktet wird“, bzw. des Importeurs in die EU. Damit wird die informationsrechtliche Verantwortung von der Rechtsbeziehung zwischen Verbraucher und Letztverkäufer getrennt, indem sie nicht mehr den Verkäufer als solchen trifft. Dies wird insb. im Bericht zur Vorbereitung der Beschlussfassung im Europäischen Parlament deutlich. Dort wird hervorgehoben, dass die Händlerverantwortung reduziert werden müsse („Das Prinzip zielt darauf, dass Handelsunternehmen nicht für solche Umstände zur Verantwortung gezogen werden, die nicht in ihrem Geschäfts- bzw. Einflussbereich liegen“), und in der Entstehungsgeschichte des Art. 8 Abs. 1 LMIV (siehe dazu im Detail Voit/Grube, LMIV2, 2016, Ch. Beck, Art. 8 Rz. 13 ff.) kommt klar zum Ausdruck, dass die Verantwortung der Handelsunternehmen eingeschränkt und auf den von ihnen kontrollierten Einflussbereich beschränkt werden soll. Eine sogenannte „Kettenverantwortung“ (siehe dazu Blass ua, LMR3, Art. 8 LMIV, Rz 1 ff.), wonach jeder in der gesamten Kette des Lebensmittelverkehrs von der Erzeugung der Urprodukte über die Herstellung eines Lebensmittels und seiner Weitergabe über den Groß- und Einzelhandel, auch über Gaststätten oder Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung, bis zur Abgabe an den Endverbraucher dafür verantwortlich ist, dass das Produkt zum jeweiligen Zeitpunkt des Inverkehrbringens alle lebensmittelrechtlichen Vorschriften erfüllt, entspricht deshalb nicht dem Modell der LMIV.

.....

Art. 8 Abs. 3 LMIV modifiziert nicht den Grad an Verantwortlichkeit, sondern normiert ein Abgabeverbot: Er verbietet jenen Lebensmittelunternehmern, deren Tätigkeiten die Information über Lebensmittel nicht beeinflussen, Lebensmittel abzugeben, von denen sie wissen oder annehmen müssen, dass sie u.a. den Vorschriften des Lebens-

mittelinformationsrechts nicht entsprechen. Welche Unternehmer die Information über Lebensmittel „nicht beeinflussen“ sollen, sagt die LMIV nicht. Gemeint sind aber wohl jene Wirtschaftsbeteiligten, die nicht als Vermarkter im Sinne von Abs. 1 verantwortlich sind, aber an Endverbraucher oder Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung Lebensmittel abgeben, also v.a. die Handelsunternehmen (vgl. Voit/Grube, LMIV2, 2016, Ch. Beck, Art. 8 Rz. 30). Es ist dem Wortlaut nach nur das „Abgeben“ (und eben nicht das „Inverkehrbringen“) von Lebensmitteln verboten, von deren Nichtübereinstimmung mit dem Lebensmittelinformationsrecht sie positive Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis haben, wobei mit „Abgeben“ nach dem Wortsinn nur das „Weitergeben“ von Lebensmitteln und nicht auch das bloße Feilhalten bzw. Bereithalten für Verkaufszwecke gemeint sein kann (dafür spricht auch die englische Sprachfassung, die den Begriff „supply“, der in Regel als „Abgabe“ verstanden wird, verwendet). Das bloße Feilhalten von Lebensmitteln, die dem Lebensmittelinformationsrecht nicht entsprechen, ist daher keine Zuwiderhandlung gegen Art. 8 Abs. 3 LMIV (siehe zu alldem Blass ua, LMR3, Art. 8 LMIV, Rz 38, und die Anfragebeantwortung des Kommissars Dalli vom 28.2.2012, E-385/12) (**LVwG-S-859/001-2017 LVwG vom 04.06.2018**).

1.8.13 Bestellung eines strafrechtlich verantwortlichen Beauftragten nach § 9 VStG für ein bestimmtes Geschäftsfeld

Nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt.

Nach dieser Bestimmung kann somit nur eine Person zum „verantwortlichen Beauftragten“ bestellt werden, die zum Kreis der zur Vertretung nach außen Berufenen im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG zählt. Demgegenüber lässt der zweite Satz des § 9 Abs. 2 VStG zu, dass auch andere Personen (keine zur Vertretung nach außen Berufenen) für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens zum verantwortlichen Beauftragten bestellt werden können.

Im Erkenntnis vom 29.01.2009, Zu 2007/03/0092, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass anders als bei der Bestellung eines nicht dem Kreis der zur Vertretung nach außen Berufenen angehörenden verantwortlichen Beauftragten für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche eines Unternehmens im Sinn des § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG bzw. des § 9 Abs. 3 VStG durch die „Übertragung von Geschäftsführerbereichen“ dem verantwortlichen Beauftragten keine ihn bis dahin nicht treffende verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung übertragen wird; vielmehr wird die mehrere Geschäftsführer grundsätzlich gemeinsam treffende Verantwortung für den in dieser Urkunde genannten Bereich nur einem der Geschäftsführer zugeordnet. Die Bestellung lässt seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vertretungsorgan im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG unberührt, sie bewirkt nur (nach Maßgabe ihres

Umfanges) den Entfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der übrigen Vertretungsorgane bzw. nach § 9 Abs. 6 VStG deren Einschränkung auf den Fall vorsätzlicher Nichtverhinderung.

Zudem wurde in dieser Entscheidung dargelegt, dass es vor diesem Hintergrund bei einer Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten aus dem Kreis der zur Vertretung nach außen Berufenen im Sinne des § 9 Abs. 2 erster Satz VStG nicht erforderlich ist, dass etwa diese Person formell auch seine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit in der Bestellungsurkunde zum Ausdruck bringt, sondern es genügt, dass nachweislich ein eigenverantwortlicher Tätigkeitsbereich besteht und der Bestellte für diesen Bereich zu eigenverantwortlichen Rechtshandlungen verpflichtet wird.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist festzuhalten, dass mit der vorliegenden Geschäftsordnung vom 25.05.2001 hinsichtlich der gegenständlichen Übertretung nach dem LMSVG Mag. N K zum „verantwortlichen Beauftragten“ nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG bestellt worden ist, zumal er nach dieser Geschäftsordnung insbesondere für die Filialen zuständig und dabei laut dieser Urkunde für diese allein verantwortlich und weisungsbefugt ist. **(LVwG Tirol vom 07.11.2014, LVwG-2014/19/3542-2)**

1.8.14 Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten für abgegrenzten Bereich – Strafrechtliche Verantwortlichkeit

In den Fällen des § 9 VStG trifft die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen berufene Organ. Beschuldigter ist daher nicht die Gesellschaft, die Genossenschaft oder der Verein, sondern allein das Organ (VwGH vom 27.10.1982 Zl. 1381/80). Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind von Amts wegen festzustellen. **(VwGH vom 22.10.1971, Zl. 443/71)**

Wenn allerdings die vertretungsbefugten Organe für einen sachlich oder räumlich abgegrenzten Bereich des Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen, hat dieser für die Einhaltung der Verwaltungsbestimmungen einzustehen.

Als erstes war daher zu klären ob die Beschuldigte überhaupt als verantwortliche Beauftragter im Sinne des § 9 VStG bestellt worden ist.

Der erforderliche Zustimmungsnachweis zur Bestellung als verantwortlicher Beauftragter (iSd Ausführungen der Erkenntnisse eines verstärkten Senates vom 16.01.1987, 86/18/0073 und 86/18/0077) ist erst dann erbracht, sobald er der Verwaltungsstrafbehörde vorgelegt wird.

Da die von der Beschuldigten vorgelegte Bestellungsurkunde für die hier verfahrensgegenständliche Übertretung nach der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung eine ausdrückliche Ausnahme vorsieht und die Beschwerdeführerin ausschließlich für die Einhaltung der Mindesthaltbarkeitsdaten bestellt worden ist, ist für diese keine gültige Bestellung als Verantwortliche Beauftragter zustande gekommen und ist die Beschwerdeführerin demnach für die vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht verantwortlich und es wäre der Strafvorwurf daher an das zur Vertretung nach außen

befugte Organ zu richten gewesen. (LVwG Tirol vom 01.10.2014, LVwG-2014/23/2291-2)

Siehe auch LVwG Tirol vom 28.10.2014, LVwG-2014/23/2923-1

1.8.15 Definition fortgesetztes Delikt – Abgehen von kumulativer Bestrafung

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 Vorheriger SuchbegriffLMSVGNächster Suchbegriff und zum anderen eine Übertretung des § 5 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 5 Z. 3 Vorheriger SuchbegriffLMSVGNächster Suchbegriff zu verantworten zu haben. Es handelt sich hier um zwei verschieden gelagerte Vorwürfe, jeweils unterschiedliche

Anforderungen des Vorheriger SuchbegriffLMSVGNächster Suchbegriff 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. **(VWG vom 15.01.2018, VGW-022/056/3380/2017)**

1.8.16 Abwesenheit des verantwortlichen Beauftragten – Erforderliche Vorsorge- maßnahmen

Es entspricht 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 vom 27.09.1988, 87/08/0026)**

Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringt, dass er krankstandsbedingt abwesend gewesen sei, durch die von der Geschäftsleitung bestellten Vertreter vertreten worden sei, bzw. vielmehr auch auf die Auswahl des zwischenzeitig Verantwortlichen keinen Einfluss gehabt habe, so mag dies zwar zutreffen. Jedoch selbst wenn es bei krankstandsbedingten Abwesenheiten keine Auswahlmöglichkeit eines speziellen Vertreters bzw. Leiters der Fleischabteilung gibt und er auch keine eigenständigen Entscheidungen über seine Vertretung treffen konnte, so hätte der Beschwerdeführer doch glaubhaft machen müssen, dass ein Kontrollsystem eingerichtet sei, welches trotz Bestehens und Funktionierens und ohne sein Wissen und ohne seinen Willen, die Verwaltungsübertretung nicht verhindern hätte können **(VGW vom 18.08.2014, VGW-022/056/23226/2014)**

1.8.17 Herbizidkontamination in abgepacktem Bio Leinsamen - Verantwortlichkeit

Im gegenständlichen Fall ist der Beschwerdeführer handelsrechtlicher Geschäftsführer einer Lebensmittelunternehmerin im Sinne des Art 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 852/2004. Als Lebensmittelunternehmer muss er Sorge tragen, dass die Lebensmittelsicherheit nicht gefährdet wird. Aus Kapitel I Art 1 Abs. 1 lit a und b der Verordnung (EG) Nr. 852/2005 ergibt sich, dass die Hauptverantwortung für die Sicherheit eines Lebensmittels beim Lebensmittelunternehmer liegt. Dem Tenor der unionsrechtlichen Judikatur folgend besteht diese Verantwortung bis zur Abgabe des Lebensmittels an den Letztverbraucher (siehe zB EuGH, 13.11.2014, C-443/13) und ist diese mit einem durchaus strengen Maßstab aufrecht zu erhalten.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er das Produkt beim Hersteller gekauft habe und es sich bei der Firma B Y GmbH nur um ein Handelsunternehmen handle,

vermag ihn von der Verantwortung nicht zu befreien. **(LVwG Tirol vom 24.03.2014, LVwG-2015/46/1941-3)**

1.8.18 Verantwortlichkeit des Unternehmers nach Artikel 8 der LMIV 1169/2011

Allerdings regelt Art 8 der EU-Verbraucherinformationsverordnung die Verantwortlichkeiten ausführlich und abweichend vom bisher geltenden Prinzip der Kettenverantwortung, wonach grundsätzlich jeder, der innerhalb der Vertriebskette in Verkehr bringt, auch für frühere Verstöße etwa des Herstellers oder Vormannes gegen Verordnungen nach dem LMSVG in Anspruch genommen werden kann (näher Natterer, Lebensmittelrecht Rz 59; weiter Blass ua, LMR3 Rz 5 zu § 1 LMKV).

Nach Art 8 Abs. 1 leg.cit. ist der Lebensmittelunternehmer für die Information über ein Lebensmittel verantwortlich, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel vermarktet wird, wenn dieser Unternehmer aber nicht in der Union niedergelassen ist, der Importeur, der das Lebensmittel in die Union einführt. Dieser Vermarkter bzw. Importeur gewährleistet gemäß Art 8 Abs. 2 leg.cit. das Vorhandensein und die Richtigkeit der Informationen über das Lebensmittel. Andere Lebensmittelunternehmer, deren Tätigkeiten die Informationen über Lebensmittel nicht beeinflussen, sind nach Art 8 Abs. 3 leg.cit. nur mehr eingeschränkt auf den Rahmen ihrer Berufstätigkeit verantwortlich. Sie dürfen keine Lebensmittel abgeben, von denen sie „aufgrund der ihnen im Rahmen ihrer Berufstätigkeit vorliegenden Informationen“ wissen oder annehmen müssen, dass sie dem anwendbaren Lebensmittelinformationsrecht und den Anforderungen der einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht entsprechen. Sie müssen demnach zwar die ihnen beruflich schon vorliegenden Informationen beachten, können im Übrigen aber auf die Verantwortlichkeit des Vermarkters verweisen. Unbeschadet dessen haben Lebensmittelunternehmer gemäß Art 8 Abs. 5 leg.cit. „die Einhaltung der für ihre Tätigkeiten relevanten Anforderungen des Lebensmittelinformationsrechts“ sicher zu stellen. **(LVwG OÖ vom 14.01.2015 LVwG-000070/2/WEI)**

1.9 Zuständigkeit

1.9.1 Örtliche Zuständigkeit der verfolgenden Behörde

Im gegenständlichen Fall wurde der Beschwerdeführer dafür bestraft, dass die gegenständliche Ware am 27.03.2014 in W, Adresse 2, in SB-Regal zum Verkauf bereitgehalten und dadurch in Verkehr gebracht wurde. Es wird lediglich im Spruch erwähnt, dass diese Filiale zum Unternehmen BB GmbH mit Sitz X, Adresse 1, gehört und der Beschuldigte als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zur Verantwortung gezogen wird.

Für die Bestrafung der gegenständlichen Übertretung ermangelte es jedoch der belangten Behörde an der örtlichen Zuständigkeit, weil wie bereits angeführt gemäß § 27 Abs. 1 VStG zur Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens jene Behörde örtlich zuständig ist, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist. Das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte, mit Strafe bedrohte Verhalten ist im Ergebnis das Inverkehrbringen eines verfälschten Lebensmittels. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt dabei ein Begehungsdelikt vor. Tatort ist der Ort,

wo das Lebensmittel in Verkehr gebracht wurde. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass für die Verwaltungsübertretung der Beschwerdeführer als nach außen vertretungsbefugtes Organ iSd § 9 VStG einzustehen hat. Begehungsdelikte werden nach der herrschenden Rechtsprechung nicht dadurch zu Unterlassungsdelikten, dass ein nach außen vertretungsbefugtes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift verantwortlich ist. Dem nach außen vertretungsbefugten Organ wird in diesen Fällen nicht der Vorwurf gemacht, es habe es unterlassen, dafür zu sorgen, dass die verfälschte Ware nicht in Verkehr gebracht werde. Es wird ihm vielmehr der Vorwurf des Inverkehrbringens dieser Ware gemacht (vgl. VwGH vom 25.02.2003, ZI 2001/10/0257). Die belangte Behörde hat daher dem Beschwerdeführer als nach § 9 VStG verantwortlichen handelsrechtlichen Geschäftsführer die Verantwortung für das Inverkehrbringen des verfälschten Lebensmittels angelastet. Auch der von der belangten Behörde angegebene Tatort, nämlich der Ort der Probenziehung, steht mit der Qualifikation als Begehungsdelikt im Einklang.

Das Schreiben der Bezirkshauptmannschaft V vom 16.01.2015 übermittelt die Anzeige gemäß § 27 Abs. 1 VStG. Im Prüfbericht wird als Lieferant die Firma BB GmbH mit Sitz X genannt. Es hätte daher die belangte Behörde entweder den Vorwurf anders formulieren müssen oder die Bezirkshauptmannschaft V das Verwaltungsstrafverfahren als örtlich und sachlich zuständige Behörde zur Bestrafung des Beschwerdeführers wegen eines Inverkehrbringens durch Bereithalten zum Verkauf durchführen müssen.

In Ergebnis war die belangte Behörde daher weder gemäß § 29a VStG noch nach § 27 Abs. 1 VStG zur Erlassung dieses Straferkenntnisses zuständig. **(LvWG Tirol vom 13.09.2016, LVwG-2016/46/2118)**

1.10 Kennzeichnung

1.10.1 Naturbelassen/naturrein

Wird ein Produkt als „naturrein“ bezeichnet, so erwartet jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise, dass das Produkt „naturbelassen“ sei. Von einem „naturbelassenen“ Produkt kann nicht mehr gesprochen werden, wenn das Produkt - wie das Sauerkraut im Fall der Entscheidung 4Ob316/86 - chemisch behandelt wurde, um es haltbar zu machen. Gleiches muss auch dann gelten, wenn zwar nicht das Endprodukt, aber ein Zusatzstoff chemisch behandelt wurde, um eine im unbehandelten Zustand nicht gegebene, für das Produkt aber notwendige oder jedenfalls gewünschte Eigenschaft zu erhalten.

Genau dies geschieht im vorliegenden Fall. Die Beklagte setzt ihrer Salatsauce Stärke zu, um eine bestimmte Konsistenz zu erreichen. Da das gewünschte Ergebnis nicht erreicht wird, wenn naturbelassene Stärke zugesetzt wird, verwendet die Beklagte als Stabilisator „modifizierte“ Stärke. „Modifizierte Stärken“ sind nach der Begriffsbestimmung des §2 Abs. 1 lit q der Zusatzstoffverordnung (ZuV), BGBl II 1998/383, Stoffe, die durch ein- oder mehrmalige chemische Behandlung aus essbaren Stärken gewonnen werden. Die essbaren Stärken werden einer physikalischen oder enzymatischen Behandlung unterzogen und durch Säure- oder Alkalibehandlung dünnkochend

gemacht oder gebleicht. „Modifizierte Stärke“ ist damit nicht „naturbelassen“ und darf daher auch nicht als „naturrein“ bezeichnet werden. Für das Endprodukt - die Salatsauce - kann nichts anderes gelten. Sind ihm Stoffe zugesetzt, die chemisch verändert und daher nicht mehr „naturbelassen“ sind, so ist auch das Endprodukt nicht „naturrein“ im Sinne der Erwartung eines nicht unbeträchtlichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise und die Angabe „naturrein“ damit zur Irreführung geeignet. **(OGH vom 29.11.2005, 4Ob200/05y)**

1.10.2 Bezeichnung eines rein pflanzlichen Lebensmittels als Milchprodukt

Anhang VII Teil III Nr. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 1308/2013 bestimmt in Bezug auf „Milcherzeugnisse“, dass dies „ausschließlich aus Milch gewonnene Erzeugnisse [sind], wobei jedoch für die Herstellung erforderliche Stoffe zugesetzt werden können, sofern diese nicht verwendet werden, um einen der Milchbestandteile vollständig oder teilweise zu ersetzen“. Weiter heißt es in dessen Unterabs. 2 zum einen, dass die auf allen Vermarktungsstufen verwendeten und in dieser Bestimmung unter Buchst. a aufgezählten Bezeichnungen, zu denen „Molke“, „Rahm“, „Butter“, „Buttermilch“, „Käse“ und „Joghurt“ gehören, und zum anderen namentlich die „tatsächlich für Milcherzeugnisse verwendeten“ Bezeichnungen im Sinne von Art. 17 der Verordnung Nr. 1169/2011 „ausschließlich Milcherzeugnissen“ vorbehalten sind.

Dem Wortlaut dieser Bestimmung (Nr. 2) ist somit zu entnehmen, dass ein „Milcherzeugnis“, das ausschließlich aus Milch gewonnen wurde, deren Bestandteile enthalten muss. Dies gilt grundsätzlich erst recht für ein rein pflanzliches Produkt, da dieses naturgemäß keinen Milchbestandteil enthält.

Folglich können die vom vorlegenden Gericht angeführten Bezeichnungen aus Anhang VII Teil III Nr. 2 Unterabs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1308/2013 – „Molke“, „Rahm“, „Butter“, „Buttermilch“, „Käse“ und „Joghurt“ – grundsätzlich nicht rechtmäßig verwendet werden, um ein rein pflanzliches Produkt zu bezeichnen.

In Bezug auf die Frage, ob die Hinzufügung klarstellender oder beschreibender Zusätze, die auf den pflanzlichen Ursprung des betreffenden Produkts hinweisen – wie etwa die vom vorlegenden Gericht erwähnten „aus Soja“ oder „aus Tofu“ – für die Beurteilung der rechtmäßigen Verwendung der Bezeichnung „Milch“ oder der durch die Verordnung Nr. 1308/2013 ausschließlich Milcherzeugnissen vorbehaltenen Bezeichnungen für ein rein pflanzliches Produkt relevant sein kann, ist darauf hinzuweisen, dass nach Anhang VII Teil III Nr. 3 dieser Verordnung „[d]ie Bezeichnung ‚Milch‘ und die für Milcherzeugnisse verwendeten Bezeichnungen auch zusammen mit einem oder mehreren Worten für die Bezeichnung von zusammengesetzten Erzeugnissen verwendet werden können, bei denen kein Bestandteil einen beliebigen Milchbestandteil ersetzt oder ersetzen soll und bei dem die Milch oder ein Milcherzeugnis einen nach der Menge oder nach der für das Erzeugnis charakteristischen Eigenschaft wesentlichen Teil darstellt“.

Rein pflanzliche Produkte erfüllen diese Bedingungen jedoch nicht, da sie weder Milch noch Milcherzeugnisse enthalten. Anhang VII Teil III Nr. 3 der Verordnung Nr. 1308/2013 kann daher nicht als Rechtsgrundlage für eine rechtmäßige Verwendung der Bezeichnung „Milch“ oder der ausschließlich Milcherzeugnissen vorbehaltenen

Bezeichnungen ergänzt durch einen oder mehrere klarstellende oder beschreibende Zusätze, die auf den pflanzlichen Ursprung des in Rede stehenden Produkts hinweisen, für ein rein pflanzliches Produkt herangezogen werden. (**EUGH vom 14. Juni 2017(*) C 422/16, Verband sozialer Wettbewerb e.V. gegen TofuTown.com GmbH**)

1.10.3 Tatort Kennzeichnungsmängel verpackt ausgelieferter Waren

Die zur Beurteilung der Zuständigkeitsfrage erforderlichen Ermittlungen und Feststellungen wurden von der belangten Behörde offensichtlich deshalb unterlassen, weil von der belangten Behörde auf Grund einer unrichtigen Rechtsansicht nicht erkannt worden war, dass als Ort der Begehung der Verwaltungsübertretung der anzusehen ist, an dem der Beschwerdeführer die Ware durch Auslieferung aus seinem Erzeugungsbetrieb, in welchem die Verpackung vorgenommen worden war, in Verkehr gesetzt hatte, und nicht der Ort des Feilhaltens der Ware im Verkaufsgeschäft (Kühlvitrine). (**VwGH vom 09.11.1981 81/10/0111**)

Siehe dazu auch: **VwGH vom 24.10.2018, VwGH Ra 2017/10/0169**

1.10.4 Deklaration in englischer Sprache, englischer Fachbezeichnungen sind für den durchschnittlichen Konsumenten nicht verständlich, Rechtssatz

Dem Vorbringen des Beschwerdeführers ist insofern beizupflichten, als zumindest Grundkenntnisse der englischen Sprache, die in Österreich bereits auf unterster Stufe des Pflichtschulunterrichts vermittelt werden, als zum allgemeinen Bildungsgut gehörig vorausgesetzt werden können.

Insofern, als jedoch – wie häufig in Bezug auf lebensmittelrechtliche Fachbegriffe – auch Wörter bzw. Phrasen verwendet werden, deren Bedeutung von einem durchschnittlichen Konsumenten ohne Beiziehung einer Übersetzungshilfe nicht eigenständig ermittelt werden kann (wie beispielsweise beim verfahrensgegenständlichen, als Ergänzungsnahrung zum Body-Building dienenden Muskelaufbaupräparat: „dietary supplement“, „searching for an intense ultra-fast absorbing & scientifically engineered formula“ „powerful multi-phase fat-burning activators“, „ignites heat-searing thermogenesis“), kann jedoch von einer leicht verständlichen Kennzeichnung i.S.d. § 3 Abs. 1 lit. a LMKV offenkundig keine Rede sein. (**LVwG OÖ vom 07.07.2017, LVwG-000230/2/GF/MV**)

1.10.5 Irreführungseignung von Kennzeichnungselementen

Auszugehen ist von einem Verbraucher, der die Werbung in situationsadäquater Weise zur Kenntnis nimmt; dabei ist der Grad der Aufmerksamkeit je nach dem Gegenstand verschieden (Link in Ullmann, jurisPK-UWG³ § 5 Rn 136). Verbrauchsgüter (Lebensmittel) sind billig und vergleichsweise kurzlebig. Hier besteht eine flüchtige Wahrnehmung, insbesondere bezüglich der Aufmerksamkeit eines Kunden im Supermarkt (Nordemann in Götting/Nordemann, UWG² § 5 Rn 0.101).

Die Irreführungseignung ist – auch nach der UWG-Nov007 (4 Ob 109/08w) – nach dem Gesamteindruck der strittigen Ankündigung zu beurteilen (RIS-Justiz RS0078524, RS0043590 [T36, T39, T40]; RS0078470 [T13]; RS0078352).

Der Gesamteindruck ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamthalt der Ankündigung. Denn er kann schon durch einzelne Teile der Ankündigung, die (etwa auf einem Flaschenetikett, vgl 4 Ob 20/91 – Himbeeressig, und 4 Ob 379/76 – Kürbis-Salatöl) als Blickfang besonders 2 R 58/16p herausgestellt sind, entscheidend geprägt werden. In solchen Fällen darf auch der blickfangartig herausgestellte Teil der Ankündigung für sich allein nicht irreführend sein (4 Ob 109/08w; RIS-Justiz RS0078542). In solchen Fällen kann nur ein ausreichend deutlicher aufklärender Hinweis zum Wegfall der Irreführungseignung führen (RIS-Justiz RS0078542, RS0118488).

Es reicht aus, wenn die Angabe zur Täuschung des Verkehrs und zur Beeinflussung seiner Entscheidung geeignet ist. Nicht erforderlich ist, dass tatsächlich jemand irreführt wird (Sosnitzka aaO Rn 105). Spätere Richtigstellungen oder Klarstellungen im weiteren Text der Werbung oder aufklärende Zusätze ändern an der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines täuschenden Blickfangs als irreführend normalerweise nichts (Sosnitzka aaORn 133). Hinweise an einer am Blickfang nicht teilhabenden Stelle, zB im Zusammenhang mit der Produktbeschreibung, schließen die Irreführung nicht aus (Link aaO § 5 Rn 186).

Auch wenn Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung der Erzeugnisse richten, zunächst das Zutatenverzeichnis lesen (EuGH 4.4.2000, RS C-465/98 – „d'arbo naturel“), kann bei einer irreführenden Etikettierung mitunter das Verzeichnis der Zutaten, auch wenn es richtig und vollständig ist, in bestimmten Fällen gleichwohl nicht geeignet sein, einen falschen oder missverständlichen Eindruck des Verbrauchers bezüglich der Eigenschaften des Lebensmittels zu berichtigen, der sich aus den anderen Elementen der 2 R 58/16p Etikettierung dieses Lebensmittels ergibt (EuGH 4.6.2015, RS C-195/14 - „Himbeer-Vanille-Abenteuer“, insb. Rn 38,40) (**OLG Wien vom 30.6.2016, 2 R 58/16p**).

1.10.6 Irreführungseignung – Blickfangwerbung - (Bananenmilch) irreführende Produktaufmachung

Zugriff auf die Volltextentscheidung:

https://www.arbeiterkammer.at/beratung/konsument/EssenundTrinken/OLG-Urteil_31.8.2017.pdf; Verbraucherrecht 2019/19 Heft 1 /2019 S 35 vom 22.1. 2019; Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht ÖBI-LS 2018/13 Heft 2/2018 S. 68 vom 7.3. 2018

1.10.7 Irreführungseignung – Bio und Umwelthinweise

Im vorliegenden Fall ist entscheidungswesentlich, ob der Verbraucher durch die Bezeichnung "aus kontrolliertem Anbau" den (unrichtigen) Eindruck gewinnt, es handle sich beim Produkt der Klägerin um ein solches aus biologischem Landbau, für das besondere Richtlinien hinsichtlich seiner Erzeugung bestehen und eine behördlich überwachte Kontrolle vorgenommen wird.

Art 6 und 7 der in Österreich unmittelbar anzuwendenden Verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaften Nr. 2092/91 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel sehen ua Vorschriften über den Einsatz von Düngemitteln und Pflanzenschutzmitteln vor. Ein in den Art 8 bis 10 geregeltes Kontrollsystem durch behördlich überwachte Kontrollstellen sichert die Einhaltung dieser Richtlinie. Nach Art 2 dieser Verordnung gilt ein Erzeugnis als aus ökologischem Landbau stammend gekennzeichnet - für welchen Fall die übrigen Bestimmungen der Verordnung anzuwenden sind -, wenn in der Etikettierung, der Werbung oder den Geschäftspapieren das Erzeugnis oder seine Bestandteile durch die in den einzelnen Mitgliedsstaaten gebräuchlichen Angaben gekennzeichnet sind, die dem Käufer den Eindruck vermitteln, dass das Erzeugnis oder seine Bestandteile nach den Produktionsregeln gemäß Art 6 und 7 der Verordnung gewonnen wurden. Art 2 nennt hierfür beispielhaft die Bezeichnung "ökologisch". Zur Beurteilung, ob ein Produkt als aus ökologischem Landbau stammend gekennzeichnet ist, stellt die Verordnung damit auf das Verständnis des Verbrauchers im einzelnen Mitgliedsstaat ab. Maßgeblich ist, ob eine Bezeichnung den Eindruck erweckt, es handle sich um ein Produkt aus ökologischem Landbau. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung (siehe Artmann, Wettbewerbsrecht und Umweltschutz 148 mwN) spiegeln das Österreichische Lebensmittelbuch und die darin verlautbarten Richtlinien als objektivierte Sachverständigengutachten die Meinung der am Verkehr mit Lebensmitteln beteiligten Kreise wider und können damit zur Beurteilung der Verbrauchererwartung herangezogen werden. Kapitel A 8 des Österreichischen Lebensmittelbuches "Landwirtschaftliche Produkte aus biologischem Landbau und daraus hergestellte Folgeprodukte", Teilkapitel A "Landwirtschaftliche Produkte pflanzlicher Herkunft" enthält Produktionsrichtlinien für den biologischen Landbau wie Vorschriften über Düngung und Pflanzenschutzmaßnahmen; diese sehen behördlich überwachte Kontrollen vor. Nach Abs. 19 dieses Kapitels unterliegen alle jene Produkte den Bestimmungen des Codexkapitels - somit den darin geregelten Produktionsrichtlinien und Kontrollen -, die dem Käufer den Eindruck einer Produktion aus biologischem Landbau vermitteln. Dazu gehören nach dem 1995 ergänzten Satz 2 des Abs. 19 auch Produkte mit Bezeichnungen wie "kontrollierter Anbau", wenn nicht deutlich und allgemein verständlich erkennbar ist, dass es sich nicht um Produkte aus biologischer Landwirtschaft handelt.

Der Bezeichnung einer Ware als "aus kontrolliertem Anbau" stammend kann der Verbraucher zunächst zwanglos entnehmen, dass Anbau und damit auch Art und Ausmaß der Düngung und des Pflanzenschutzes "kontrolliert" eingesetzt werden. Sie ist daher einerseits Werbung mit einem Umweltschutzbegriff (wie die Bezeichnung "biologisch", vgl. ÖBl 1995, 164 - Bioziegel mwN). Andererseits spricht sie als Bezeichnung eines Lebensmittels auch gesundheitliche Aspekte an und ist zugleich eine Beschaffenheitsangabe im Sinn des § 2 Abs. 1 UWG, bezeichnet sie doch eine tatsächliche Eigenschaft der Ware, die nach den Auffassungen des Verkehrs für ihre Würdigung von Bedeutung ist (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²⁰, Rz 124 zu § 3 dUWG). In Übereinstimmung mit der Lehre hat der Oberste Gerichtshof schon bisher die Frage, ob Werbung mit Umweltschutzbegriffen oder gesundheitsbezogenen An-

gaben zur Irreführung geeignet ist, nach strengen Maßstäben beurteilt (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 178, 179 ff zu § 1 dUWG; Lindacher Großkommentar dUWG Rz 706 f zu § 3; Fitz/Gamerith Wettbewerbsrecht 2 30; ecolex 1994, 480 - Biowelt, ÖBl 1995, 164 - Bioziegel, WBl 1993, 364 - Kästle-ÖKO-System). Diese Auffassung wird aufrechterhalten. Derartige Werbung trägt dem zuletzt zunehmend entwickelten, verstärkten Umwelt- und Gesundheitsbewußtsein der Bevölkerung Rechnung, spricht emotionale Bereiche im Menschen an und ist daher in hohem Maß geeignet, den Kaufentschluss des Verbrauchers zu beeinflussen. Der Oberste Gerichtshof hat aus diesen Erwägungen erkannt, dass mit derartigen Umwelthinweisen nur dann geworben werden darf, wenn sie eindeutig belegt sind und eine Irreführung der umworbenen Verkehrskreise auszuschließen ist. Soweit Hinweise auf die Umweltfreundlichkeit von Erzeugnissen missverstanden werden können, ist der Werbende zu weiterer Aufklärung verpflichtet (ÖBl 1991, 77 - Ozonschutz II mwN; ÖBl 1995, 164 - Bioziegel; WBl 1993, 364 - Kästle-ÖKO-System). Diese Grundsätze gelten auch für gesundheitsbezogene Angaben. Auch in diesen Fällen erfordert die besondere Schutzwürdigkeit des weitestgehend unkundigen Konsumenten strenge Maßstäbe.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist der von der Beklagten verwendete Hinweis "aus kontrolliertem Anbau" als irreführend im Sinn des § 2 UWG zu beurteilen. **(OGH vom 20.10.1998, 4Ob286/98k)**

1.10.8 Ratio Etikettierungsvorschriften, am Beispiel der Kennzeichnung von Bier

Der Unternehmer verwendet entweder die handelsübliche Sachbezeichnung (LMKV) bzw. verkehrsübliche Bezeichnung (RL), oder er wählt eine Beschreibung, die Rückschlüsse auf Art und Beschaffenheit der Ware ermöglicht (LMKV) bzw. eine Beschreibung, die hinreichend genau ist, um es dem Käufer zu ermöglichen, die tatsächliche Art des Lebensmittels zu erkennen und es von ähnlichen Erzeugnissen zu unterscheiden, mit denen es verwechselt werden könnte (RL). Es handelt sich dabei um zwei gleichwertige Alternativen (Nentwich, Das Lebensmittelrecht der Europäischen Union, 129; Hauer, Österreichisches Lebensmittelrecht und EU, 70).

Ratio der Etikettierungsvorschriften ist nach der Rsp des EuGH der Verbraucherschutz: Der Endverbraucher soll über das Lebensmittel korrekt informiert werden und damit die Möglichkeit haben, seine Kaufentscheidung nach Maßgabe dieses Wissens zu treffen; Irreführungsgefahr soll ausgeschlossen werden (Nentwich aaO 81 FN 304; 83 FN 319). Um dieses Ziel zu erreichen, sieht Art 14 Abs. 2 Etikettierungs-RL vor, dass die Angaben auf dem Etikett in einer leicht verständlichen Sprache abgefasst sein müssen, es sei denn, die Unterrichtung des Käufers ist durch andere Maßnahmen gewährleistet; § 3 Abs. 1 lit a LMKV 1993 sieht vor, dass die Kennzeichnungselemente (Angaben) leicht verständlich sein müssen. Insbesondere die Formulierung in Art 14 Etikettierungs-RL lässt erkennen, dass nicht nur sprachliche Elemente für die Aufklärung der Endverbraucher über die Art des Lebensmittels in Frage kommen; als andere Maßnahmen können daher durchaus auch bildliche Darstellungen auf dem Etikett die verbale Beschreibung ergänzen und verdeutlichen. Dass die Beschreibung des Lebensmittels etwa nur mittels eines einzigen Schlagwortes ("Bier") oder einer definitionsartigen Wortgruppe ("hefevergorenes alkohol- und kohlenensäurehaltiges Getränk aus Zerealien, Hopfen und Wasser") zu erfolgen habe, ist hingegen nicht angeordnet.

Eine dem § 4 Z 2 deutsche Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung entsprechende Bestimmung, wonach in der Beschreibung insbesondere die wertbestimmenden oder geschmackgebenden Bestandteile des Lebensmittels sowie jene Merkmale, durch die es sich von verwechselbaren Erzeugnissen unterscheidet, angegeben werden müssen, kennt die österreichische Rechtsordnung nicht.

In Anwendung dieser Grundsätze ist den Vorinstanzen darin beizupflichten, dass die auf dem Etikett des vom Kläger beanstandeten Produktes enthaltenen Angaben eine hinreichend genaue und deutliche Beschreibung des Lebensmittels enthalten, um es dem Endverbraucher zu ermöglichen, das Getränk als solches der Gattung Bier zu erkennen und es von ähnlichen Getränken (etwa alkoholfreien Bieren oder Mischgetränken aus Bier und Limonade) zu unterscheiden; eine Vorschrift für Bier, wonach die entsprechende Qualitätsstufe auf dem Etikett ersichtlich zu machen ist, besteht hingegen nicht. Neben den Angaben zur Stammwürze, zum Alkoholgehalt, zur Herstellungsart ("gebraut und abgefüllt nach dem deutschen Reinheitsgebot") und zur Lagerung ("kühl und dunkel lagern") klärt vor allem auch die Angabe des Herkunftsortes ("exklusiv aus Pilsen"; "abgefüllt in Pilsen") unzweideutig darüber auf, dass es sich bei dem zum Kauf angebotenen Produkt um Bier handelt. Die bildlichen Darstellungen von bei der Bierproduktion unentbehrlichen und bekannten Hilfsmitteln (Bierfass, Getreideschaukel, Getreidemaß) ergänzen und verdeutlichen noch die verbale Beschreibung auf der Etikette, die somit insgesamt - entgegen der Meinung des Revisionsrekurswerbers - eine der verkehrsüblichen Bezeichnung gleichwertige Beschreibung des Lebensmittels aufweist.

Soweit der Kläger damit argumentiert, der Verbraucher würde durch die totale Vereinheitlichung aller Kennzeichnungsmerkmale in den Mitgliedstaaten in die Lage versetzt, Gleiches mit Gleichem zu vergleichen und müsse keine Überlegungen mehr darüber anstellen, ob der Gebrauch verschiedener Begriffe auch eine substantielle Verschiedenheit bedeute, er könne also "alle Produkte einheitlich lesen", übersieht er, dass die harmonisierten Kennzeichnungsordnungen eben (bei Fehlen einer Verkehrsbezeichnung) auch die Möglichkeit einer individuellen Beschreibung des Lebensmittels vorsehen müssen. Der Letztverbraucher findet in diesen Fällen auf dem Etikett keine Sachbezeichnung von allgemein üblicher Bedeutung vor und muss die Frage, um welches Lebensmittel es sich handelt, eigenständig anhand der ihm zur Verfügung stehenden Informationen beantworten; solange ihm dies - wie hier - aufgrund einfacher und naheliegender Überlegungen möglich ist, liegt ein Verstoß gegen innerstaatliche und gemeinschaftsrechtliche Kennzeichnungsvorschriften (§ 4 Z 1 LMKV 1993 bzw. Art 5 Abs. 1 Etikettierungs-RL) nicht vor. **(OGH vom 26.05.1998, 4Ob143/98b)**

1.10.9 Für Fachkreise bestimmte Kennzeichnungen – maßgebliche Verkehrsauffassung

Richtet sich der Text einer Lebensmittelkennzeichnung ausschließlich an Fachkreise bzw. ist dieses Lebensmittel nur für Fachkreise bestimmt, ist für die Beurteilung der Irreführungseignung dieser Kennzeichnung allein die Verkehrsauffassung des jeweiligen Fachkreises maßgebend. **(LVwG OÖ vom 20.10.2014, LVwG-000049/5/FP/TK)**

1.10.10 Kennzeichnung eines verpackten Lebensmittels – Tatzeitpunkt

Beim Erfordernis einer genauen Tatumschreibung im Sinne des § 44a Z 1 VStG kommt es darauf an, den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und ihn rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Das an Tatort- und Tatzeitumschreibung zu stellende Erfordernis wird daher nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes, weil an den erwähnten Rechtsschutzüberlegungen zu messendes Erfordernis sein (vgl. VwGH VS vom 3.10.1985, 85/02/0053, VwSlg 11894 A/1985). Diese Rechtsschutzüberlegungen sind auch bei der Prüfung der Frage anzustellen, ob innerhalb der Verjährungsfrist des § 31 Abs. 1 VStG eine taugliche Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG vorliegt oder nicht (Vgl. VwGH vom 19.12.2005, 2001/03/0162). Das bedeutet, dass die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat (lediglich) unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit dieser in die Lage versetzt wird, auf den Vorwurf zu reagieren und damit sein Rechtsschutzinteresse zu wahren (vgl. VwGH vom 26.6.2003, 2002/09/0005). **(LVwG Wien vom 14.05.2014, VGW-022/057/24352/2014)**

1.10.11 Bezeichnung „tiefgekühlt“ nicht zwingend Inhalt der Sachbezeichnung bzw. Anbringung in deren unmittelbarer Nähe nicht erforderlich

Einerseits wurde im Gutachten der AGES festgestellt, dass die Sachbezeichnung der gezogenen Probe selbst keine der in § 6 TiefgefV geforderten Bezeichnungen enthalten habe; andererseits ergibt sich aber aus der in diesem Gutachten abgebildeten Etikette, dass sich auf dieser – wenngleich weder in derselben Zeile noch in derselben Schriftgröße noch im Nahebereich der vorangeführten Sachbezeichnung, sondern vielmehr in größerer optischer Entfernung davon und bloß im Verbund mit Hinweisen über das Herstellungsdatum, den Unternehmenssitz und die Mindesthaltbarkeitsdauer – auch die Angabe „1 Portion tiefgekühlt“ befand. Bei verständiger Würdigung des § 6 Abs. 1 lit. a TiefgefV dahin, dass dieser nicht bloß eine Gebots-, sondern vor dem Hintergrund des § 90 Abs. 3 Z. 2 LMSVG auch eine Strafnorm verkörpert, ist diese Bestimmung aber insgesamt dahin auszulegen, dass die mit dieser geforderte „Ergänzung“ nicht zwingend als ein Teil der Sachbezeichnung der Ware – und damit als stets in einem unmittelbaren Konnex zu dieser stehend – in Erscheinung treten, sondern objektiv besehen bloß der Anforderung genügen muss, den Verbraucher vor solchen – in erster Linie gesundheitsbezogenen – Nachteilen zu schützen, die im Falle der gänzlichen Unterlassung eines derartigen Hinweises eintreten könnten. Eine solche Sichtweise konfligiert insbesondere auch nicht mit der Verordnung (EU) 1169/2001 (vgl. Anh. VI, Teil A, Z. 1 dieser VO). **(LVwG OÖ vom 08.07.2014, LVwG-000040/2/Gf/Rt)**

1.10.12 Champagnersorbet

Es ist davon auszugehen, dass Art. 118m Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1234/2007 und Art. 103 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1308/2013 auf die kommerzielle Verwendung einer g.U. wie „Champagne“ als Teil der Bezeichnung ei-

nes Lebensmittels wie „Champagner Sorbet“, das eine Zutat enthält, die der Produktspezifikation der g.U. entspricht, Anwendung finden.

Art. 118m Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1234/2007 und Art. 103 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1308/2013 sind dahingehend auszulegen, dass sie auch den Fall erfassen, in dem eine g.U. wie „Champagne“ als Teil der Bezeichnung verwendet wird, unter der ein Lebensmittel wie „Champagner Sorbet“ verkauft wird, das nicht der Produktspezifikation der g.U. entspricht, aber eine dieser Produktspezifikation entsprechende Zutat enthält.

Nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung Nr. 110/2008 ist die Verwendung einer eingetragenen geografischen Angabe in einem zusammengesetzten Begriff verboten, sofern nicht der betreffende Alkohol ausschließlich von der Spirituose stammt, auf die Bezug genommen wird.

Geht aus dem Namen des Lebensmittels wie im Ausgangsverfahren hervor, dass es eine g.U. führende Zutat enthält, die auf den Geschmack des Lebensmittels hinweisen soll, muss der von dieser Zutat hervorgerufene Geschmack die wesentliche Eigenschaft des Lebensmittels darstellen. Wenn andere in dem Lebensmittel enthaltene Zutaten dessen Geschmack stärker beeinflussen, erwächst durch die Verwendung eines solchen Namens nämlich unberechtigt ein Profit aus dem Ansehen der betreffenden g.U. Um zu beurteilen, ob der Champagner, der in dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Erzeugnis enthalten ist, diesem eine wesentliche Eigenschaft verleiht, muss das nationale Gericht somit anhand der ihm vorgelegten Beweise beurteilen, ob das Erzeugnis einen Geschmack aufweist, der hauptsächlich durch das Vorhandensein von Champagner in seiner Zusammensetzung hervorgerufen wird.

In Anbetracht dessen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 118m Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1234/2007 und Art. 103 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1308/2013 dahin auszulegen sind, dass die Verwendung einer g.U. als Teil der Bezeichnung, unter der ein Lebensmittel wie „Champagner Sorbet“ verkauft wird, das nicht der Produktspezifikation der g.U. entspricht, aber eine dieser Produktspezifikation entsprechende Zutat enthält, eine Ausnutzung des Ansehens einer g.U. im Sinne dieser Bestimmungen darstellt, wenn das Lebensmittel nicht als wesentliche Eigenschaft einen Geschmack aufweist, der hauptsächlich durch das Vorhandensein dieser Zutat in seiner Zusammensetzung hervorgerufen wird.

Die Verwendung einer g.U. als Teil der Bezeichnung, unter der ein Lebensmittel wie „Champagner Sorbet“ verkauft wird, das nicht der Produktspezifikation der g.U. entspricht, aber eine dieser Produktspezifikation entsprechende Zutat enthält, stellt keine widerrechtliche Aneignung, Nachahmung oder Anspielung im Sinne der genannten Bestimmungen dar.

Art. 118m Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1234/2007 in der durch die Verordnung Nr. 491/2009 geänderten Fassung und Art. 103 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Verordnung Nr. 1308/2013 sind dahin auszulegen, dass die Verwendung einer geschützten Ursprungsbezeichnung als Teil der Bezeichnung, unter der ein Lebensmittel wie „Champagner Sorbet“ verkauft wird, das nicht der Produktspezifikation der ge-

geschützten Ursprungsbezeichnung entspricht, aber eine dieser Produktspezifikation entsprechende Zutat enthält, eine Ausnutzung des Ansehens einer geschützten Ursprungsbezeichnung im Sinne dieser Bestimmungen darstellt, wenn das Lebensmittel nicht als wesentliche Eigenschaft einen Geschmack aufweist, der hauptsächlich durch das Vorhandensein dieser Zutat in seiner Zusammensetzung hervorgerufen wird. **(EUGH vom 20.12.2017, C-393/16 Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne gegen Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG, vertreten durch die Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH, vormals Aldi Einkauf GmbH & Co. OHG Süd)**

1.10.13 Schützbares Ursprungsbezeichnung bzw. geographische Angabe gemäß Artikel 2 VO (2028/1992) bzw. 510/2006) Abgrenzung zur nicht schützbares geographischen Herkunftsangabe

Verdankt ein Agrarerzeugnis oder Lebensmittel seine Güte und Eigenschaften zumindest überwiegend den geografischen Verhältnissen einschließlich der natürlichen und menschlichen Einflüsse in einer bestimmten Gegend, an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Land, oder liegt bei einer Bezeichnung ein Zusammenhang der zuvor beschriebenen Art vor, handelt es sich um eine Ursprungsbezeichnung bzw. eine geographische Angabe im Sinne von Art 2 der Verordnungen 2081/1992 oder 510/2006.

Aus dieser Systematik ist abzuleiten, dass die Bezeichnung für ein Agrarerzeugnis oder Lebensmittel nur alternativ in eine der beiden Kategorien fallen kann. Denn entweder besteht nach den hierfür maßgeblichen Umständen ein Zusammenhang zwischen der Bezeichnung und dem Produkt im Sinne des zuvor dargestellten Unionsrechts, dann ist die Bezeichnung eine nach Unionsrecht schützbares Ursprungsbezeichnung bzw. geographische Angabe, oder ein solcher Zusammenhang fehlt, und die Bezeichnung ist als nach Unionsrecht nicht schützbares einfache und mittelbare geographische Herkunftsangabe zu beurteilen. Ein gleichzeitiges Nebeneinander beider Schutzniveaus für dieselbe Bezeichnung ist ausgeschlossen. **(OGH vom 09.08.2011, 17Ob20/11g)**

1.10.14 Verlassenes/unzulässige Anspielung auf geschützte geographische Angabe (Calvados)

Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 dahin auszulegen ist, dass für die Feststellung, ob eine „Anspielung“ im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, auf die Wahrnehmung eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs erfasst der Begriff „Anspielung“ eine Fallgestaltung, in der der zur Bezeichnung eines Erzeugnisses verwendete Ausdruck einen Teil einer geschützten Bezeichnung in der Weise einschließt, dass der Verbraucher durch den Namen des Erzeugnisses veranlasst wird, gedanklich einen Bezug zu dem Erzeugnis herzustellen, das diese Bezeichnung trägt (vgl. in Bezug auf Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 Urteil Bureau national interprofessionnel du Cognac, C 4/10 und C 27/10, EU:C:2011:484, Rn. 56; vgl. auch in Bezug auf Art. 13

Abs. 1 Buchst. b der Verordnung [EWG] Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel [ABl. L 208, S. 1] Urteile *Consortio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, C 87/97, EU:C:1999:115, Rn. 25, und *Kommission/Deutschland*, C 132/05, EU:C:2008:117, Rn. 44).

Zwar nimmt Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 nicht ausdrücklich Bezug auf den Begriff „Verbraucher“. Aus der in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung geht jedoch hervor, dass nach Auffassung des Gerichtshofs zur Feststellung des Vorliegens einer „Anspielung“ im Sinne dieser Vorschrift das nationale Gericht nicht nur zu prüfen hat, ob der zur Bezeichnung des fraglichen Erzeugnisses verwendete Ausdruck einen Teil einer geschützten Bezeichnung in dieser Weise einschließt, sondern auch, ob der Verbraucher durch den Namen des Erzeugnisses veranlasst wird, gedanklich einen Bezug zu dem Erzeugnis herzustellen, das diese Bezeichnung trägt. Das nationale Gericht muss sich also hauptsächlich auf die Reaktion stützen, die der Verbraucher hinsichtlich des für die Bezeichnung des fraglichen Erzeugnisses verwendeten Ausdrucks vermutlich zeigen wird, wobei es vor allem darauf ankommt, dass er gedanklich einen Bezug zwischen dem Ausdruck und der geschützten Bezeichnung herstellt.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der geografischen Angaben durch Art. 16 der Verordnung Nr. 110/2008 gewährte Schutz im Hinblick auf den Zweck auszulegen ist, der mit der Eintragung dieser Angaben verfolgt wird, nämlich, wie sich aus dem 14. Erwägungsgrund dieser Verordnung ergibt, Spirituosen als Erzeugnisse eines bestimmten Gebiets zu kennzeichnen, wobei eine bestimmte Qualität, ein bestimmter Ruf oder andere Merkmale der Spirituose im Wesentlichen ihrem geografischen Ursprung zugeordnet werden können (*Urteil Bureau national interprofessionnel du Cognac*, C 4/10 und C 27/10, EU:C:2011:484, Rn. 47).

Für die Beurteilung der Frage, ob ein für ein Erzeugnis verwendeter Ausdruck geeignet ist, im Sinne von Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 auf eine geschützte Bezeichnung anzuspieren, ist ebenfalls ein solches auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruhendes Kriterium anzuwenden (vgl. in diesem Sinne *Urteil Estée Lauder*, C 220/98, EU:C:2000:8, Rn. 28).

Im Übrigen ist in Bezug auf den Zweifel, den das vorliegende Gericht im Rahmen der Beurteilung des Begriffs „Anspielung“ im Sinne von Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 der Bedeutung des Umstands beimisst, dass die Bezeichnung „Verlados“ auf den Ort der Herstellung des im Ausgangsverfahren fraglichen Erzeugnisses Bezug nimmt, den der finnische Verbraucher kenne, daran zu erinnern, dass Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 die in Anhang III dieser Verordnung eingetragenen geografischen Angaben im gesamten Hoheitsgebiet der Union gegen jede „Anspielung“ schützt. Hinsichtlich der Notwendigkeit, dort einen effektiven und einheitlichen Schutz dieser geografischen Angaben zu gewährleisten, ist mit der italienischen Regierung und der Kommission davon auszugehen, dass der Begriff „Verbraucher“, auf den die oben in Rn. 21 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung verweist, auf den europäischen Verbraucher und nicht nur auf den Verbraucher des Mit-

gliedstaats abstellt, in dem das Erzeugnis hergestellt wird, das zu der Anspielung auf die geschützte geografische Angabe führt.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 dahin auszulegen ist, dass bei der Beurteilung, ob eine Anspielung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, das nationale Gericht auf die Wahrnehmung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen hat, wobei dieser Begriff dahin zu verstehen ist, dass er auf einen europäischen Verbraucher und nicht nur auf einen Verbraucher des Mitgliedstaats abstellt, in dem das Erzeugnis hergestellt wird, das zu der Anspielung auf die geschützte geografische Angabe führt.

Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 dahin auszulegen ist, dass für die Beurteilung, ob die Bezeichnung „Verlados“ im Sinne dieser Vorschrift eine „Anspielung“ auf die geschützte geografische Angabe „Calvados“ für entsprechende Erzeugnisse darstellt, nicht nur die klangliche und visuelle Ähnlichkeit zwischen diesen Bezeichnungen, sondern auch das Vorliegen von Umständen zu berücksichtigen ist, die für eine Benutzung der Bezeichnung „Verlados“ sprechen könnten, die nicht geeignet ist, den finnischen Benutzer zu täuschen.

Insbesondere möchte das vorlegende Gericht wissen, welche Bedeutung den Umständen beizumessen ist, dass erstens der Anfangsteil der Bezeichnung „Verlados“ dem Namen des finnischen Dorfes Verla entspricht und der finnische Verbraucher diesen Namen möglicherweise kennt, zweitens der Bestandteil „Verla“ auf die das Getränk „Verlados“ herstellende Gesellschaft Viiniverla hinweist, drittens dieses Getränk ein lokal hergestelltes und in kleinen Mengen verkauftes Erzeugnis darstellt und viertens die Begriffe „Verlados“ und „Calvados“ nur eine einzige Silbe gemeinsam haben, aber die letzten vier Buchstaben dieser Wörter und damit jeweils die Hälfte aller ihrer Buchstaben übereinstimmen.

Insoweit hat der Gerichtshof entschieden, dass bei Erzeugnissen, die ähnlich aussehen, davon ausgegangen werden kann, dass eine Anspielung auf eine geschützte Bezeichnung vorliegt, wenn die Verkaufsbezeichnungen eine klangliche und visuelle Ähnlichkeit aufweisen (vgl. in diesem Sinne Urteile *Conorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, C 87/97, EU:C:1999:115, Rn. 27, *Kommission/Deutschland*, C 132/05, EU:C:2008:117, Rn. 46, und *Bureau national interprofessionnel du Cognac*, C 4/10 und C 27/10, EU:C:2011:484, Rn. 57).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt eine solche Ähnlichkeit offensichtlich vor, wenn der für die Bezeichnung des fraglichen Erzeugnisses verwendete Begriff auf die beiden gleichen Silben endet wie die geschützte Bezeichnung und die gleiche Silbenzahl wie diese umfasst (vgl. in diesem Sinne Urteil *Conorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, C 87/97, EU:C:1999:115, Rn. 27).

In Bezug auf die visuelle und klangliche Ähnlichkeit der Bezeichnungen „Verlados“ und „Calvados“ hat das vorlegende Gericht zu berücksichtigen, dass sie beide aus acht Buchstaben bestehen, wobei die letzten vier identisch sind, und dass sie dieselbe

Silbenzahl und die gleiche Endsilbe „dos“ haben, was ihnen eine gewisse visuelle und klangliche Ähnlichkeit verleiht.

Schließlich kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs selbst dann eine „Anspielung“ vorliegen, wenn keinerlei Gefahr der Verwechslung zwischen den betroffenen Erzeugnissen besteht (Urteile *Conсорzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, C 87/97, EU:C:1999:115, Rn. 26, und *Kommission/Deutschland*, C 132/05, EU:C:2008:117, Rn. 45), da es vor allem darauf ankommt, dass beim Publikum keine Assoziationen hinsichtlich des Ursprungs des Erzeugnisses hervorgerufen werden und es einem Wirtschaftsteilnehmer nicht ermöglicht wird, in unberechtigter Weise vom Ansehen der geschützten geografischen Angabe zu profitieren (vgl. in diesem Sinne Urteil *Bureau national interprofessionnel du Cognac*, C 4/10 und C 27/10, EU:C:2011:484, Rn. 46).

Art. 16 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 110/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Januar 2008 zur Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Etikettierung von Spirituosen sowie zum Schutz geografischer Angaben für Spirituosen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1576/89 ist dahin auszulegen, dass bei der Beurteilung, ob eine Anspielung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, das nationale Gericht auf die Wahrnehmung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen hat, wobei dieser Begriff dahin zu verstehen ist, dass er auf einen europäischen Verbraucher und nicht nur auf einen Verbraucher des Mitgliedstaats abstellt, in dem das Erzeugnis hergestellt wird, das zu der Anspielung auf die geschützte geografische Angabe führt.

Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 ist dahin auszulegen, dass das vorliegende Gericht für die Beurteilung der Frage, ob die Bezeichnung „Verlados“ im Sinne dieser Vorschrift eine „Anspielung“ auf die geschützte geografische Angabe „Calvados“ für ähnliche Erzeugnisse darstellt, die klangliche und visuelle Ähnlichkeit zwischen diesen Bezeichnungen sowie etwaige Umstände berücksichtigen muss, die darauf hinweisen könnten, dass eine solche Ähnlichkeit nicht auf Zufall beruht, um zu prüfen, ob der normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige europäische Durchschnittsverbraucher durch den Namen eines Erzeugnisses dazu veranlasst wird, gedanklich einen Bezug zu einem Erzeugnis mit der geschützten geografischen Angabe herzustellen.

3. Art. 16 Buchst. b der Verordnung Nr. 110/2008 ist dahin auszulegen, dass die Benutzung einer Bezeichnung, die im Sinne dieser Vorschrift als „Anspielung“ auf eine in Anhang III der Verordnung angeführte geografische Angabe qualifiziert wird, selbst dann unzulässig ist, wenn jegliche Verwechslungsgefahr ausgeschlossen werden kann. (**EuGH vom 21.01.2016, C-75/15, Viiniverla Oy gegen Sosiaali- ja terveystieteiden keskusliiton ja valvontavirasto**)

1.10.15 Mangelnde Verständlichkeit einer englischen Gebrauchsanweisung

Es ist eine Gebrauchsanweisung in englischer Sprache vorhanden. Eine solche ist jedoch bei einem im Bundesgebiet in Verkehr gebrachten Lebensmittel jedenfalls auch in deutscher Sprache (lateinischen Buchstaben und arabischen Ziffern) anzugeben. Fremdsprache Angaben sind lediglich dann zulässig, wenn sie leicht verstanden wer-

den können. Dies ist aber bei den gegenständlich inkriminierten Bezeichnung nicht der Fall, zumal als Maßstab für die Beurteilung der Frage, was leicht verständlich ist, nach lebensmittelrechtlichen Grundsätzen die Verkehrsauffassung, mithin also die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers heranzuziehen ist (vgl. Barfuß/Smolka/Onder, Kommentar zum Lebensmittelrecht 2, 3. Lieferung, S 60). Selbiger verfügt aber nicht über derart ausreichende Kenntnisse der englischen Sprache in Wort und Schrift, um die gegenständliche Sachbezeichnung bzw. die Zutaten ohne weiteres übersetzen und so den notwendigen Zusammenhang herstellen zu können.

Da das vorliegende Produkt erst nach entsprechendem Zubereiten essfertig war (wie sich auch aus der vorliegenden Gebrauchsanweisung in englischer Sprache ergibt), war eine Gebrauchsanweisung auch jedenfalls notwendig. Erst durch ein entsprechendes Erhitzen in der vorgegebenen Art und Weise war das vorliegende Lebensmittel in geeigneter Weise zu verwenden. Dies erweist sich als relevant, wäre ein Verzehr in roher Form oder etwa gekocht oder anders zubereitet nicht möglich. Konkret ist diese Lebensmittel nur nach der einen, vorgegebenen Zubereitungsart zu verwenden und demnach ist eine Gebrauchsanweisung in deutscher Sprache anzuführen. Eine Gebrauchsanweisung in englischer Sprache wäre für den Durchschnittsverbraucher nicht leicht verständlich. **(LVwG Wien vom 17.01.2018, VGW-022/056/6232/2017)**

1.10.16 „enthält Gluten/Lactose“ nicht unklar wenn auch in der Zutatenliste angegeben

Aus der vorgelegten Kennzeichnung geht hervor, dass die Angabe „enthält Gluten/Lactose“ lediglich eine zusätzliche Kennzeichnung ist. Die von der VO (EU) 1169/2011 geforderte Kennzeichnung ist ebenso vorhanden. Denn im Zutatenverzeichnis selbst ist – wie Art. 21 der Verordnung vorsieht - „Weizenmehl“, (Anhang II Z.1) und „Butter...“ (Anhang II Z. 7) angeführt und ist auch durch das Schriftbild klar ersichtlich hervorgehoben vom Rest des Zutatenverzeichnisses. Da dem Beschwerdeführer daher die Verletzung genau dieser angelasteten konkreten Bestimmungen der LMIV im vorliegenden Fall nicht vorzuwerfen ist, war spruchgemäß vorzugehen. Der Beanstandung selbst lag lediglich die Wortfolge „enthält Gluten/Lactose“ zu Grunde, eine Beurteilung des Zutatenverzeichnisses und den dort gemäß Anhang II in Verbindung mit Art. 21 der VO angeführten Angaben fand nicht statt. **(LVwG Wien vom 16.01.2018, VwG – 022/056/6335/2017)**

1.10.17 Herkunftsbezeichnungen

Herkunftsbezeichnungen in diesem Sinn sind nicht nur geografische Namen als solche; die Bezeichnung muss aber geeignet sein, den Verbraucher darauf hinzuweisen, dass das damit bezeichnete Produkt aus einem bestimmten Ort, einem bestimmten Gebiet oder einem bestimmten Land stammt. Es ist daher zu prüfen, ob die Bezeichnung in Verbindung mit dem jeweiligen Produkt als Herkunftsbezeichnung verstan-

den wird ("Bud" als Herkunftsbezeichnung für Bier?). (OGH vom 09.08.2011, 17Ob20/11g)

1.10.18 „Regionale Bezeichnungen sind nicht als ausreichende Sachbezeichnungen anzusehen“

Regionale Bezeichnungen wie „Groiggen“ (Grieben) sind nicht als ausreichende Sachbezeichnungen anzusehen wenn dieser Begriff nur eingeschränkt bekannt ist (im konkreten Falle Einheimischen im Zillertal) „Die Bezeichnung ermöglicht es dem Großteil der Konsumenten nicht die tatsächliche Art der Ware zu erkennen. (LVwG Tirol vom 23.01.2014, LVwG-2013/19/0745-3)

1.10.19 Etikettierung

Ratio der Etikettierungsvorschriften ist nach der Rechtsprechung des EuGH der Verbraucherschutz: Der Endverbraucher soll über das Lebensmittel korrekt informiert werden und damit die Möglichkeit haben, seine Kaufentscheidung nach Maßgabe dieses Wissens zu treffen; Irreführungsgefahr soll ausgeschlossen werden. (OGH vom 26.05.1998, 4Ob143/98b)

1.10.20 Nährwertbezogene Angabe „liefert Energie“ bei Frühstücksecken

Nach Art 2 Abs. 2 Z 4 lit a sublit i der Health-Claims-Verordnung bezeichnet der Ausdruck „nährwertbezogene Angabe“ jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere positive Nährwerteigenschaften besitzt und zwar aufgrund der Energie (des Brennwertes), die es liefert. Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben dürfen nach Art 3 erster Satz der Health-Claims-Verordnung bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln, die in der Gemeinschaft in Verkehr gebracht werden, bzw. bei der Werbung hierfür nur verwendet werden, wenn sie der vorliegenden Verordnung entsprechen. Nährwertbezogene Angaben dürfen nach Art 8 Abs. 1 der Health-Claims-Verordnung nur gemacht werden, wenn sie im Anhang aufgeführt sind und den in dieser Verordnung festgelegten Bedingungen entsprechen. Die Angabe, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung hat wie die Angabe, ein Lebensmittel „liefert Energie“ wird im Anhang der Health-Claims-Verordnung (Nährwertbezogene Angaben und Bedingungen für ihre Verwendung) nicht aufgeführt.

Infolge der getroffenen Feststellungen wies das Produkt „EE Frühstücksecke“ eine nährwertbezogene Angabe im Sinne des Art 2 Abs. 2 Z 4 lit a sublit i der Health-Claims-Verordnung auf. Zumal die Angabe, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung hat wie die Angabe „liefert Energie“ nicht im Anhang der Health-Claims-Verordnung aufgeführt wurde, hätte diese Angabe nach Art 8 Abs. 1 der Health-Claims-Verordnung nicht gemacht werden dürfen. Indem diese Angabe dennoch gemacht wurde, wurde der Health-Claims-Verordnung zuwidergehandelt. (LVwG Tirol vom 26.07.2017, LVwG-2017/34/1167-4)

1.10.21 Nährwertkennzeichnung

Die Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe k und 6 Absatz 8 der Richtlinie 90/496 über die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln sind dahin auszulegen, dass der Wert eines Nährstoffs wie Vitamin C, der auf einem Lebensmittel nach dessen Analyse durch den Hersteller angegeben ist, dem im fraglichen Lebensmittel am Ende seiner Mindesthaltbarkeitsdauer enthaltenen Wert dieses Nährstoffs entsprechen darf und dass die Bestimmung der zulässigen Abweichungen zwischen dem angegebenen und dem bei einer amtlichen Überwachung festgestellten Wert beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

Die Gültigkeit der Richtlinie 90/496 über die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe k und 6 Absatz 8 der Richtlinie keine genauen Angaben zum Bezugszeitpunkt für die Ermittlung des Durchschnittswerts eines in einem Lebensmittel enthaltenen Nährstoffs und zu den Abweichungsbandbreiten zwischen dem angegebenen und dem bei einer amtlichen Überwachung festgestellten Wert umfassen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat nämlich keineswegs gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, sondern im Einklang mit Artikel 249 Absatz 3 EG das zu erreichende Ziel - den Verbraucher insbesondere durch die Angabe von Durchschnittswerten, die den Gehalt der fraglichen Nährstoffe unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren am besten repräsentieren, bei der Wahl einer geeigneten Ernährung zu unterstützen - festgelegt, aber den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung dieses Zieles überlassen. Da den innerstaatlichen Behörden somit ein Ermessen bei der Festlegung sowohl des Bezugszeitpunkts für die Berechnung des Durchschnittswerts als auch der Abweichungsbandbreiten zwischen dem angegebenen und dem bei einer amtlichen Überwachung tatsächlich festgestellten Wert eingeräumt wurde, schränken die Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe k und 6 Absatz 8 der Richtlinie die Tätigkeit der Lebensmittelhersteller auch nicht unangemessen oder unverhältnismäßig ein. **(EuGH vom 23.10.2003, C-40/02 Margareta Scherndl gegen BH Korneuburg)**

1.10.22 „Fettfrei geröstet ist keine nährwertbezogene Angabe“

„schonend fettfrei geröstet“ suggeriert, dass ohne Fett geröstet wurde; die Angabe bezieht sich lediglich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auf die Zubereitung der Kürbiskerne und ist keine unzulässige nährwertbezogene Angabe im Sinne der Claims-Vo EG Nr. 1924/2006 (HCVO). **(LVwG Wien vom 25.07.2014, VGW-022/018/25783/2014)**

1.10.23 Klassenname Semmelbrösel als Zutat zulässig? (Diese Entscheidung betrifft nicht das Erfordernis der Allergenkennzeichnung!)

Nach Auffassung des erkennenden Gerichts stehen die Bestimmungen des § 4 Abs. 1 Z 7 lit. a und lit. e und die Bestimmung des 4 Abs. 1 Z 7 lit. b der LMKV aber nicht nebeneinander, sondern handelt es sich bei der lit. b im Verhältnis zu den lit. a. und e um eine lex specialis, welche eben für bestimmte Zutaten eine Ausnahme von der Verpflichtung vorsieht, alle enthaltenen Stoffe anzuführen. Würden diese Bestim-

mungen, wie von der Behörde vertreten, gleichwertig nebeneinander stehen, gäbe es für die Bestimmung des § 4 Abs. 1 Z 7 lit. b der Kennzeichnungsverordnung keinen Anwendungsbereich. Für „Brösel (Paniermehl) jeglichen Ursprungs“ ist daher die zulässige Kennzeichnung „Brösel“ oder „Paniermehl“.

Wenn aber die Bezeichnung „Brösel“ zulässig ist, muss dies auch für die Bezeichnung „Semmelbrösel“ gelten, da der Begriff „Semmelbrösel“ im „Österreichischen Lebensmittelbuch“ (Codexkapitel / B 18 / Backerzeugnisse) unter Punkt 2.2.5. synonym mit dem Begriff „Brösel“ oder „Paniermehl“ gebraucht wird. Für diese Auslegung spricht auch die Intention der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung, wonach die Kennzeichnungselemente leicht verständlich sein sollen. Die Bezeichnung „Semmelbrösel“ ist aus Sicht des erkennenden Gerichtes den österreichischen Konsumenten jedenfalls gleich verständlich – wenn nicht sogar verständlicher – wie die Bezeichnung „Paniermehl“. **(LVwG-Wien vom 29.10.2014, VGW-101/027/3487/2014)**

Siehe auch Kennzeichnung Spielzeug

Erforderliche Schriftgröße bei der Kennzeichnung von Spielzeug – Warnhinweis bezüglich Verletzungsgefahr und Alterseignung. **(LVwG Vorarlberg vom 07.11.2014, LVwG-1-528/R3-2014)**

1.10.24 Freiwillig bereitgestellte Informationen über Lebensmittel

Von der Beschwerdeführerin wurde nicht bestritten, dass beim gezogenen Lebensmittel mit der Bezeichnung „XY“ entgegen der Bestimmung des Artikel 32 Abs. 3 LMIV die Angabe als Prozentsatz fehlte, mit dem Jod hochgerechnet auf 100 g zur Versorgung mit der festgestellten Referenzmenge beiträgt (vgl. die nähere Tatumschreibung in Spruchpunkt 2) des angefochtenen Straferkenntnisses). Dazu wurde von der Beschwerdeführerin lediglich aufmerksam gemacht, dass gemäß Anhang V. zur Verordnung (EG) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, Punkt 5., Salz und Salzsubstitute als Lebensmittel von der verpflichtenden Nährwertdeklaration ausgenommen sind.

Die Beschwerdeführerin verkennt in diesem Zusammenhang, dass nach Artikel 36 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (LMIV), wenn Informationen über Lebensmittel gemäß den Artikeln 9 und 10 freiwillig bereitgestellt werden, diese den Anforderungen des Kapitels IV Abschnitte 2 und 3 entsprechen müssen. Dies war verfahrensgegenständlich nicht der Fall. **(LVwG Tirol vom 01.10.2018, LVwG-2018/41/1410-3)**

1.11 Hygiene

1.11.1 Mikrobiologie – Verstoß gegen Prozesshygienekriterien

Davon ausgehend, dass die normative Anordnung des Anhanges I Kapitel 2 Pkt. 2.2.8. der VO 2073/2005 als „Maßnahmen für den Fall unbefriedigender Ergebnisse“ selbst lediglich nicht näher determinierte „Verbesserungen in der Herstellungshygiene“ fordert, kommt dem Umstand essentielle Bedeutung zu, dass diese VO 2073/2005 ei-

nerseits nicht in der Anlage zum LMSVG (nämlich weder in Teil 1 noch [anders als z.B. die VO 852/2004] in Teil 2 dieser Anlage) aufgelistet ist und andererseits (etwa im Gegensatz zu der Fleischuntersuchungsverordnung 2006 u.a.) auch keine – z.B. auf § 6 LMSVG gestützte – Verordnung des BMinGes existiert, mit der nähere Vorschriften zur Durchführung der VO 2073/2005 erlassen wurden: Im Ergebnis resultiert nämlich daraus, dass ein bloßer Verstoß gegen spezifische, mit der VO 2073/2005 normierte Gebote – wie etwa die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bakterien-grenzwerte – (allenfalls administrativrechtliche Konsequenzen [wie z.B. einen Auftrag bezüglich „Verbesserungen in der Herstellungshygiene“] nach sich ziehen kann, jedenfalls aber) nicht nach dem LMSVG – insbesondere nicht nach § 90 Abs. 3 Z. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 LMSVG – strafsanktioniert ist. **(LVwG OÖ vom 20.06.2014, LVwG-000037/2/Gf/Eg)**

1.11.2 Doppelbestrafungsverbot bei kumulativen Hygieneverstößen

Davon ausgehend, dass Anhang II zur VO 852/2004 – wie schon aus dessen Überschrift hervorgeht („Allgemeine Hygienevorschriften für alle Lebensmittelunternehmer“) – in weiten Bereichen identische Schutzgüter regelt, hätte die belangte Behörde sohin nicht unbesehen jeden vom einschreitenden Lebensmitteluntersuchungsorgan angezeigten Mangel als ein eigenständiges deliktisches Verhalten qualifizieren dürfen, sondern vielmehr zu prüfen gehabt, ob bzw. inwieweit durch die Heranziehung eines bestimmten Deliktstypus der Unrechts- und Schuldgehalt des Täterverhaltens bereits vollständig erschöpft ist, sodass kein weiteres Strafbedürfnis mehr gegeben ist. Da eine derartige inhaltliche Überlagerung jedoch beispielsweise schon hinsichtlich der beiden ersten Tatvorwürfe gegeben ist (Konzeption von Räumen, in denen „Lebensmittel zubereitet, behandelt oder verarbeitet werden“ bzw. „in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird“, derart, dass „eine gute Lebensmittelhygiene gewährleistet ist und Kontaminationen zwischen und während den Arbeitsgängen vermieden werden“ [Anh. II Kap. II Z. 1 zur VO 852/2004] bzw. „dass eine angemessene Instandhaltung, Reinigung und/oder Desinfektion möglich ist“ [Anh. II Kap. I Z. 2 lit. a zur VO 852/2004]), liegt insoweit auch eine Verletzung des Beschwerdeführers in der ihm durch Art. 4 Abs. 1 des 7.ZPMRK verfassungsmäßig gewährleisteten Garantie vor. **(UVS OÖ vom 15.11.2013, VwSen-240966/2/Gf/TR/Rt)**

1.11.3 Einstufung von Fleischerzeugnissen als Separatorenfleisch

Die Nrn. 1.14 und 1.15 des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 mit spezifischen Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs sind dahin auszulegen, dass das Erzeugnis, das durch maschinelles Ablösen des an fleischtragenden Knochen nach dem Entbeinen bzw. an Geflügelschlachtkörpern haftenden Fleisches gewonnen wird, als „Separatorenfleisch“ im Sinne von Nr. 1.14 einzustufen ist, wenn das eingesetzte Verfahren zu einer stärkeren Auflösung oder Veränderung der Muskelfaserstruktur führt, als sie rein an Schnittflächen eintritt; dies gilt unabhängig davon, dass das eingesetzte Verfahren die Struktur der verwendeten Knochen nicht ändert. Ein solches Erzeugnis kann nicht als „Fleischzubereitung“ im Sinne von Nr. 1.15 eingestuft werden. **(EuGH vom 16.10.2014, C-453/13 Newby Food Ltd gegen Food Standard Agency)**

1.12 Bedeutung des Österreichischen Lebensmittelbuches

1.12.1 Prüfung der Wirkung von Werbeaussagen

Die Beurteilung der Wirkung einer Werbeaussage auf die angesprochenen Verkehrskreise (und damit ihre Eignung, diese irrezuführen) in Fällen, in denen - wie hier - die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen unterliegt der rechtlichen Beurteilung durch den Richter (Fitz/Gamerith Wettbewerbsrecht² 24; MR 1995, 189 - Österreichs größte Qualitätszeitung; ÖBl 1998, 41 - Inerate-Kombischaltung). Dem steht jedoch nicht entgegen, dass die Bestimmungen des Österreichischen Lebensmittelbuches bei ihrer Beurteilung berücksichtigt werden. **(OGH vom 20.10.1998, 4Ob268/98k)**

1.12.2 Einfluss auf Ermittlung der Verbrauchererwartung

Das ÖLMB ist ein objektiviertes, als Beweismittel besonderer Art zu würdigendes, jedoch keineswegs unwiderlegbares Sachverständigengutachten, welches die Meinung der am Verkehr mit Lebensmitteln beteiligten Kreise (Erzeuger, Händler und Verbraucher) und auch die der Behörden widerspiegelt und damit insbesondere auch die konkrete Verbrauchererwartung wiedergibt; der Gegenbeweis einer von den Richtlinien des Kapitels B 17 abweichenden oder ihnen widersprechenden Verbrauchererwartung wäre also nicht ausgeschlossen.

Es wissen zwar die österreichischen Konsumenten mit dem ihnen weitestgehend unbekanntem Grenzwert von 1 g fester Stoffe in 1 kg Wasser 'nur wenig anzufangen'; sie wissen aber sehr wohl, dass der Gehalt an ('richtigen') Mineralstoffen dafür bestimmend ist, ob sie 'ein Wasser als Mineralwasser erleben'. Gerade das Fehlen konkreter Vorstellungen über Art und Menge solcher Bestandteile nötigt ihn dazu, auf die Richtigkeit der für das jeweilige Produkt verwendeten Bezeichnung zu vertrauen; er wird deshalb im allgemeinen davon ausgehen, dass die Beschaffenheit der Ware und insbesondere ihre stoffliche Zusammensetzung jenen Anforderungen entspricht, die von den damit befassten amtlichen Stellen oder sonstigen Fachkreisen als Voraussetzung für die Verwendung einer bestimmten Bezeichnung festgelegt worden sind.

Dass bei der Ermittlung dieser mittelbaren ('verweisenden') Verbrauchererwartung im vorliegenden Fall vor allem auf die Beurteilungsgrundsätze des Codex-Kapitels B 17 Bedacht zu nehmen ist, folgt schon aus der Rechtsnatur des ÖLMB, bei welchem es sich, wie schon erwähnt, um ein von der Codexkommission vorbereitetes und vom Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz herausgegebenes, qualifiziertes Sachverständigengutachten handelt, welches vor allem der Verlautbarung von Sachbezeichnungen, Vertriebsbestimmungen und Beurteilungsgrundsätzen sowie von Richtlinien für das Inverkehrbringen diesem Bundesgesetz unterliegender Waren dient. **(OGH vom 14.05.1985, 4Ob330/85)**

1.12.3 Verbrauchererwartung – Produktaufmachung – Zutatenverzeichnis

Zu den Informationen über die Zusammensetzung zählen nicht nur Angaben zur Zusammensetzung einer Ware, wie zB das Zutatenverzeichnis, sondern auch und gerade die Bezeichnung einer Ware (Weidert in Hartge-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG² § 5 C Rz 30). Denn die Bezeichnung eines Produkts löst bei dem angesprochenen Verkehrskreis Erwartungen aus, etwa über die stoffliche Beschaffenheit oder die

Zusammensetzung und die damit verbundene Qualität, und veranlasst aufgrund dieser Erwartungen die wirtschaftliche Entscheidung (Nordemann in Götting/Nordemann, UWG § 5 Rz 1.46; vgl 4 Ob 20/91 - Himbeer Essig betreffend eine Enttäuschung der Verbrauchererwartung über den Inhalt an wertbestimmenden Bestandteilen eines Lebensmittels). Die Irreführungseignung ist - auch nach der UWG-Nov 2007 (4 Ob 109/08w) - nach dem Gesamteindruck der strittigen Ankündigung zu beurteilen (RIS-Justiz RS0078524, RS0043590 [T36, T39, T40]; RS0078470 [T13]; RS0078352).

Der Gesamteindruck ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtinhalt der Ankündigung. Denn er kann schon durch einzelne Teile der Ankündigung, die (etwa auf einem Flaschenetikett, vgl 4 Ob 20/91 - Himbeer Essig, und 4 Ob 379/76 - Kürbis-Salatöl) als Blickfang besonders herausgestellt sind, entscheidend geprägt werden. In solchen Fällen darf auch der blickfangartig herausgestellte Teil der Ankündigung für sich allein nicht irreführend sein (4 Ob 109/08w; RIS-Justiz RS0078542). In solchen Fällen kann nur ein ausreichend deutlicher aufklärender Hinweis zum Wegfall der Irreführungseignung führen (RIS-Justiz RS0078542, RS0118488).

Der mündige Konsument erwartet von einem als „Waldbeeren Fruchtschnitte“ bezeichneten Produkt weder eine unter Verwendung ganzer Früchte, noch - im Verhältnis zu anderen Obstzutaten - überwiegend aus Waldbeeren hergestellte Fruchtschnitte. Ganze Früchte muss er als Zutat schon aufgrund der geringen Breite der Schnitte, deren erkennbar fester Konsistenz und der vorausgesetzten längeren Haltbarkeit eines solchen Lebensmittels ausschließen, und ohne Kenntnis der Zutatenliste hat er keine Vorstellung davon, in welchem Ausmaß die namensgebenden Früchte in der Schnitte enthalten sind und ob diese Zutat mengenmäßig gegenüber sonstigen (Obst-)Zutaten überwiegt.

Die Verbrauchererwartung der Maßfigur ist in erster Linie dadurch gekennzeichnet, dass eine „Waldbeeren Fruchtschnitte“ aus echten Waldbeeren (und nicht bloß aus Aromastoffen) hergestellt ist und auch nach solchen Früchten schmeckt. In welchem mengenmäßigen Verhältnis bei einer Fruchtschnitte Grundmasse und namensgebende Obstsorte stehen, spielt in der Verbrauchererwartung und damit für die Kaufentscheidung hingegen nur eine untergeordnete Rolle.

Werden (wie hier) für eine Fruchtschnitte von 40 g rund 10 g Waldbeeren verarbeitet - der geringere prozentuelle Anteil des Beerenkonzentrats an der Gesamtmasse ist allein auf einen Verarbeitungsvorgang zurückzuführen -, ist dieses Verhältnis jedenfalls ausreichend hoch, die Verbrauchererwartungen über den Fruchtanteil zu erfüllen. Damit kann der Beklagten aber nicht vorgeworfen werden, sie habe allein mit der Gestaltung der Verpackung ihres Produkts beim Verbraucher Erwartungen hervorgeufen, die das Produkt nicht erfüllt. **(OGH vom 15.02.2011, 4Ob228/10y)**

1.12.4 Verbrauchererwartung Schnitzel – Rindsschnitzelfleisch im Ganzen

Gerade weil nach der Verbrauchererwartung unter "Schnitzel" nur einzelne in Scheiben geschnittene Fleischstücke verstanden werden, die zur Zubereitung verschiedener als "Schnitzel" bezeichneter gastronomischer Gerichte geeignet und kochfertig vorbereitet sind, kann das mit der beanstandeten Bezeichnung "Rindsschnitzelfleisch

im Ganzen" angesprochene Publikum keinesfalls den Eindruck gewinnen, dass damit einzelne in Scheiben geschnittene und kochfertig vorbereitete Fleischstücke ("Schnitten") angeboten würden.

Die Beklagten haben ja den Begriff "Schnitzel" nicht für sich allein verwendet, sondern in ein zusammengesetztes Hauptwort aufgenommen, welches durch das Grundwort "Fleisch" bestimmt wird, und ihm überdies noch den verdeutlichenden Zusatz "im Ganzen" beigefügt. Damit wurde aber für jedermann unmissverständlich klargestellt, dass es sich bei der solcherart angebotenen Ware um einen ganzen, nicht in Schnitten geschnittenen Fleischteil handelt, der zwar für die Zubereitung von Schnitzeln geeignet ist, zu diesem Zweck aber noch zugerichtet, also erst in einzelne Scheiben zerschnitten werden muss.

Gerade weil die beanstandete Bezeichnung den durch sie angesprochenen Interessenten klar macht, dass es sich um gewachsene, nicht in Schnitten geschnittene Fleischstücke handelt, muss auch dem Durchschnittskonsumenten selbst in der Eile des geschäftlichen Verkehrs bewusst werden, dass diese ganzen Fleischstücke noch sehnige und fette Bestandteile aufweisen, die für die Schnitzelzubereitung ungeeignet sind. **(OGH vom 03.04.1990, 4Ob20/90)**

1.12.5 Nicht erkennbare Ungeeignetheit für den menschlichen Verzehr bewirkt keinen Ausschluss des fahrlässigen Inverkehrbringens im Verwaltungsstrafverfahren

Wenn die belangte Behörde ausführt, der Mitbeteiligte habe nicht erkennen können, dass die Ware für den menschlichen Verzehr nicht geeignet gewesen sei, da deren Aussehen unauffällig und ihr Geruch arteigen und ohne Abweichung gewesen sei und der Mitbeteiligte weder dazu verpflichtet noch dazu in der Lage sei, an jedem Lebensmittel eine bakteriologische Untersuchung vorzunehmen, geht sie (erkennbar) davon aus, dass ihn an der Übertretung des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG kein Verschulden treffe.

Damit geht die belangte Behörde jedoch nicht auf die Vermutung der Fahrlässigkeit in § 5 Abs. 1 VStG und das sich daraus ergebende Erfordernis, den Mangel an Verschulden glaubhaft zu machen, ein. Vielmehr wäre ausgehend von der Begründung des angefochtenen Bescheides fahrlässiges Verhalten im Hinblick auf das Inverkehrbringen von für den menschlichen Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln nach Ansicht der belangten Behörde immer schon dann auszuschließen, wenn diese Eigenschaft der Lebensmittel anhand ihres Aussehens und Geruchs nicht erkennbar ist. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, stellt der Straftatbestand des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG doch allein auf die (fehlende) Eignung eines in Verkehr gebrachten Lebensmittels zum menschlichen Verzehr ab. Im Hinblick darauf ist der Mangel an Verschulden glaubhaft zu machen. Gerade für (hier zudem mariniertes) Fleisch liegt es auf der Hand, dass die Beurteilung, ob dieses für den menschlichen Verzehr geeignet ist, sich nicht allein auf Aussehen und Geruch beschränken kann. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde - die eine bakteriologische Untersuchung jedes einzelnen in Verkehr gebrachten Lebensmittels als einzige weitere Möglichkeit anzusehen scheint, Übertretungen wie die gegenständliche zu verhindern - sind zur Kontrolle der Unbedenklichkeit von

Fleisch auch eine Reihe weiterer (zumutbarer) Maßnahmen denkbar, wie sie zum Teil in den lebensmittelrechtlichen Vorschriften vorgesehen sind und etwa auch in der vorliegenden Amtsbeschwerde aufgezeigt werden. **(ViGH vom 21.05.2012, 2011/10/0050)**

1.12.6 Separatorenmaterial

Separatorenmaterial ist keine Fleischzubereitung. **(EuGH vom 16.10.2014, C-453/13)**

2 KOSMETIKA

2.1 Allgemeines

2.1.1 Vertriebsverbot für Kosmetika, Tests von Bestandteilen durch Tierversuche

Mit seinen beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob – und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen – Art. 18 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1223/2009 dahin auszulegen ist, dass er das Inverkehrbringen von kosmetischen Mitteln auf dem Unionsmarkt verbietet, bei denen einige Bestandteile durch Tierversuche außerhalb der Union bestimmt worden sind, um kosmetische Mittel in Drittländern vermarkten zu können.

Um diese Fragen zu beantworten, ist insbesondere zu prüfen, ob die Wendung „zur Einhaltung der Bestimmungen [der Verordnung Nr. 1223/2009]“ in Art. 18 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Tierversuche wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erfassen kann.

Ihrer üblichen Bedeutung im gewöhnlichen Sprachgebrauch zufolge legt diese Wendung nahe, dass sie auf die den fraglichen Versuchen zugrunde liegende Absicht Bezug nimmt, die Bestimmungen der Verordnung Nr. 1223/2009 einzuhalten. Bei einer rein wörtlichen Betrachtungsweise lässt sich die Wendung somit dahin auslegen, dass sie die Erbringung des Nachweises voraussetzt, dass es dem für diese Versuche Verantwortlichen während ihrer Durchführung darum ging, die Bestimmungen dieser Verordnung einzuhalten. Nach einer solchen Auslegung wären Tierversuche wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die von dem Bestreben, Rechtsvorschriften von Drittländern über die Sicherheit kosmetischer Mittel zu erfüllen, geleitet gewesen sein sollen, nicht von dem in der fraglichen Bestimmung enthaltenen Verbot erfasst.

Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts jedoch nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden (vgl. u. a. Urteil vom 10. Juli 2014, D. und G., C-358/13 und C-181/14, EU:C:2014:2060, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Die Verordnung Nr. 1223/2009 enthält ferner Regeln, mit denen ein Niveau des Schutzes von Tieren im Kosmetiksektor geschaffen werden soll, das höher als das in anderen Sektoren geltende Schutzniveau ist. Aus einer Gesamtschau der Erwägungsgründe 38 bis 42 sowie 45 und 50 ergibt sich, dass der Unionsgesetzgeber im Rahmen dieser Verordnung dem Wohlergehen der Tiere Rechnung tragen wollte, und zwar

u. a. dadurch, dass er eine Verwendung tierversuchsfreier Alternativmethoden zur Gewährleistung der Sicherheit von Produkten im Kosmetiksektor, die umfassender als in anderen Sektoren sein soll, aktiv fördert. Aus dem 42. Erwägungsgrund dieser Verordnung ergibt sich insbesondere, dass es zunehmend möglich sein wird, die Sicherheit der in kosmetischen Mitteln verwendeten Bestandteile mit Hilfe solcher Methoden zu gewährleisten und dass, „[u]m ein Höchstmaß an Schutz für die Tiere zu erreichen, ... eine Frist für die Einführung eines endgültigen Verbots [der anderen Methoden] festgesetzt werden“ sollte.

Da die Verordnung Nr. 1223/2009 somit darauf abzielt, die Bedingungen für den Zugang von kosmetischen Mitteln zum Unionsmarkt festzulegen und ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten, wobei zugleich für das Wohlergehen der Tiere gesorgt werden soll, indem im Bereich kosmetischer Mittel Tierversuche verboten werden, muss Art. 18 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung dahin verstanden werden, dass er diesen Marktzugang an die Beachtung des Verbots von Tierversuchen knüpft.

In diesem Zusammenhang ist erstens festzustellen, dass im Rahmen der Sicherheitsbewertung, die nach Art. 10 der Verordnung Nr. 1223/2009 für ein kosmetisches Mittel erforderlich ist, Tierversuche in Betracht gezogen werden können. Nach Abs. 1 Buchst. b dieses Artikels ist sicherzustellen, dass bei dieser Sicherheitsbewertung ein angemessenes Beweiskraftkonzept für die Überprüfung der Daten aus allen vorhandenen Quellen angewandt wird. Allerdings sieht Anhang I Abschnitt 8 dieser Verordnung vor, dass das toxikologische Profil, das Bestandteil des Sicherheitsberichts für ein kosmetisches Mittel ist, unbeschadet der Bestimmungen von Art. 18 dieser Verordnung zu erstellen ist.

Tierversuche, deren Ergebnisse nicht in diesem Bericht aufscheinen, sind daher nicht als „zur Einhaltung der Bestimmungen [der Verordnung Nr. 1223/2009]“ im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung durchgeführt anzusehen. Lässt sich die Sicherheitsbewertung für das kosmetische Mittel auch ohne diese Ergebnisse gewährleisten, hängt der Zugang dieses Mittels zum Unionsmarkt nämlich nicht von solchen Versuchen ab.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass – wie der Generalanwalt in den Nrn. 94, 95 und 98 seiner Schlussanträge dargelegt hat – das in Art. 18 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1223/2009 aufgestellte Verbot nicht schon dann gilt, wenn in der Produktinformationsdatei für das kosmetische Mittel aus Tierversuchen gewonnene Daten angeführt werden. Denn nach Art. 11 der Verordnung muss diese Datei Daten über jegliche, insbesondere vom Hersteller durchgeführten Tierversuche zur Erfüllung der Rechtsvorschriften von Drittländern enthalten.

Dagegen reicht der Umstand, dass im Sicherheitsbericht für ein kosmetisches Mittel Ergebnisse von Tierversuchen mit einem Bestandteil zum kosmetischen Gebrauch angeführt werden, um die Sicherheit dieses Bestandteils für die menschliche Gesundheit nachzuweisen, für die Feststellung aus, dass diese Versuche zur Einhaltung der Bestimmungen der Verordnung Nr. 1223/2009 durchgeführt wurden, um Zugang zum Unionsmarkt zu erhalten.

Unerheblich ist insoweit, dass es dieser Tierversuche bedurfte, um die Vermarktung kosmetischer Mittel in Drittländern zu ermöglichen.

Art. 18 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel ist dahin auszulegen, dass er das Inverkehrbringen von kosmetischen Mitteln auf dem Markt der Europäischen Union, bei denen einige Bestandteile durch Tierversuche außerhalb der Union bestimmt worden sind, um kosmetische Mittel in Drittländern vermarkten zu können, verbieten kann, wenn die dabei gewonnenen Daten verwendet werden, um die Sicherheit dieser Mittel im Hinblick auf ihr Inverkehrbringen auf dem Unionsmarkt nachzuweisen. **(EuGH vom 21.09.2016, C-592/14, European Federation for Cosmetic Ingredients gegen Secretary of State for Business, Innovation and Skills, Attorney General)**

2.2 Gesundheitsschädlich

2.3 Für den menschlichen Gebrauch nicht geeignet

2.4 Verfälschung

2.5 Wertminderung

2.6 Zur Irreführung geeignete Angabe

2.6.1 Kosmetika – Zur Irreführung geeignete Angaben – Verbrauchererwartung

Gemäß § 18 LMSVG gelten § 5 Abs. 2 und 4 LMSVG sinngemäß auch für kosmetische Mittel. Das Verbot des § 5 Abs. 2 LMSVG, Lebensmittel mit zur Irreführung geeigneten Angaben in Verkehr zu bringen oder zu bewerben, wobei zur Irreführung geeignete Angaben insbesondere solche sind, die über ... Eigenschaften ... und Wirkungen ... des Lebensmittels täuschen, ist daher sinngemäß auch auf kosmetische Mittel anzuwenden.

Der mündige Konsument erwartet sich von einem mit dem Namen "24K-rat DELUXE FORMULA" bezeichneten Kosmetikprodukt (Hautcreme) nicht, dass sich darin sichtbare Goldplättchen mit einem Reinheitsgehalt von 24 Karat befinden, sondern nimmt an, dass sich darin geringe Spuren von Gold befinden. Dies trifft auch tatsächlich zu, und zwar in Form von kolloidalem Gold - worauf die Beklagte in ihren Werbeaussagen auch hinweist - (Sole oder Gele aus winzigen Goldpartikeln) in einer Menge von unter 0,05 ppm (0,000005 %).

Die (von der Beklagten zu beweisende, vgl. 4 Ob 169/11y) Richtigkeit ihrer Behauptungen über die Wirksamkeit ihrer Produkte ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - von Relevanz für die Beurteilung des Vorwurfs der Irreführung. Die durchschnittliche Konsumentin der Kosmetika der Beklagten wird die Ankündigung, das den Produkten in welcher Form immer beigemengte Gold verleihe Strahlkraft bzw. einen jugendlichen Schimmer, jedenfalls dahingehend verstehen, dass eine derartige Wirkung tatsächlich besteht. Die Angaben sind auch geeignet, sie zu einer ge-

schäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätte. **(OGH vom 28.11.2012, 4Ob116/12f)**

2.6.2 Naturkosmetika, Zulässigkeit der Bezeichnung (Duschgel)

Gemäß Art 20 Abs. 1 EU-Kosmetik-VO dürfen bei der Kennzeichnung, der Bereitstellung auf dem Markt und der Werbung für kosmetische Mittel unter anderem keine Texte und Bezeichnungen verwendet werden, die Merkmale oder Funktionen vortäuschen, welche die betreffenden Erzeugnisse nicht besitzen. In Ermangelung rechtsverbindlicher, europäischer Kriterien für Naturkosmetika beurteilt sich eine damit zusammenhängende, mögliche Täuschung von Verbrauchern über die Eigenschaft des Kosmetikums dabei nach dem vom Bundesministerium für Gesundheit herausgegebenem Österreichischen Lebensmittelbuch (im Folgenden: Lebensmittelbuch). Nach der Rechtsprechung des VwGH handelt es sich dabei um ein objektiviertes Sachverständigengutachten (VwGH 26.09.2011, 2010/10/0145; VwGH 20.06.1994, 92/10/0118), welches die maßgebliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers widerlegbar wiedergibt. Gemäß Codexkapitel B 33 "kosmetische Mittel", Teilkapitel "1. Naturkosmetik", Punkt 1.2.1 des Lebensmittelbuches, IV. Auflage, sind Naturkosmetika Erzeugnisse, die ausschließlich aus Naturstoffen bestehen. Naturstoffe iSd Lebensmittelbuchs (Punkt 1.2.2) sind Stoffe pflanzlichen, mineralischen und gewisse Stoffe tierischen Ursprungs, sowie deren Gemische, die gemäß Punkt 1.2.4 hergestellt (gewonnen und weiterverarbeitet) werden. Ausnahmen bestehen nur für bestimmte – naturidentische – Konservierungsmittel (Punkt 1.2.7) und aus bestimmten Naturstoffen gewonnene Emulgatoren und Tenside (Punkt 1.2.8). Kosmetische Mittel, die den Anforderungen des Codexkapitels B 33, Teilkapitel 1. Naturkosmetik entsprechen, dürfen gemäß Punkt 1.3.1 des genannten Kapitels des Lebensmittelbuches mit der zusätzlichen Bezeichnung "Naturkosmetik" oder gleichsinnig ausgelobt werden.

Die „DD – Pflegedusche Zitronenmelisse“ enthält den durch chemische Synthese hergestellten Inhaltsstoff „Sodium Coco-Sulfate“, welcher in der Natur nicht vorkommt und auch keine Ausnahme iSd Punkt 1.2.7 oder 1.2.8. des Lebensmittelbuchs darstellt. Beim gegenständlichen Produkt handelt es sich demnach nicht um ein Naturprodukt iSd Lebensmittelbuchs. Das Inverkehrbringen dieses Produktes mit der Bezeichnung „Tiroler Naturkosmetik“ ist daher unter Zugrundelegung der aus dem Lebensmittelbuch als objektivierten Sachverständigengutachten hervorgehenden maßgeblichen Verbrauchererwartung zur Täuschung über die Eigenschaften des Kosmetikums geeignet. Dem betreffenden Produkt wird durch die Bezeichnung „Tiroler Naturkosmetik“ ein Merkmal zugeschrieben, das es durch den Einsatz des chemisch-synthetischen Inhaltsstoffes „Sodium Coco-Sulfate“ nicht besitzt. **(LVwG Tirol vom 10.10.2018, LVwG-2018/41/0792-3)**

2.7 Abgrenzungsfragen

2.7.1 Abgrenzung (Funktions)arzneimittel – kosmetisches Mittel anhand des Abgrenzungskriteriums „pharmakologische Wirkung“ (Mundspüllösung)

Vom Vorliegen einer pharmakologischen Wirkung einer Substanz ist nicht nur dann auszugehen, wenn es zu einer Wechselwirkung zwischen den Molekülen dieser Substanz und einem zellulären Bestandteil des Körpers des Anwenders kommt. Für das Vorliegen einer pharmakologischen Wirkung genügt eine Wechselwirkung zwischen dieser Substanz und einem beliebigen im Körper des Anwenders vorhandenen zellulären Bestandteil. Ein Erzeugnis, das eine solche Wechselwirkung entfaltet, ist Funktionsarzneimittel und nicht kosmetisches Mittel. **(EuGH vom 06.09.2012, C-308/11 Chemische Fabrik Kreussler)**

2.7.2 Abgrenzung kosmetisches Mittel – Arzneimittel (Erkältungsbad)

Die Merkmale kosmetischer Mittel treffen auf ein Erzeugnis nicht zu, das unter der Bezeichnung "Erkältungsbad" in Verkehr gebracht wird. Damit wird dem Produkt die weitaus überwiegende, wenn nicht ausschließliche Zweckbestimmung beigegeben, "bei Erkältung" verwendet zu werden; der bei einem Badezusatz nach der Verkehrsauffassung im allgemeinen gegebene Zweck der Reinigung und Pflege der Haut, allenfalls des Parfümiers, tritt schon angesichts der Bezeichnung in den Hintergrund. Die Ankündigung "sie atmen leichter und die Nase wird freier" stellt eine Konkretisierung der Wirkungsweise in Richtung der Linderung der mit einer "Erkältung" einhergehenden körperlichen Beschwerden dar.

Im Zusammenhang mit der Zuordnung des Produktes zu den Kategorien der Arzneimittel oder der kosmetischen Mittel ist im vorliegenden Fall weder die Darreichungsform (als Badezusatz) noch der Vertriebsweg (über Drogerien) von ausschlaggebender Bedeutung. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung wird mit der Sammelbezeichnung "Erkältung" eine Reihe infektionsbedingter Erkrankungen (insbesondere) der oberen Luftwege umschrieben. Es entspricht weiters der allgemeinen Verkehrsauffassung, dass die bei solchen Erkrankungen auftretenden Beschwerden durch Auftragen bestimmter Substanzen (hier: Kampfer und ätherische Öle) auf die Haut oder deren Inhalation in Verbindung mit Wasserdampf gelindert werden können. Dass den erwähnten Hinweisen wegen der Darreichungsform als Badezusatz nach der Verkehrsauffassung eine andere Bedeutung zukäme, als dies etwa bei Verabreichung der Wirkstoffe in Salbengrundlage (als sogenannter "Balsam") der Fall wäre, ist nicht zu sehen. Es ist somit nicht zweifelhaft, dass durch die Bezeichnung "Erkältungsbad", verbunden mit dem Hinweis auf die günstige Beeinflussung von bei Erkältungen auftretenden Atembeschwerden, beim Verbraucher der Eindruck erweckt wird, die Anwendung des Erzeugnisses bewirke eine Linderung der mit einer Erkältung einhergehenden krankhaften Beschwerden im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 1 AMG bzw. eine (subjektive) Zweckbestimmung zur Wiederherstellung, Besserung oder Beeinflussung der (durch Krankheit beeinträchtigten) Körperfunktionen im Sinne der dargestellten Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der "Arzneimittel nach Bezeichnung". Es kommt auch nicht darauf an, ob das in Rede stehende Produkt tatsächlich therapeutische Wirkung hat; auch die Erzeugnisse, die nicht ausreichend wirksam sind oder die

nicht die Wirkung haben, die der Verbraucher nach der Bezeichnung von ihnen erwarten darf, können - je nach der Art des Inverkehrbringens - unter den Begriff der Arzneimittel nach der subjektiven Zweckbestimmung bzw. "nach Bezeichnung" fallen (vgl. auch hierzu EuGH vom 30. November 1993, Slg. 1983, 3883 Rn 29). Weder nach Aufmachung noch nach Darreichungsform ist ersichtlich, dass dem Produkt eine ausschließliche oder überwiegende Zweckbestimmung in Richtung der in § 5 LMG und Art. 1 Abs. 1 der RL 76/768/EWG genannten Zwecke zugeschrieben würde. Angesichts der Bezeichnung und des Hinweises auf die Erleichterung der Atmung kann auch nicht gesagt werden, dass - nach der beigegebenen Zweckbestimmung - Anwendung und Wirkung auf den Bereich der Haut und ihre Anhangsgebilde und der Mundhöhle im Sinne des § 1 Abs. 3 Z. 3 AMG beschränkt wären.

Angesichts der Bezeichnung und des konkret auf die Linderung mit einer Erkrankung einhergehender Beschwerden bezogenen Hinweises kann an der Eigenschaft des Produktes als Arzneimittel nach subjektiver Zweckbestimmung auch der Umstand nichts ändern, dass dem Produkt weitere Hinweise beigegeben wurden, die - für sich betrachtet - beim Inverkehrbringen eines kosmetischen Mittels nach § 26 Abs. 2 LMG zulässig wären.

Die Eigenschaft des in Rede stehenden Produktes als Arzneimittel kraft subjektiver Zweckbestimmung schließt dessen Eigenschaft als kosmetisches Mittel aus. (**VwGH vom 29.01.2001, VwGH 97/10/0040**).

2.8 Verantwortlichkeit des Unternehmers

2.9 Kennzeichnung

2.9.1 Kennzeichnung kosmetischer Mittel; Vorliegen „praktischer Gründe“ für die Unmöglichkeit der vollständigen Angabe obligatorischer Warnhinweise auf Behältnis und Verpackung

Nationale sprachliche Anforderungen, wie sie in Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 76/768 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel in der Fassung der Richtlinie 93/35 zugelassen werden, stellen eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels dar, da die betreffenden Erzeugnisse je nach der oder den im Vertriebsmitgliedstaat vorgeschriebenen Sprache(n) mit einer unterschiedlichen Etikettierung versehen werden müssen, was zusätzliche Verpackungskosten verursacht.

Diese Beeinträchtigungen sind jedoch durch den Schutz der Volksgesundheit gerechtfertigt, der ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel darstellt. Die Informationen, die die Hersteller- oder Vertriebsunternehmen von unter die Richtlinie 76/768 fallenden kosmetischen Mitteln auf dem Behältnis und der Verpackung des Produkts angeben müssen, sind, sofern sie nicht durch Piktogramme oder andere Zeichen als Worte erfolgreich übermittelt werden können, ohne praktischen Nutzen, wenn sie nicht in einer für ihre Adressaten verständlichen Sprache abgefasst sind.

Die vollständige Angabe der obligatorischen Warnhinweise auf dem Behältnis und der Verpackung eines kosmetischen Mittels in der oder den im Vertriebsmitgliedstaat vorgeschriebenen Sprache(n) ist nicht im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d

letzter Satz der Richtlinie 76/768 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel in der Fassung der Richtlinie 93/35 aus praktischen Gründen nicht möglich", wenn wegen der Entscheidung des Hersteller- oder Vertriebsunternehmens, das Mittel aus wirtschaftlichen Gründen und zur Erleichterung der Verkehrsfähigkeit innerhalb der Gemeinschaft in neun Sprachen zu etikettieren, von denen acht Amtssprachen der Gemeinschaft sind, eine Verkürzung der Warnhinweise auf dem Behältnis und der Verpackung notwendig wird. **(EuGH vom 13.09.2001, C-169/99 Hans Schwarzkopf GmbH & Co KG)**

2.10 Hygiene

3 GEBRAUCHSGEGENSTÄNDE

3.1 Allgemeines

3.2 Gesundheitsschädlich

3.3 Für den menschlichen Verzehr ungeeignet

3.4 Verfälschung

3.5 Wertminderung

3.6 Zur Irreführung geeignete Angaben

3.7 Abgrenzungsfragen

3.8 Verantwortlichkeit des Unternehmers

3.9 Kennzeichnung

3.9.1 Erforderliche Schriftgröße bei der Kennzeichnung von Spielzeug – Warnhinweis bezüglich Verletzungsgefahr und Alterseignung

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg stützt sich auf das Gutachten der AGES (Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH) vom 14.02.2013. In diesem Gutachten wurde festgehalten, dass die vorliegende Probe kleine Teile im Sinne der Europäischen Norm EN 71, Teil 1, Z 8.2 enthalte und daher nicht für Kinder unter drei Jahren geeignet sei. Solches Spielzeug müsse mit dem gut lesbaren und geeigneten Hinweis, dass das Spielzeug nicht für Kinder unter drei Jahren geeignet sei, ergänzt durch einen kurzen Hinweis auf die Gefahren, die diese Vorsichtsmaßregel erforderlich machen, versehen werden. Der Hinweis auf die Gefahr, die die Alterseinschränkung begründe, sei bei der vorliegenden Probe jedoch wesentlich zu klein gedruckt (Höhe Großbuchstaben 1 mm) und daher nicht gut lesbar.

Dieser schriftliche Hinweis („Erdrösselungsgefahr durch Kabel und Erstickungsgefahr durch kleine Teile und Kugeln“) war in derselben Schriftgröße angebracht wie andere Kennzeichnungselemente und wurde im vorliegenden Gutachten der AGES diesbezüglich wie folgt ausgeführt: „*Nach einschlägiger Rechtsprechung zum Begriff ‚deutlich lesbar‘ (im Sinn der LMKV bzw. der diesbezüglich wortgleichen Etikettierungsricht-*

linie der EU, siehe insbesondere LG München I-1 HK O 11928/07) gelten Angaben nur dann als ‚deutlich lesbar‘, wenn der Text für einen durchschnittlichen Verbraucher mit normaler Sehkraft bei normalen Lichtverhältnissen auf Anhieb leicht und flüssig erfasst werden kann. Dies ist in der Regel erst dann der Fall, wenn die verwendete Schrift eine Versalgröße von 6 Punkt aufweist. In dem zitierten, ausführlich begründeten Urteil wird weiters dargelegt, dass bei einem Schriftgrad von 5 Punkt in der Regel keine deutliche Lesbarkeit mehr gegeben ist, dies aber – abhängig vom Schrifttyp – unter günstigsten Bedingungen noch der Fall sein kann; ein geringerer Schriftgrad als 5 Punkt schließt eine deutliche Lesbarkeit jedenfalls aus. Die vorliegende Schrift weist einen Schriftgrad von weniger als 5 Punkt auf und kann daher unter keinen Umständen mehr als deutlich lesbar angesprochen werden“.

Diese Ausführungen des Sachverständigen sind auch auf die vorliegende Übertretung anzuwenden. Auch wenn die Schriftart klar ist, so ist eine leichte Lesbarkeit aufgrund des Schriftbildes (rosarot) und Untergrund (weiß) und aufgrund der Schriftgröße dennoch nicht gegeben. Unter den günstigsten Bedingungen kann ein Schriftgrad von 5 Punkt (1,5 mm) noch als deutlich lesbar bezeichnet werden; hier im vorliegenden Fall beträgt die Großbuchstabengröße aber nur 1 mm. Im Übrigen sind die gegenständlichen Angaben für einen normalsichtigen Betrachter unter normalen Sichtverhältnissen keineswegs ohne besondere Konzentration und Anstrengung lesbar. **(LVwG VIbg vom 07.11.2014, LVwG-1-528/R3-2014)**

3.10 Hygiene