

LEBENSMITTEL & RECHT LMuR

Offizielles Organ des Lebensmittel & Recht Tages

Inhalt:

3/2021

S. 149–240
25. Jahrgang,
15. Juni 2021

www.beck.de
www.pmi-verlag.de

Herausgegeben von
RAin Dr. Danja Domeier,
RA Ulf H. Grundmann,
Prof. Dr. Andreas Hahn,
RAin Dr. Astrid Hüttebräuker,
RA Prof. Dr. Wilfried Kügel,
Prof. Dr. Kai Purnhagen, LL.M.,
RD'in Esther Roffael, LL.M.,
Prof. Dr. Wolfgang Voit,
RA Rochus Wallau
in Zusammenarbeit mit der
Forschungsstelle für europäisches
und deutsches Lebensmittel- und
Futtermittelrecht der Philipps-
Universität Marburg sowie der
Forschungsstelle für Deutsches
und Europäisches Lebensmittel-
recht der Universität Bayreuth



pmi Verlag

Editorial	
<i>Rochus Wallau</i> , China und wir I	149
Aufsätze	
<i>Christian Balke</i> , LL. M., Der Nutri-Score nimmt Fahrt auf: Ausgewählte praxisrelevante Aspekte im Verhältnis Lizenzgeber – Lizenznehmer	151
<i>Prof. Dr. Kai P. Purnhagen</i> , LL. M. (<i>Wisconsin-Madison</i>), Public and Private Enforcement im Lebensmittelrecht	155
<i>Patrick Aligbe</i> , LL. M., Tätigkeits- und Beschäftigungsverbote beim Umgang mit Lebensmitteln nach § 42 IfSG	162
Buchbesprechung	167
Rechtsprechung	
Verpackung kosmetischer Mittel mit einem Verweis auf einen in der Sprache des Verbrauchers verfassten umfassenden Produktkatalog <i>EuGH</i> , Urt. v. 17. 12. 2020 (mit Anmerkung von <i>Rochus Wallau</i>)	168
Zurückweisung einer Markeneintragung wegen beschreibenden Charakters (EGGY FOOD) <i>EuG</i> , Urt. v. 27. 1. 2021	173
Zulässigkeit der Bezeichnung Schwarzwälder Schinken auch, wenn er nicht im Schwarzwald geschnitten und verpackt wurde (Schwarzwälder Schinken II) <i>BGH</i> , Beschl. v. 3. 9. 2020 (mit Anmerkung von <i>Esther Roffael</i> , LL. M.)	178
Keine Irreführung durch Bewerbung der lebensrettenden Wirkung eines Umstiegs von Tabakzigaretten auf elektronische Zigaretten <i>OLG Koblenz</i> , Urt. v. 3. 2. 2021 (mit Anmerkung von <i>Ergeny Pustovalov</i>)	188
Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 GmbHG <i>OLG Köln</i> , Beschl. v. 15. 10. 2020 (mit Anmerkung von <i>Prof. Andreas Meisterernst</i>)	195
Unzulässige Verfassungsbeschwerde gegen Erlass einer lauterbarkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügung (Nahrungsergänzungsmittel mit Benfotiamin) <i>BVerfG</i> , Nichtannahmebeschl. v. 3. 12. 2020	200
Untersagung des Inverkehrbringens von sog. Nikotin-Pouches <i>OVG Lüneburg</i> , Beschl. v. 9. 2. 2021	202
Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 lit. b) VO (EG) Nr. 178/2002 (Sterildarm in einer Kühltheke zum Verkauf bereitgehaltener Brühwürste) <i>VGH Mannheim</i> , Beschl. v. 4. 1. 2021 (mit Anmerkung von <i>Dr. Clemens Comans</i>)	206
Auskunftspflicht des Verantwortlichen eines Labors (Salmonellen-Verdacht in Teewurst) <i>VGH München</i> , Beschl. v. 8. 3. 2021 (mit Anmerkung von <i>Dr. Boris Riemer</i>)	213
Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung (CBD-haltige Produkte) <i>VG Schleswig</i> , Beschl. v. 25. 1. 2021	218
Irreführung durch Werbung mit Selbstverständlichkeiten und Angabe des Eiweißgehalts bei der Kennzeichnung von Lebensmitteln <i>VG Stade</i> , Beschl. v. 5. 2. 2021 (mit Anmerkung von <i>Leonie Evans</i>)	223
Unterscheidungskraftigkeit der Wortbildung für Lebensmittelverarbeitung (BUX BURGER) <i>BPatG</i> , Beschl. v. 6. 10. 2020	230
Fehlende Unterscheidungskraft einer Wortmarke für Konditorwaren (Schoko-Freunde) <i>BPatG</i> , Beschl. v. 20. 10. 2020	233
Neues aus Berlin	
<i>Thomas Bruggmann</i> , LL. M.	235
Neues aus Brüssel	
<i>Professor Dr. Markus Grube</i> und <i>Jens Karsten</i> , LL. M.	236
Rechtsprechungsübersicht Österreich	
<i>Mag.w Jakob Hüttthaler-Brandauer</i>	238



M350202103

einfachung und Verringerung des Aufwands zu den aufgeführten Punkten einzureichen. Dieser Input wird bei der Ausarbeitung der Stellungnahmen der Plattform berücksichtigt. Bemerkenswert: Vorschläge, die sich nicht auf die 15 prioritären Aktionspunkte beziehen, werden bei der Erstellung des F4F-Jahresarbeitsprogramms 2022 berücksichtigt: „Alle Bürgerinnen und Bürger und Interessenträgerinnen und Interessenträger können über das Portal ‚Have Your Say: Simplify‘ zur Arbeit der Plattform beitragen. Ideen für Vereinfachung und Bürokratieabbau in den 15 ausgewählten Themenbereichen, die bis zum 30. 4. 2021 eingehen, wird die Plattform bei der Ausarbeitung ihrer Stellungnahmen für 2021 berücksichtigen. Sonstigen Anregungen wird bei der Vorbereitung des Arbeitsprogramms für 2022 Rechnung getragen.“²³ Damit werden die F4F-Prozesse zu einem wichtigen Mittel der Einflussnahme auf die Themenauswahl, denen sich die europäische Politik annehmen will.

- 16 Zu beachten ist weiter Durchführungsverordnung (EU) 2021/619 der Kommission vom 15. 4. 2021 zur Änderung der Durchführungsverordnungen (EU) 2020/2235, (EU) 2020/2236 und (EU) 2021/403 im Hinblick auf Übergangsbestimmungen für die Verwendung von Veterinärbescheinigungen, Veterinär-/amtlichen Bescheinigungen und amtlichen Bescheinigungen (Abl. L 131 v. 16. 4. 2021, S. 72).
- 17 Durchführungsverordnung (EU) 2021/404 der Kommission vom 24. 3. 2021 zur Festlegung der Listen von Drittländern, Gebieten und Zonen derselben, aus denen der Eingang in die Union von Tieren, Zuchtmaterial und Erzeugnissen tierischen Ursprungs gemäß der Verordnung (EU) 2016/429 des Europäischen Parlaments und des Rates zulässig ist (Abl. L 114 v. 31. 3. 2021, S. 1).
- 18 Durchführungsverordnung (EU) 2021/405 der Kommission vom 24. 3. 2021 zur Festlegung der Listen der Drittländer oder Drittlandsgebiete, aus denen gemäß der Verordnung

(EU) 2017/625 des Europäischen Parlaments und des Rates der Eingang bestimmter für den menschlichen Verzehr bestimmter Tiere und Waren in die Union zulässig ist (Abl. L 114 v. 31. 3. 2021, S. 118), geändert durch Durchführungsverordnung (EU) 2021/606 der Kommission vom 14. 4. 2021 zur Änderung der Anhänge I, IV bis XIII und XVI der Durchführungsverordnung (EU) 2021/405 im Hinblick auf die Einträge für Belarus sowie für das Vereinigte Königreich und die unmittelbar der englischen Krone unterstehenden Gebiete Guernsey, die Insel Man und Jersey in den Listen der Drittländer oder Drittlandsgebiete, aus denen der Eingang bestimmter für den menschlichen Verzehr bestimmter Tiere und Waren in die Union zugelassen ist (Abl. L 129 v. 15. 4. 2021, S. 65).

- 19 Kommissionsmitteilung (KOM)2021 141 endg. v. 25. 3. 2021 (nur in englischer Sprache verfügbar).
- 20 Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/21/1275 v. 25. 3. 2021 „Europäischer Grüner Deal: Kommission stellt Maßnahmen zur Förderung der Bio-Produktion vor“.
- 21 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_21_1277.
- 22 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say-simplify>.
- 23 Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/21/942 v. 5. 3. 2021 „Fit for Future“-Plattform: Auswahl von EU-Initiativen zur Vereinfachung und Modernisierung“.

Anschriften der Verfasser:

Professor Dr. Markus Grube
 KWG Rechtsanwälte
 Wilhelm-Breckow-Allee 15
 D-51643 Gummersbach
 Telefon: 022 61/60 14-0
 E-Mail: Markus.Grube@kwg.eu

Jens Karsten, LL.M. (Nottingham)
 KWG Rechtsanwälte – Büro Brüssel
 Avenue de la Renaissance 1
 B-1000 Brüssel
 Telefon: +32 2739 6268
 E-Mail: Jens.Karsten@kwg.eu

Rechtsprechungsübersicht



Österreich



1. Verwaltungsgerichtshof vom 12. 10. 2020, Ro 2018/10/0047 zur Stufenverantwortung nach Art 8 LMIV

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hatte sich mit der Frage der Haftung des Einzelhändlers für Kennzeichnungsmängel bei einem Lebensmittel auseinanderzusetzen.

Nach einer amtlichen Kontrolle im Zentrallager einer österreichischen Lebensmittelunternehmerin wurde sie wegen der Bereithaltung eines nicht nach der Lebensmittelinformationsverordnung (EU) Nr 1169/2011 (kurz: LMIV) ordnungsgemäß gekennzeichneten Lebensmittels verwaltungsstrafrechtlich belangt. Vorgenommen wurde die Kennzeichnung jedoch durch – und wird darin auch ausschließlich genannt – ein zwar mit der Österreicherin verbundenes, jedoch von ihr ver-

schiedenes und in Deutschland ansässiges Unternehmen.

Während sich das belangte Unternehmen in erster Instanz noch erfolgreich gegen die Entscheidung der Behörde wehren konnte, gab der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) in letzter Instanz der Amtsrevision der Behörde Folge und bejahte die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des österreichischen Unternehmens. Aus den Entscheidungsgründen:

„Im Ergebnis bedeutet das, dass – entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts – jeder Lebensmittelunternehmer (in Österreich) innerhalb der Vertriebskette nach Maßgabe des österreichischen nationalen Rechts (verwaltungsstraf-)rechtlich für jede Übertretung, die an das Inverkehrbringen anknüpft oder einen formalen Verstoß gegen das LMSVG bzw. gegen eine auf dessen Grundlage ergangene Verordnung verwirklicht, in An-

sprach genommen werden kann. Dies gilt selbst dann, wenn der Verstoß primär auf eine Sorgfaltspflichtverletzung eines Lebensmittelunternehmers einer vorgelagerten Vertriebsstufe zurückzuführen ist.“

Diese E des VwGH entspricht mE nicht der Intention des EU-Gesetzgebers und widerspricht auch der hM. Der VwGH wertet die Wortfolge „für ihre Tätigkeiten relevanten Anforderungen“ in Art 8 Abs. 5 LMIV und die Systematik des Art 8 LMIV nicht richtig. Abs. 5 ist insofern eindeutig, als er normiert, dass die Lebensmittelunternehmer für die Einhaltung der für ihre Tätigkeit relevanten Anforderungen des Lebensmittelinformationsrechts verantwortlich sind. Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, dass Lebensmittelunternehmer gerade nicht für die gesamte Lebensmittelinformation verantwortlich sein sollen, sondern nur für ihre relevanten Tätigkeiten.

Außerdem würde Art 8 Abs. 1 bis 4 LMIV an Bedeutung verlieren, wenn, dem VwGH nach, jeder Lebensmittelunternehmer für eine Verletzung der Lebensmittelinformationvorschriften – unabhängig in welcher Vertriebsstufe sie stattfindet – einzustehen hat. Mit der Regelung des Abs. 5 würden die vorherstehenden Absätze ad absurdum geführt, weil die eingeschränkte Haftung der vorherigen Absätze durch den Abs. 5 wieder unbeschränkt ausgedehnt wird.¹

Da daher sowohl in der Literatur² als auch in der Rechtsprechung der Vorinstanz in Art 8 Abs. 5 LMIV keine Ausdehnung der Haftung auf eine Prüfpflicht der Tätigkeit vorangehender Lebensmittelunternehmer gesehen wird, wäre es angezeigt gewesen, den EuGH um Auslegung zu fragen, hinsichtlich der Reichweite des Absatz 5 des Art 8 LMIV. Österreichische Gerichte und Behörden werden sich jedoch an dieser VwGH E orientieren und es bleibt abzuwarten wie lange es dauert, bis sie korrigiert werden kann.

2. Urteil des LVwG in Niederösterreich, LVwG-S-1457/001–2020 – Haftung des Händlers für Pflanzenschutzmittel in toxikologisch relevanter Menge in poliertem Reis

Auch diese Entscheidung bezog sich darauf, dass das österreichische Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (kurz: LMSVG) keinen Unterschied mache zwischen den einzelnen Stufen der Lebensmittelkette „unabhängig davon, ob dies der Hersteller, Importeur, Lieferant, Großhändler oder Einzelhändler oder dergleichen ist“. Die Probe war im Einzelhandel gezogen worden und zeigte eine deutliche Überschreitung der zulässigen Höchstgehalte an Pestiziden. Das Produkt sei daher zum Verzehr ungeeignet und daher nicht sicher für die Verbraucher gewesen. Bestraft wurde aber nicht der Hersteller, sondern der Händler. Er berief sich in seiner Beschwerde gegen die Strafe darauf, dass gerade durch den Bezug bei einem IFS-zertifizierten Hersteller er als Händler seine Sorgfaltspflichten erfüllt hätte. Das LVwG NÖ folgte dem nicht, jede Vertriebsstufe sei für die gesamte Beschaffenheit verantwortlich. Diese Kettenverantwortlichkeit wurde mit der umfassenden Verantwortlichkeit für Marktmaßnahmen (Rücknahme bzw Rückruf) bei unsicheren Produkten nach Artikel 19 der EG-Basis-VO (EG) Nr 178/2002 begründet. Vorgeworfen wurde dem Händler auch, er hätte nicht vorgebracht, geschweige denn belegt, dass

der Hersteller das Produkt jemals auf den Gehalt bzw das Freisein von Pflanzenschutzmittel überprüft und dies auch mitgeteilt hätte.

3. Urteil des LVwG Tirol, LVwG-2020/34/1580-11 – 1.200mg Curcuminoide in Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke nicht sicher, für den menschlichen Verzehr ungeeignet

Der Beschwerdeführer wehrte sich in diesem Verfahren gegen die behördliche Anordnung der Rücknahme eines von ihm vertriebenen FMSP, nachdem dieses als für den menschlichen Verzehr ungeeignet beurteilt wurde. Ausschlaggebend für die behördliche Einschätzung waren die im Ausmaß von 1.200 mg pro Tagesdosis enthaltenen Curcuminoide. Ausgehend von einem 60 kg schweren „Durchschnittserwachsenen“ wird beim Verzehr des gegenständlichen Lebensmittels die von der EFSA abgeleitete akzeptable tägliche Aufnahmemenge (acceptable daily intake, ADI) von 3 mg/kg um mehr als das Sechsfache (660 %) überschritten. Die in solche Verwaltungsverfahren regelmäßig eingebundene und begutachtende Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) beurteilt Lebensmittel in der Regel bereits ab einer dreifachen Überschreitung des *Adequate Daily Intake* als für den menschlichen Verzehr ungeeignet.

Die Entscheidung der Behörde wurde in erster Instanz vom Landesverwaltungsgericht Tirol bestätigt, darüber hinaus qualifizierte das Gericht das FSMP jedoch auch als gesundheitsschädlich:

Bei der Beurteilung der Begriffe „gesundheitsschädlich“ und „für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet“ griff das Gericht auf das Österreichische Lebensmittelbuch (ÖLMB) zurück. Hierbei handelt es sich um einen ministeriell herausgegebenen, rechtlich unverbindlichen Kodex, welcher im Verfahren den Charakter eines objektivierten (widerlegbaren) Sachverständigengutachtens hat.

Demnach sei ein Lebensmittel als „für den menschlichen Verzehr ungeeignet“, wenn der Verzehr des Lebensmittels bei Kenntnis aller in Betracht kommenden Umstände vom Verbraucher abgelehnt würde. Die Gesundheitsschädlichkeit ergebe sich hingegen daraus, dass der bestimmungsgemäße Verzehr unter anderem um Magen- und Unterbauchschmerzen, Übelkeit oder weichem Stuhl führen kann und in sehr wenigen Fällen auch Ödeme auftreten können. Diese Gesundheitsschädlichkeit des Lebensmittels wird im konkreten Fall nicht durch Informationen im Sinne des Art 14 Abs. 3 Buchstabe b EG-BasisVO ausgeschlossen.

Interessant ist, dass das LVwG die ordentliche Revision an den VwGH zugelassen hat, nämlich zur Frage, ob es bei der Beurteilung der Gesundheitsschädlichkeit, von welcher die Behörde anfänglich nicht ausging, auf die Art des Lebensmittels ankomme. Der Sachverständige der AGES hat das FSMP deswegen „nur“ als „für den menschlichen Verzehr ungeeignet“ und nicht auch als „gesundheitsschädlich“ beanstandet, weil es ausschließlich unter ärztlicher Aufsicht konsumiert werde.

¹ Vgl Blass/Brustbauer/Hauer/Herzog/Kadil/Kainz/Koßdorff/Königshofer/Mahmood/Muchna/Natterer/Stuller, LMR Lebensmittelrecht³, Teil II A 3 EU-InformationsVO, Art 8, Rz 45.

² Voit/Grube/Voit LMIV Art. 8 Rn. 50–52.

Es bleibt daher abzuwarten, ob eine der Parteien gegen die Entscheidung Revision an den VwGH erheben wird.

4. Urteil des OGH vom 22. 09. 2020, 4 Ob 135/20m – CE-Kennzeichnung von MP begründet Vermutung der Rechtskonformität

Aus den Entscheidungsgründen: „Unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen und innerstaatlichen Rechtsbestands, der referierten Rechtsprechung des EuGH, der dazu im Schrifttum vertretenen Meinung und aufgrund des von der Klägerin aufgezeigten Fehlens österreichischer Rechtsprechung zur Wirkung des CE-Zeichens auf die Anforderungen nach §§ 6ff. MPG erweist sich der Rechtsstandpunkt der Beklagten, dass sie im Hinblick auf die Vermutung der aufrechten CE-Kennzeichnung davon ausgehen durfte, die von ihr vertriebenen Produkte entsprächen den Anforderungen des MPG, jedenfalls als vertretbar.“

Die Streitteile stehen durch die Herstellung und den Vertrieb von Schnellidiagnostika (In-vitro-Diagnostiktests, Schwangerschafts- und Ovulationstests) im Wettbewerbsverhältnis. Auf den verfahrensrelevanten Produkten ist ein CE-Kennzeichen angebracht sowie die Nummer der benannten Stelle (der Zertifizierung). Bei der benannten Stelle mit der Kennnummer 0843 handelt es sich um die U***** Limited mit Sitz in Großbritannien.

Die Klägerin begehrt, der Beklagten zu verbieten, bestimmte von ihr hergestellte Medizinprodukte ohne ausreichende Information über eine sichere Anwendung auf der Stückpackung und in der Gebrauchsanweisung in Verkehr bringen zu lassen, insbesondere wenn auf der Stückpackung und in der Gebrauchsanweisung (von der Klägerin näher angeführte) Informationen und Angaben (ua über den Produktinhalt, die Verwechslungsgefahr mit ähnlichen Produkten, die In-vitro-Anwendung etc) fehlten.

Die Beklagte wandte ein, dass ihre Produkte nach einer umfassenden regulatorischen internen sowie externen Überprüfung durch eine unabhängige benannte Stelle mit einem CE-Kennzeichen versehen worden seien. Bei Medizinprodukten, die eine CE-Kennzeichnung aufwiesen, gelte stets die Annahme, dass die entsprechenden Voraussetzungen für das Inverkehrbringen eingehalten seien. Andernfalls hätte die zuständige Behörde ein Überprüfungsverfahren einzuleiten. Für derartige Überprüfungen seien ordentliche Gerichte nicht zuständig.

Der OGH gab der Klägerin nicht recht, sondern befand den Rechtsstandpunkt der Beklagten, dass sie im Hinblick auf die Vermutung der aufrechten CE-Kennzeichnung davon ausgehen durfte, die von ihr vertriebenen Produkte entsprächen den Anforderungen des MPG, jedenfalls als vertretbar. Das umfasst auch den Standpunkt, dass bei der EG-Konformitätserklärung „die

Angaben, die auf der Kennzeichnung und in der Gebrauchsanweisung des Produkts anzubringen sind“ geprüft werden.

Ein wettbewerbsrechtlich unlauteres Verhalten läge hingegen dann vor, wenn die Rechtsansicht der Beklagten, dass der Verkäufer von In-vitro-Diagnostika bzw Medizinprodukten allein wegen der aufrechten Zertifizierung von der Einhaltung der §§ 9ff. MPG iVm § 6 Z 1 MPG ausgehen kann, nicht vertretbar gewesen wäre.

5. Erkenntnis des VfGH, VfGH-V 75–76/2019–15 (ua) vom 3. 3. 2021 – Apothekenvorbehalt (Verkauf von Arzneimitteln idR nur durch öffentliche Apotheken) ist kein unverhältnismäßiger Eingriff in die Erwerbsfreiheit und kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz

Die dm-drogerie markt GmbH ist mit ihrem mittlerweile dritten Individualantrag auf Gesetzes- und Verordnungsprüfung vor dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) gescheitert. Angefochten wurde der Apothekenvorbehalt, demzufolge auch nicht rezeptpflichtige Arzneimittel nur von Apotheken bezogen sowie im Kleinverkauf oder im Fernabsatz abgegeben werden dürfen. Weiters angefochten wurde das absolute Verbot der Abgabe von Arzneimitteln in Selbstbedienung.

Mit seiner dritten Entscheidung in dieser Angelegenheit befasste sich der VfGH erstmals inhaltlich mit den in Rede stehenden Vorschriften. Die ersten beiden Anträge sind an formalen Hürden gescheitert.

Der VfGH begründete sein Erkenntnis im Wesentlichen damit, dass die mit den jeweiligen Bestimmungen verfolgten öffentlichen Interessen, nämlich der Gesundheits- und Konsumentenschutz, der Schutz von Kindern und Jugendlichen sowie die Sicherstellung einer funktionierenden Heilmittelversorgung der Bevölkerung, die Erwerbsausübungsfreiheit beschränken können. Insbesondere erteilte der VfGH dem Argument eine Absage, wonach Drogisten den Verbraucherschutz genauso gewährleisten könnten wie die Apotheker. Für den VfGH war es nicht ausreichend, dass Drogisten im Rahmen ihrer mehrjährigen Ausbildung die Prüfung „Pharmakologie und Pharmakognosie (Arzneimittel- und Drogenkunde)“ absolvieren und außerdem jederzeit eine Apotheke im Wege einer Fernberatung einschalten könnten.

Anschrift des Verfassers:

Mag Jakob Hütthaler-Brandauer
Rechtsanwaltskanzlei
Hütthaler-Brandauer
Otto-Bauer-Gasse 4
A-1060 Wien
Tel.: +43 1587 0558
Fax: +43 1587 0558-20
E-Mail: jhb@lawpoint.at
www.lawpoint.at