



Rechtsprechungsübersicht

Österreich



Jakob Hütthaler-Brandauer

1. Verwaltungsgerichtshof vom 5. 11. 2020, Ra 2019/10/001-6 – Gegenprobe bei möglicher Teilbarkeit und Verstoß gegen die VO (EG) 889/2008

Der Revisionswerber wurde schuldig erkannt, die Ware „Bio Leinsamen ganz“ in Verkehr gesetzt zu haben, obwohl das Produkt nicht dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, der LMIV, und der Verordnung mit Durchführungsvorschriften zur Verordnung des Rates über die ökologische/biologische Produktion und Kennzeichnung von ökologisch biologischen Erzeugnissen hinsichtlich ökologischen/biologischen Produktion, Kennzeichnung und Kontrolle entspreche. Die Probe enthielt den Pflanzenschutzmittel-Rückstand Glyphosat. Dies wäre im ökologischen Landbau nicht zulässig. Des Weiteren sei die Auslobung „aus biologischer Landwirtschaft“ unzulässig, weil es der allgemeinen Verkehrsauffassung der berechtigten Verbrauchererwartung widerspreche, wenn tatsächlich Glyphosat verwendet worden wäre.

Der Beschwerde gegen das Straferkenntnis wurde vom Landesverwaltungsgericht Salzburg nicht Folge gegeben, der Beschwerdeführer rief den VwGH an, welcher das Straferkenntnis aufhob, und das Verfahren einstellte.

Einerseits führte der VwGH aus, dass unzulässigerweise trotz Teilbarkeit der Probe keine Gegenprobe zurückgelassen worden ist. § 26 Abs. 2 LMSVG sieht als Regelfall die Teilung der entnommenen Warenproben in drei annähernd gleiche Teile vor, wobei ein Teil als amtliche Probe der Untersuchung und Begutachtung zuzuführen ist und die (beiden) restlichen Teile im Unternehmen als Gegenprobe zurückzulassen sind. Unstrittig wurde keine Gegenprobe zurückgelassen. Bereits im Falle eines (unzulässigen) Nichtzurücklassens einer Gegenprobe ist das Recht des Revisionswerbers auf Einholung eines Gegengutachtens nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH verletzt (vgl. EuGH, *Steffensen C-276/01*). Schon aus diesem Grund war daher das Straferkenntnis aufzuheben.

Weiters verwies der VwGH aber auch darauf, wie der Revisionswerber geltend machte, dass ein Verstoß gegen die zugrundeliegende VO (EG) 889/2008 (sowie auch gegen die VO (EG) 834/2007) schon deshalb den Verwaltungsstrafbestand des herangezogenen § 90 abs. 1 Ziff. 1 LMSVG nicht erfüllen könne, weil die genannten Verordnungen in der Anlage des LMSVG nicht enthalten sind. Der Revisionswerber wurde demnach auch durch Heranziehung einer falschen Strafnorm in seinem Recht verletzt.

2. Landesverwaltungsgericht Tirol vom 19. 5. 2021, LVwG-2021/21/0983-3 – Gutachtenskosten bei nicht notwendigem Gutachten

Dem Sachverhalt lag eine Verwaltungsstrafe (EUR 70,-) aufgrund eines Kennzeichnungsfehlers auf verpackten Heidelbeeren zugrunde. Zusätzlich zu der Verwaltungsstrafe wurden EUR 10,- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens verhängt sowie EUR 168,- Gutachtenskosten der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES).

Zum Verständnis der Entscheidung ist festzuhalten, dass in Österreich regelmäßig die AGES mit der Gutachtenserstellung über Lebensmittelproben beauftragt wird. Im Falle einer Beanstandung, welche zu einer verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilung führt, werden die Kosten gemeinsam mit der Verwaltungsstrafe vom Beschuldigten eingefordert. Dies führt immer wieder dazu (wie im gegenständlichen Fall), dass die eigentliche Strafe weit geringer ist, als die Untersuchungskosten.

Der Beschwerdeführer wehrte sich mit seiner Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol daher nicht gegen die Verhängung der Strafe an sich, der Kennzeichnungsfehler war also unstrittig, sondern nur gegen die Gutachtenskosten in der Höhe von EUR 168,-. Er führte in seiner Begründung aus, dass die Feststellung eines Kennzeichnungsfehlers eine Rechtsfrage ist, die vom jeweiligen Lebensmittelaufsichtsorgan festgestellt werden kann, darüber hinaus gegenständlich sogar auch vor dem Gutachten der AGES vom Lebensmittelaufsichtsorgan festgestellt worden ist. Der Untersuchungsauftrag des Lebensmittelaufsichtsorgans an die AGES lautete „Spritzmitteluntersuchung“. Derartige Spritzmittel wurden nicht gefunden. Die AGES verzeichnete Kosten jedoch für die Beschreibung des Lebensmittels (EUR 40,- und Kennzeichnungsprüfung von Lebensmitteln hinsichtlich LMSVG – relevanter Vorschrift von EUR 128,-, insgesamt daher EUR 168,-).

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die vorgeworfene Verwaltungsübertretung, wegen der auch eine Bestrafung erfolgt ist, bereits vor der Übermittlung der Probe an die AGES feststand, und daher Untersuchungen und Begutachtungen der AGES in dieser Hinsicht nicht mehr nötig waren. Die dadurch entstandenen Kosten sind dem Beschwerdeführer daher nicht aufzutragen.

Diese Entscheidung zeigt, dass man selbst bei einer Verurteilung nicht in jedem Fall die entstandenen Untersuchungskosten akzeptieren muss.

3. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich vom 13. 6. 2021, LVwG-S-1267/001-2020 – Fantasiebezeichnung von Würsten

Der Beschwerdeführer wurde mit Verwaltungsstraferkenntnis zu einer Verwaltungsstrafe verurteilt, weil die gewählte Fantasiebezeichnung für die in Verkehr gebrachte Wurst nicht ausreichend war.

Zwar ist im österreichischen Lebensmittelbuch, Codexkapitel B 14 geregelt, welche qualitative Anforderung an Würste mit Fantasiebezeichnung zu stellen ist, dies ersetzt aber nicht die korrekte Sachbezeichnung nach Artikel 9 LMIV. Wo es keine gesetzliche Bezeichnung gibt, kann der Unternehmer zwischen einer verkehrsüblichen oder einer beschreibenden Bezeichnung wählen. Eine reine Fantasiebezeichnung ist weder verkehrsüblich noch beschreibend.

Im gegenständlichen Fall vermeinte der Beschwerdeführer, eine beschreibende Bezeichnung wäre nur bei einer Rohwurst aufgrund deren Gefahrgeneigntheit nötig. Bei Dauerwürsten würde nach dem österreichischen Lebensmittelcodex eine reine Fantasiebezeichnung ausreichen. Das Verwaltungsgericht folgte dem nicht, und kam zu dem Ergebnis, dass bei Würsten mit einer Fantasiebezeichnung eben eine rechtlich vorgeschriebene, verkehrsübliche oder beschreibende Bezeichnung nötig ist, die es dem Konsumenten ermöglicht, die Produktkategorie ohne Verwechslungsgefahr zu bestimmen.

4. Landesverwaltungsgericht Wien vom 26. 11. 2021, VGW-101/042/13636/2021 – Vorabentscheidungsersuchen im Zusammenhang mit Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke

Die Beschwerdeführerin bringt mehrere Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke mit D-Mannose und Cranberryextrakt zum Diätmanagement bei akuten und wiederkehrenden Harnwegsinfekten in Verkehr. Es werde ausgelobt, dass durch die Inhaltsstoffe Cranberry und D-Mannose in Hinblick auf Harnwegsinfekte die Anhaftung von Bakterien an der Schleimhaut der ableitenden Harnwege verhindert wird, womit jedem dieser Produkte eine „anti-adhäsive Wirkung“ zugesprochen wird.

Das Landesverwaltungsgericht Wien beschäftigt sich intensiv mit dem Recht der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke und stellt insgesamt acht Fragen jeweils mit Unterfragen die lauten wie folgt:

1a) *Muss ein Produkt, um als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke qualifiziert zu werden, nachweislich in der Lage sein, die ausgelobten krankheits- oder leidensspezifischen Resultate ausschließlich im Rahmen des durch diese Krankheit oder dieses Leidens gesundheitlich indizierten Diätmanagements im Hinblick auf die Anforderungen dieses Leidens oder der Krankheit auf die Nahrungsmittelzufuhr zu erzielen.*

1b) *Ist in diesem Zusammenhang von einem Diätmanagement ausschließlich nur dann auszugehen, wenn eine Person ihre Ernährungsweise dahingehend ändert, als andere oder zusätzlich Nährstoffe zu sich genommen werden, welche im Wege der Verdauung vom Körper aufgenommen werden?*

1c) *Ist für die Qualifizierung als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke zusätzlich auch geboten,*

dass das Leiden oder die Krankheit, im Hinblick auf welches bzw. welche das Produkt bestimmt ist, ein Diätmanagement dahingehend fordert, dass der Patient die im Produkt enthaltenen Nährstoffe aufnimmt, welche im Wege der normalen Ernährung nicht aufgenommen zu werden vermögen?

1d) *Hat das Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke seine medizinische Wirkung ausschließlich dadurch zu erfüllen, als dieses alle oder einige dieser nicht im Wege der normalen Ernährung aufnehmbaren, jedoch für den Patienten unbedingt zur Aufrechterhaltung seiner Lebensfunktionen erforderlichen oder gebotenen Nährstoffe enthält?*

Verneinendenfalls: Welcher Art müssen die Inhaltsstoffe eines Produkts sein, um die Vorgaben für ein Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke zu erfüllen?

2a) *Schließt die Einstufung eines Produkts als Nahrungsergänzungsmittel aus, dass dieses Produkt auch als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke eingestuft werden kann?*

2b) *Verneinendenfalls: Nach welchen Kriterien ist zu bestimmen, dass ein bestimmtes Nahrungsergänzungsmittel nicht als ein Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke eingestuft werden kann?*

2c) *Kann sich ein „Diätmanagement“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) auch durch die Verwendung von „Nahrungsergänzungsmitteln“ im Sinne der Richtlinie 2002/46/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel erschöpfen?*

2d) *Wird ein Lebensmittel schon dann zu einem Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, wenn dieses Nährstoffe enthält, welche auch im Wege der Einnahme von Nahrungsergänzungsmitteln oder sonstigen Lebensmitteln aufgenommen werden können, welche aber im Hinblick auf eine bestimmte Erkrankung oder ein bestimmtes Leiden spezifisch zusammengestellt sind?*

3) *Nach welchen Kriterien ist ein Arzneimittel von einem Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke zu unterscheiden bzw. sind beide voneinander abgrenzen?*

4) *Ist die Vorgabe im Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU), wonach die für die Qualifizierung als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke maßgeblichen Inhaltsstoffe ihre Wirkung im Rahmen eines Diätmanagements entfalten müssen, welches durch die Modifizierung der normalen Ernährung nicht erreicht zu werden vermag, dahingehend auszulegen, dass ein Patient, im Hinblick auf dessen Krankheit oder Leiden das Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke in den Verkehr gebracht wird, nicht in der Lage ist, durch die Zusichnahme von allgemein erhältlichen Lebensmitteln seinen Nährstoffbedarf ausreichend zu decken?*

5a) *Ist die Wendung „für deren Diätmanagement die Modifizierung der normalen Ernährung allein nicht ausreicht“ im Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) insofern relativ, als von der Erfüllung dieser Vorgabe auch dann auszugehen ist, wenn die angesichts der jeweiligen Krankheit oder des jeweiligen Leidens gebotene Nährstoffaufnahme durch allgemein erhältliche Lebensmittel (insbesondere Nahrungsergänzungsmittel)*

nur mit einem besonderen Aufwand erreicht werden kann?

5b) Bejahendenfalls, nach welchen Kriterien ist zu ermitteln, dass ein mit der Aufnahme von allgemein erhältlichen Lebensmitteln verbundener Aufwand die Vorgabe „für deren Diätmanagement die Modifizierung der normalen Ernährung allein nicht ausreicht“ im Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU)“ erfüllt? Ist insbesondere bereits schon dann von der Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals auszugehen, wenn ein Patient verhalten wäre, mehrere allgemein erhältliche Nahrungsergänzungsmittel getrennt einzunehmen?

6a) Was ist unter einem Nährstoff i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) zu verstehen?

6b) Nach welchen Kriterien ist zu ermitteln, ob ein bestimmter Inhaltsstoff eines Produkts als ein Nährstoff i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) einzustufen ist?

7a) Wird die Vorgabe im Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) „unter ärztlicher Aufsicht zu verwendende“ bereits dann erfüllt, wenn dieses Produkt in einer Apotheke abgegeben wird, ohne dass es einer vorherigen ärztlichen Verschreibung bedarf?

7b) Nach welchen Kriterien ist zu ermitteln, ob im Hinblick auf ein bestimmtes Produkt die Vorgabe der Verwendung unter ärztlicher Aufsicht i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) erfüllt wird?

7c) Welche Konsequenz hat der allfällige Umstand, dass dieser Vorgabe der Verwendung unter ärztlicher Aufsicht i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. g der Verordnung 609/2013 (EU) im konkreten Fall bzw. sogar generell nicht entsprochen wird?

8a) Ist nur dann vom Vorliegen eines Lebensmittels für besondere medizinische Zwecke auszugehen, wenn diese ohne ärztliche Aufsicht NICHT verwendet werden kann?

8b) Bejahendenfalls, nach welchen Kriterien ist zu ermitteln, ob ein Lebensmittel auch ohne ärztliche Aufsicht verwendet werden kann?

5. Landesverwaltungsgericht Tirol vom 17. 2. 2022, LVwG-2021/44/1547-2 – Erinnerung an die Strafbarkeitsverjährung

Der Beschwerdeführer wurde wegen Verstoßes gegen das Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz verurteilt, weil vakuumverpackter Schinken mit einem unrichtigen, weil zu lang bemessenen Mindesthaltbarkeitsdatum in Verkehr gebracht worden war, und bei einer Probe bereits abwegige Geruchs- (leicht unrein – alt, sauer) und Geschmackseigenschaften (leicht unrein – alt, sauer) aufwies. Zum Ende der deklarierten Mindesthaltbarkeit war das Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet. Die Verbrauchsfrist war zu lange bemessen und stellte somit eine zur Irreführung geeignete Angabe über die Haltbarkeit der Ware dar.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol führte nur kurz zur Strafbarkeitsverjährung des § 31 Abs. 2 VStG von 3 Jahren aus. Tatzeitpunkt war der 5. 10. 2018. Die Behörde stellte das Straferkenntnis zwar noch innerhalb dieser 3-jährigen Frist, nämlich am 28. 4. 2021 aus,

durch die Erhebung der Beschwerde und das dann folgende Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht ist aber die Strafbarkeitsverjährung von 3 Jahren überschritten worden. Nach der in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmenden Strafbarkeitsverjährung darf ein Straferkenntnis vom Verwaltungsgericht nicht mehr bestätigt werden. Das Verwaltungsgericht hat in einem solchen Fall das bekämpfte Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Ziff. 2 VStG einzustellen. (vgl. VWG 19. 12. 1996, 95/09/0255).

6. Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 9. 3. 2022, LVwG-000492/5/KH – Verzicht auf Probennahme durch bloßen Angestellten unzulässig

Der handelsrechtliche Geschäftsführer eines Unternehmens wurde mit Verwaltungsstrafe von EUR 100,- für das Inverkehrbringen eines wertgeminderten Lebensmittels bestraft. Es handelte sich um ein Schlagobers (Sahne), welches laut Gutachten der Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES) einen sehr hohen Gehalt an mesophilen aeroben Keimen sowie Bakterien der Gattung *Pseudomonas* enthielt. Richtlinien zur Beurteilung von Lebensmitteln der deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie wurden weit überschritten.

Der Lebensmittelunternehmer brachte in seiner Beschwerde vor, dass am selben Tag ein Angestellter Geruchs- und Geschmacksproben des Schlagobers durchgeführt hat, und selbst diesen geschlagen und verzehrt hat, und keinen Mangel festgestellt hat.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat sich bemerkenswerterweise mit dieser Frage gar nicht beschäftigt, denn der Angestellte hat auf die Überlassung einer Gegenprobe verzichtet. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass es sich bei dem Lebensmittelunternehmer um den Hersteller handelt, weshalb für die Regelung der Probennahme § 36 Abs. 4 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) anzuwenden ist, welcher anders als § 36 Abs. 2 LMSVG nach dem Gericht zwingend die Teilung in eine amtliche Probe und eine Gegenprobe regelt. § 36 Abs. 2 LMSVG beschränkt dies auf jene Fälle, wo dies „ihrer Natur nach möglich ist“.

Ob der Beschwerdeführer und handelsrechtliche Geschäftsführer selbst auf die Gegenprobe verzichten hätte können, hat das Landesverwaltungsgericht nicht beurteilt, da er dies nicht tat, sondern ein bloßer Angestellter auf die Gegenprobe verzichtete. Dies sei nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich unzulässig und führte zur Aufhebung des Straferkenntnisses.

7. LG Graz vom 28. 2. 2022 – Vorabentscheidungsersuchen im Zusammenhang Novel Food – Rechtsache C-141/22

Beim Landesgericht Graz ist ein Wettbewerbsverfahren zwischen Inverkehrbringern von Nahrungsergänzungsmitteln anhängig. Die erstbeklagte Partei vertreibt das Nahrungsergänzungsmittel „go Optimize Spermidine“, das Buchweizenkeimlingsmehl mit einem hohen Spermidin Gehalt enthält. Die erstbeklagte Partei verfügt für das Produkt über keine Zulassung als neuartiges Lebensmittel im Sinne der Verordnung (EU) 2015/2283 des Euro-

päischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel (Novel Food Verordnung). Spermidin ist ein biogenes Polyamin, das in den Zellen aller Organismen in unterschiedlichen Konzentrationen vorkommt. Bei der Herstellung des Produktes der erstbeklagten Partei wird Buchweizensaat in einer Nährlösung, die synthetisches Spermidin enthält, als Hydrokultur zu Sprossen gekeimt. Nach der Ernte wird der Keimling mit Wasser gewaschen, getrocknet und zu Keimlingsmehl vermahlen. Durch die Herstellung entstehen nicht mehr Keimlinge als Saatkörner eingesetzt werden. Der Spermidin Gehalt des Buchweizenkeimlingsmehls beträgt 3,5 mg/g. Das Gericht legte folgende Fragen dem EuGH vor:

1) Ist Art. 3 Abs. 2 Buchst. a Ziff. iv) der Verordnung (EU) 2015/2283 (1) so auszulegen, dass „Buchweizenkeimlingsmehl mit hohem Spermidin Gehalt“ ein neuartiges Lebensmittel darstellt, sofern nur Buchweizenkeimlingsmehl mit einem nicht erhöhten Spermidin Gehalt vor dem 15. 5. 1997 in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verkehr in der Europäischen Union verwendet wurde oder danach eine Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel hat, unabhängig davon, wie das Spermidin in das Buchweizenkeimlingsmehl gelangt?

2) Bei Verneinung der Frage 1.: Ist Art. 3 Abs. 2 Buchst. a Ziff. vii) der Verordnung 2015/2283 so auszulegen, dass der Begriff des Herstellungsverfahrens von Lebensmitteln auch Verfahren in der Primärproduktion umfasst?

3) Bei Bejahung der Frage 2.: Kommt es für die Frage der Neuartigkeit eines Herstellungsverfahrens im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Buchst. a Ziff. vii) der Verordnung 2015/2283 darauf an, ob das Herstellungsverfahren an sich noch nie bei irgendeinem Lebensmittel oder ob es bei dem zu beurteilenden Lebensmittel nicht angewandt wurde?

4) Bei Verneinung der Frage 2.: Handelt es sich beim Keimen von Buchweizensaat in einer spermidinhaltigen Nährlösung um ein Verfahren der Primärproduktion in Bezug auf eine Pflanze, auf die die lebensmittelrechtlichen Vorschriften, insbesondere die Verordnung 2015/2283, keine Anwendung findet, da die Pflanze vor dem Zeitpunkt der Ernte noch kein Lebensmittel ist (Art. 2 Buchst. c der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (2))?

5) Macht es einen Unterschied, ob die Nährlösung natürliches oder synthetisches Spermidin enthält?

Anschrift des Verfassers:

Jakob Hütthaler-Brandauer
Lawpoint
Hütthaler-Brandauer & Akyürek
Rechtsanwälte GmbH
Otto-Bauer-Gasse 4
A-1060 Wien
Tel.: +43 15 87/05 58
Fax: +43 15 87/05 58 20
E-Mail: kanzlei@lawpoint.at
www.lawpoint.at

