OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-000266/2/FP

Datum:
Linz, 21. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von Mag. A.M., p.A. R.M. GmbH, X, I., vertreten durch W., Rechtsanwälte in I., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 18. Jänner 2018, GZ: SanRB96-7-2017, wegen Übertretung des Art 19 Abs 1 lit g der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw. 2 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens, noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Lebensmitteluntersuchung gemäß § 71 Abs 3 LMSVG entfällt.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 18. Jänner 2018 machte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) folgenden Vorwurf:

„Als handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens „R.M. GmbH", X, I., haben Sie verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass die „GmbH" in der weiteren Betriebsstätte in H., X das kosmetische Mittel „B." (Charge/Los: x) am 14.01.2016 im SB-Aufsteller im Verkaufsraum zum Verkauf angeboten hat und das Produkt somit in Verkehr gebracht wurde, obwohl das kosmetische Mittel nicht der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 entsprochen hat.

Bei der vorliegenden Probe des Produktes „B." handelt es sich um ein kosmetisches Mittel laut der Definition des Art. 2 Abs. 1 lit. a der Verordnung(EG) Nr. 1223/2009 über kosmetische Mittel.

Das Kennzeichnungselement gemäß lit g „die Liste der Bestandteile" nach Art. 9 Abs. 1 der oben genannten Verordnung ist mangelhaft.
Die Zusammenstellung der Produktmischung erfolgte durch Mitarbeiter des Unternehmens „R.M. GmbH". Auf der Faltschachtel befindet sich jedoch nur eine Bestandteilliste. Eine genaue Zuordnung der einzelnen Stücke zu dieser Liste ist nicht möglich.

Das vorliegende Produkt entspricht daher nicht den Bestimmungen des Art. 19 der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 idgF über kosmetische Mittel.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
Art. 19 Abs. 1 lit. g der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 über kosmetische Mittel iVm § 90 Abs. 3Z. 2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG; BGBl. I Nr. 13/2006 igF BGBl. I Nr. 144/2015)

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist,	gemäß
Euro	Ersatzfreiheitsstrafe von	
70,-	7 Stunden	§ 90 Abs 3 Z. 2 LMSVG

Weitere Verfügungen (zB Anrechnung der Vorhaft Verfallsausspruch):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
10,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);
165,90 Euro als Ersatz der Barauslagen für das Institut für Lebensmittelsicherheit
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 245,90 Euro“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die belangte Behörde begründete unter Bezugnahme auf ein Gutachten der A. und erachtete einen Verstoß gegen Art 19 Abs 1 lit g der VERORDNUNG (EG)

Nr. 1223/2009 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel (idF EU-KosmetikV) als gegeben.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit Schriftsatz vom 29. Jänner 2018 rechtzeitig Beschwerde, in der er – auf das Wesentliche zusammengefasst – die mangelnde Konkretisierung des Tatvorwurfs aufzeigte und daraus den Eintritt der Verfolgungsverjährung ableitete. Verantwortliche Person sei nach der EU-KosmetikV der Hersteller oder der Importeur. Für Händler sehe Art 6 der EU-KosmetikV nur eine Überprüfungspflicht vor.

Die Kosten der A. stünden nicht zu, weil diese nur ein Rechtsgutachten abgegeben habe.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 2. Februar 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung gefällt zu haben.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Die öffentliche mündliche Verhandlung entfällt gemäß § 44 Abs 2 VwGVG weil bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Der Bf ist Geschäftsführer der R.M. GmbH mit Sitz in I. [Firmenbuch, unbestrittener Sachverhalt].
Diese betreibt an der Adresse H., X, eine Filiale in welcher, unter anderem, kosmetische Mittel angeboten werden.
Am 14. Jänner 2016 fand in der genannten Filiale gegen 14.55 Uhr eine lebensmittelpolizeiliche Kontrolle des Amtes der Oö. Landesregierung, Dion. Soziales und Gesundheit, Abteilung Ernährungssicherheit und Veterinärwesen statt, bei welcher zu Probenkennzeichen x eine Probe der Produktgruppe „B." gezogen und dem Institut für Lebensmittelsicherheit Linz (A.) (U-Zahl x vom 1. Februar 2016) zur Überprüfung übermittelt wurde.
Es handelte sich dabei um Badezusätze, die optisch Süßwaren (sog. Cupcakes und Cake-Pops) nachempfunden waren und die vom Hersteller ursprünglich in ca. 20 Stück fassenden Präsentationskartons, ausgeschlagen mit Seidenpapier (Displaykarton), sortenrein und darüber hinaus unverpackt geliefert wurden. Auf dem Präsentationskarton fand sich eine auf die jeweilige Sorte abgestimmte Liste der Bestandteile.
Die einzelnen kosmetischen Mittel werden vom Kunden selbst aus dem Display-karton entnommen und in eine Transportverpackung eingelegt [Probenbegleit-schreiben].

In der genannten Filiale wurden vom einschreitenden Aufsichtsorgan Display-kartons vorgefunden, in die mehrere verschiedene Sorten der Badezusatzprodukte eingelegt waren.
Nach dem Gutachten der A. vom 1. Februar 2016 sei eine genaue Zuordnung der einzelnen Stücke zur Bestandteilliste nicht möglich. [Anzeige Lebensmittelpolizei, Gutachten A.]

Die belangte Behörde machte dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis den unter Punkt I.1. dargestellten Vorwurf. Dieser wurde dem Bf gleichlautend bereits in der Aufforderung zur Rechtfertigung gemacht. [Straferkenntnis, Aufforderung zur Rechtfertigung vom 12. Jänner 2017]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Akt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln. Der Sachverhalt wird vom Bf auch nicht bestritten. Er wendet sich im Wesentlichen gegen den ihm gemachten Vorwurf und macht eine unrichtige rechtliche Beurteilung geltend.

III. Einschlägige Rechtsvorschriften

III.1.1. Wesentliche Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel (im Folgenden kurz EU-KosmetikV; Hervorhebungen im Text nicht im Original):

Artikel 2
Begriffsbestimmungen

(1) Im Sinne dieser Verordnung gelten folgende Begriffsbestimmungen:

a) „kosmetisches Mittel“: Stoffe oder Gemische, die dazu bestimmt sind, äußerlich mit den Teilen des menschlichen Körpers (Haut, Behaarungssystem, Nägel, Lippen und äußere intime Regionen) oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen, und zwar zu dem ausschließlichen oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern, sie zu schützen, sie in gutem Zustand zu halten oder den Körpergeruch zu beeinflussen;
[...]
d) „Hersteller“: jede natürliche oder juristische Person, die ein kosmetisches Mittel herstellt bzw. entwickeln oder herstellen lässt und es unter ihrem eigenen Namen oder ihrer eigenen Marke in Verkehr bringt;
e) „Händler“: jede natürliche oder juristische Person in der Lieferkette, die ein kosmetisches Mittel auf dem Gemeinschaftsmarkt bereitstellt, mit Ausnahme des Herstellers oder des Importeurs;

[...]
g) „Bereitstellung auf dem Markt“: jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines kosmetischen Mittels zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit;
h) „Inverkehrbringen“: die erstmalige Bereitstellung eines kosmetischen Mittels auf dem Gemeinschaftsmarkt;
[...]

Artikel 4
Verantwortliche Person

(1) Nur kosmetische Mittel, für die eine juristische oder natürliche Person innerhalb des Gemeinschaftsgebiets als „verantwortliche Person“ benannt wurde, dürfen in Verkehr gebracht werden.
(2) Für jedes in Verkehr gebrachte kosmetische Mittel gewährleistet die verantwortliche Person die Einhaltung der in dieser Verordnung aufgeführten einschlägigen Verpflichtungen.
(3) Die verantwortliche Person für ein innerhalb der Gemeinschaft hergestelltes kosmetisches Mittel, das anschließend nichtausgeführt und wieder in die Gemeinschaft eingeführt wird, ist der in der Gemeinschaft ansässige Hersteller. Der Hersteller kann durch ein schriftliches Mandat eine in der Gemeinschaft ansässige Person als verantwortliche Person benennen, die das Mandat schriftlich annimmt.
(4) Ist der Hersteller eines innerhalb der Gemeinschaft hergestellten kosmetischen Mittels, das anschließend nicht ausgeführt und wieder in die Gemeinschaft eingeführt wird, außerhalb der Gemeinschaft ansässig, so benennt er durch ein schriftliches Mandat eine in der Gemeinschaft ansässige Person als verantwortliche Person, die das Mandat schriftlich annimmt.
(5) Für ein importiertes kosmetisches Mittel ist jedenfalls der Importeur die verantwortliche Person für das spezifische kosmetische Mittel, das er in Verkehr bringt.
Der Importeur kann durch ein schriftliches Mandat eine innerhalb der Gemeinschaft ansässige Person als verantwortliche Person benennen, die das Mandat schriftlich annimmt.
(6) Der Händler ist die verantwortliche Person, wenn er ein kosmetisches Mittel unter seinem eigenen Namen und seiner eigenen Marke in Verkehr bringt oder ein Produkt, das sich bereits in Verkehr befindet, so ändert, dass die Einhaltung der geltenden Anforderungen berührt sein kann.
Die Übersetzung von Informationen im Zusammenhang mit einem kosmetischen Mittel, das bereits in Verkehr gebracht wurde, gilt nicht als Änderung dieses Produkts dahingehend, dass die Einhaltung der geltenden Anforderungen dieser Verordnung berührt sein könnte.

Artikel 5
Verpflichtungen von verantwortlichen Personen

(1) Verantwortliche Personen sorgen dafür, dass die Artikel 3,8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, Artikel 19 Absätze 1, 2 und 5 sowie die Artikel 20, 21, 23 und 24 eingehalten werden.
(2) Verantwortliche Personen, die der Auffassung sind oder Grund zu der Annahme haben, dass ein von ihnen in Verkehr gebrachtes kosmetisches Mittel nicht dieser Verordnung

entspricht, ergreifen unverzüglich die erforderlichen Korrekturmaßnahmen, um die Konformität dieses Produkts herzustellen oder es gegebenenfalls vom Markt zu nehmen oderzurückzurufen.
Wenn das kosmetische Mittel ein Risiko für die menschliche Gesundheit darstellt, informieren die verantwortlichen Personenaußerdem unverzüglich die zuständigen nationalen Behörden der Mitgliedstaaten, in denen sie das Mittel auf dem Markt bereitgestellt haben, und des Mitgliedstaats, in denen die Produktinformationsdatei leicht zugänglich ist; dabei machen sieausführliche Angaben, insbesondere über die Nichtkonformität und die ergriffenen Korrekturmaßnahmen.
(3) Die verantwortlichen Personen kooperieren mit diesen Behörden auf deren Verlangen bei allen Maßnahmen zur Beseitigung von Risiken, die von kosmetischen Mitteln ausgehen, die sie auf dem Markt bereitgestellt haben. Insbesondere händigen die verantwortlichen Personen der zuständigen nationalen Behörde auf deren begründetes Verlangen alle Informationen und Unterlagen, die für den Nachweis der Konformität spezifischer Aspekte des Produkts erforderlich sind, in einer Sprache aus, die für diese Behörde leicht verständlich ist.

Artikel 6
Verpflichtungen der Händler

(1) Im Rahmen ihrer Tätigkeiten berücksichtigen die Händler die geltenden Anforderungen mit der gebührenden Sorgfalt, wenn sie ein kosmetisches Mittel in Verkehr bringen.
(2) Bevor sie ein kosmetisches Mittel auf dem Markt bereitstellen, überprüfen die Händler, ob

- die Kennzeichnungsinformationen gemäß Artikel 19 Absatz 1 Buchstaben a, e und g sowie Artikel 19 Absätze 3 und 4 vorliegen,
- der Sprachanforderungen gemäß Artikel 19 Absatz 5 genügt wird,
- gegebenenfalls das Mindesthaltbarkeitsdatum nach Artikel 19Absatz 1 nicht abgelaufen ist.

(3) Sind Händler der Auffassung oder haben sie Grund zu der Annahme, dass

- ein kosmetisches Mittel nicht den Anforderungen dieser Verordnung genügt, stellen sie das kosmetische Mittel so lange nicht auf dem Markt bereit, bis es mit den geltenden Anforderungen in Übereinstimmung gebracht wurde;
- ein von ihnen auf dem Markt bereitgestelltes kosmetisches Mittel nicht dieser Verordnung entspricht, stellen sie sicher, dass die erforderlichen Korrekturmaßnahmen ergriffen werden, um die Konformität dieses Mittels herzustellen oder es gegebenenfalls vom Markt zu nehmen und zurückzurufen.

Außerdem unterrichten die Händler, wenn von dem kosmetischen Mittel ein Risiko ausgeht, unverzüglich die verantwortliche Person und die zuständigen nationalen Behörden der Mitgliedstaaten, in denen sie das Produkt auf dem Markt bereitgestellt haben, darüber und machen dabei ausführliche Angaben, insbesondere über die Nichtkonformität und die ergriffenen Korrekturmaßnahmen.
(4) Solange sich ein kosmetisches Mittel in ihrer Verantwortung befindet, gewährleisten die Händler, dass die Lagerungs- oder Transportbedingungen die Übereinstimmung des Produkts mit den Anforderungen dieser Verordnung nicht beeinträchtigen.
(5) Die Händler kooperieren mit den zuständigen Behörden auf deren Verlangen bei allen Maßnahmen zur Abwendung der Risiken, die mit Produkten verbunden sind, die sie auf dem Marktbereitgestellt haben. Insbesondere stellen die Händler der zuständigen

nationalen Behörde auf deren begründetes Verlangen alle Informationen und Unterlagen in einer Sprache, die von dieser zuständigen nationalen Behörde leicht verstanden werden kann, bereit, die für den Nachweis der Konformität des Produkts mit den in Absatz 2 aufgeführten Anforderungen erforderlich sind.

KAPITEL VI

INFORMATIONEN FÜR DIE VERBRAUCHER

Artikel 19
Kennzeichnung

(1) Unbeschadet der anderen Bestimmungen dieses Artikels dürfen kosmetische Mittel nur auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn die Behältnisse und Verpackungen kosmetischer Mittel unverwischbar, leicht lesbar und deutlich sichtbar folgende Angaben tragen:
[...]
g) eine Liste der Bestandteile. Diese Angabe braucht nur auf der Verpackung zu erscheinen. Die Liste trägt die Überschrift „Ingredients“.
[...]
(2) Wenn es aus praktischen Gründen nicht möglich ist, die in Absatz 1 Buchstaben d und g genannten Angaben wie vorgesehen auf dem Etikett zu kennzeichnen, gilt Folgendes:

- Die Angaben müssen auf einem dem kosmetischen Mittel beigepackten oder an ihm befestigten Zettel, Etikett, Papierstreifen, Anhänger oder Kärtchen aufgeführt werden.
- Auf diese Angaben ist außer wenn dies aus praktischen Gründen nicht möglich ist, durch abgekürzte Informationen oder das in Anhang VII Nummer 1 dargestellte Symbol hinzuweisen, das auf dem Behältnis oder der Verpackung für die in Absatz 1 Buchstabe d genannten Angaben und auf der Verpackung für die in Absatz 1 Buchstabe g genannten Angaben erscheinen muss.

(3) Können im Fall von Seife, Badeperlen und anderen Kleinartikeln die in Absatz 1 Buchstabe g genannten Angaben aus praktischen Gründen weder auf einem Etikett, Anhänger, Papierstreifen oder Kärtchen noch auf einer Packungsbeilage angebracht werden, so müssen die betreffenden Angaben auf einem Schild in unmittelbarer Nähe des Behältnisses, in dem das kosmetische Mittel zum Verkauf angeboten wird, angebracht werden.
(4) Für nicht vorverpackte kosmetische Mittel bzw. für kosmetische Mittel, die an den Verkaufsstellen auf Wunsch des Käufers verpackt werden oder im Hinblick auf ihren sofortigen Verkauf vorverpackt sind, erlassen die Mitgliedstaaten die Vorschriften, nach denen die in Absatz 1 vorgesehenen Angaben angegeben werden.

III.1.2. Wesentliche Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Gesundheit über Durchführungsvorschriften für kosmetische Mittel (StF: BGBl. II Nr. 330/2013; im Folgenden kurz Kosmetik-DV):

Kennzeichnung unverpackter kosmetischer Mittel

§ 3. Die Kennzeichnung unverpackter kosmetischer Mittel hat im Sinne von Art. 19 der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 zu erfolgen und ist auf der Ware durch Anhängerzettel, Aufkleber oder in ähnlicher Form anzubringen. § 2 gilt sinngemäß.

III.1.3. Wesentliche Bestimmungen des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2017 (im Folgenden kurz LMSVG)

Allgemeine Anforderungen an kosmetische Mittel

§ 18. (1) Es ist verboten, kosmetische Mittel,
1. die gesundheitsschädlich gemäß § 5 Abs. 5 Z 1 sind, oder
2. deren bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist, oder
3. die den nach § 20 erlassenen Verordnungen nicht entsprechen,
in Verkehr zu bringen.

(2) § 5 Abs. 2 gilt sinngemäß. § 5 Abs. 4 gilt sinngemäß, soweit er sich auf § 5 Abs. 2 bezieht.

Verordnungsermächtigung für kosmetische Mittel

§ 20. Der Bundesminister für Gesundheit hat zum Schutz der Verbraucher vor Gesundheitsschädigung oder Täuschung, unter Bedachtnahme auf den jeweiligen Stand der Wissenschaft und der Technologie nach Anhören der Codexkommission mit Verordnung für kosmetische Mittel
1. Stoffe zuzulassen, Bedingungen für ihre Verwendung anzugeben und Reinheitsanforderungen vorzuschreiben oder
2. die Verwendung bestimmter Stoffe auszuschließen oder zu beschränken oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen oder
3. sonstige Gebote oder Verbote zu erlassen, insbesondere betreffend die Beschaffenheit, das Herstellen, das Behandeln, die Verwendung von Angaben oder die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen.

2. Abschnitt
Verwaltungsstrafbestimmungen
Tatbestände

§ 90. (1)
[...]
(3) Wer
1. den in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der Europäischen Union samt Änderungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten oder den näheren Vorschriften zur Durchführung dieser Rechtsakte gemäß § 4 Abs. 3 oder § 15 zuwiderhandelt,
2. den Bestimmungen einer auf Grund der §§ 6, 7 Abs. 1, 9 Abs. 2, 10 Abs. 7 oder 8, der §§ 11, 12, 13, 14, 19, 20, 34, 47 Abs. 2, 53 Abs. 7 oder 57 Abs. 1 erlassenen Verordnung zuwiderhandelt,

3. den Bestimmungen der in den §§ 96 und 97 angeführten Rechtsvorschriften zuwiderhandelt,
(Anm.: Z 4 aufgehoben durch Z 19, BGBl. I Nr. 51/2017)

begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.

Anl. 1

Anlage

Verordnungen der Europäischen Union gemäß § 4 Abs. 1
Teil 1

[...]

29. Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 über kosmetische Mittel (ABl. Nr. L 342 vom 22. Dezember 2009);

[...]

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Blankettstrafnormen:

IV.1.1. Geltende Bestimmungen

Gemäß § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG (BGBl I Nr. 13/2006, zuletzt geändert mit BGBl I Nr. 37/2018) begeht eine Verwaltungsübertretung, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, und ist nach dem letzten Halbsatz mit Geldstrafe bis zu 50.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 100.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer den in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der Europäischen Union oder den näheren Vorschriften zur Durchführung dieser Rechtsakte gemäß § 4 Abs 3 oder § 15 zuwiderhandelt.

Gemäß § 90 Abs 2 Z 2 LMSVG, ist entsprechend dem gleichen Einleitungssatz zu bestrafen, wer den Bestimmungen einer auf Grund der §§ 6, 7 Abs. 1, 9 Abs. 2, 10 Abs. 7 oder 8, der §§ 11, 12, 13, 14, 19, 20, 34, 47 Abs. 2, 53 Abs. 7 oder 57 Abs. 1 erlassenen Verordnung zuwiderhandelt.

IV.1.2. Zur Problematik

Bei § 90 Abs 3 Z 1 u. 2 LMSVG handelt es sich um ganz allgemein gehaltene Blankettstrafnormen, die der Ausfüllung durch die verwiesenen Rechtsakte der EU oder durch die dazu ergangenen Durchführungsvorschriften bedürfen. Das pauschal als Zuwiderhandeln gegen die EU-KosmetikV bezeichnete strafbare Verhalten bedeutet eine vollständige Verweisung auf diese Ausfüllungsnorm, durch die das strafbare Verhalten erst einen bestimmten Inhalt erhalten soll. Deshalb müssen dem Zuwiderhandeln gegen die EU-Verordnung oder von Durchführungsverordnungen entsprechende Tatbilder aus einzelnen Bestimmungen dieser Ausfüllungsnorm abgeleitet werden. Soweit diese Bestimmungen aber unklar sind und keine ausreichend bestimmten Gebots- oder Verbotsvorschriften enthalten, ergibt sich eine besondere Bestimmtheitsproblematik (zur Unbestimmtheit durch unklare und/oder begrifflich widersprüchliche Ausfüllungsnormen bei der Kategorisierung von Lebensmittel im Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 1333/2008 über Lebensmittelzusatzstoffe näher LVwG Oö. 27. Oktober 2016, LVwG-000118; vgl. idZ zur LMIV jüngst LVwG Oö. 13.08.2018, LVwG-000227 und vom 18. September 2018, LVwG-000271).

Die durch das rechtsstaatliche Prinzip „nulla poena sine lege“ gezogenen Grenzen des Strafrechts gelten auch für unionsrechtliche Verhaltensnormen, die durch Verweisung zum Inhalt einer Blankettstrafnorm geworden sind (vgl idS Höpfel, Wiener Kommentar zum StGB^2 § 1 Rz 38; C. Fuchs in Raschauer/Wessely [Hrsg] VStG^2, Grundrechte im Verwaltungsstrafverfahren Rz 33; Wessely in Raschauer/Wessely [Hrsg] VStG^2 Rz 12 ff, 15 zu § 1 VStG).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (vgl aus jüngerer Zeit VfSlg 17349/2004; VfSlg 17479/2005) muss der Tatbestand mit genügender Klarheit als Verbotsnorm und damit als strafbarer Tatbestand so gekennzeichnet sein, dass jedermann ihn als solchen zu verstehen vermag (VfSlg 12947/1991). Ein unerlaubtes Verhalten darf nur dann und insoweit angenommen werden, als die Abgrenzung des erlaubten Verhaltens vom unerlaubten Verhalten so eindeutig eingesehen werden kann, dass jeder berechtigte Zweifel über den Inhalt des pflichtgemäßen Verhaltens ausgeschlossen ist (VfSlg 14319/1995).

IV.2. Sonderbegrifflichkeiten in Legaldefinitionen der EU-KosmetikV:

Die EU-KosmetikV differenziert in diesem Zusammenhang nicht nur nach Personen, sondern auch nach der Art und Weise, in welcher das Produkt in der jeweiligen Vertriebsstufe am Markt verfügbar gemacht wird.

IV.2.1. Bereitstellung auf dem Markt und Inverkehrbringen

IV.2.1.1. In den Begriffsbestimmungen des Art 2 der EU-KosmetikV wird formal zwischen den Begriffen des „Inverkehrbringens“ (Abs 1 lit h) und der „Bereitstellung auf dem Markt“ (Abs 1 lit g) unterschieden. Das Inverkehrbringen

wird als die erstmalige Bereitstellung eines kosmetischen Mittels auf dem Gemeinschaftsmarkt in Abhängigkeit von der Definition des Abs 1 lit g und damit einschränkend und abweichend vom Begriffsumfang des Art 3 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (EG-BasisV) definiert. Der Begriff der EG-BasisV inkludiert das Bereithalten für Verkaufszwecke, das Anbieten zum Verkauf oder jeder weiteren Form der Übergabe, den Verkauf, Vertrieb oder andere Formen der Weitergabe. Hingegen fällt unter den Begriff „Bereitstellung auf dem Markt“ gemäß Art 2 Abs 1 lit g der EU-KosmetikV nur jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines kosmetischen Mittels zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit. Erstmalig bereitgestellt wird ein kosmetisches Mittel vom Hersteller oder vom Importeur (aus der deutschen Kommentarliteratur vgl. Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band V, C 501, Art 2 Rz 109).

Der schon im allgemeinen Sprachgebrauch engere Begriff der „Abgabe“ ist vom Bereithalten oder Anbieten zum Verkauf bzw. vom Feilhalten klar abzugrenzen und zu unterscheiden. „Abgabe“ wird im Bedeutungswörterbuch von Duden (Band 10 des Standardwerks „Der Duden in 12 Bänden“) in erster Linie mit „Aushändigung“ oder „Überreichung“ erklärt. Im „Wörterbuch der treffenden Ausdrücke“ (Band 8: Sinn- und sachverwandte Ausdrücke) werden zum Verbum „abgeben“ instruktive Synonyme wie „aushändigen, geben, überstellen, übereignen, aus der Hand geben, überreichen, überbringen, zukommen lassen, abliefern, ablassen, abtreten, zur Verfügung stellen, überlassen, anvertrauen, überantworten, übergeben, sich einer Sache entäußern / begeben etc“ angeführt. Daraus ist in Bezug auf Sachen ein allgemeines Grundverständnis von „Abgabe" im Sinne eines Gebens, Weggebens oder Weitergebens zu erkennen, das eine „Entäußerung der Sache“ oder zumindest den Gewahrsamswechsel durch faktische Überlassung der Verfügungsmacht zur Folge hat.

Nach Ansicht des Gerichts steht dieser Wortsinn von „Abgabe“ einer sprachlichen Ergänzung des Begriffs um Elemente des „Inverkehrbringens“ iSd EU-BasisV wie das Bereithalten für den und das Anbieten zum Verkauf entgegen. Eine solche Deutung würde die ausgewiesene Wortlautgrenze missachten und den Bereich der zulässigen Auslegung verlassen. Unter Abgabe ist nur die Weitergabe an andere zu verstehen (vgl Blass ua, LMR^{3} , Teil II, Rz 38 zu Art 8 EU-InformationsVO; Meisterernst in Zipfel/Rathke, C 113, Art 8 Rz 41; abweichend Voith/Grube, LMIV-Kommentar^{2} Art 8 Rz 43, wo im Grunde der rechtspolitischen „Intention der Norm“ die weitergehende Deutung, „die den gesamten Vorgang der Abgabe einschließlich des Anbietens umfasst“, methodisch für möglich gehalten, gleichzeitig aber auch festgestellt wird, dass für eine enge Auslegung der Normcharakter als sanktionierbare Verbotsnorm spreche).

Für die Richtigkeit der Auslegung des Begriffs „Abgabe“ im Sinne von Weitergabe spricht auch die entsprechende Deutung von Abgabe nach dem Arzneimittelgesetz

- AMG. Darunter versteht der Verwaltungsgerichtshof die Übertragung der Verfügungsberechtigung auf einen anderen (VwGH 26.09.1994, Zl. 92/10/0148) bzw. die Verschaffung der Verfügungsmacht für den Erwerber (vgl etwa VwGH 18.05.1992, Zl. 92/10/0019 = ZfVB 1993/5/1257; VwGH 24.06.1996, Zl. 92/10/0018). Folgerichtig und unter Beachtung des Prinzips „nullum crimen sine lege“ wird in der Strafbestimmung des § 84 Abs 1 Z 5 AMG ausdrücklich zwischen den Tathandlungen der Abgabe und des Bereithaltens für die Abgabe unterschieden. Danach macht sich strafbar, wer Arzneimittel ohne Zulassung (§ 7) oder Bewilligung (§ 7a) oder einer solchen Zulassung oder Bewilligung nicht entsprechend abgibt oder für die Abgabe bereithält (idS zur LMIV bereits LVwG Oö. 13. August 2018, LVwG-000227, 22. August 2018, LVwG-000260).

IV.2.1.2. Problematik und Kritik an rechtspolitischen Deutungen und Korrekturen

Im großen deutschen Loseblatt-Kommentar von Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band V, ist zur Begrifflichkeit der EU-KosmetikV unter C 501, Art 2 Rz 101f bei Rathke nachzulesen (auszugsweise):

„Die Definition des Begriffs Bereitstellung auf dem Markt ist missverständlich. Bereitstellung ist nach der sprachlichen Bedeutung dieses Wortes die Schaffung der Voraussetzungen für die nachfolgende Abgabe. Nach dem Wortlaut soll entgegen dieser sprachlichen Bedeutung des Wortes Bereitstellung erst die Abgabe als Bereitstellung erfasst sein. Damit wären die Maßnahmen vor der Abgabe, des kosmetischen Mittels durch die Definition nicht erfasst. Dagegen spricht, abgesehen von den sprachlichen Bedenken, der Zweck dieser Definition. Er ist darin zu sehen, schon vor der körperlichen Abgabe eingreifen zu können. [...]
Bereitstellung auf dem Markt im Sinne der Definition ist mithin nicht nur die Abgabe eines kosmetischen Mittels zum Vertrieb usw., erfasst sind vielmehr auch sämtliche Vorbereitungsmaßnahmen für die Abgabe, insbesondere die Lagerung zum Verkauf zum Beispiel in der Drogerie oder dem Friseurgeschäft. Bereitgestellt ist die Ware allerdings nur, wenn sie auf entsprechendes Verlangen des Käufers zur sofortigen Abgabe verfügbar ist.“

Diesem „Auslegungsergebnis“ kann nach Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht gefolgt werden, weil der Autor dabei die Grenzen der zulässigen Auslegungs-methoden überschreitet und ein letztlich auf eigener Rechtsschöpfung beruhendes Ergebnis zu erzielen sucht, obwohl er selbst klar stellt, dass nach dem Wortlaut der Definition im Art 2 Abs 1 lit g EU-KosmetikV „erst die Abgabe als Bereitstellung erfasst sein [soll]. Dies entgegen der (normalen) sprachlichen Bedeutung des Begriffs „Bereitstellung“. Das zugrundeliegende Verständnis des Autors vom Begriff „Abgabe“ geht also durchaus konform mit der oben dargelegten Deutung im Sinne von Weitergabe oder Verschaffung von Verfügungsgewalt. Nur die Auswirkungen des vom EU-Verordnungsgeber verwendeten Begriffs „Abgabe“ zur Bestimmung des Begriffs „Bereitstellung“ werden aus rechtspolitischer Sicht beanstandet und einem selbst gefundenen objektiven „Zweck der Definition“,

schon vor der körperlichen Abgabe eingreifen zu können, widersprechend empfunden. Das rechtspolitisch erwünschte Ergebnis, auch „sämtliche Vorbereitungsmaßnahmen für die Abgabe“ zu erfassen, wird schließlich einfach durch korrigierende „Auslegung“ ohne Rücksicht auf den eindeutig engeren Wortsinn des Begriffs „Abgabe“ herbeigeführt. Die Legaldefinition hat somit der Überprüfung gemessen an der rechtspolitischen Auffassung des Autors vom „Zweck der Definition“ nicht standgehalten. Um eine korrigierende Auslegung der für unrichtig gehaltenen Definition überhaupt argumentieren zu können, wird eingangs noch unzutreffend behauptet, die Definition des Begriffs „Bereitstellung auf dem Markt“ sei missverständlich. Tatsächlich ist sie aber sprachlich eindeutig zu verstehen. Sie widerspricht nur dem herkömmlichen Verständnis des Begriffs „Bereitstellung“ und der rechtspolitischen Meinung des Autors. Es ist daher nicht überraschend, dass an anderer Stelle des genannten Loseblatt-Kommentars bei vergleichbarer Problematik das Gegenteil vertreten wird. So versteht Meisterernst als Bearbeiter der Kommentierung der LMIV, unter „Abgabe“ auch nur die Weitergabe an andere und lehnt es zutreffend ab, diesen Begriff auf das Bereithalten für und das Anbieten zum Verkauf auszudehnen und damit dem „Inverkehrbringen“ anzugleichen (vgl Meisterernst in Zipfel/Rathke, C 113, Art 8 Rz 41).

Man kann im Gegensatz dazu mit gutem Grund annehmen, dass der EU-Gesetzgeber den Begriff „Bereitstellung“ abweichend vom herkömmlichen Sprachgebrauch definieren wollte, weil er sich ansonsten die Begriffsbestimmung hätte sparen können. Bedient sich der Gesetzgeber nicht normativer (wertausfüllungsbedürftiger) sondern deskriptiver (beschreibender) Merkmale bzw Begriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs, deren Sinngehalt aus sich heraus verständlich ist (näher dazu mit Beispielen Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht AT[15] [2016] Z 8 Rz 13 ff; Leukauf/Steininger/Stricker, StGB[4] [2017] Vorbem zu § 1 Rz 45), bedarf es keiner Begriffsbestimmung, es sei denn der Gesetzgeber will eine vom deskriptiven Sinngehalt abweichende Bedeutung regeln. Ansonsten wäre eine solche Definition überflüssig. Es darf dem EU-Normgeber nicht unterstellt werden, dass er Überflüssiges geregelt und den einschränkenden Begriff „Abgabe“ zur Erklärung des weitgehend deskriptiven Begriffs „Bereitstellen“ verwendet hat, ohne zu wissen und zu wollen, dass dieser Begriff damit definitionsgemäß eine vom normalen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung erhalten hat. Dass der Begriff „Abgabe“ das „Bereitstellen für den Markt“ nach dem allgemeinen Sprachgebrauch beträchtlich einschränkt, musste auch dem EU-Verordnungsgeber klar sein.

Die Ansicht von Rathke wird im Ergebnis auch im österreichischen Kommentar von Blass u.a., Lebensmittelrecht, 3. A, Teil VI, EU-KosmetikV, Rz 22 zu Art 2), vertreten. Der dort nicht genannte Autor begründet dies in sich widersprüchlich mit der Behauptung, dass zwischen dem Inverkehrbringen iSd Art 3 Z 8 der Verordnung (EG) 178/2002, welches das „Bereitstellen für Verkaufszwecke

einschließlich des Anbietens zum Verkauf“ erfasse und der Definition der „Bereitstellung auf dem Markt“, in der nur die „Abgabe“ eines kosmetischen Mittels genannt werde, kein Unterschied (!) bestünde. Auch unter „Bereitstellung auf dem Markt“, würden die der Abgabe unmittelbar vorangehenden Tätigkeiten (etwa Feilhalten am Verkaufsregal) zu verstehen sein. Obwohl also die sprachliche Einschränkung durch den Begriff „Abgabe“ an sich erkannt wird, setzt sich die Begründung aus dem rechtspolitischen Grund darüber hinweg, dass die Lebensmittelaufsichtsorgane sonst erst nach erfolgter Abgabe eines kosmetischen Mittels einschreiten könnten, was mit den Zielen der EU-KosmetikV wohl nicht zu vereinbaren wäre. Der Autor begründet also seine „Auslegung“ ebenfalls nur vom rechtspolitisch erwünschten Ergebnis her.

Diese Kommentierung ignoriert den eindeutigen Wortlaut der Begriffsbestimmung des Art 2 Abs 1 lit g) EU-KosmetikV und ist aus den gleichen Gründen wie die oben kritisierte Ansicht von Rathke abzulehnen. Eine Missachtung der Wortlautschranke ist allenfalls im Bereich zulässiger Analogie bei einer echten Gesetzeslücke, aber keinesfalls dort vertretbar, wo es um die Auslegung von Verbots- oder Gebotsnormen geht, die zum Gegenstand einer Strafnorm werden. Im Gegensatz zur Kommentierung der EU-KosmetikV wird an anderer Stelle - offenbar von einem anderen Bearbeiter - im gleichen Kommentar (vgl Blass ua, LMR^3 ,Teil II, Rz 38 zu Art 8 EU-InformationsVO) bei der EU-Lebensmittelinformationsverordnung (LMIV) trotz berechtigter rechtspolitischer Zweifel an der Verwendung des Begriffs „Abgabe“ statt „Inverkehrbringen“ im Art 8 Abs 3 LMIV durch den EU-Verordnungsgeber eine rechtsstaatlich konsequente Linie vertreten und der Begriff Abgabe nicht unter Verletzung der Wortlautschranke auf ein Inverkehrbringen ausgedehnt bzw korrigiert, was dem Rechtsanwender nicht zusteht.

Die Autoren der dargestellten Kommentierungen ignorieren den eindeutigen Wortlaut der Definition und den Auslegungsgrundsatz der Wortlautschranke. Es handelt sich im Ergebnis um einen nicht nur im Strafrecht methodisch unzulässigen Versuch der Korrektur von Normen durch Rechtschöpfung nach eigener rechtspolitischer Überzeugung im Wege von Interpretation im weiteren Sinne.

Es steht dem Rechtsanwender nicht zu, allenfalls in Bezug auf ihre Praktikabilität zu kurz greifende Normen in einer Art und Weise anzupassen, dass sie den eigenen Vorstellungen und Bedürfnissen entspricht. Eine Berichtigung von eindeutigen Begriffen oder eine Ergänzung fehlender Bestimmungen bedeutet neues Recht, das nur vom Normgeber geschaffen werden kann.

Es darf in diesem Zusammenhang auch an die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs erinnert werden:

„Grundsätzlich kommt der Wort("Verbal")interpretation in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung der Vorrang zu, wobei in Ansehung

korrigierender Auslegungsmethoden äußerste Zurückhaltung geboten erscheint. Ein Abweichen vom klaren Wortlaut des Gesetzes ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann zu verantworten, wenn eindeutig feststeht, dass der Normsetzer etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat“
(vgl VwGH 28.09.2006, Zl. 2006/17/0083 unter Hinweis auf Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht[3], 100 f).

IV.2.1.3. Resümee

Im Fall der EU-KosmetikV ergibt sich nicht der geringste Hinweis darauf, dass der EU-Normgeber den Begriff der Bereitstellung auf dem Markt im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs verstanden wissen wollte. Das Gegenteil ist der Fall und ist die Regelung insofern auch nicht widersprüchlich. Er wollte – wenn auch rechtspolitisch wenig überzeugend – den an sich eindeutigen Begriff „Bereitstellen“ anders als im allgemeinen Sprachgebrauch verstanden wissen, weshalb er überhaupt erst zum Mittel der Schaffung einer Definition gegriffen hat. In dieser hat er festgelegt, dass das Bereitstellen als Abgeben zu verstehen ist. Es handelt sich dabei auch um keinen bei EU-Normen nicht selten auftauchenden Übersetzungsfehler. Die englische Version spricht vom „making available on the market“ und versteht dies als „any supply“ (vgl zum Begriff „supply“ und dem Regelverständnis im Sinne von „Abgabe“ Voith/Grube, LMIV-Kommentar[2] Art 8 Rz 43.). Auch der in der französischen Sprachversion verwendete Begriff „fourniture“ spricht für diese Ansicht, bedeutet er doch „Lieferung“, „Beschaffung“, ja sogar „Besitzverschaffung“ (de.pons.com, abgefragt am 19.9.2018) also allesamt Begriffe, die die Übergabe voraussetzen.

Im Ergebnis ist ein Bereithalten im Verkaufsraum weder Lieferung, noch Beschaffung. Daran ändert auch nichts, wenn allfällige Widersprüche oder Probleme in Zusammenhang mit dem „Rückruf“ von Waren entstehen (aM Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band V, C 501, Art 2 Rz 101, der aus der Definition von „Rückruf“ in lit r ableiten will, dass ein solcher schon vor der Abgabe eingreifen müsse).

Unabhängig davon lässt der Grundsatz „nulla poena sine lege“ (vgl. oben IV.1.2. mwN) eine ergänzende, nicht unter den Wortlaut der Norm subsumierbare Deutung durch Auslegung iwS oder durch Analogie zu Lasten des Beschuldigten nicht zu. Somit darf die Legaldefinition der „Bereitstellung am Markt“ auch nicht ohne Beachtung der Begrenzung durch den Begriff „Abgabe“ verstanden werden. Für strafrechtliche Belange verbietet sich jede den Wortlaut missachtende „Auslegung“ ausnahmslos.

IV.3. Verantwortlichkeiten nach der EU-KosmetikV

IV.3.1. Modell der differenzierten Stufenverantwortung

Die Art 4 bis 6 regeln die Verantwortlichkeiten nach der EU-KosmetikV ausführlich und abweichend vom bislang im Lebensmittelrecht vorherrschenden Prinzip der Kettenverantwortung, nach der 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 (vgl zur ähnlichen LMIV: Natterer, Lebensmittelrecht Rz 59; weiter Blass ua, LMR[3] Rz 5 zu § 1 LMKV [2. Grund-Lfg]).

Diesem extensiven Ansatz steht, wie nunmehr auch in der LMIV, das differenzierte Modell der sog. Stufenverantwortung gegenüber, nach dem die Pflichten der Lebensmittelunternehmer nach ihrem jeweiligen Tätigkeitsbereich bestimmt werden sollen. Diesem Ansatz folgt auch die EU-KosmetikV was in den Erwägungsgründen 11 und 13 wie folgt zum Ausdruck kommt:

„(11) Um die Verantwortlichkeiten eindeutig zu regeln, ist jedes kosmetische Mittel einer in der Gemeinschaft niedergelassenen verantwortlichen Person zuzuordnen.
...
(13) Es ist notwendig festzulegen, unter welchen Bedingungen ein Händler als verantwortliche Person gilt“
...

Wie oben schon dargestellt, entscheidet sich die Frage, ob der Täter ein mit Strafe bedrohtes Verhalten gesetzt hat, nach den Bestimmungen der Ausfüllungsnorm, die im gegebenen Fall entweder der EU-KosmetikV oder der österreichischen Kosmetik-Durchführungsverordnung BGBl II Nr. 330/2013 zu entnehmen sind.

IV.3.2. Pflichten der „verantwortlichen Personen“ iSd Art 4 EU-KosmetikV

In Art 4 Abs 3 EU-KosmetikV bestimmt als die verantwortliche Person für ein innerhalb der Gemeinschaft hergestelltes kosmetisches Mittel, das anschließend nicht ausgeführt und wieder in die Gemeinschaft eingeführt wird, den in der Gemeinschaft ansässigen Hersteller. Nach der Begriffsbestimmung von „Hersteller“ im Art 2 lit d) leg. cit. kommt es nicht nur auf das Herstellen oder Herstellen-Lassen, sondern auch auf das Inverkehrbringen unter eigenem Namen oder eigener Marke an.

Nach Art 4 Abs 5 EU-KosmetikV ist für ein importiertes kosmetisches Mittel „jedenfalls“ der Importeur (vgl Begriffsbestimmung in Art 2 lit i: „jede in der Gemeinschaft ansässige Person, die ein kosmetisches Mittel aus einem Drittstaat auf dem Gemeinschaftsmarkt in Verkehr bringt“) die verantwortliche Person für das kosmetische Mittel, das er in Verkehr bringt.

Gemäß Art 4 Abs 6 leg. cit. ist der Händler (Begriff in Art 2 lit e) die verantwortliche Person, wenn er ein kosmetisches Mittel unter seinem eigenen Namen und/oder (wegen Übersetzungsfehler iSv „oder“ entsprechend der englischen

Sprachfassung: „under his name or trademark“ zu verstehen; vgl Blass ua, LMR[3], Teil VI, EU-KosmetikV, Rz 4 zu Art 4) seiner eigenen Marke in Verkehr bringt oder ein Produkt, das sich bereits in Verkehr befindet, so ändert, dass die Einhaltung der geltenden Anforderungen berührt sein kann.

Grundsätzlich trifft demnach die Verantwortung den in der Gemeinschaft ansässigen Hersteller oder einen ansässigen Importeur. Händler sind nur dann verantwortliche Personen, wenn sie ein kosmetisches Produkt unter eigenem Namen oder eigener Marke in Verkehr bringen oder eine wesentliche Änderung eines bereits im Verkehr befindlichen Produkts vornehmen.

Die Verpflichtungen der verantwortlichen Personen nach Art 4 werden im Art 5 EU-KosmetikV näher geregelt. Der Absatz 1 zählt die Vorschriften auf, für deren Einhaltung verantwortliche Personen zu sorgen haben. Es handelt sich um die Artikel 3, 8, 10 bis 18, Artikel 19 Absätze 1, 2 und 5 sowie die Artikel 20, 21, 23 und 24. In Art 5 Abs 2 und 3 leg. cit. geht es um verpflichtende Maßnahmen, wenn kosmetische Mittel nicht der Verordnung entsprechen, und um die Verpflichtung zur Kooperation mit Behörden. Aus Art 25 Abs 1 über behördliche Aufforderungen an die verantwortliche Person, geeignete Maßnahmen bei Missständen zu ergreifen, ergibt sich im Fall der nicht erfüllten Anforderungen nach lit h „die in Art 19 Absätze 1,2, 5 und 6 genannten Kennzeichnungsvorschriften“, dass die unterlassene Anführung des Art 19 Abs 6 (Verpflichtung einer gemeinsame Nomenklatur gemäß dem Glossar in Art 33 zur Bezeichnung der Bestandteile) im Art 5 Abs 1 leg. cit. offenbar ein Redaktionsversehen ist.

Neben der nach Maßgabe des Art 5 EU-KosmetikV bestehenden Primärverantwortlichkeit des Herstellers (Art 4 Abs 3), des Importeurs (Art 4 Abs 5) oder des Händlers in den Sonderfällen der eigenen Vermarktung oder der wesentlichen Produktänderung (Art 4 Abs 6) regelt Art 6 EU-KosmetikV Verpflichtungen der Händler, die in ihrem jeweiligen Einflussbereich in der Vertriebskette für die Beschaffenheit von kosmetischen Mitteln verantwortlich sein sollen. Die Regelung folgt dem Grundsatz der Stufenverantwortung, wonach jeder Unternehmer im Rahmen seiner Tätigkeit und Einflussmöglichkeit für die Produktkonformität mit rechtlichen Anforderungen verantwortlich ist. Dabei werden die mit dem Inverkehrbringen und Bereitstellen eines kosmetischen Mittels auf dem Markt verbundenen Verpflichtungen grundsätzlich der „verantwortlichen Person“ iSd Art 4 EU-KosmetikV übertragen, welche die Primärverantwortung trägt (vgl idS auch Blass ua, LMR[3], Teil VI, EU-KosmetikV, Rz 2 zu Art 5: „fast ausschließlich“)

IV.3.3. Pflichten der Händler

Art 6 Abs 1 verpflichtet Händler ganz allgemein zur gebührenden Sorgfalt, wenn sie ein kosmetisches Mittel „in Verkehr bringen“. Diese begrifflich in Bezug auf das

Inverkehrbringen problematische deutsche Fassung beruht abermals auf einem Übersetzungsfehler. Aus der englischen Sprachfassung: „..., when making a cosmetic product available on the market, distributors shall act with care in relation to applicable requirements.“ ist schon klar erkennbar, dass es in der deutschen Sprachfassung statt „in Verkehr bringen“ richtig „auf dem Markt bereitstellen“ heißen müsste (vgl Blass ua, LMR[3], Teil VI, EU-KosmetikV, Rz 1 zu Art 6). Dieser Begriff wird nämlich auch in der deutschen Sprachfassung von Art 6 Abs 2 leg. cit. verwendet, der den Händler zur Überprüfung von bestimmten Elementen der Kennzeichnung vor Bereitstellung auf dem Markt verpflichtet. Die falsch übersetzte Wendung „in Verkehr bringen“ ist in ihrer allgemeinen Bedeutung mit den besonderen Begriffsbestimmungen der EU-KosmetikV des Art 2 Abs 1 lit e (Händler), lit g (Bereitstellung auf dem Markt) und lit h (Inverkehrbringen) nicht in Einklang zu bringen. Aus diesen Definitionen geht hervor, dass mit „Inverkehrbringen“ in der EU-KosmetikV nur die erstmalige Bereitstellung auf dem Gemeinschaftsmarkt gemeint sein kann. Ein Händler kann als Glied in der Vertriebskette ein kosmetisches Mittel in der Regel nicht erstmalig bereitstellen oder in Verkehr setzen, außer er wird zur verantwortlichen Person nach Art 4 Abs 6 EU-KosmetikV, indem er im eigenen Namen oder mit eigener Marke als Vermarkter des kosmetischen Mittels auftritt (vgl auch Blass ua, LMR[3], Teil VI, EU-KosmetikV, Rz 1 zu Art 6).

Im Art 6 Abs 2 sieht die EU-KosmetikV Prüfpflichten der Händler, die im Wesentlichen darin bestehen, das Vorhandensein bestimmter dem Hersteller obliegender Kennzeichnungen zu überprüfen und bei Mängeln aktiv zu werden und Maßnahmen nach Abs 3 zu ergreifen. (vgl näher Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band V, C 501, Art 6 Rz 7 ff). Vor der Bereitstellung eines kosmetischen Mittels auf dem Markt haben Händler zu überprüfen, ob

- die Kennzeichnungsinformationen gemäß Art 19 Abs 1 lit a, e und g sowie der Absätze 3 und 4 vorliegen,
- den Sprachanforderungen gemäß Art 19 Abs 5 genügt wird,
- gegebenenfalls das Mindesthaltbarkeitsdatum nach Art 19 Abs 1 nicht abgelaufen ist.

IV.4. Kennzeichnungsvorschriften nach Art 19 EU-KosmetikV

IV.4.1. Vorverpackte kosmetische Mittel

Der Art 19 der EU-KosmetikV regelt in den Absätzen 1 bis 3 die Kennzeichnung von (vor)verpackten kosmetischen Mitteln und verweist im Absatz 4 in Bezug auf nicht vorverpackte (oder an Verkaufsstellen auf Käuferwunsch verpackte oder im Hinblick auf ihren sofortigen Verkauf vorverpackte) kosmetische Mittel auf die Erlassung von Vorschriften der Mitgliedsstaaten über die Angaben nach Absatz 1.

Art 19 Abs 5 verweist zur Sprache für die Angaben auf das Recht der Mitgliedsstaaten, in denen das kosmetische Mittel für die Endverbraucher bereitgestellt wird.

Art 19 Abs 6 bezieht sich auf die in Art 19 Abs 1 lit g genannte Liste der Bestandteile und ordnet die Verwendung der gemeinsamen Bezeichnung der Bestandteile gemäß dem Glossar in Art 33 leg. cit. an. Ist keine vorhanden so ist eine Bezeichnung aus einer allgemein anerkannten Nomenklatur zu verwenden.
Nach Art 33 erstellt und aktualisiert die Kommission ein Glossar der gemeinsamen Bezeichnungen von Bestandteilen. Zur Liste von Bestandteilen und gemeinsamen Nomenklatur der Bestandteile kosmetischer Mittel sind die Beschlüsse der Kommission 96/335/EG (ABl L 1996/132 v 1.06.1996) und 2006/257/EG (ABl L 2006/97 v 5.04.2006) ergangen.

Die im Art 19 Abs 1 EU-KosmetikV vorgeschriebenen Angaben sind ausschließlich für die Kennzeichnung von (vor)verpackten kosmetischen Mitteln bestimmt. Sie müssen grundsätzlich auf dem Behältnis und auf der Verpackung aufscheinen.
Die danach zu kennzeichnenden Behältnisse und Verpackungen müssen vor Abgabe an den Verbraucher verschlossen sein. Das entspricht dem Begriff Vorverpackung in der LMIV. Wie sich aus Art 19 Abs 4 leg.cit. ergibt, geht die EU-KosmetikV von demselben Begriff aus, der sich auf nicht vorverpackte kosmetische Mittel bezieht (vgl Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht V, C 501, Art 19 Rz 92 und RZ 112).

Art 19 Abs 2 leg.cit. regelt Ausnahmen für die fehlende praktische Möglichkeit, Angaben nach Abs 1 lit d (Vorsichtsmaßnahmen für den Gebrauch) oder nach Abs 1 lit g (Liste der Bestandteile) auf dem Etikett zu kennzeichnen. Die Angaben müssen dann auf einem dem kosmetischen Mittel beigepackten oder an ihm befestigten Zettel, Etikett, Papierstreifen, Anhänger oder Kärtchen aufgeführt werden.

Nach dem Abs 3 müssen die Angaben nach Abs 1 lit g (Liste der Bestandteile), die aus praktischen Gründen im Fall von Seife, Badeperlen und anderen Kleinartikeln weder auf einem Etikett, Anhänger, Papierstreifen oder Kärtchen noch auf einer Packungsbeilage angebracht werden, auf einem Schild in unmittelbarer Nähe des Behältnisses mit den kosmetischen Mitteln abgebracht werden.

IV.4.2. Kennzeichnung in den Fällen des Art 19 Abs 4 EU-KosmetikV

Für nicht vorverpackte oder an der Verkaufsstelle wunschgemäß verpackte oder im Hinblick auf den sofortigen Verkauf vorverpackte kosmetische Mittel verweist Art 19 Abs 4 der EU-KosmetikV auf Regelungen der Mitgliedsstaaten über die in Art 19 Abs 1 vorgesehenen Angaben. Es geht dabei um die Form der Kennzeichnung und die Art der Anbringung. Inhaltlich sind die Angaben iSd Art 19

Abs 1 EU-KosmetikV zwingend vorgegeben (vgl Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht V, C 500, Rz 3 ff zu § 5 der dt. KosmetikV).

Der Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art 19 Abs 4 EU-KosmetikV zur Schaffung von Ausführungsvorschriften ist Österreich durch den § 3 der Verordnung des Bundesministers für Gesundheit über Durchführungsvorschriften für kosmetische Mittel (Kosmetik-Durchführungsverordnung) nachgekommen.
Die auf Grund des § 20 LMSVG erlassene Kosmetik-Durchführungsverordnung BGBl II Nr. 330/2013 (richtig wäre wohl als Verordnung gemäß § 4 Abs 3 LMSVG zur Durchführung der in Anlage zum LMSVG genannten EU-KosmetikV) erklärt im § 3 nur, dass die Kennzeichnung unverpackter kosmetischer Mittel im Sinne von Art 19 der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 zu erfolgen habe und auf der Ware durch Anhängerzettel, Aufkleber oder in ähnlicher Form anzubringen sei. Wer für diese Kennzeichnung der unverpackten oder vorverpackten kosmetischen Mittel verantwortlich ist, wird nicht geregelt.

IV.4.3. Zur Verantwortlichkeit in den Fällen des Art 19 Abs 4 EU-KosmetikV

Dazu ist zu bemerken, dass die EU-KosmetikV die primäre Verantwortlichkeit in Bezug auf die Vornahme der Kennzeichnung unverpackter Kosmetikartikel nicht regelt, weil der Artikel 5 Abs 1 EU-KosmetikV den Artikel 19 Abs 4 leg. cit. nicht ausdrücklich nennt. Art 6 Abs 2, der auch auf Art 19 Abs 4 Bezug nimmt, regelt nur die eingeschränkte Pflicht der Händler, bevor sie ein kosmetisches Mittel auf dem Markt bereitstellen (also abgeben), zu überprüfen, ob Kennzeichnungsinformationen vorliegen. Es kann für den vorliegenden Fall offen bleiben, ob hier eine planwidrige Lücke besteht oder ob der EU-Verordnungsgeber die Regelung der primären Verantwortlichkeit im Bereich des Art 19 Abs 4 leg.cit. an die Mitgliedsstaaten delegieren wollte. In der BRD wurde diese Frage jedenfalls mit der Verbotsnorm des § 5 und der Erklärung zur Ordnungswidrigkeit (iSd § 60 Abs 2 Nr. 26 Buchst a des dt. LFGB) im § 9 Abs 1 Nr. 2 der deutschen Verordnung über kosmetische Mittel vom 16. Juli 2014 ausdrücklich geregelt und im Ergebnis der Bereitsteller auf dem Markt dafür verantwortlich gemacht, wenn die im Art 19 Abs 1 EU-KosmetikV geforderten Angaben nicht auf einem dem kosmetischen Mittel beigepackten oder an ihm befestigten Etikett, Papierstreifen, Anhänger oder Kärtchen aufgeführt sind. (vgl näher Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht V, C 500, Rz 1 ff, 19 zu § 5 und Rz 1 zu § 9 der dt. KosmetikV).

Dem Umstand des Fehlens einer (österreichischen) Regelung zur Verantwortlichkeit in den Fällen des Art 19 Abs 4 EU-KosmetikV darf nicht durch Lückenschließung mittels Analogie oder „berichtigender Auslegung“ abgeholfen werden. Dies verbietet der auch im Verwaltungsstrafrecht geltende Grundsatzes „nulla poena sine lege scripta“, der als Strafrechtsquelle nur das geschriebene Gesetz kennt und nur eine Auslegung im Rahmen des möglichen Wortsinnes

zulässt (vgl mwN Wessely in N.Raschauer/W.Wessely [Hrsg], Kommentar zum VStG[2] § 1 Rz 14).

IV.5. Zur Verbotsnorm des § 18 Abs 1 Z 3 LMSVG

Der österreichische Gesetzgeber hat im gegebenen Zusammenhang in § 18 Abs 1 Z 3 LMSVG eine eigene Verbotsbestimmung vorgesehen, welche das Inverkehrbringen (iSd EG-BasisVO) kosmetischer Mittel, die den nach § 20 LMSVG erlassenen Verordnungen nicht entsprechen, untersagt. Dabei handelt es sich aber um eine lex imperfecta, der es an einer passenden Strafsanktionsnorm mangelt.

Der Fall des verbotenen Inverkehrbringens gesundheitsschädlicher kosmetischer Mittel im § 18 Abs 1 Z 1 LMSVG wird von der gerichtlichen Strafbestimmung des § 81 LMSVG erfasst. Der § 90 Abs 1 Z 4 LMSVG betrifft das Verbot des § 18 Abs 1 Z 2 LMSVG und bedroht uA. das Inverkehrbringen kosmetischer Mittel, deren bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist, mit Strafe.

§ 18 Abs 1 Z 3 LMSVG untersagt zwar das Inverkehrbringen (iSd EG-BasisVO) von Produkten, die nicht der Kosmetik-Durchführungsverordnung entsprechen, eine korrespondierende Strafnorm fehlt jedoch. Die generelle Blankettstrafnorm des § 90 Abs 3 Z 2 LMSVG bezieht sich nämlich nur auf das Zuwiderhandeln gegen Bestimmungen einer auf Grund des § 20 erlassenen Verordnung als Ausfüllungsnorm, nicht aber auf den § 18 Abs 1 Z 3 LMSVG selbst. Sie verweist daher nicht auf das Verbot des Inverkehrbringens im § 18 LMSVG, welches damit auch nicht Gegenstand der Blankettstrafnorm werden kann. Auch hier gilt abermals der Grundsatz „nullum crimen sine lege“.

Die Kosmetik-Durchführungsverordnung regelt in ihrem § 3 nur die Form der Kennzeichnung bzw Anbringung auf der Ware bei unverpackten kosmetischen Mitteln. Sie enthält im Gegensatz zu § 5 der deutschen KosmetikV kein Verbot des Inverkehrbringens oder der Bereitstellung am Markt und damit auch keine Tathandlung, die zum Gegenstand des § 90 Abs 3 Z 2 LMSVG werden könnte.

Eine Strafbarkeit des Inverkehrbringens iSd EG-BasisVO von nicht verordnungsgemäß (Kosmetikdurchführungsverordnung) gekennzeichneter, nicht vorverpackter kosmetischer Mittel ergibt sich aus dem LMSVG demnach nicht.

IV.6. Zusammenfassung der wesentlichen Aussagen

Es ergibt sich bezogen auf den gegenständlichen Fall, dass bei vorverpackten Kosmetikartikeln, die auf dem Markt iSd Art 2 Abs 1 lit g) bereitgestellt werden, der Hersteller nach Art 5 Abs 1 dafür verantwortlich ist, dass gemäß Art 19 Abs 1 lit g) auf der Verpackung unter der Überschrift „Ingredients“ eine Liste der Bestandteile vorhanden ist.

Nur wenn der Händler das Produkt bzw den Kosmetikartikel selbst vermarktet (unter eigenem Namen oder Marke in Verkehr bringt) oder, wenn es sich bereits in Verkehr befindet, dh bereits nach erfolgter erstmaliger Bereitstellung auf dem Gemeinschafsmarkt (vgl Art 2 Abs 1 lit h), so ändert, dass die Einhaltung der geltenden Anforderungen berührt sein kann, wird er gemäß Art 4 Abs 6 EU-KosmetikV selbst zur verantwortlichen Person und haftet wie ein Hersteller und damit auch für die Einhaltung des Artikels 19.

Zur primären Verantwortung des Herstellers als Inverkehrbringer gehören auch die dem Bf von der belangten Behörde vorgeworfenen Kennzeichnungsmängel wegen fehlender Kennzeichnungselemente nach § 19 Art 1 lit g) EU-KosmetikV.

Der Händler ist nach Art 6 Abs 1 EU-KosmetikV im Rahmen seiner Tätigkeiten dazu verpflichtet, die geltenden Anforderungen mit der gebührenden Sorgfalt einzuhalten, wenn er ein kosmetisches Mittel auf dem Markt bereitstellt. Diese Bereitstellung erfordert definitionsgemäß eine Abgabe. Der Händler hat gemäß Art 6 Abs 2 erster Spiegelstrich Überprüfungspflichten in Bezug auf Art 19 Abs 1 lit a e und g sowie Abs 3 (bei vorverpackten Kosmetikartikeln) und in Bezug auf Abs 4 und damit in Bezug auf die österreichische Ausführungsvorschrift (bei nicht vorverpackten Kosmetikartikeln).
Diesbezüglich sieht § 18 Abs 1 Z 3 LMSVG zwar ein Verbot des Inverkehrbringens vor, eine korrespondierende Strafnorm fehlt jedoch, weil sich diese nur auf die Kosmetik-DV, nicht jedoch auf § 18 LMSVG bezieht.

Nach der EU-KosmetikV wäre er zur Überprüfung des Vorhandenseins einer der österreichischen Ausführungsvorschrift entsprechenden Einzelkennzeichnung (Anhänger, Aufkleber oder Ähnliches) im Wege des Art 6 Abs 2 erster Spiegelstrich und im Falle des Fehlens gemäß Art 6 Abs 3 leg.cit. dazu verpflichtet gewesen, die Ware nicht an Konsumenten abzugeben, erforderliche Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, die Konformität herzustellen oder die Ware vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen.

Ein Verbot des Inverkehrbringens im Sinne der EG-BasisV durch Anbieten zum Verkauf lässt sich der EU-KosmetikV nicht entnehmen. § 18 LMSVG sieht ein Inverkehrbringensverbot (EG-BasisV) für nicht der Kosmetik-DV entsprechende kosmetische Mittel vor. Hier fehlt die korrespondierende Strafbestimmung.

IV.7. Tatvorwurf und Spruchmängel:

IV.7.1. Allgemeines

Eine (die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende) Verfolgungs-handlung nach § 32 Abs 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als

Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften iSd § 44a Z 2 VStG zu beziehen; (VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006;).

„Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1.7.2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (zB VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017; 17.4.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl VwGH 20.7.1988, 86/01/0258; 31.1.2000, 97/10/0139; s auch VwGH 6. 11. 2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124).
(Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2).“

Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (VwGH 25.02.2003, 2001/10/0257).

IV.7.2. Falscher Tatvorwurf

Die belangte Behörde hat dem Bf zusammengefasst vorgeworfen, er habe ein kosmetisches Mittel mit der Bezeichnung „B.“ durch Anbieten zum Verkauf in einem SB-Aufsteller in Verkehr gebracht, obwohl das Kennzeichnungselement gemäß § 19 Abs 1 lit g der EU-KosmetikV „Liste der Bestandteile“ mangelhaft gewesen sei. Dies weil die Zusammenstellung der Produktmischung durch Mitarbeiter des Unternehmens erfolgt sei. Auf der Faltschachtel habe sich jedoch nur eine Bestandteilliste befunden. Die Zuordnung der einzelnen Stücke zu dieser Liste sei nicht möglich.

Die belangte Behörde übersieht hier zunächst, dass es sich vorliegend um kein vorverpacktes Produkt, sondern um ein offenes, also nicht vorverpacktes Produkt handelt.

Die Bestimmung des Art 19 Abs 1 lit g) EU-KosmetikV war deshalb nicht anzuwenden, sondern wäre dem Bf allenfalls ein Verstoß gegen Art 6 Abs 2 und 3 iVm der Kosmetik-Durchführungsverordnung vorzuwerfen gewesen. Diesfalls kam es aber nicht darauf an, ob die vorliegend verwendete Display-Box eine Bestandteilliste enthielt, sondern ob jedes einzelne Kosmetikprodukt etwa durch einen Aufkleber gekennzeichnet war. Dazu hat die belangte Behörde keinerlei Feststellungen getroffen und hat sie dem Bf einen solchen Vorwurf auch nicht gemacht.
Zumal aber in diesem Fall auch keine Veränderung des Kosmetikprodukts im Sinne des Artikel 4 Abs 6 EU-KosmetikV vorgelegen sein kann (da eine Einzelkennzeichnung erforderlich ist, kann das Umräumen nicht zu einer Berührung der geltenden Anforderungen führen), bestand keine primäre Verantwortlichkeit des Bf nach Art 4 iVm Art 5 Abs 1 EU-KosmetikV, sondern nur Pflichten des Händlers nach Art 6 leg.cit. Einen diesbezüglichen Vorwurf, gerichtet auf die fehlende Überprüfung und das erforderliche Handeln hat die belangte Behörde dem Bf nicht gemacht.

Der EU-KosmetikV lässt sich kein Tatbestand entnehmen, der den Vorwurf der belangten Behörde gegen den Bf stützen könnte.

IV.7.3. Spruchfassung und Tatvorwurf

Auch sonst wird der behördliche Spruch den vom Verwaltungsgerichtshof herausgearbeiteten Kriterien zur Spruchkonkretisierung nicht gerecht.

Um den Bf vor Doppelbestrafung zu schützen ist es erforderlich, im Spruch zunächst die besonderen Tätermerkmale bzw Eigenschaften des Beschuldigten, also Hersteller, Importeur oder Händler, die Frage der Verfügbarmachung am Markt, also des Inverkehrbringens (und zwar entsprechend der Definition der EU-KosmetikV) oder des Bereitstellens auf dem Markt zu klären und bezogen auf den korrekten Tatbestand darzustellen. Auch wäre als notwendiges Tatbildmerkmal in der Anlastung zu berücksichtigen, ob es sich beim jeweiligen Kosmetikprodukt um ein vorverpacktes oder nicht vorverpacktes Kosmetikprodukt gehandelt hat.

Vorliegend vermischt die belangte Behörde verschiedene aus dem Lebensmittelrecht bekannte Begriffe, ohne Bezug auf die relevanten Tatbestände zu nehmen, die sich aus der EU-KosmetikV und der Kosmetik-Durchführungsverordnung ergeben könnten.
Sie unterstellt zwar den aus der EU-BasisV bekannten Begriff des „Inverkehrbringens“, lässt aber den § 18 LMSVG unerwähnt. Dieser Vorwurf ginge mangels korrespondierender Strafnorm auch ins Leere.

Dieser Umstand macht den Spruch im Übrigen widersprüchlich, wobei hier der belangten Behörde kaum ein Vorwurf gemacht werden kann, hat sich doch der Gesetzgeber entschlossen im Anwendungsbereich der EU-Kosmetikverordnung im Rahmen der innerstaatlichen Bestimmungen auf den viel weiteren Begriff des Inverkehrbringens iSd EU-BasisVO zurückzugreifen, wobei aber auf die Schaffung einer entsprechenden Strafnorm verzichtet wurde.

Eine Bestrafung wegen einer Übertretung des § 18 LMSVG kommt insofern nicht in Betracht. Es muss vielmehr auf die Vollblankettstrafnormen des § 90 Abs 3 Z 1 oder Z 2 LMSVG und die zugrunde liegenden Bestimmungen der verwiesenen Normen, sohin der Kosmetikdurchführungsverordnung und die EU-KosmetikVO, auf die von ersterer verwiesen wird, zurückgegriffen werden.

Vorliegend kann das vorgeworfene „zum Kauf anbieten im Verkaufsraum“ mit dem Inverkehrbringensbegriff der EU-KosmetikVO, die als Inverkehrbringen nur das erstmalige Bereitstellen am Gemeinschaftsmarkt kennt, nicht in Einklang gebracht werden. Der Spruch widerspricht diesbezüglich den Begriffsbestimmungen der EU-KosmetikV.

Selbst wenn man das vorgeworfene Inverkehrbringen in ein Bereitstellen umdeuten wollte, erforderte dies nach der Legaldefinition der EU-KosmetikV eine Abgabe, die nicht festgestellt werden kann. Die belangte Behörde wirft dem Bf somit kein strafbares Verhalten gemessen an den anwendbaren Normen vor.
Den Händler kann grundsätzlich nicht der Vorwurf des Inverkehrbringens eines kosmetischen Produkts mit Kennzeichnungsmängeln treffen, weil dafür eine Primärverantwortung des Herstellers oder des Importeurs in Betracht kommt.

Das Feilhalten verschiedener durchmischter, nicht vorverpackter Kosmetikartikel in einer Schachtel, die eine Bestandteilliste nur eines bestimmten Kosmetikartikels aufweist, wird von der EU-KosmetikV nicht verboten. Vielmehr verlangt die Kosmetik-Durchführungsverordnung die Einzelkennzeichnung.

V. Ergebnis

V.1. Die belangte Behörde hat dem Bf weder vorgeworfen, er sei etwa aufgrund einer vorgenommenen Veränderung (die bei nicht vorverpackten Kosmetikartikeln nicht im umsortieren liegen kann, weil eine Verpflichtung zur Einzelkennzeichnung besteht und die Kennzeichnung auf dem Display-Karton daher von vorneherein nicht der Kosmetik-Durchführungsverordnung entspricht) Inverkehrbringer iSd EU-KosmetikV, noch hat sie ihm als allfälligem Bereitsteller die Unterlassung der Pflichten nach Art 6 Abs 2 und 3 EU-KosmetikV vorgeworfen.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass es sich vorliegend um ein vorverpacktes Produkt handelte, wirft die belangte Behörde dem Bf, mit der Aussage: „Auf der Faltschachtel befindet sich nur eine Bestandteilliste“ in Bezug auf Art 19 Abs 1 lit g) EU-KosmetikV kein strafbares Verhalten vor, weil dieser Folgendes verlangt:

„Unbeschadet der anderen Bestimmungen dieses Artikels dürfen kosmetische Mittel nur auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn die Behältnisse und Verpackungen kosmetischer Mittel unverwischbar, leicht lesbar und deutlich sichtbar folgende Angaben tragen:
[...]
g) eine Liste der Bestandteile. Diese Angabe braucht nur auf der Verpackung zu erscheinen. Die Liste trägt die Überschrift ‚Ingredients‘.“

Der behördliche Spruch gibt in Bezug auf das konkret vorgeworfene Handeln also den Verordnungstext wieder und suggeriert – ausgehend vom Vorliegen eines vorverpackten Produkts – eher, dass die Kosmetikartikel ausreichend gekennzeichnet war. Auch die Beifügungen „Die Zusammenstellung der Produktmischung erfolgte durch Mitarbeiter...“ und „Eine genaue Zuordnung der einzelnen Stücke zu dieser Liste ist nicht möglich“ lassen keinen Rückschluss darauf zu, inwiefern der Bf bestimmte Pflichten nach der EU-KosmetikV verletzt haben soll.

Insgesamt macht die belangte Behörde dem Bf daher einen falschen Vorwurf, weil sie eine nicht einschlägige Rechtsgrundlage anwendet hat und von einer unrichtigen Bedeutung des Begriffs „Inverkehrbringen“ ausgeht.

Vielmehr hätte dem Bf, gestützt auf § 6 Abs 2 iVm § 19 Abs 4 und § 3 Kosmetik-DV allenfalls der Vorwurf gemacht werden können, seinen Händlerpflichten nicht nachgekommen zu sein. Dieser Vorwurf hätte jedoch jedenfalls der Feststellung und des Vorwurfs der Abgabe bedurft.

Der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 18 Abs 3 Kosmetik-DV wäre angesichts des Fehlens einer korrespondierenden Strafnorm ins Leere gegangen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig, wenn es nicht zu einem Austausch der Tat durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl VwGH 17. Februar 2016, Ra 2016/04/0006; VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226).

Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus besteht nicht. Beispielsweise stellt die Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht weiterhin

(wie früher im Berufungsverfahren) eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl näher VwGH 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8. November 2000, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Vorliegend müsste das Verwaltungsgericht dem Bf einen vollkommen anderen Vorwurf, nämlich die fehlende Prüfung der Kennzeichnung und das nicht Zuwarten mit der Bereitstellung nach der Kosmetik-Durchführungsverordnung iVm Art 19 Abs 4 EU-KosmetikV vorwerfen. Es handelt sich dabei um eine gänzlich andere Tat (teilw. Unterlassungsdelikt) als jene, die die belangte Behörde dem Bf vorgeworfen hat, weil sie angesichts der Anwendung des § 19 Abs 1 zweifellos von einem vorverpackten Produkt ausging und den Bf als Mitglied der Lieferkette unabhängig von den in der EU-KosmetikV geregelten Tatbeständen zur Verantwortung ziehen wollte.

Dem Verwaltungsgericht ist es im Übrigen schon angesichts der längst eingetretenen Verfolgungsverjährung verwehrt, Korrekturen am Spruch vorzunehmen.

V.2. Deshalb war der verfehlte Spruch aufzuheben und das Strafverfahren mangels Anlastung einer strafbaren Verwaltungsübertretung gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw 2 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs 9 VwGVG die Pflicht zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens ebenso wie die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Lebensmitteluntersuchung gemäß § 71 Abs 3 LMSVG.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Judikatur des VwGH zur Frage der Spruchkonkretisierung ist mannigfach und wurde im Erkenntnis ausführlich zitiert. Der Umstand, dass gegenständlich ein nicht vorverpackter Kosmetikartikel vorliegt liegt auf der Hand und ist die

diesbezügliche Regelung der EU-KosmetikV, nach welcher vom Nationalstaat eine Durchführungsregelung zu schaffen und anzuwenden ist, klar formuliert. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Rechtsfrage ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl