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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-050101/2/FP

Datum:
Linz, 22. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde der X GmbH (vorm. X GmbH & Co KG), G, vetreten durch F W & Partner, Rechtsanwälte in W, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 15. September 2017, GZ: Ges-2017-318163/5-Hau, betreffend Anordnung einer Maßnahme nach § 39 LMSVG,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der bekämpfte Bescheid ersatzlos aufgehoben.

II. 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 Maßnahmenbescheid (§ 39 Abs 1 LMSVG) vom 15. September 2017 ordnete der Landeshauptmann von Oberösterreich (belangte Behörde) gegenüber der Beschwerdeführerin (Bf) in Bezug auf zwei Folgemilchprodukte an, die Kennzeichnung „wertvolle Energie oder eine wesensgleiche Angabe“ zu unterlassen. Die belangte Behörde setzte für die Umsetzung eine Frist von 6 Monaten.

Die belangte Behörde begründete unter Bezugnahme auf ein Gutachten der AGES, Institut für Lebensmittelsicherheit Linz und führte aus, nährwertbezogene Angaben dürften gem. Art 8 Absatz 1 EG-Claims Verordnung (EG-ClaimsVO) nur gemacht werden, wenn sie im Anhang der Verordnung angeführt seien und den in der Verordnung festgelegten Bedingungen entsprächen.

Auf das Wesentliche zusammengefasst führte sie aus, die Angabe „wertvolle Energie“ (oder eine wesensgleiche Angabe) sei im Anhang der EG-ClaimsVO nicht enthalten und stelle daher eine nicht zugelassene nährwertbezogene Angabe dar. Im Zusammenhang mit „Energie“ seien nur Angaben zugelassen, die auf einen niederen bzw. verringerten Energiegehalt hinwiesen. „Wertvolle Energie“ suggeriere, dass das Lebensmittel positive Nährwerteigenschaften besitze, weil es Energie liefere (sic!) und die Angabe jedenfalls als nährwertbezogene Angabe einzustufen sei.
Zweifellos würde suggeriert, dass das Lebensmittel besondere Nährwert-eigenschaften habe.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob die Gesamtrechtsnachfolgerin der Bescheidadressatin rechtzeitig Beschwerde und argumentierte auf das Wesentliche zusammengefasst damit, dass keine nährwertbezogenen Angaben nach der EG-ClaimsVO vorlägen, sondern es sich bei der Kennzeichnung „wertvolle Energie“ um eine allgemein und unspezifisch gehaltene Beschaffenheitsangabe handle, mit der den Adressaten der Umstand vermittelt würde, dass die im Produkt enthaltene Energie für ihre Kinder nützlich sei. Es handle sich um einen zulässigen allgemeinen Hinweis. Die Bf verwies auf die fehlende Irreführungs- und Täuschungsgefahr für den aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher.

Die EG-ClaimsVO setzte bei einer nährwertbezogenen Angabe „besondere positive Nährwerteigenschaften“ voraus. Es genüge nicht, dass auf allgemeine Eigenschaften im Sinne objektiver Beschaffenheitsangaben hingewiesen werde.

Im Übrigen führte die Bf aus, der Spruch sei aufgrund der Beifügung „oder eine wesensgleiche Angabe“ nicht ausreichen konkret und liege ein Verstoß gegen EU-Recht vor, zumal das Produkt in Deutschland ohne Beanstandung in Verkehr sei.

I.3. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2017 legte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung vor.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsakt. Zumal bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der Bescheid aufzuheben ist, entfällt eine öffentliche mündliche Verhandlung gem § 24 Abs 2 Z1 VwGVG.

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

Die Bf bringt verschiedene Folgemilch-produkte in Verkehr, eines davon, die „H“ in der nebenan abgebildeten Aufmachung. Die Verpackung dieses Produkts trägt auf der Vorderseite im unteren Teil, in ca. 3mm hoher Schrift, den Hinweis „wertvolle Energie“

Auch das zweite verfahrensgegenständliche Produkt „H“ (keine Abbildung) trägt diesen im unteren Teil der Verpackung angebrachten Hinweis ebenso, jedoch in etwas kleinerer Schriftgröße.
[Untersuchungszeugnisse der AGES vom 8. Mai und vom 1. Juni 2017]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtslage

Gemäß § 4 Abs 1 LMSVG sind die in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union samt Änderungsverordnungen und Durchführungsvorschriften im Rahmen des LMSVG zu vollziehen. In der Anlage zum LMSVG, Teil 1, Z 14 wird die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. Nr. L 404 vom 30. Dezember 2006, berichtigt durch ABl. Nr. L 12 vom 18. Jänner 2007);

Nach § 5 Abs 1 Z2 LMSVG ist es verboten, Lebensmittel, die den nach den § 4 Abs. 3, §§ 6 oder 57 Abs. 1 erlassenen Verordnungen nicht entsprechen, in Verkehr zu bringen.

Gemäß § 39 Abs 1 Z11 LMSVG hat der Landeshauptmann bei Wahrnehmung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften mit Bescheid, gegebenenfalls unter einer gleichzeitig zu setzenden angemessenen Frist und unter Ausspruch der

notwendigen Bedingungen oder Auflagen, die nach Art des Verstoßes und unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit erforderlichen Maßnahmen zur Mängelbehebung oder Risikominderung anzuordnen, wie insbesondere auch die Anpassung der Kennzeichnung (Z 11);

Nach Art 2 Abs 2 Z 4 der EG-ClaimsVO bezeichnet der Ausdruck „nährwertbezogene Angabe“ jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere positive Nährwerteigenschaften besitzt und zwar auf Grund der Energie (des Brennwerts), die es liefert oder nicht liefert oder auf Grund der enthaltenen Nährstoffe oder anderer Substanzen in verminderter oder erhöhter Menge.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Vorauszuschicken ist zunächst, dass im Hinblick auf Säuglingsfolgenahrung, zumindest was nährwertbezogene Angaben betrifft, eine lex specialis existiert, nämlich Art 13 der RICHTLINIE 2006/141/EG der Kommission vom 22. Dezember 2006 über Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung und zur Änderung der Richtlinie 1999/21/EG. Aus dem Anwendungsbereich der EG-ClaimsVO (teilweise) ausgenommen ist die Kennzeichnung, die in Richtlinien, die über Lebensmittel erlassen werden, die für besondere Ernährungszwecke bestimmt sind. Im Anwendungsbereich der genannten Richtlinie gilt daher die ins innerstaatliche Recht umgesetzte Rechtsvorschrift, richtlinienkonform ausgelegt, in Österreich die Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend über Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung, BGBl. II Nr. 68/2008. [vgl. *Rathke/Hahn*, in Zipfel/Rathke, C111, Art 1, Rn 2a und Art 8, Rn 2].

Angesichts des Verweises in der genannten Richtlinie (Art 2 leg. cit) auf die Definitionen des Art 2 Abs 2 Z 4 der EG-ClaimsVO, kann ein weiteres Eingehen auf die genannte Richtlinie jedoch unterbleiben.

III.2.2. Die belangte Behörde vertritt, der AGES folgend, die Ansicht, es läge ein Verstoß gegen die EG-ClaimsVO vor, weil die Bf mit der Kennzeichnung „wertvolle Energie“ eine nährwertbezogene Angabe mache, die nicht der EG-ClaimsVO entspreche.
Sie begründet unter Bezugnahme auf die Eigenschaft des Produkts, Energie zu liefern, dass die Angabe deshalb nährwertbezogen sei.

III.2.3. Die belangte Behörde übersieht dabei, dass es nicht auf den Begriff der Nährwertbezogenheit nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auf die diesbezügliche Legaldefinition der EG-ClaimsVO ankommt, nach welcher die Nährwertbezogenheit einer Angabe nur dann vorliegt, wenn erklärt, suggeriert

oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere positive Nährwerteigenschaften besitzt.

Zur Lösung des ggst. Falles bedarf es zunächst der Klärung der Frage, ob es sich bei der Angabe „wertvolle Energie“, wie von der belangten Behörde angenommen, um eine nährwertbezogene Angabe iSd der EG-ClaimsVO, also um eine besondere Nährwerteigenschaften suggerierende Angabe handelt.

III.2.4. Die im Wesentlichen gleichgelagerte Definition des § 3 Abs 2 der mittlerweile außer Kraft getretenen Nährwertkennzeichnungsverordnung, BGBl Nr. 896/1995 (NWKV), stellt auf zum Ausdruck gebrachte besondere Nährwerteigenschaften eines Lebensmittels ab, ohne das Attribut „positive“ vorzusehen, was aber praktisch wenig Auswirkung haben dürfte, weil idR kein Unternehmer freiwillig negative Nährwerteigenschaften ausloben wird (vgl *Blass ua*, LMR[3] Rz 12 f zu Art 2 EG-ClaimsVO und Rz 16 zu § 3 NWKV).

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Art 3 EG-ClaimsVO dürfen nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln, die in der Gemeinschaft in Verkehr gebracht werden, bzw bei der Werbung hiefür nur verwendet werden, wenn sie der vorliegenden Verordnung entsprechen (= Gleichbehandlung von Inverkehrbringen und Werbung). In weiterer Folge werden allgemein verbotene Angaben unter lit a) bis e) aufgelistet. Die angeführten Verbote sind teils Ausdruck des allgemeinen Irreführungsverbotes, teils geht es um den Wahrheitsgrundsatz und das Lauterkeitsrecht analog dem UWG (vgl näher *Blass ua*, LMR[3] Rz 4 ff zu Art 3 EG-ClaimsVO).

Gemäß Art 8 Abs 1 der EG-ClaimsVO dürfen nährwertbezogene Angaben nur gemacht werden, wenn sie im Anhang aufgeführt sind und den in dieser Verordnung festgelegten Bedingungen entsprechen. Dieser Artikel bringt das Verbotsprinzip zum Ausdruck. Es dürfen nur nährwertbezogene Angaben verwendet werden, die in der Liste des Anhangs zur Verordnung aufscheinen. Dabei handelt es sich aber nicht um „magische Formeln“. Vielmehr sind auch Angaben, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung haben, zulässig (*Blass ua*, LMR[3] Rz 1 u 4 zu Art 8 EG-ClaimsVO).

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem zur NMKV ergangenen Erkenntnis vom 30. September 2002, 2001/10/0001 (= VwSlg 15923 A/2002), unter Berufung auf deutsche Kommentarliteratur mit dem Begriff der „nährwertbezogenen Angabe“ auseinandergesetzt und Aussagen getroffen, die auch für die EG-ClaimsVO relevant sind:

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs wird eine Aussage oder Darstellung nur dann zur nährwertbezogenen Angabe, wenn ihr der Erklärungswert beigelegt

werden kann, das betreffende Lebensmittel besitze auf Grund seines Energie- bzw Nährstoffgehalts besondere Nährwerteigenschaften, die es deshalb von anderen Lebensmitteln seiner Gattung unterscheiden. Ob eine besondere Nährwerteigenschaft oder nur eine allgemeine Information vorliegt, muss nach dem gesamten Inhalt der – auch der in Verbindung stehenden optischen – Angaben unter Berücksichtigung der Verbrauchererwartung beurteilt werden.

Bloße Hinweise auf Zusammensetzung, Rezeptur, Qualität, Beschaffenheit, Herkunft, Textur, Geschmack, Verdaulichkeit, Traditionalität oder Authentizität eines Lebensmittels bilden keine nährwertbezogenen Angaben (vgl *Blass ua*, LMR[3] Rz 10 zu § 3 NWKV). Der Erklärungswert spezieller Nährwerteigenschaften kann aus solchen Hinweisen noch nicht abgeleitet werden. Da nährwertbezogene Angaben nur besondere Nährwerteigenschaften eines Lebensmittels betreffen, fallen allgemeine Hinweise selbst dann nicht darunter, wenn sie Nährwerteigenschaften (Energie und Nährstoffe) zum Inhalt haben (vgl *Blass ua*, LMR[3] Rz 13 zu § 3 NWKV).

Den Hinweis „ohne Zuckerzusatz“ bzw „kein Zucker zugesetzt“ betrachtete der Verwaltungsgerichtshof in oben zitierten Erkenntnis wegen der von anderen Angaben über Zusammensetzung oder Rezeptur isolierten Hervorhebung (auf der Verpackung) des Fehlens einer Zutat als nährwertbezogen und nicht als bloße Information über eine Zutat bzw geschmackliche Eigenschaft. Solche Angaben werden gemacht, um dem Verbraucher ein wegen des reduzierten Zuckergehalts ernährungsphysiologisch vorteilhaftes Lebensmittel zu suggerieren. Damit wird eine spezielle Nährwerteigenschaft des Produktes ausgelobt und nicht ein Merkmal der Ware beschrieben. Dies ist nunmehr auch ex lege klargestellt, weil der Ausdruck „ohne Zuckerzusatz“ als nährwertbezogene Angabe im Anhang zur EG-ClaimsVO angeführt ist (vgl *Blass ua*, LMR[3] Rz 12 zur NWKV).

Ob im Einzelfall eine besondere Nährwerteigenschaft angezeigt wird oder nur eine allgemeine Information vorliegt, muss in solchen Fällen nach dem gesamten Inhalt der Angaben, etwa auch im Hinblick auf die damit in Verbindung stehenden optischen Angaben, beurteilt werden (vgl. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht II, Kommentar zu § 2 der (deutschen) Nährwertkennzeichnungsverordnung, Rz 13 ff), so der VwGH weiter.

Auch der deutsche BGH vertritt in seiner aktuellen Entscheidung „ENERGY & VODKA“ vom 9. Oktober 2014, I ZR 167/12, eine einschränkende Auslegung, wenn er ausführt:

„Nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 stellt eine Aussage oder eine Darstellung nur dann eine Angabe über ein Lebensmittel im Sinne dieser Verordnung dar, wenn mit ihr zumindest mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass das Lebensmittel eine besondere Eigenschaft besitzt. Eine solche Angabe liegt dann nicht vor, wenn eine Aussage oder Darstellung aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher lediglich auf eine Eigenschaft eines Lebensmittels hinweist, die alle Lebensmittel der angesprochenen

Gattung besitzen; in einem solchen Fall fehlt der Aussage oder Darstellung die Lenkungswirkung, deren Regulierung die Beschränkungen rechtfertigt, die die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 hinsichtlich der Verwendung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben vorsieht (vgl. EuGH, Urteil vom 6. September 2012 C544/10, GRUR 2012, 1161 Rn. 37 = WRP 2012, 1368 Deutsches Weintor). Informationen über Eigenschaften eines Lebensmittels stellen daher auch dann, wenn sie sich auf Nährstoffe oder andere Substanzen beziehen, keine Angaben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 dar, wenn mit ihnen keine besonderen Eigenschaften des Lebensmittels herausgestellt, sondern lediglich objektive Informationen über die Beschaffenheit oder die Eigenschaften der Gattung von Lebensmitteln mitgeteilt werden, zu der das beworbene Lebensmittel gehört. (...)“
[Hervorhebungen nicht im Original]

Gemäß Art 1 Abs 1 EG-ClaimsVO soll diese Verordnung das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts und ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten. Wie im Erwägungsgrund 16 angeführt, ist es dem europäischen Gesetzgeber wichtig, dass Angaben über Lebensmittel vom Verbraucher verstanden werden können und sollen alle Verbraucher vor irreführenden Angaben geschützt werden. Dabei nimmt die Verordnung *„den normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren nach der Auslegung des Gerichtshofs“* zum Maßstab, zielt aber auch darauf ab, die Ausnutzung von Verbrauchern zu vermeiden, die auf Grund bestimmter Charakeristika besonders anfällig für irreführende Angaben sind. Richtet sich eine Angabe etwa an eine besondere Verbrauchergruppe (zB Kinder) so soll die Auswirkung der Angabe aus der Sicht eines Durchschnittsmitglieds dieser Gruppe beurteilt werden (vgl den Erwägungsgrund 16 bei *Blass ua*, LMR[3] EG-ClaimsVO, II B 1, Seite 21; vgl. zum Schutzzweck und zur teleologischen Auslegung des Art 2 Abs 2 Z4 EG-ClaimsVO: LVwG Oö. 23. Juni 2015, LVwG-000076/2/WEI).

Wie sich ausdrücklich aus den Erwägungsgründen (vgl. insb. Erwägungsgrund 16) der EG-ClaimsVO ergibt, geht es im Wesentlichen um verständliche Angaben ohne Irreführungspotential für den normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren (vom EuGH herausgebildete Maßfigur), im vorliegenden Fall insbesondere die Verbrauchergruppe der Eltern von Kleinkindern. Dieser soll bei Lesen der Kennzeichnung des Produkts vor Irreführung dahin geschützt werden, dass das betrachtete Produkt gegenüber vergleichbaren Produkten besondere Eigenschaften auslobt, obwohl es diese nicht hat. Im Ergebnis zeigt sich hier systematisch der im gesamten Lebensmittelrecht der Union wiederkehrende Täuschungsschutzgedanke der etwa, im Verbot der Werbung mit Selbstverständlichkeiten zum Ausdruck kommt (die EG-ClaimsVO verweist in Erwägungsgrund 16 zB ausdrücklich auf Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984).

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu klären, ob die Kennzeichnung „wertvolle Energie“ dazu geeignet ist, dem angesprochenen Verkehrskreis eine besondere positive Nährwerteigenschaft zu suggerieren, also eine zulasten des Verbrauchers gehende Lenkungswirkung (vgl. BGH aaO) aufweist.

Erst wenn dies der Fall ist, ist der Anwendungsbereich der EG-ClaimsVO eröffnet.

III.2.5. Dazu eignet sich die Kennzeichnung „wertvolle Energie“ nach Ansicht des erkennenden Gerichtes aber nicht.

Sie vermittelt dem verständigen Durchschnittsverbraucher die Information, dass das Produkt Energie liefert. Der Umstand, dass dem Wort Energie in fast tautologischer Weise der Begriff „wertvoll“ beigefügt wird, vermag nach Ansicht des Gerichts keine gegenüber vergleichbaren Produkten bestehende besondere Nährwerteigenschaft zu suggerieren, zumal der angesprochene Verbraucherkreis jeder Folgenahrung, und zwar unabhängig von einer diesbezüglichen Angabe, eine besonders günstige ernährungsphysiologische Wirkung in Bezug auf die Entwicklung eines Kleinkindes beimisst. Aus diesem Grund werden Kleinkinder, nicht aber Erwachsene mit Folgenahrung ernährt. Die besondere Eignung als wertvoller Energielieferant für Kleinkinder liegt bei einem Folgemilchprodukt in der Natur der Sache. Die Kennzeichnung „wertvolle Energie“ weist insofern, ohne Irreführungseignung auf den selbstverständlichen Regelfall hin. Es fehlt nach Ansicht des Gerichts schon aus diesem Grund an einer Besonderheit gegenüber anderen Folgemilchprodukten. Allen Folgemilchprodukten ist gemein, dass sie dem Kleinkind Energie liefern sollen, weil sie auf deren Bedürfnisse angepasste Nahrung sind. Es liegt (auch aufgrund der Tatsache, dass es sich um Spezialnahrung handelt) auf der Hand, dass diese Energie wertvoll für die Entwicklung des Kleinkindes sein wird. Dieser Umstand ist für den angesprochenen Verkehrskreis vollkommen klar und selbstverständlich, ansonsten würde kein Markt für Kleinkindernahrung existieren.
Das Verwaltungsgericht vertritt die Ansicht, dass es der ggst. Kennzeichnung mangels besonderer Hervorhebung einer besonderen Nährwerteigenschaft im Verhältnis zu vergleichbaren Produkten sowohl an der Lenkungswirkung als auch an einer Irreführungseignung fehlt und sie deshalb keine nährwertbezogene Angabe iSd Legaldefinition der EG-ClaimsVO ist.
Die Kennzeichnung ist eine allgemein gehaltene, pleonastische [wie weißer Schimmel, schwarzer Rappe] Werbeaussage weil Energie per se wertvoll ist. Sie ist nicht geeignet einen Bezug zu allfälligen besonderen nährwertbezogenen Eigenschaften des ggst. Produktes herzustellen.

III.2.6. Die belangte Behörde und die AGES verkennen die Rechtslage insoweit, als sie offenbar davon ausgehen, dass jegliche Angabe, die einen entfernten Bezug zum Nährwert eines Produktes herstellt, dem Ausschließlichkeitsgebot des Art. 8 Abs 1 EG-ClaimsVO unterliegt. Dies ergibt sich schon aus den „Gutachten“ der

AGES (tatsächlich handelt es sich um eine rechtliche Beurteilung), in denen nach Zitierung des Art 2 Abs 2 Z 4 EG-ClaimsVO im Rahmen einer lückenhaften Auslegung pauschal ausgeführt wird, die Angabe „wertvolle Energie“ suggeriere, dass das Lebensmittel positive Nährwerteigenschaften besitze, weil es Energie liefere.
Auch die belangte Behörde führt in ihrem Bescheid aus, dass die Angabe „wertvolle Energie“ zweifellos suggeriere, dass das Lebensmittel positive Nährwerteigenschaften besitze. Wie schon die AGES, übersieht sie jedoch die Bedeutung des in der Definition beigefügten Begriffs „besondere“. Die Ansicht, dass eine solche Angabe der EG-ClaimsVO unterliege, fußt auf dem dargestellten unvollständigen und deshalb unrichtigen Begriffsverständnis, welches die AGES in ihren als Gutachten bezeichneten rechtlichen Ausführungen vom 8. Mai 2017 zum Ausdruck bringt und welche von der belangten Behörde übernommen werden, obwohl sie die zugrundeliegende Bestimmung in ihrem Bescheid unter Beifügung des Wortes „besondere“ richtig wiedergibt. Eine Prüfung im Hinblick auf die diesbezüglich erforderliche Lenkungswirkung und Irreführungseignung unterblieb.

Dass und warum diese Nährwertbezogenheit auch die erforderliche Besonderheit aufweist, die den Anwendungsbereich der EG-ClaimsVO nach dem Wortlaut der Begriffsbestimmungen und der dargestellten Judikatur erst eröffnet, lässt sich weder den Ausführungen der AGES, noch dem Bescheid entnehmen.

III.2.7. Im Ergebnis mag es zutreffen, dass der Konsument aus der Kennzeichnung „wertvolle Energie“, sofern sie ihm angesichts der geringen Größe überhaupt auffällt, ableitet, dass das Produkt positive ernährungsphysiologische Eigenschaften für Kleinkinder aufweist. Er kann aber aus dieser Webeaussage nicht ableiten, dass gerade dieses Produkt für seinen Einsatzzweck besser geeignet ist als andere vergleichbaren Folgemilchprodukte.

Es handelt sich also nicht um eine nährwertbezogene Einzelangabe im Sinne des Art 2 Abs 2 Z 4 EG-ClaimsVO, die als Information für den Verbraucher von Bedeutung sein kann, wie etwa Angaben zum (geringen) Zuckergehalt, dem Vorhandensein bestimmter Vitamine oder anderer Stoffe, sondern um eine allgemein gehaltene Werbeaussage, die lediglich die Eignung des Produkts als Energielieferant für Kinder im angegebenen Alter zum Ausdruck bringt und damit für deren Ernährung geeignet, also insoweit wertvoll ist.
Diese Eigenschaft ist Folgemilchprodukten aber inhärent und demnach nichts Besonderes.

Umgangssprachlich könnte man sagen, es handelt sich bei der ggst. Kennzeichnung um eine sogenannte „No-Na“-Aussage. Was sonst als wertvoll soll die vom Spezialnahrungsmittel gelieferte Energie sein. Eltern von Kleinkindern werden aufgrund der ggst. Kennzeichnung nicht annehmen, dass Folgemilchprodukte anderer Hersteller „wertlose Energie“ liefern oder weniger gut geeignet sind.

III.2.8. Die an der Zielsetzung der EG-ClaimsVO (Schutz des Verbrauchers vor irreführender Kennzeichnung) orientierte teleologische Auslegung erfordert kein Verständnis des Hinweises „wertvolle Energie“ als nährwertbezogene Angabe, nur weil darin formal das Wort „Energie“ vorkommt. Für den aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher besteht keinerlei Täuschungsgefahr. Die in der EG-ClaimsVO enthaltene Begriffsbestimmung des Art 2 Abs 2 Z 4 zum Ausdruck „nährwertbezogene Angabe“ darf auch aus teleologischen Gründen des Gemeinschaftsrechts nicht extensiv verstanden werden, würde dies in Fällen wie dem vorliegenden doch dazu führen, dass jede noch so einfache und allgemein gehaltene Werbeaussage ohne eigenständigen Charakter, wenn sie nur in die Nähe des Themas „Nährwert“, und zwar in Bezug auf den allgemeinen Sprachgebrauch, rückt, verboten wäre. Ein derartig enges Begriffsverständnis kann dem Unionsgesetzgeber, der einen möglichst freien und unbeschränkten, aber harmonisierten Binnenmarkt im Sinn hat, kaum unterstellt werden. (vgl. LVwG Oö. 23. Juni 2015, LVwG-000076/2/WEI).

Vielmehr ging es dem Unionsgesetzgeber darum bestimmte, im Anhang aufgezählte Begriffsgruppen zu vereinheitlichen, die aufgrund der Sensibilität des modernen Verbrauchers in Bezug auf bestimmte Ernährungsfragen (Fett, Zucker, zugesetzte Vitalstoffe udgl.) zum Zwecke der unlauteren Bewerbung des eigenen Produktes einfach missbraucht werden können, wie etwa die Angabe besonders günstiger Vitamingehalte oder eines geringen Fett- oder Zuckergehaltes in Bezug auf quantitative Angaben. Ein Leichtprodukt soll in jedem Mitgliedsstaat gleich „leicht“ sein. Ein zuckerarmes Produkt, in allen Mitgliedsstaaten ähnlich wenig Zucker enthalten.
Es geht dem Unionsgesetzgeber aber nicht darum, den Markt durch besonders strenge Kennzeichnungsvorschriften zu beschränken und gleichförmige Formulierungen vorzuschreiben.

Im Ergebnis ist der Beschwerde also dahin beizupflichten, dass es sich bei der inkriminierten Angabe nicht um eine nährwertbezogene Angabe iSd der EG-ClaimsVO handelt. Dass derartige Angaben im Anhang der EG-ClaimsVO nicht aufgeführt sind, sondern sich der Anhang, wesentlich konkreter, auf energiereduzierte Lebensmittel bezieht und Vorgaben dahin macht, in welchem Ausmaß der Brennwert eines Lebensmittels verringert sein muss, erscheint wegen der fehlenden konkreten Nährwertbezogenheit des Allgemeinbegriffes „Energie“ und des fast pleonastischen Attributs „wertvoll“ nur folgerichtig.

Die Verordnung hat demnach Sachverhalte, wie den vorliegenden, gar nicht im Blick sondern will den Verbraucher (in Bezug auf den Brennwert) davor schützen, dass ihm Lebensmittel mit hohem Brennwert als solche mit niedrigem Brennwert aufgeschwatzt werden. Die EG-ClaimsVO bringt in diesem Zusammenhang deutlich zum Ausdruck, welche Produkteigenschaften in einer von Überfluss

gekennzeichneten Gesellschaft als positiv und welche als negativ angesehen werden und setzt dort mit ihrer Definition des Begriffs „nährwertbezogen“ an. Ein energiereduziertes Produkt, das bei mehr Masse weniger Nährwert erbringt, würde außerhalb der sogenannten ersten Welt wohl kaum als Produkt mit positiven Nährwerteigenschaften angesehen werden.

Es zeigt sich, dass eine relevante Nährwertbezogenheit nach der EG-ClaimsVO idR dann gegeben sein kann, wenn dem Begriff ein dem Anhang entsprechendes quantitatives Attribut, wie „wenig“, „viel“, „reduziert“, „erhöht“, „frei“, „reich an“, „arm an“ udgl. beigeben wird.
Ein allgemeiner Begriff wie der gegenständliche, der keinen konkreten quantitative Inhalt hat und sich nicht konkret auf einen bestimmten Stoff (zB Proteine, Vitamine, Fette) bezieht, kann demgemäß nach der Zielsetzung der EG-ClaimsVO keine Bedeutung haben, weil er nicht geeignet ist, eine Besonderheit zum Ausdruck zu bringen.

III.2.9. Der angefochtene Bescheid war deshalb schon mangels Vorliegen einer nährwertbezogenen Angabe nach der EG-ClaimsVO aufzuheben.

III.2.10. Zulässigkeit von Maßnahmen

Gemäß § 39 LMSVG kann der Landeshauptmann bei Wahrnehmung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften mit Bescheid die nach Art des Verstoßes und unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit erforderlichen Maßnahmen zur Mängelbehebung oder Risikominderung anordnen. Das Gesetz nennt unter Z11 auch die hier gewählte Anpassung der Kennzeichnung.

Wesentlich sind also Unter anderem Feststellungen

- zum Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften
- der Verhältnismäßigkeit
- der Erforderlichkeit der Maßnahmen

Auch wenn man den bisherigen Ausführungen nicht folgen und einen Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften annehmen wollte, wäre dennoch für die belangte Behörde nichts gewonnen.
Dies aus folgenden Gründen:

III.2.11. Verhältnismäßigkeit/Notwendigkeit/Angemessenheit:

Aufgrund der Erheblichkeit möglicher Eingriffe und des Umstandes, dass Maßnahmen nach dem § 39 Abs 1 LMSVG schwerwiegend sein und deutliche Eingriffe in die unternehmerische Freiheit darstellen können (vgl. dazu die kritische Auseinandersetzung bei *Blass ua* LMR³ LMSVG § 39 RZ 4), dürfen Maßnahmen

nach dem § 39 Abs 1 LMSVG nur unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angeordnet werden (*Blass ua* LMR³ LMSVG § 39 RZ 5). Sie müssen nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut erforderlich sein. Schon aus dem Gesetzeswortlaut (und in unionsrechtskonformer Auslegung in Bezug auf Art 54 EG-KontrollVO) ergibt sich demnach, dass die sich aus § 39 Abs 1 1. Satz LMSVG ergebende Handlungspflicht des Landeshauptmannes nur bei Erforderlichkeit gegeben ist. Diese Erforderlichkeit ist am Prinzip der Verhältnismäßigkeit festzumachen. Diese Ansicht erscheint logisch, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er im Fall eines jeden noch so geringen Verstoßes, bspw. gegen Kennzeichnungsbestimmungen, eine Handlungspflicht des Landeshauptmannes normieren wollte. Im Umkehrschluss müsste dies ja bedeuten, dass der Landeshauptmann parallel zu jedem Verwaltungsstrafverfahren, das ihm bekannt wird, wegen eines Kennzeichnungsverstoßes tätig werden müsste. Eine solche Intention kann dem Gesetzgeber schon aus Gründen der Verwaltungsökonomie nicht unterstellt werden.
Es dürfen demgemäß nur solche Maßnahmen gesetzt werden, mit denen die wahrgenommenen Mängel behoben und Risiken verlässlich minimiert werden (vgl. *Natterer,* Lebensmittelrecht RZ 104) und müssen diese erforderlich sein. Insofern ist eine Risikobewertung vorzunehmen und wird in der Literatur vertreten, dass, wenn bspw. kein ernsthaftes Risiko besteht, von Maßnahmen abgesehen werden (*Natterer,* aaO) kann. (vgl. hiezu und zum Folgenden LVwG-050031/2/FP/HK vom 3. Dezember 2014, gleiche Bf, gleiche belangte Behörde).
Der erkennende Richter teilt diese Ansicht. Sie ergibt sich zwingend aus dem Begriff „erforderlichen“.
Um eine entsprechende Risikoabschätzung vornehmen zu können, sind nach allfälligen Ermittlungen (bspw. unter Einbeziehung eines ASV oder der AGES) Feststellungen zum angenommenen Risiko zu treffen. Die Maßnahme muss auch in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehen, weshalb auch Feststellungen zu den Folgen der Maßnahme zu treffen sind, zumal mit der Änderung von üblicherweise in großen Chargen bestellten und möglicherweise auf Lager befindlichen Etiketten und Verpackungen durchaus nicht unerhebliche Aufwendungen verbunden sein können. Dies gilt gleichfalls für die zu setzende Frist, zumal die Änderung der Gestaltung einer Kennzeichnung mit nicht unbeträchtlichem Aufwand verbunden sein kann und besonders nach langjähriger Verwendung im Hinblick auf den Auftritt von Unternehmen am Markt von Relevanz ist.

Selbst wenn man im vorliegenden Fall formell vom Vorliegen eines Verstoßes gegen die EG-ClaimsVO ausgehen will, vermag das Gericht nicht zu erkennen, welche Gefahren oder Risiken von der vorliegend inkriminierten Kennzeichnung ausgehen sollen. Vielmehr liegt auf der Hand, dass von der Kennzeichnung „wertvolle Energie“ angesichts ihrer inhaltlich bedeutungslosen Aussagekraft keine

Gefahr ausgehen kann. Sie gibt schlicht auf der Hand Liegendes wieder und ist nicht geeignet den Verbraucher in die Irre zu führen.

Die vorliegende Maßnahme ist auch grundsätzlich nicht erforderlich.

Maßnahmen nach § 39 LMSVG dienen dazu, u.a. Gefahren vom Verbraucher abzuwenden, also bspw. kontaminierte Lebensmittel aus dem Verkehr zu ziehen, Betriebe in denen verbrauchergefährdende Hygienebedingungen vorherrschen, zu schließen und Kennzeichnungen dort anzupassen, wo dem Verbraucher aufgrund fehlerhafter Kennzeichnungen Gefahren drohen, etwa weil er aufgrund dieser fehlerhaften Kennzeichnung für ihn gesundheitsgefährdende Lebensmittel zu sich zu nehmen droht (zB fehlender Hinweis auf bestimmte Allergene). Ein solcher Fall kann beim gegenständlichen Sachverhalt nicht einmal Ansatzweise angenommen werden.

Der Bescheid wäre daher auch mangels Erforderlichkeit der aufgetragenen Maßnahme aufzuheben gewesen.

IV. 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 ggst. Entscheidung war aufgrund einer Einzelfallbeurteilung im Wege der Gesamtschau zu treffen. Diese Frage ist nicht verallgemeinerungsfähig. Die Beurteilung orientiert sich an der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. September 2002, 2002/10/0001. Der Wortlaut der Bestimmung des § 39 LMSVG, insbesondere die Bedeutung des Bergriffes „erforderlich“ ist klar. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl