

Offizielles Organ des Lebensmittel & Recht Tages

Inhalt:

5/2016

S. 197–228
20. Jahrgang,
15. Oktober 2016

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

Herausgegeben von

RAin Dr. Danja Domeier
RA Ulf H. Grundmann
Prof. Dr. Andreas Hahn
RAin Dr. Astrid Hüttebräucker
RA Prof. Dr. Wilfried Kügel
Prof. Dr. Wolfgang Voit

In Zusammenarbeit mit der
Forschungsstelle für europäisches
und deutsches Lebensmittel-
und Futtermittelrecht der
Philipps-Universität Marburg



pmi Verlag

Aufsätze

Dr. Elisabeth Strüwer, Kennzeichnung und Bewerbung veganer Produkte unter Verwendung geschützter Bezeichnungen für Milcherzeugnisse
Zugleich Anmerkung zum Beschl. des LG Trier v. 24. 3. 2016 – 7 HK O 58/16 197

Rechtsprechung

Gültigkeit der Health-Claims-Verordnung für Mitteilungen bzw. Werbung die sich an medizinische Fachkreise und nicht an Endverbraucher richtet
EuGH, Urt. v. 14. 7. 2016 200

Verwendung einer geschützten Ursprungsbezeichnung „Champagne“/„Champagner Sorbet“
BGH, Beschl. v. 2. 6. 2016 204

Keine Eintragungsfähigkeit des Begriffs „Salviacur“ für Heil- und Körperpflegemittel
BPatG, Beschl. v. 23. 6. 2016 212

Fahrlässiges Inverkehrbringen eines Lebensmittels unter einer irreführenden Kennzeichnung
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26. 7. 2016
mit Anmerkung von *Rochus Wallau* und *Helmut Martell* 214

Bezeichnung eines Käses mit „Walnusstraum“ stellt keine Irreführung dar
OLG Hamburg, Urt. v. 25. 2. 2016 216

Keine Irreführung nach der LMIV durch die Angabe „Palmfett ungehärtet“
LVwG Linz, Entsch. v. 13. 7. 2016
mit Anmerkung von *Jakob Hüttbaler-Brandauer* 219

Leitsätze

226

Bericht aus Berlin

Thomas Bruggmann, LL.M. 227

Bericht aus Brüssel

Dr. Alexander Natz, LL.M. 228

LMuR-Info

V



6 Keine Irreführung nach der LMIV durch die Angabe „Palmfett ungehärtet“

öLMSVG § 90 Abs. 3; VO (EU) Nr. 1169/2011 Art. 7, Art. 8 Abs 1, Art. 9, Art. 18, Anhang VI, VII

Die Kennzeichnung im Zutatenverzeichnis „ungehärtetes Palmfett“ ist keine zur Irreführung geeignete Werbung mit Selbstverständlichkeiten.

Es kommt auf die mutmaßliche (wahrscheinliche) Auffassung bzw Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durch-

schnittsverbrauchers an. Gemeint ist damit der „aufmerksame und verständige“ Durchschnittsverbraucher als Maßfigur.

Bestrafung ohne ausdrückliche Ge- oder Verbotsnorm ist unzulässig.

Anhang VII der LMIV enthält technische Vorschriften für die Kennzeichnung der dort taxativ aufgezählten Zutaten.

Die Angabe des physikalischen Zustands einer Zutat, wird teils gesetzlich verlangt und wirkt klarstellend. Sie kann in anderen Fällen (dort wo an sich keine Irreführungseignung besteht) aus logischen Erwägungen nicht irreführend wirken, da es immer eine Konkretisierung bleibt.

Rechtsfragen sind von der Behörde alleine zu lösen und nicht von der AGES. Die Behörde ist nicht an eine Rechtsansicht der AGES gebunden.

Für Rechtsausführungen der AGES steht kein Kostensatzanspruch zu.

Die AGES ist kein Organ der öffentlichen Aufsicht, Strafverfügungen auf Basis von Gutachten der AGES ohne eigene dienstliche Wahrnehmungen der Behörde sind unzulässig.

LVwG Linz, Entsch. v. 13. 7. 2016 – 000155/2/FP

Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer (Bf) bringt ein Müsli in Verkehr und kennzeichnet im Zutatenverzeichnis das im Produkt enthaltene ungehärtete Palmfett als „Palmfett ungehärtet“. Es kam zu einer Probenziehung durch ein Aufsichtsorgan gemäß § 24 österreichisches Lebensmittel- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung, Direktion Soziales und Gesundheit, Ernährungssicherheit und Veterinärwesen und zur Begutachtung durch die Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES). Der Gutachter kam zu folgendem Ergebnis: „Die Probe weist im Zutatenverzeichnis die Information „Palmfett ungehärtet“ auf. Gemäß Anhang VII Teil A Ziffer 8 muss der Hinweis auf ein gehärtetes Fett gegebenenfalls mit dem Ausdruck „ganz gehärtet“ oder „teilweise gehärtet“ versehen sein. Für ungehärtete Fette ist kein Hinweis vorgesehen. Daher ist jedes Fett – ohne den Ausdruck „ganz gehärtet“ oder „teilweise gehärtet“ – immer ungehärtet. Mit der Information „Palmfett ungehärtet“ wird somit zu verstehen gegeben, dass sich das Lebensmittel durch ein besonderes Merkmal auszeichnet, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dasselbe Merkmal aufweisen. Die Information „ungehärtet“ im Zusammenhang mit der Zutat „Palmfett“ ist somit nach Artikel 7 Abs. 1 Buchst. c zur Irreführung geeignet.“ Darüber hinaus gab es keine Beanstandung.

Darauf aufbauend erließ die Bezirkshauptmannschaft Braunau (belangte Behörde) eine Strafverfügung mit einer Geldstrafe von EUR 20,- und trug dem Bf auf, die Untersuchungskosten der AGES von EUR 126,40 zu bezahlen. Gegen diese Strafverfügung erhob der Bf rechtzeitig Einspruch, womit das Ermittlungsverfahren eingeleitet werden muss. In diesem gilt das Verschlechterungsverbot, allerdings kommen Verfahrenskosten hinzu.

Nach weiteren Stellungnahmen der AGES und des Bf im Ermittlungsverfahren erließ die belangte Behörde ein Straferkenntnis (aufbauend auf die Strafverfügung), und verurteilte den Bf zur Zahlung einer Geldstrafe von EUR 20,- sowie Ersatz der Kosten des Strafverfahrens von EUR 10,- und Ersatz der Kosten der AGES von EUR 343,65 (diese setzen sich aus Untersuchungskosten von EUR 126,40 und EUR 217,25 für

die weitere Stellungnahme der AGES im Ermittlungsverfahren zusammen). Das Straferkenntnis lautet auszugsweise wie folgt: „Die Kennzeichnung des Produktes entspricht in folgendem Punkt nicht der Vorschrift:

Das Produkt weist im Zutatenverzeichnis die Information „Palmfett ungehärtet“ auf.

Gemäß Anhang VII Teil A Ziffer 8 muss der Hinweis auf ein gehärtetes Fett gegebenenfalls mit dem Ausdruck „ganz gehärtet“ oder „teilweise gehärtet“ versehen sein. Für ungehärtete Fette ist kein Hinweis vorgesehen. Daher ist jedes Fett – ohne den Ausdruck „ganz gehärtet“ oder „teilweise gehärtet“ – immer ungehärtet. Mit der Information „Palmfett ungehärtet“ wird somit zu verstehen gegeben, dass sich das Lebensmittel durch ein besonderes Merkmal auszeichnet, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dasselbe Merkmal aufweisen. Die Information „ungehärtet“ im Zusammenhang mit der Zutat „Palmfett“ ist somit nach Artikel 7 Abs. 1 Buchstabe c zur Irreführung geeignet. Es liegt daher ein Verstoß gegen die Lebensmittelinformationsverordnung in Verbindung mit dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz vor.“

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde an das Oö. LVwG.

Aus den Gründen: 2. Das Oö. LVwG hat erwogen:

2.1 Zur Frage der Irreführung

Aufgrund der Regelung des § 9 Abs. 1 lit. b LMIV ist der Lebensmittelunternehmer (Hersteller) zur Angabe der Zutaten verpflichtet. Der Bf war aufgrund dieser Bestimmung verbunden, den Inhaltsstoff Palmfett im Zutatenverzeichnis aufzuführen. [...]

Gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. c LMIV dürfen Informationen über Lebensmittel nicht irreführend sein, insbesondere indem zu verstehen gegeben wird, dass sich das Lebensmittel durch besondere Merkmale auszeichnet, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Merkmale aufweisen, insbesondere durch besondere Hervorhebung des Vorhandenseins oder Nicht-Vorhandenseins bestimmter Zutaten und/oder Nährstoffe.

Auf dem Etikett des von der Gesellschaft, deren Geschäfte der Bf führt, vertriebenen Produktes ist im Zutatenverzeichnis zu lesen, dass das Produkt ungehärtetes Palmfett („Palmfett ungehärtet“) enthält.

Die belangte Behörde vermeint, gestützt auf ein Gutachten der Österreichischen Agentur für Ernährungssicherheit (AGES, Agentur), darin eine der „Werbung mit Selbstverständlichkeiten“ ähnliche „Kennzeichnung mit Selbstverständlichkeiten“ zu erblicken. Sie gründet ihre Ansicht hierbei primär auf Anhang VII Z9 der LMIV. Anhang VII der LMIV kennt bezogen auf Art. 18 Abs. 1 LMIV (Zutatenverzeichnis) spezielle Vorschriften für die Angabe bestimmter Zutaten in absteigender Reihenfolge ihres Gewichtes.

Z9 sieht hinsichtlich raffinierter Fette pflanzlicher Herkunft vor, dass diese im Zutatenverzeichnis unter der Bezeichnung „pflanzliche Fette“ zusammengefasst werden können und im Falle einer solchen Zusammenfassung unmittelbar danach eine Liste mit deren pflanzlicher Herkunft zu folgen hat.

Es ergibt sich sohin aus dieser Bestimmung, dass der Klassenname (pflanzliche Fette) für die Kennzeichnung ausreicht, wenn in der Folge eine Auflistung der Herkunftsnamen folgt, weil der Gesetzgeber den Umstand der Raffinierung voraussetzt. Die genannte Bestimmung

regelt insofern eine Kennzeichnungsvereinfachung im Hinblick auf raffinierte Fette. Die führende Kommentarliteratur geht davon aus, dass im Falle der Angabe der Herkunft des Fetts (Öls) (bspw. „Sonnenblumenöl“), also wenn nicht mittels Klassennamen deklariert wird, die Ergänzung „raffiniert“ und im Umkehrschluss bei nicht raffinierten die Angabe „unraffiniert“ hinzuzusetzen ist (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 17, S. 375, Rn. 144).

In Z9 folgt folgender Passus: ‚Der Hinweis auf ein gehärtetes Fett muss gegebenenfalls mit dem Ausdruck ‚ganz gehärtet‘ oder ‚teilweise gehärtet‘ versehen sein.‘ (im Englischen deutlicher: ‚The expression ‘fully hydrogenated’ or ‘partly hydrogenated’, as appropriate, must accompany the indication of a hydrogenated fat‘). Wie die belangte Behörde der AGES folgend richtig erkannt hat müssen also die Wendungen „ganz gehärtet“ oder „teilweise gehärtet“ den Hinweis auf ein gehärtetes (raffiniertes) Fett begleiten. Es muss also nach der Verordnung eine Deklaration von gehärteten (raffinierten) Fetten in bestimmter Form erfolgen. Einen besonderen Hinweis auf ungehärtete Fette verlangt die Verordnung aus nachvollziehbaren Gründen (die Verordnung dient auch dem Gesundheitsschutz und erklärt sich die Vorschrift im Hinblick auf gehärtete Fette durch die seit Jahren geführte Transfettsäurediskussion) nicht ausdrücklich. Sie verbietet eine derartige Deklaration aber auch nicht.

Um nun, wie von der belangten Behörde und der AGES angenommen, einen Verstoß gegen § 7 der LMIV annehmen zu können, bedarf es einiger Kreativität und insbesondere eines formalistischen Ansatzes: Da die sachlich der Wahrheit entsprechende und im Hinblick auf die analytische Zusammensetzung unbeanstandet gebliebene Angabe „Palmfett ungehärtet“ für sich alleine keinerlei Irreführungseignung entfalten kann, bedarf es, um eine solche annehmen zu können, vor allem eines Verstoßes gegen die lebensmittelrechtliche Bestimmung des § 7 Abs. 1 lit. c LMIV, welche eine Irreführung annimmt, wenn dem Lebensmittel besondere Eigenschaften beigemessen werden, die es ohnehin hat bzw. haben muss, weil alle vergleichbaren Lebensmittel diese Eigenschaft haben. Diesen Verstoß leiten AGES und ihr folgend die belangte Behörde bloß aus der Verpflichtung ab, dass gehärtete Fette zu deklarieren sind. Sie konstruieren aus dieser Verpflichtung im Wege des § 7 Abs. 1 lit. c LMIV ein ihrem Wortlaut nicht entnehmbares Verbot der Deklaration ungehärteter Fette.

Die belangte Behörde geht formallogisch vor dem Hintergrund des Anh. VII Z9 leg. cit. davon aus, dass der Verbraucher in die Irre geführt werden könne, weil „jedes Fett“ – ohne den Ausdruck ‚ganz gehärtet‘ oder ‚teilweise gehärtet‘ immer ungehärtet sei. Es dürfe eine Deklaration demnach nur unter Angabe des Fetts und seiner spezifischen Herkunft (Palmfett) erfolgen.

Diese Ansicht ist aus folgenden Gründen überzogen:

a) Analogieverbot nach Art. 7 EMRK und Zweck der Norm:

Der dem Gutachten der AGES folgende rechtliche Schluss, die Vorschrift der Deklaration gehärteter Fette impliziere, dass im Falle der Verwendung nicht gehärteter Fette eine der Wahrheit entsprechende Deklaration „ungehärtet“ nicht erfolgen dürfe, also verboten ist,

und die daraus folgende Konstruktion einer Irreführung durch Kennzeichnung mit Selbstverständlichkeiten, setzt ein extensives Verständnis der herangezogenen Regelung des Anhangs VII dahingehend voraus, dass er nicht nur ein Gebot zur Deklaration gehärteter Fette in bestimmter Form, sondern auch das Verbot der Deklaration ungehärteter Fette durch Verwendung des Begriffs „ungehärtet“ umfasst. Abgesehen davon, dass dem normgerechten Durchschnittsverbraucher (zum Maßstab siehe weiter unten) dafür die genaue Kenntnis des Anhangs VII zugesonnen werden muss (was kaum der Fall sein wird), gerät ein solches Begriffsverständnis auch in das Spannungsverhältnis zum speziellen Bestimmtheitsgebot im Strafrecht.

Es widerspräche einem der tragenden Prinzipien des Strafrechts, nämlich dem Verbot der Analogie bzw. der extensiven Auslegung zulasten des Beschuldigten. Es ergibt sich dieses Verbot aus dem Grundsatz „nullum crimen sine lege“ (Art. 7 EMRK). Das Ausfüllen einer Gesetzeslücke durch Analogie ist im Verwaltungsstrafrecht unzulässig (vgl. VfGH v. 11. 10. 1962 Slg. 4280 uva.), sodass eine Bestrafung des Bf, ohne ausdrückliche Gebots- oder Verbotsnorm (inkl. Blankettstrafbestimmung), von vorneherein ausscheidet. Eine derart extensive Auslegung, wie sie die AGES und ihr folgend die belangte Behörde annehmen, überschreitet die Wortlautschränke bei Weitem und kann dem Anhang VII der LMIV schlicht nicht entnommen werden. [...]

b) Anwendbarkeit des Anhangs VII

Belangte Behörde und AGES verkennen die Bedeutung und den Zweck des Anhangs VII. Wie der Bf in seiner Beschwerde richtig ausführt, ist Anhang VII auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Anhang VII sieht spezielle Vorschriften für bestimmte Zutatenklassen vor. Er ergänzt die allgemeine Vorschrift des Art. 18 leg. cit. und wurde primär deshalb als technische Vorschrift ausgestaltet, um ihn im Wege des vereinfachten Rechtssetzungsverfahrens gem. Art. 46, 51 i.V.m. VO (EU) 182/2011, leichter der technischen Entwicklung anpassen zu können. Der Unionsgesetzgeber kam zum Schluss, dass im Hinblick auf bestimmte Zutaten bestimmte Vereinfachungen (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 17, S. 350, Rn. 16) erforderlich sind. Im Hinblick auf Fette hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die es erlaubt Fettmischungen vereinfacht zu deklarieren. Er schuf deshalb eine spezielle technische Vorschrift für die Deklaration der dort taxativ, also abschließend aufgezählten Zutaten. Insofern gilt die Norm für die dort genannten raffinierten Fette. Ist ein raffiniertes Fett außerdem gehärtet, hat die Deklaration genauer „teilweise oder ganz gehärtet“ zu lauten.

Da das in gegenständlichem Produkt enthaltene Fett nicht gehärtet ist, kommt eine Anwendung des letzten Satzes der Z9 nicht in Betracht, auch nicht im Wege der Konstruktion einer Irreführungseignung. Der rechtsfortbildende Rückschluss, dass eine korrekte Deklaration als ungehärtetes Fett unzulässig sei, weil der Gesetzgeber die besondere Deklaration im Hinblick auf gehärtete Fette vorgeschrieben hat, ist nur mit einem speziellen Vorverständnis ohne Rücksicht auf den Empfängerhorizont des Durchschnittsverbrauchers argumentierbar. Gerade auf diesen kommt es vorliegend aber an (vgl. dazu d).

c) Art. 18 Abs. 2 iVm mit Anhang VI Teil A Z1 LMIV Art. 18 Abs. 2 leg. cit. regelt, wie Zutaten zu bezeichnen sind. Dort wo in der LMIV spezielle Bezeichnungen („specific names“) für Zutaten vorgesehen sind, sind die Zutaten mit dieser zu bezeichnen, ansonsten – gegebenenfalls – nach Maßgabe der Bestimmung in Art. 17 und Anhang VI. Es ist insofern die nach der Verkehrsauffassung übliche Bezeichnung oder eine beschreibende Bezeichnung zu verwenden (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 18, S. 403, Rn. 15). Für die Zutatenbezeichnungen sind die vorgeschriebenen Zusatzangaben in Anhang VI zu beachten (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 18, S. 403, Rn. 17).

AGES und belangte Behörde übersehen in diesem Zusammenhang, dass Anhang VI Teil A Z1 zur LMIV eine Ergänzung der Bezeichnung eines Lebensmittels durch Angaben zum physikalischen Zustand (hydriert, unhydriert) oder zu einer besonderen Behandlung vorsieht, wenn ansonsten die Unterlassung der Angabe eine Irreführung herbeiführen könnte. Es ergibt sich aus dieser Regelung neuerlich, dass die LMIV eine fundierte und umfassende Information des angesprochenen Verkehrskreises (Verbraucher) bezweckt und sich aus dieser Bestimmung ableiten lässt, dass der Bf aufgrund Anhang VI Z1 sogar verpflichtet gewesen wäre, im Falle einer möglichen Irreführungseignung, den physikalischen Zustand des von ihm verwendeten Fettes anzugeben. Im Umkehrschluss muss gefolgert werden, dass es dem Bf aber jedenfalls erlaubt war, den physikalischen Zustand der Zutat anzugeben, wenn er in bestimmten Fällen sogar zu einer derartigen Konkretisierung der Angabe verpflichtet ist (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 17, S. 375, Rn. 144 und die Ansicht, dass im Falle der Angabe der Herkunft eines Öls, wenn also nicht gem. Anhang VII Z9 vereinfacht mittels Klassennamen deklariert wird, die Ergänzung „raffiniert“ und im Umkehrschluss bei nicht raffinierten die Angabe „unraffiniert“ hinzuzusetzen ist). Wenn die Angabe des physikalischen Zustands in einem solchen Fall klarstellend wirkt und vom Gesetz verlangt wird, kann sie in einem anderen Fall (dort wo an sich keine Irreführungseignung besteht) aus logischen Erwägungen nicht irreführend wirken. Sie bleibt immer eine Konkretisierung. [...]

d) Dem Grunde nach keine Irreführungseignung

Vorauszuschicken ist, dass es bei der Frage der Irreführungseignung von Lebensmittelkennzeichnungen, in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH, nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs auf die mutmaßliche (wahrscheinliche) Auffassung bzw. Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers ankommt (vgl. mit Hinweisen auf EuGH-Judikatur VwGH 22. 11. 2006, Zl. 2003/10/0042; VwGH 20. 9. 2011, Zl. 2011/10/0128; VwGH 26. 9. 2011, Zl. 2010/10/0145 = VwSlg 18217 A/2011). Gemeint ist damit der „aufmerksame und verständige“ Durchschnittsverbraucher als Maßfigur (Vgl. dazu etwa LVwG Oö. v. 25. 11. 2015; LVwG-000081).

Vorliegend ist also die Frage zu stellen, ob die Angabe „Palmfett ungehärtet“ geeignet war, diese Maßfigur in die Irre zu führen.

Es kommt dabei nicht auf die Sichtweise, insbesondere nicht auf die auf einem formalistischen Ansatz beru-

hende Rechtsansicht, eines hochspezialisierten Naturwissenschaftlers bei der AGES an, und ist dieser deshalb auch nicht als Maßfigur heranzuziehen.

Auch dies hat der Bf in seiner Stellungnahme vollkommen richtig herausgestrichen. Art. 7 LMIV geht es um verständliche Angaben ohne Irreführungspotential für den Verbraucher. Es soll ein legitimes Informationsbedürfnis des Verbrauchers über die Inhaltsstoffe des Lebensmittels befriedigt werden. Praktiken des Betrugs oder der Täuschung, die Verfälschung von Lebensmitteln und alle sonstigen Praktiken, die den Verbraucher irreführen können, sollen verhindert werden (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 7, S. 149, Rn. 2).

Die an dieser Zielsetzung der LMIV orientierte teleologische Auslegung (siehe dazu oben zum Prinzip „effet utile“) erfordert kein besonderes Verständnis des Hinweises „Palmfett ungehärtet“. Der Begriff ist selbsterklärend. Für den aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher besteht keinerlei Täuschungsgefahr, weil er im Falle einer derartigen Deklaration schlicht davon ausgeht, dass im Produkt ein ungehärtetes Palmfett, aber kein gehärtetes vorhanden ist. Es ist dies eine dem Verbraucher dienliche, wertvolle Information, die ihm nützlich ist und ihn über die tatsächlichen Umstände informiert. Das Gericht vermag hier beim besten Willen keine Irreführungseignung erkennen. Sie ergibt sich auch nicht aus der LMIV, zumal diese keine Vorschrift enthält, die eine solche Deklaration verbietet.

Der Umstand, dass im Müsli des Bf ungehärtetes Palmfett enthalten ist, ist auch keineswegs selbstverständlich. Die belangte Behörde geht in diesem Zusammenhang offenbar davon aus, dass alle vergleichbaren Lebensmittel (auf diese kommt es nach § 7 LMIV an) nur Müslis sind, die unter Verwendung eines ungehärteten Fetts hergestellt werden. Dieser Vergleichbarkeitsbegriff ist aber schon aus logischen Erwägungen bei weitem zu eng gewählt, weil das Abstellen auf eine einzelne Zutat bedeuten müsste, dass alle Zutaten unmittelbar vergleichbar wären. Diese Annahme ist verfehlt, weil sie dazu führen würde, dass praktisch kein Produkt aus einer Produktgruppe (z. B. Müsli) mit einem anderen aus dieser Gruppe vergleichbar wäre. Schon das Fehlen einer Zutat, würde eine Vergleichbarkeit ausschließen. Tatsächlich ist auch hier auf die beschriebene Maßfigur abzustellen und zu fragen, welche Produkte diese miteinander vergleichen würde („Verbraucherleitbild“; vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 7, S. 158, Rn. 48; EuGH, Rs. C-201/96, Slg. 1998, I-4657). Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher, würde die im Supermarkt nebeneinander angebotenen Müslis vergleichen und nach der Auslobung, allenfalls der Zutatenliste jenes Produkt auswählen, das nach seinem Geschmack das von ihm präferierte ist. Dem Umstand, welches Fett in geringen Mengen im Produkt enthalten ist, würde der Durchschnittsverbraucher, der keine besonderen Fachkenntnisse im Hinblick auf Ernährungskunde aufweist, wohl höchstens im Hinblick auf den Brennwert, also im Hinblick auf die zugesetzte Menge beachten. Zweifellos handelt es sich also beim hier strittigen Merkmal (ungehärtetes Palmfett) um keines, das alle vergleichbaren Lebensmittel aufweisen.

Eine tragfähige Begründung, worin die Irreführungseignung gelegen sein soll lässt der bekämpfte Bescheid, der AGES folgend, vollends vermissen, weil er einen formellen Ansatz, im Hinblick auf den Umstand, dass die LMIV die Deklaration eines ungehärteten Fetts nicht ausdrücklich festschreibt, verfolgt.

Der schlichten Behauptung, es sei die Hervorhebung „ungehärtet“ bei einer Zutat wie Palmfett „per se“ eine irreführende Information, folgt das Gericht nicht. Das Gegenteil ist der Fall, zumal eine der Wahrheit entsprechende Information ohne Hinzutreten weiterer Elemente (gesetzliche Vorschriften und Hervorhebung), also „per se“ (von selbst), nicht irreführend sein kann. Sie erfordert auch die von der belangten Behörde behauptete Hervorhebung von welcher angesichts der beiläufigen Nennung im Zutatenverzeichnis nicht gesprochen werden kann.

Die konstruiert erscheinende Darstellung einer Irreführungseignung dahingehend, dass der Verbraucher (Maßfigur) aus dem Umstand der aus Anhang VII resultierenden Kennzeichnungspflicht in Bezug auf gehärtete Fette folgern muss, dass jedes nicht als gehärtetes (nur als Fett) bezeichnetes Fett ungehärtet sein müsse, ist wenig überzeugend, zumal sie einerseits die Kenntnis einer aus Verbrauchersicht irrelevanten Kennzeichnungsvorschrift in einem von etlichen komplexen und an Lebensmittelunternehmer gerichteten Anhängen zur LMIV, andererseits den von der AGES im Gutachten dargestellten Gedankengang voraussetzt. Es ist auszuschließen, dass ein normaler Verbraucher diese Formallogik der AGES nachvollziehen und ihren Gedankengang bei flüchtiger Betrachtung des Müsli-Pakets im Supermarkt treffen kann. [...]

Die Annahme einer zur Täuschung geeigneten Angabe im Fall eines korrekten Hinweises zur Herstellungsweise ohne denkbare Irreführungsmöglichkeit läuft nach hG Ansicht dem von der LMIV verfolgten Schutzzweck eines hohen Verbraucherschutzes- und Informationsniveaus zuwider und verkehrt ihn geradezu ins Gegenteil, weil damit sinnvolle und unbedenkliche Informationen des Verbrauchers verhindert werden können. Die in Anhang VII zum Ausdruck kommenden Deklarationspflichten im Hinblick auf gewisse, dem Gesetzgeber wichtig erscheinende Angaben, dürfen somit auch aus teleologischen Gründen nicht extensiv verstanden werden und haben überdies einen rein technischen Zweck, nämlich im Hinblick auf Teil A der Anlage ausschließlich für die dort aufgeführten Zutaten spezielle Ausnahmen und Vereinfachungen im Hinblick auf die allgemeine Vorschrift der absteigenden Gewichtsreihenfolge zu regeln (vgl. Grube, in: Voit/Grube, LMIV², Art. 18, S. 407, Rn. 25). Was raffinierte Fette betrifft, kann es zu einer Zusammenfassung kommen. In diesem Zusammenhang (und nur in diesem) hat bei gehärteten Fetten der zweistufige Härtungshinweis zu erfolgen (ganz oder teilweise).

Zur „Werbung mit Selbstverständlichkeiten“ kann in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des VwGH VwSlg 16364 A/2004 (18. 5. 2004, 2003/10/0028), die u. a. zum vergleichbaren Art. 2 Abs. 1 lit. a der RL 2000/13/EG (Etikettierungsrichtlinie) ergangen ist, verwiesen werden. Der VwGH hat folgenden Rechtssatz gebildet: „Nach Rechtsprechung und Lehre zu § 2 UWG kann eine Werbeaussage zur Irreführung

auch dann geeignet sein, wenn ihr die beteiligten Verkehrskreise trotz objektiver Richtigkeit etwas Unrichtiges entnehmen können. Ein unrichtiger Eindruck objektiver Angaben kann auch dann entstehen, wenn der Werbende etwas Selbstverständliches betont und damit auf Umstände hinweist, die bei allen Wettbewerbern und bei allen Konkurrenzzeugnissen – etwa weil es sich um gesetzlich vorgeschriebene Eigenschaften oder zum Wesen der angebotenen Ware oder Leistung gehörende Umstände handelt – vorliegen müssen. Entscheidend für die Annahme eines Wettbewerbsverstößes ist in solchen Fällen, dass durch die Betonung eines solchen selbstverständlichen Umstands eine Irreführungseignung aufweist. Demgemäß ist also erforderlich, dass derlei Aussagen (1) besonders betont werden und (2) beim Konsumenten den Eindruck einer im Vergleich zu Konkurrenzprodukten besseren Beschaffenheit erwecken (Natterer, Lebensmittelrecht, 2008, Rn. 54). Sie müssen also dazu geeignet sein, eine Irreführung beim angesprochenen Verkehrskreis herbeizuführen. Zudem müssen dem Produkt besondere Vorzüge zugeschrieben werden. (Natterer, Konstenzer, *ecolex* 2013/353).

Obiger Rechtsprechung folgend ist von einem Verstoß gegen das Lebensmittelrecht nur dann auszugehen, wenn eine Betonung erfolgt und die Betonung von Selbstverständlichkeiten tatsächlich auch Irreführungseignung aufweist. Demgemäß ist also erforderlich, dass derlei Aussagen (1) besonders betont werden und (2) beim Konsumenten den Eindruck einer im Vergleich zu Konkurrenzprodukten besseren Beschaffenheit erwecken (Natterer, Lebensmittelrecht, 2008, Rn. 54). Sie müssen also dazu geeignet sein, eine Irreführung beim angesprochenen Verkehrskreis herbeizuführen. Zudem müssen dem Produkt besondere Vorzüge zugeschrieben werden. (Natterer, Konstenzer, *ecolex* 2013/353).

Erfolgt ein Hinweis auf Selbstverständliches unbetont und beiläufig im Fließtext der Produktinformation, scheidet eine Irreführungseignung regelmäßig aus (Natterer, Konstenzer, *ecolex* 2013/353). Im Unterschied zur Etikettierungsrichtlinie hat der Gemeinschaftsgesetzgeber den Umstand der Betonung in der LMIV ausdrücklich herausgestrichen, wenn er in Art. 7 Abs. 1 lit. c LMIV ausführt, dass ein Zu-Verstehen-Geben besonderer Merkmale, „insbesondere durch besondere Hervorhebung des Vorhandenseins oder Nicht-Vorhandenseins bestimmter Zutaten und/oder Nährstoffe“, gegeben ist.

Im vorliegenden Fall tritt die Wendung „Palmfett ungehärtet“ auf der Rückseite der Verpackung auf. Die Wendung findet sich unbetont im Fließtext der Zutatenliste und ist durch nichts hervorgehoben. Sie ist eine schlichte Information, die vom Bf in keiner Weise betont wird. Selbst dann, wenn von einem Verstoß gegen die LMIV auszugehen wäre, besäße diese Wendung für den mündigen Verbraucher keine Irreführungseignung, da sie lediglich beiläufig erscheint, die Wahrheit wiedergibt, und im Hinblick auf die LMIV nicht selbstverständlich ist. Damit scheidet auch die Eignung aus, dem Produkt besondere Vorzüge zuzuschreiben, die letztendlich dazu führen könnten, einen Kaufentschluss beim diesfalls getäuschten Konsumenten herbeizuführen. Bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher Aufmerksamkeit wird diese Auslobung dem mündigen Verbraucher nicht einmal auffallen. [...]

Auf das Wesentliche zusammengefasst, kann eine Werbung mit Selbstverständlichkeiten dann vorliegen, wenn eine von Gesetzes wegen vorgeschriebene (positive) Ei-

genschaft eines Produktes vom Lebensmittelunternehmer als (nur) sein Produkt auszeichnender Umstand hervorgehoben wird. Nichts anderes gilt im Hinblick auf eine Kennzeichnung.

Der Umstand, dass das Gesetz aus bestimmten sachlich gerechtfertigten Gründen (bspw. dem Gesundheitsschutz) bestimmte Deklarationen im Hinblick auf negative Eigenschaften eines Produktes ausdrücklich verlangt, kann nicht dazu führen, dass Lebensmittelunternehmer nicht auf gegenteilige positive Eigenschaften ihres Produktes hinweisen dürfen. Es würde dies zu einer den Schutzzweck des Gesetzes ins Negative verkehrenden Wirkung führen, die dem Schaffer eines Gesetzes, welches die Verbraucherinformation zum Inhalt hat, kaum zugesonnen werden kann.

Auf die der AGES folgende Argumentation der belangten Behörde, die Kennzeichnung als „Palmfett“ reiche aus, kommt es im Übrigen nicht an, weil der Lebensmittelunternehmer seine Ware kennzeichnen kann, wie es ihm beliebt, solange er sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bewegt. Dies ist vorliegend in Bezug auf die LMIV der Fall.

3. Zur Rolle der Agentur

Angesichts des darüberhinausgehenden Vorbringens, insbesondere auch im Hinblick auf die Kostenersatzansprüche der AGES und deren Stellungnahmen ist Folgendes auszuführen: Gemäß § 65 Abs. 1 LMSVG nimmt die AGES in Bezug auf Waren die in § 8 GESG angeführten Aufgaben wahr. Im Hinblick auf das LMSVG sind das gem. § 8 Abs. 2 Z 6 GESG im Wesentlichen Untersuchungen und Begutachtungen von Proben nach dem LMSVG und den unmittelbar anzuwendenden lebensmittelrechtlichen Vorschriften der EU. Der gem. § 66 LMSVG erlassene Katalog an Gebührenposten (Anl. 1 der Gebührentarifverordnung, BGBl. Nr. 189/1989 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 48/2010) lässt auf die Aufgaben der AGES schließen. Er beschreibt weitgehend analytische Prüfmethode und deren Bepunktung aus welcher sich der Gebührenanspruch ergibt (1 Punkt = 1,58 Euro). Gem § 69 LMSVG ist die AGES verpflichtet, von ihr festgestellte Verletzungen lebensmittelrechtlicher Vorschriften in ihrem Gutachten festzustellen und dies der Behörde mitzuteilen. Eine Parteistellung kommt der AGES in Verfahren nach dem LMSVG nicht zu.

Wie vom VG wiederholt dargestellt, stellen Fragen wie die vorliegende, also das Unterstellen des von der AGES als Lebensmittelgutachter festgestellten Sachverhaltes (Kennzeichnung unter Verwendung der Begrifflichkeit „Palmfett gehärtet“) unter den gesetzlichen Tatbestand (Zu widerhandlung gegen unmittelbar anwendbare Rechtsakte der EU) Rechtsfragen dar, deren Beurteilung (Subsumtion) der belangten Behörde und dem VG, nicht aber dem sachverhaltsfeststellenden Sachverständigen zukommt (vgl. VwGH v. 16. 12. 2015, Ro 2015/10/0013; Natterer, in: Natterer, Lebensmittelrecht, 2008, S. 44, Rn. 121). Die AGES hat im Rahmen ihrer Verpflichtungen allenfalls einen entsprechenden Verdacht zu äußern (vgl. Natterer, in: Natterer, Lebensmittelrecht, 2008, S. 55, Rn. 121)

Bereits das Gutachten vom 11. 8. 2015 beinhaltet neben der Feststellung, dass das Etikett die Information

„Palmfett ungehärtet“ trägt, (Sachverhaltsermittlung) eine ausführliche rechtliche Beurteilung (Verstoß gegen Anhang VII) den die belangte Behörde in ihre Strafverfügung übernimmt.

[Es darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass Strafverfügungen gem. § 47 Abs. 1 VStG nur vorgesehen sind, wenn ein Organ der öffentlichen Aufsicht auf Grund eigener dienstlicher Wahrnehmung oder eines vor ihnen abgelegten Geständnisses eine Verwaltungsübertretung angezeigt. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weil die Anzeige des Aufsichtsorganes gem. § 24 LMSVG nicht aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung sondern aufgrund eines Gutachtens der AGES (kein Organ der öffentlichen Aufsicht, vgl. Weilguni, in: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 47 VStG Rn. 6; Stand 1. 7. 2013, rdb.at) erfolgt ist].

Die belangte Behörde war in diesem Zusammenhang berufen zu beurteilen, wo Befund und Gutachten rechtliche Wertungen enthielten (Natterer, in: Natterer, Lebensmittelrecht, 2008, S. 54, Rn. 121 unter Verweis auf Barfuß/Smolker/Onder, LMR² Komm zu § 43 LMR 5f).

Nach fundierten und im Ergebnis korrekten rechtlichen Ausführungen des Bf, erließ die belangte Behörde ein verurteilendes Straferkenntnis, das auf einer rein rechtlichen und ihren Rechtsstandpunkt verteidigenden (ergänzenden) Stellungnahme der AGES basierte.

Die belangte Behörde war aber weder gehalten, der nach obigen Darstellungen unrichtigen rechtlichen Ansicht der AGES zu folgen, noch diese im Hinblick auf das Vorbringen des Bf zur Replik auf die rechtlichen Ausführungen des Bf aufzufordern, zumal keine weiteren Sachverhaltsfragen zu klären waren. Einzig relevante Frage im Verfahren war von allem Anfang an die Rechtsfrage, ob die Angabe „Palmfett gehärtet“ (Anmerkung: richtig „ungehärtet“) nach der LMIV zulässig ist. Diese Frage ist durch Subsumtion also das Unterstellen des stets unbestrittenen Sachverhaltes unter den gesetzlichen Tatbestand zu klären.

Die Frage der Irreführungseignung der vermeintlich rechtswidrigen Kennzeichnung (ausschließliche Rechtsfrage, vgl. Natterer, in: Natterer, Lebensmittelrecht, 2008, S. 55, Rn. 121) war indes keine Frage, die einem Sachverständigengutachten zu unterziehen, sondern von der belangten Behörde alleine zu beurteilen war (vgl. VwGH v. 16. 12. 2015, Ro 2015/10/0013).

4. Aus den unter 2. dargestellten Gründen war das Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung zu bringen.

Bei diesem Ergebnis waren dem Bf weder Gebühren für das behördliche Verwaltungsstrafverfahren noch für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen.

Ein Ersatz der Kosten der Lebensmitteluntersuchung durch den Bf entfällt dem Grunde nach, weil es zu keiner Bestrafung gekommen ist (VwGH v. 15. 10. 1999, 96/10/0025 zum vergleichbaren § 45 Abs. 2 LMG 1975: „Aus der Verwendung des Wortes „Straferkenntnis“ im § 45 Abs. 2 LMG 1975 folgt, dass eine Kostenauflegung nur dann stattfinden kann, wenn es zu einer Bestrafung des Beschuldigten kommt.“). Auf die Bemessung der Kosten und die Frage, inwieweit sie ersatzfähig waren, musste insofern nicht mehr eingegangen werden.

Anmerkung: Jakob Hütthaler-Brandauer

Auch aus der Praxis des Verfassers ist seit In-Kraft-Treten der LMIV ersichtlich, dass zahlreiche sehr formalistisch begründete Straferkenntnisse auf Grundlage von Gutachten der AGES erlassen werden. Oftmals wird dagegen kein Rechtsmittel ergriffen, weil die anstehenden Verfahrenskosten (die im Verwaltungsstrafverfahren nicht ersetzt werden), vorallem im Verhältnis zur verhängten Strafe, abschrecken. Lediglich wenn kostspielige Änderungen nötig wären (etwa Änderungen von einer großen Anzahl bereits gedruckter Etiketten) wird ein Rechtsmittel in Erwägung gezogen. Dass es dennoch schon aus Rechtsentwicklungsgründen ratsam sein kann, zeigt die vorliegende Entscheidung.

Kurzgefasst sieht die Behörde (der AGES folgend) eine Irreführung durch Werbung mit Selbstverständlichkeiten dadurch gegeben, dass Palmfett ohne den verpflichtenden Zusatz „ganz gehärtet“ oder „teilweise gehärtet“ immer „ungehärtet“ ist, und man daher – eben weil angeblich selbstverständlich – „ungehärtet“ nicht angeben darf. Wie sehr diese rechtliche Beurteilung lebensfremd ist, sieht man an der gegenständlichen Entscheidung, mit welcher das LVwG OÖ das Straferkenntnis mit vier juristischen Argumenten (a-d), von welchen jedes für sich ausreichend wäre das Straferkenntnis aufzuheben, „zerreißt“. Dieser Entscheidung ist nichts hinzuzufügen.

Für die Praxis ergeben sich daraus sehr komprimiert wesentliche Punkte:

1. Die AGES ist nicht dazu befugt, Rechtsfragen zu lösen. Wiewohl sie zwar einen entsprechenden Verdacht abgeben darf, obliegt die Beurteilung, ob ein rechtlicher Verstoß vorliegt oder nicht, allein der Behörde. Bei der gegenständlichen Frage der Irreführung handelt es sich aber ausschließlich um eine Rechtsfrage, für deren Beurteilung die AGES nicht zuständig ist.

2. Daraus folgt auch, dass ein Gebührenanspruch für die (im Verfahren wiederholt abgegebenen) rechtlichen Stellungnahmen der AGES nicht zusteht, selbst dann nicht, wenn es zu einer Verurteilung gekommen wäre. Diese Kosten sind nämlich – abgesehen von den Kosten für die Untersuchung – keine Gebühren nach § 66 öLMSVG und der Gebührentarifverordnung, für welche ein Kostenersatz nach § 71 Abs. 3 öLMSVG aufgetragen werden kann.

3. In eckigen Klammer (3. 8. Absatz) – sozusagen am Rande – erwähnt das Gericht etwas, was in dieser Deutlichkeit überrascht und zu einer Änderung in der Behördenpraxis führen wird müssen: Im Verwaltungsstrafverfahren kann gem. § 47 VStG ohne weiteres Ver-

fahren eine Strafverfügung festgesetzt werden. Es handelt sich dabei um ein verkürztes Verfahren, Geldstrafen sind mit höchstens EUR 600,- beschränkt. Dieses Verfahren dient der Verwaltungserleichterung. Gegen die Strafverfügung kann innerhalb von zwei Wochen (sogar mündlich) Einspruch erhoben werden, dann tritt sie außer Kraft und das ordentliche Ermittlungsverfahren ist von der Behörde einzuleiten, an dessen Ende ggf. ein Straferkenntnis erlassen werden kann, gegen welches die Beschwerde zusteht. Im Ermittlungsverfahren ist dem Beschuldigten das Recht zum Gehör einzuräumen.

Wesentliche Voraussetzung der Strafverfügung ist jedoch, dass sie nur erlassen werden kann, wenn von [...] einem Organ der öffentlichen Aufsicht [...] auf Grund eigener dienstlicher Wahrnehmung oder eines vor ihnen abgelegten Geständnisses eine Verwaltungsübertretung angezeigt [...] wird (§ 47 VStG). Wie das Gericht jedoch richtig ausführt, ist die Anzeige des Aufsichtsorganes gem. § 24 öLMSVG nicht aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung, sondern aufgrund eines Gutachtens der AGES erfolgt. Der Gutachter der AGES ist jedoch kein Organ der öffentlichen Aufsicht.

Mit anderen Worten: Die Erlassung einer Strafverfügung auf Grundlage eines Gutachtens der AGES ist rechtswidrig, weil keine eigene dienstliche Wahrnehmung eines Organs der öffentlichen Aufsicht vorliegt. Das hat zur Konsequenz, dass regelmäßig ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden müsste. Damit ist für den Beschuldigten viel gewonnen, denn er muss sich gegen die Strafverfügung nicht binnen 14 Tagen wehren, sondern kann sich erst im Ermittlungsverfahren äußern, bevor gegen ihn ein Straferkenntnis erlassen werden kann.

Bedenkt man, dass die Ausführungen des Gerichts zu den Kostenersatzansprüchen der AGES aufgrund der ersatzlosen Aufhebung des Straferkenntnisses nicht notwendig gewesen wären, ebenso wenig die Ausführungen zur Zulässigkeit der Strafverfügung, kann man erkennen, welches Bild das angefochtene Straferkenntnis und das Vorgehen der Behörde beim erkennenden Gericht hinterlassen haben muss. Die Entscheidung ist für die Praxis, Rechtsentwicklung und Rechtssicherheit sehr zu begrüßen.

Anschrift des Verfassers:

Mag. Jakob Hütthaler-Brandauer
Rechtsanwalt in Wien
Otto Bauer Gasse 4
1060 Wien
Österreich
Tel.: 0043/1/587 05 58
E-Mail: kanzlei@lawpoint.at
Web: www.lawpoint.at