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-000507/4/FP**

Datum: **Linz, 1. September 2022**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von Ing. G P, x, x, gegen die Spruchpunkte 1. und 2. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 16. März 2022, GZ: BHGM/920070157403/20, wegen zweier Übertretungen des Lebensmittelgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, die Punkte 1. und 2. des Straferkenntnisses werden aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens beträgt 10 Euro (Spruchpunkt 3.). Die Höhe der vom Bf zu ersetzenden Kosten der Lebensmitteluntersuchung beträgt 40 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung 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 dem im Rubrum genannten Straferkenntnis verhängte die belangte Behörde in drei Spruchpunkten Strafen gegenüber dem Bf und warf dem Bf Folgendes vor:

„Spruch

1. Datum/Zeit: 15.06.2020, 10:48 Uhr
Ort: x, x

Sie haben es als Geschäftsführer und somit nach § 9 VStG Verantwortlicher Beauftragter der G P GmbH mit Sitz in x, x, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmerin im Sinne des § 21 LMSVG, berechtigt zur Ausübung des Gewerbes Handels- und Handelsagentengewerbe am 15.06.2020 im Standort in x, x, das Lebensmittel "Protein-Mix" (Packung 03, mind. haltbar bis 30.04.2021), für den Verkauf bereit gehalten und somit in Verkehr gebracht hat.
Dieses Lebensmittel war laut Gutachten der AGES vom 23.07.2020, Zi. D-17835697 als nicht sicher gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, d.h. für den menschlichen Verzehr ungeeignet zu beurteilen, da es eine toxikologisch nicht vertretbare Kontamination mit Blausäure in der Höhe von 13 + 3 mg/kg aufwies.
Obwohl dieses Lebensmittel einem Verbot des Inverkehrbringens gemäß § 5 Abs. 1 Z. 1 LMSVG unterlag, befand es sich trotzdem in Verkehr.

2. Datum/Zeit: 15.06.2020, 10:48 Uhr
Ort: x, x

Sie haben es als Geschäftsführer und somit nach § 9 VStG Verantwortlicher Beauftragter der G P GmbH mit Sitz in x, x, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmerin im Sinne des § 21 LMSVG, berechtigt zur Ausübung des Gewerbes Handels- und Handelsagentengewerbe am 15.06.2020 im Standort in x, x, insofern Artikel 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (Health-Claims-Verordnung) nicht eingehalten hat, als die Probe mit der Warenbezeichnung "Protein Mix" (mindestens haltbar bis 30.04.2021) die Angabe "Kraftfutter" aufweist. Dadurch wird suggeriert, dass das Lebensmittel Kraft bzw. Energie liefert. Dies stellt eine unzulässige nährwertbezogene Angabe dar.

3. Datum/Zeit: 15.06.2020, 10:48 Uhr
Ort: x, x

Sie haben es als Geschäftsführer und somit nach § 9 VStG Verantwortlicher Beauftragter der G P GmbH mit Sitz in x, x, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmerin im Sinne des § 21 LMSVG, berechtigt zur Ausübung des Gewerbes Handels- und Handelsagentengewerbe am 15.06.2020 im Standort in x, x, das Lebensmittel "Protein-Mix" (mind. haltbar bis 30.04.2021), für den Verkauf bereit gehalten und somit in Verkehr gebracht hat, welche insofern den Art. 18 Abs. 4 iVm Anhang VII Teil E der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend folgender Angaben nicht entsprochen haben:
Im Zutatenverzeichnis ist die zusammengesetzte Zutat "Gewürz Mix" deklariert. Dieser "Gewürz Mix enthält u.a. Salz, Hefeextrakt und Zusatzstoffe, also auch Zutaten, die keine Gewürze sind, weshalb die Sammelbezeichnung "Gewürz Mix" nicht korrekt ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
1. § 90 Abs. 1 Zif. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Ziffer 1 LMSVG
2. § 90 Abs. 3 Zif. 1 LMSVG i.V.m. § 21 LMSVG i.V.m. Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 (Health-Claims-Verordnung) idgF
3. § 90 Abs. 3 Zif. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 21 LMSVG i.V.m. dem im Spruch angeführten Artikel der VO (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel"

I.2. Nur gegen die Spruchpunkte 1. und 2. des Straferkenntnisses erhob der Bf Beschwerde. Diese begründete er im Wesentlichen damit, dass der Wert an Blausäure in den dem Bf vorliegenden eigenen Gutachten 10 mg/kg betrage. Die angegebene Menge von 0,02 mg/kg Körpergewicht stehe in Widerspruch dazu, dass das Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet sei, weil der Höchstgehalt 20 mg/kg betrage. Das Produkt sei nicht für den menschlichen Verzehr ungeeignet gewesen.
Hinsichtlich des Spruchpunktes 2. brachte der Bf im Ergebnis vor, dass die Sachbezeichnung des Produkts „Proteinmix" sei und wisse der Konsument, dass Nüsse Kraft geben und Energie liefern würden. „Kraftfutter" sei eine Phantasiebezeichnung zur maßgeblichen Sachbezeichnung „Studentenfutter". Der Bf verwies auf das Erkenntnis des LVwG Oö vom 22. März 2018, GZ: LVwG-050101.

I.3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter Anschluss des Verfahrensaktes mit Schreiben vom 23. März 2022 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Zumal bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis im Anfechtungsumfang aufzuheben ist, entfällt eine Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG.

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

Am 15. Juni 2020 fand im Betrieb der G P GmbH, x, x eine Kontrolle des Amtes der Oö. Landesregierung, Dir. Soziales und Gesundheit, Abteilung Ernährungssicherheit und Veterinärwesen statt, bei welcher zu Probenkennzeichen 4000GUGE0031/20 eine Probe des Produkts „Proteinmix", einer Nuss- und Kernmischung, gezogen und dem Institut für Lebensmittelsicherheit Innsbruck (AGES) zur Überprüfung übermittelt wurde.
Aufgrund des in der Folge ergangenen Gutachtens der AGES, welches vor Allem eine vergleichsweise hohe Konzentration an Blausäure in einer der drei entnommenen Packungen ausweist, und darüber hinaus einen Verstoß gegen die

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) (idF EG-ClaimsVO) und den Verstoß gegen Kennzeichnungsvorschriften (LMIV) bemängelt, wurden dem Bf die unter Punkt I.1. dargestellten Vorwürfe gemacht.
Die Vorwürfe machte die belangte Behörde dem Bf in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 1. Juni 2021 und dem angefochtenen Straferkenntnis jeweils gleichlautend.
[Anzeige, Aufforderung zur Rechtfertigung, Straferkenntnis]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

III. Rechtsgrundlagen

III.1. Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz - LMSVG (BGBl. I Nr. 13/2006 idF BGBl. I Nr. 51/2017):

„Vollziehung von Verordnungen der Europäischen Union

§ 4. (1) Die in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union sind samt Änderungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten im Rahmen dieses Bundesgesetzes zu vollziehen.

Lebensmittel

Allgemeine Anforderungen

§ 5. (1) Es ist verboten, Lebensmittel, die

1. nicht sicher gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, d.h. gesundheitsschädlich oder für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, oder
[...]
in Verkehr zu bringen.
[...]

(5) Lebensmittel sind
1. [...]
2. für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist;
[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

Tatbestände

§ 90. (1) Wer
1. Lebensmittel, die für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder mit irreführenden oder krankheitsbezogenen Angaben versehen sind, oder in irreführender oder krankheitsbezogener Aufmachung,
[...]
in Verkehr bringt, 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. [...]
(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,
[...]
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.
[...]

Anlage

Verordnungen der Europäischen Union gemäß § 4 Abs. 1

Teil 1
1. Verordnung (EWG) Nr. 315/93 zur Festlegung von gemeinschaftlichen Verfahren zur Kontrolle von Kontaminanten in Lebensmitteln (ABl. Nr. L 37 vom 13. Februar 1993 S. 1);
[...]
11. Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. Nr. L 404 vom 30. Dezember 2006 S. 9 in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 12 vom 18. Jänner 2007);
[…]
[...]"

III.2. Relevante Rechtsakte der Europäischen Union:

Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 über die Festlegung der allgemeinen Grundsätze und

Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (EG-BasisVO):

„Artikel 14
Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit
(1) Lebensmittel, die nicht sicher sind, dürfen nicht in Verkehr gebracht werden.
(2) Lebensmittel gelten als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie
a) gesundheitsschädlich sind,
b) für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind.
[...]
(5) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, ist zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.
[...]"

Verordnung (EWG) Nr. 315/93 des Rates vom 8. Februar 1993 zur Festlegung von gemeinschaftlichen Verfahren zur Kontrolle von Kontaminanten in Lebensmitteln

„Artikel 2

(1) Es darf kein Lebensmittel in den Verkehr gebracht werden, das einen Kontaminanten in einer gesundheitlich und insbesondere toxikologisch nicht vertretbaren Menge enthält.
(2) Die Kontaminanten sind ferner auf so niedrige Werte zu begrenzen, wie sie durch gute Praxis auf allen in Artikel 1 genannten Stufen sinnvoll erreicht werden können.
(3) Zum Schutz der öffentlichen Gesundheit werden für bestimmte Kontaminanten nach dem Verfahren des Artikels 8 Hoechstwerte festgelegt, sofern dies zur Durchführung von Absatz 1 erforderlich ist. […]"

VERORDNUNG (EG) Nr. 1881/2006 DER KOMMISSION vom 19. Dezember 2006 zur Festsetzung der Höchstgehalte für bestimmte Kontaminanten in Lebensmitteln

„Artikel 1
Allgemeine Bestimmungen
(1) Die im Anhang aufgeführten Lebensmittel dürfen nicht in den Verkehr gebracht werden, wenn sie einen der im Anhang aufgeführten Kontaminanten in einer Menge enthalten, die den im Anhang festgelegten Höchstgehalt überschreitet.
(2) Die im Anhang angegebenen Höchstgehalte gelten für den essbaren Teil der dort genannten Lebensmittel, soweit in diesem Anhang nichts anderes geregelt ist.
[...]
Artikel 3
Verbot der Verwendung, Vermischung und Entgiftung
(1) Lebensmittel, bei denen die im Anhang festgelegten Höchstgehalte nicht eingehalten werden, dürfen nicht als Lebensmittelzutaten verwendet werden.

(2) Lebensmittel, bei denen die im Anhang festgelegten Höchstgehalte eingehalten werden, dürfen nicht mit Lebensmitteln vermischt werden, die diese Höchstgehalte überschreiten.
(3) Lebensmittel, die einer Sortierung oder einer anderen physikalischen Behandlung zur Reduzierung der Kontamination unterzogen werden sollen, dürfen nicht mit Lebensmitteln vermischt werden, die zum direkten menschlichen Verzehr oder zur Verwendung als Lebensmittelzutat bestimmt sind.
(4) Lebensmittel, die in Abschnitt 2 des Anhangs (Mykotoxine) aufgeführte Kontaminanten enthalten, dürfen nicht durch chemische Behandlung entgiftet werden."

VERORDNUNG (EU) 2017/1237 DER KOMMISSION vom 7. Juli 2017 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1881/2006 in Bezug auf den Höchstgehalt an Blausäure in unverarbeiteten ganzen, geriebenen, gemahlenen, geknackten oder gehackten Aprikosenkernen, die für Endverbraucher in Verkehr gebracht werden, geändert durch die VERORDNUNG (EU) 2019/1870 DER KOMMISSION vom 7. November 2019 zur Änderung und Berichtigung der Verordnung (EG) Nr. 1881/2006 in Bezug auf die Höchstgehalte an Erucasäure und Blausäure in bestimmten Lebensmitteln:

„Anhang I

In Abschnitt 8 des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 1881/2006 erhält der Eintrag 8.1 folgende Fassung:

Erzeugnis ([1])		Höchstgehalt (mg/kg)
„8.3	Blausäure, einschließlich in Blausäureglycosiden gebundener Blausäure	
8.3.1	Unverarbeitete ganze, geriebene, gemahlene, geknackte oder gehackte Aprikosenkerne, die für Endverbraucher in Verkehr gebracht werden ([54]) ([55])	20,0

[…]"

(anzumerken ist, dass – wohl aufgrund eines Versehens – in der konsolidierten Fassung der VO (EG) Nr. 1881/2006 die Einheit µg/kg aufgeführt ist)

VERORDNUNG (EG) NR. 1924/2006 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (idF EG-ClaimsVO).

Art 2 Abs 2 Z 4:

„4. „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 aufgrund
a) der Energie (des Brennwerts), die es
i) liefert,
ii) in vermindertem oder erhöhtem Maße liefert oder

iii) nicht liefert, und/oder
b) der Nährstoffe oder anderen Substanzen, die es
i) enthält,
ii) in verminderter oder erhöhter Menge enthält oder
iii) nicht enthält;"

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Spruchpunkt I.

IV.1.1. Spruchmangel

In seinem Erkenntnis vom 3. November 2021, Ra 2020/10/0076 führt der Verwaltungsgerichtshof unter Anderem Nachstehendes aus:

„18 3.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es gemäß § 44a Z 1 VStG rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vgl. etwa VwGH 12.2.2021, Ra 2020/04/0034, mwN).

19 Es bedarf daher zufolge § 44a Z 1 VStG bereits im Spruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Begründung ersetzt werden (vgl. etwa VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201, 0202, mwN)."

[...]

„Es liegt eine Bestrafung nach § 90 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 vor, weil nach Auffassung des VwG ein, für den menschlichen Verzehr ungeeignetes' Lebensmittel entgegen dem Verbot des § 5 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 in den Verkehr gebracht wurde. Dieser Auffassung entspricht die Nennung von § 5 Abs. 1 Z 1 und Abs. 5 Z 2 LMSVG 2006 als Übertretungsnormen. § 5 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 untersagt das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, welche ‚nicht sicher' gemäß Art. 14 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, somit entweder ‚gesundheitsschädlich' oder ‚für den menschlichen Verzehr ungeeignet' (vgl. Art. 14 Abs. 2 EG - VO). Eine mangelnde Eignung für den menschlichen Verzehr des Lebensmittels liegt gemäß § 5 Abs. 5 Z 2 LMSVG 2006 dann vor, wenn die ‚bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist'. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel ‚für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet' ist, ist zufolge Art. 14 Abs. 5 EG - VO ‚zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist'. Daraus erhellt, dass das - eine Voraussetzung einer Bestrafung nach § 90 Abs. 1 Z 1 erste Alt. LMSVG 2006 darstellende - Tatbestandsmerkmal der mangelnden Eignung eines Lebensmittels für den menschlichen

Verzehr auf eine schwer wiegende (etwa durch Verunreinigung oder durch chemische Zersetzungsprozesse verursachte) Beeinträchtigung des Lebensmittels mit Blick auf dessen beabsichtigten Verwendungszweck abstellt. Es bedarf zufolge § 44a Z 1 VStG bereits im Spruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Begründung ersetzt werden (vgl. VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201, 0202). Diesem Erfordernis wird der Spruch des mit dem angefochtenen Erkenntnis bestätigten, eine Bestrafung nach § 90 Abs. 1 Z 1 LMSVG 2006 aussprechenden Straferkenntnisses, nicht gerecht, welcher sich - mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der mangelnden Eignung des Lebensmittels für den menschlichen Verzehr - mit der Tatumschreibung begnügt, den gegenständlichen Dekorzuckerblumen beigefügte Farbstoffe hätten bestimmte Höchstmengenbeschränkungen für Lebensmittelzusatzstoffe iSd. Anhanges II der Verordnung (EG) Nr. 1333/2008 überschritten."

Der vorliegende Fall ist mit dem dargestellten insoweit vergleichbar, als die Behörde mit ihrem Vorwurf, das Lebensmittel habe eine toxikologisch nicht vertretbare Kontamination mit Blausäure in der Höhe von 13 ± 3 mg/kg, im Spruch nicht konkret darstellt, warum die dem Bf vorgeworfene Kontamination das Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet (inakzeptabel) macht.
Der unkonkretisierte Vorwurf der toxikologischen Unvertretbarkeit findet im Spruch keinen Bezug zu einer verbotenen Handlung, insbesondere nicht zu im Gesetz festgelegten Grenzwerten, weshalb gänzlich offen bleibt, warum die vorgefundene Menge an Blausäure „toxikologisch nicht vertretbar" ist.

Damit ermöglicht die belangte Behörde es dem Bf nicht, sich konkret gegen den Vorwurf zur Wehr zu setzen.

Vor diesem Hintergrund erweist sich der zugrunde liegende Spruch nach der dargestellten Judikatur des VwGH als verfehlt.

IV.1.2. „Sache" des Beschwerdeverfahrens:

„Nach stRsp des VwGH ist – sofern die Gesetze nicht anderes anordnen (VwGH 19.2.2003, 99/08/0146) – ‚Sache' des Berufungsverfahrens der Gegenstand des Verfahrens in der Vorinstanz, dh jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs des angefochtenen Bescheides der Unterinstanz (einschließlich beigesetzter Auflagen und Bedingungen [VwGH 22.3.2000, 98/04/0019; 4.4.2002, 2002/08/0066] sowie Leistungsfristen [VwGH 15.6.1992, 91/10/0133; 18.1.1999, 98/10/0097]) gebildet hat (VwSlg 11.237 A/1983 verst Sen; VwGH 19.2.2003, 99/08/0146; 16.11.2005, 2004/08/0025; VfSlg 15.070/1998; Walter/Thienel AVG § 66 Anm 10). Die Grenzen der Sache, über welche die Berufungsbehörde abzusprechen hat, bestimmen sich nicht nach der Angelegenheit, die vor der untergeordneten Instanz in Verhandlung war, sondern nach dem Gegenstand, der durch den Spruch des Bescheides entschieden wurde (VwGH 4.9.2003, 2003/21/0082;

VfSlg 7240/1973; Hengstschläger[3] Rz 516; Thienel[4] 267), dh die Berufungsbehörde darf sachlich nicht über mehr absprechen, als Gegenstand der Entscheidung der unteren Instanz war (VwGH 28.4.1987, 86/07/0043; 31.5.1990, 89/09/0143; 19.5.2004, 2003/18/0081; Walter/Mayer Rz 538)." [*Hengstschläger/Leeb,* AVG § 66 RZ 59 (Stand 1.7.2007, rdb.at)]
[Hervorhebungen nicht im Original]

In seiner Entscheidung vom 14. März 2017, E 3282/2016 in welcher der VfGH sich mit der Entscheidung des EGMR vom 20. September 2016, Appl. 926/08 „Karelin gegen Russland" auseinandersetzte, sprach er aus, dass der Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte sich im Verwaltungsstrafverfahren (wie auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren) nach der Vorschrift des § 27 VwGVG richtet und der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und somit auch der Prüfungsumfang im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten durch das Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde begrenzt ist, womit es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen. Das erstinstanzliche Straferkenntnis der belangten Behörde repräsentiere gleichsam die Anklageschrift im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. VwGH 14.07.2005, 2004/06/0064; 13.12.2016, Ra 2016/09/0040).

In seinem Erkenntnis vom 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nach seiner Rechtsprechung eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig sei, wenn es nicht zu einem „Austausch der Tat" durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH vom 17. Februar 2016, Ra 2016/04/0006 m.w.H.).

Bereits vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 sei eine solche Erweiterung des Vorwurfs erst durch die Berufungsbehörde unzulässig gewesen. Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus sei durch die Novelle nicht geschaffen worden. So stelle etwa eine Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren in Verwaltungsstrafsachen vor dem Verwaltungsgericht weiterhin eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl. hierzu ausführlich VwGH vom 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).
Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhalts-elementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8. November 2000, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Das Verwaltungsgericht ist insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf zu ändern, weil es sich bei gesetzgemäßen Vorwurf um eine andere Tat handeln würde. Zudem ist die Verfolgungsverjährungsfrist längst abgelaufen, weshalb die Ergänzung wesentlicher Tatbestandsmerkmale jedenfalls ausgeschlossen ist.

IV.1.3. Durchgeführtes Ermittlungsverfahren: fehlende Eignung des vorliegenden Gutachtens zur Begründung des Verstoßes

Die belangte Behörde wirft dem Bf vorliegend eine Kontamination mit Fremdstoffen (Blausäure) vor und wurde seitens der AGES ein Gehalt an Blausäure in der gesamten Nussmischung im Ausmaß von 13 mg/kg ± 3 vorgefunden. Vorwerfbar sind dem Bf also höchstens 10 mg/kg. Diese Nussmischung enthält zu einem großen Teil Kerne und Nüsse, die keine Blausäure enthalten können.
Es ergibt sich jedoch aus dem Akt, insbesondere der ergänzenden Stellungnahme der AGES vom 19. Jänner 2022, dass seitens der AGES weder eine Klärung stattgefunden hat, aus welcher Quelle die vorgefundene Blausäure gekommen ist, noch, welche Konzentration an Blausäure die im Produkt verwendeten verdächtigen Bestandteile, in erster Linie die zugesetzten Marillenkerne alleine, aufgewiesen haben. Vielmehr wird vermutet, dass die verarbeiteten süßen Marillenkerne durch bittere Marillenkerne oder Bittermandeln verunreinigt gewesen sein könnten, ein Umstand, der dem Bf angesichts des Vorliegens mehrerer Untersuchungsberichte einer akkreditierten Überprüfungsstelle, allenfalls nicht vorwerfbar wäre. Die AGES hat – und wurde dies telefonisch mit einer zuständigen Mitarbeiterin der AGES geklärt – eine toxikologische Untersuchung der gesamten Nuss-/Kernmischung in dem Sinn vorgenommen, dass das Gesamtprodukt gerieben und dann nach mehreren Arbeitsschritten einer flüssigchromatographischen Untersuchung zugeführt wurde. Eine gesonderte Untersuchung der in Bezug auf Blausäure verdächtigen Bestandteile (Marillenkerne, ggf Mandeln) erfolgte nicht, weshalb eine gesonderte Darstellung der in den Marillenkernen vorhandenen Menge an Blausäure nicht möglich ist.
Nur hinsichtlich dieser Rohstoffe existiert jedoch eine verbindliche Vorschrift hinsichtlich eines Höchstgehaltes (zu diesem siehe weiter unten) und müsste eine allfällige Kontamination des Gesamtproduktes auf das Vorhandensein eines oder mehrerer Kerne zurückgeführt werden, die eine zu hohe Menge an Blausäure enthalten. Ohne die Mischverhältnisse festzustellen wurde insofern ein (für die Konzentration an Blausäure in den Marillenkernen) nicht repräsentativer Gesamtgehalt an Blausäure in der Nussmischung erhoben (13 ± 3 mg/kg), der weder die Klärung zulässt, ob in der Mischung Bestandteile vorhanden waren, die nach der VO (EG) Nr. 1881/2006 zur Gänze einem Verkehrs- und

Verwendungsverbot unterliegen, noch, ob es zu einer tatbestandlichen Verunreinigung mit Fremdstoffen (etwa durch bittere Kerne) gekommen ist, weil der Gehalt an Blausäure durch die Beimengung von Bestandteilen, die keine Blausäure enthalten, „verdünnt" wurde.

Zumal im Produkt ein wesentlicher Anteil an nicht blausäurehältigen Kernen und Nüssen vorhanden ist, die diesbezüglich grundsätzlich unverdächtig sind, bedarf es für den im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen mit an Sicherheit grenzenden Nachweis des objektiven Tatbestandes im Hinblick auf den zulässigen Höchstgehalt an Blausäure der Untersuchung nur jener Bestandteile, die diesbezüglich in Betracht kommen (Aprikosenkerne) oder zumindest einer gutachterlichen Aussage, die darstellt, dass aufgrund des vorgefundenen Gehalts an Blausäure erwiesen ist, dass die im Produkt vorhandenen Marillenkerne einen Blausäuregehalt aufgewiesen haben müssen, der den gesetzlichen Grenzwert von 20 mg/kg überschreitet. Nur deren Blausäuregehalt – und diesfalls die Klärung, ob der Grenzwert von 20 mg/kg überschritten wurde – ist vorliegend relevant. Nur dann und bei Feststellung eines zu hohen Gehalts an Blausäure in den Marillenkernen kann mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, ob der Gehalt an Blausäure in den blausäurehaltigen Bestandteilen den zugrundeliegenden Bestimmungen entspricht und wäre diesfalls von einer Kontamination des Gesamtproduktes mit Rohstoffen auszugehen, die gemäß VO (EG) Nr. 1881/2006 dem Produkt nicht zugesetzt werden dürfen. Bei diesen Rohstoffen handelt es sich dann um die Kontaminanten, die im Vorwurf dargestellt werden müssen.

Im Ergebnis kann das Gutachten der AGES insofern nicht zu einer Bestrafung des Bf herangezogen werden, weil mit ihm der Verstoß gegen die zugrundeliegende VO (EG) Nr. 1881/2006, die als lex specialis zur Anwendung kommt, nicht geführt werden kann.

Es ist insofern davon auszugehen, dass eine Kontamination einer Nussmischung wie der vorliegenden mit Blausäure immer dann gegeben ist, wenn sie Aprikosenkerne enthält, die den genannten Wert überschreiten, und zwar unabhängig davon in welcher Menge diese beigemengt werden. Hier reicht für eine fehlende Verkehrsfähigkeit bereits ein Kern mit zu hohem Gehalt an Blausäure.

Wenn aber das Gesamtprodukt einer Untersuchung unterzogen wird, kann aufgrund veränderlicher Gewichtsanteile und einer fehlenden Feststellbarkeit des Mischverhältnisses im Nachhinein nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, ob im Produkt Marillenkerne vorhanden waren, die den Grenzwert überschreiten.

Insofern ist eine Trennung der Bestandteile bei der Untersuchung unumgänglich und leuchtet aufgrund dessen ein, dass angesichts einer Vielzahl von am Markt

befindlichen Produkten und Mischverhältnisse ein Grenzwert für ein Mischprodukt nicht festgelegt werden kann und auch nicht sinnvoll ist.
Die vorliegende Herangehensweise, eine Nussmischung in ihrer Gesamtheit auf Blausäure zu untersuchen, erscheint dem Gericht insofern nicht als zielführend und aus Gründen des Gesundheitsschutzes auch nicht nachvollziehbar, als die Nüsse einzeln und nicht als geriebene Mischung (sohin verdünnt) verzehrt werden und viele Verbraucher dazu tendieren bestimmte Nüsse oder Kerne, die in Mischungen enthalten sind, zu essen und andere, eventuell unbedenklichere, die ihnen nicht schmecken, übrig lassen, sodass es bei Verunreinigung zu einer Aufnahme von hohen Mengen an Blausäure kommen kann.
Ziel der Verordnung VO (EG) Nr. 1881/2006 iVm VO (EU) 2017/1237 ist es, Marillenkerne mit zu hohen Blausäureanteilen gänzlich vom Markt zu entfernen.

Dies ergibt sich aus Artikel 3 Abs 1 der VO (EG) Nr. 1881/2006, der ein Verbot von Produkten als Lebensmittelzutaten vorsieht, die die im Anhang festgelegten Höchstgehalte nicht einhalten. Gemäß Art 2 der VO (EU) 2017/1237 besteht ein generelles Inverkehrbringensverbot für Aprikosenkerne mit einem Gehalt von Blausäure von über 20 mg/kg. (Hinweis: zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung wiesen einzelne Sprachfassungen der konsolidierten Fassung der VO (EG) Nr. 1881/2006 in EUR-Lex unrichtig µg/kg statt mg/kg aus. Nach Mitteilung an EUR-Lex hat diese eine baldige Korrektur in Aussicht gestellt).

IV.2. Spruchpunkt II.

IV.2.1. Die belangte Behörde vertritt, der AGES folgend, die Ansicht, es läge ein Verstoß gegen die EG-ClaimsVO vor, weil der Bf mit der Kennzeichnung „Kraftfutter" eine nährwertbezogene Angabe mache, die nicht der EG-ClaimsVO entspreche. Es würde suggeriert, dass das Lebensmittel Kraft und Energie liefere. Dies stelle eine unzulässige nährwertbezogene Angabe dar. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat sich bereits in seinen Erkenntnissen vom LVwG Oö. 23. Juni 2015, LVwG-000076/2/WEI und 22. März 2018, LVwG-050101/2/FP ausführlich mit dieser Thematik auseinander gesetzt und sich auf die diesbezüglich eindeutige Judikatur des VwGH gestützt. Der vorliegende Fall ist mit dem im Erkenntnis vom 22. März 2018 gleich gelagert.

IV.2.2. Die belangte Behörde übersieht, 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, also suggeriert wird, dass sich das Produkt durch bestimmte nährwertbezogene Eigenschaften von Produkten der gleichen Art abhebt.

Zur Lösung des ggst. Falles bedarf es daher in erster Linie der Klärung der Frage, ob es sich bei der Angabe „Kraftfutter", wie von der belangten Behörde angenommen, um eine nährwertbezogene Angabe iSd der EG-ClaimsVO, also um eine **besondere Nährwerteigenschaften** suggerierende Angabe handelt.

IV.2.3. 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 im 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 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). Dieser soll beim 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).
Zur vergleichbaren „Werbung mit Selbstverständlichkeiten" kann in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des VwGH VwSlg 16364 A/2004 (18. Mai 2004, 2003/10/0028), die u.a. zum vergleichbaren Art 2 Abs 1 lit a der RL 2000/13/EG (Etikettierungsrichtlinie) ergangen ist, verwiesen werden. Der VwGH hat folgenden Rechtssatz gebildet:

„Nach Rechtsprechung und Lehre zu § 2 UWG kann eine Werbeaussage zur Irreführung auch dann geeignet sein, wenn ihr die beteiligten Verkehrskreise trotz objektiver Richtigkeit etwas Unrichtiges entnehmen können. Ein unrichtiger Eindruck objektiv richtiger Angaben kann auch dann entstehen, wenn der Werbende etwas Selbstverständliches betont und damit auf Umstände hinweist, die bei allen Wettbewerbern und bei allen Konkurrenzerzeugnissen - etwa weil es sich um gesetzlich vorgeschriebene Eigenschaften oder zum Wesen der angebotenen Ware oder Leistung gehörende Umstände handelt - vorliegen müssen. Entscheidend für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes ist in solchen Fällen, dass durch die Betonung eines solchen selbstverständlichen Umstands eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise herbeigeführt wird, weil das Publikum eine besondere Leistung gerade nur des - mit dem vermeintlichen Vorteil werbenden - Herstellers annimmt (vgl zB den Beschluss des OGH vom 7. Oktober 2003, 4 Ob 198/03a, mwN)". (Hervorhebung nicht im Original). Nichts anderes gilt für Deklarationen.

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

Diese Sichtweise kann auf die EG-ClaimsVO umgelegt werden, die die gleichen Ziele in Bezug auf einen eingeschränkten Regelungsumfang verfolgt.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu klären, ob die Kennzeichnung „Kraftfutter" 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.

IV.2.4. Dazu eignet sich die Kennzeichnung „Kraftfutter" nach Ansicht des erkennenden Gerichtes aber nicht.

Sie vermittelt dem verständigen Durchschnittsverbraucher die Information, dass das Produkt beim Konsum Kraft liefert. In der Begründung ihres Gutachtens stellt die AGES dar, dass dies die besonders positive Nährwerteigenschaft „liefert Energie" suggeriere. Dieser Ansicht liegt der Gedanke zugrunde, dass jede Aussage darüber, dass ein Lebensmittel dem Körper Energie zuführt, nach der EG-ClaimsVO untersagt ist. Dieser Ansatz ist allerdings schon nach dem Gemeinsinn nicht nachvollziehbar, zumal die Nahrungsaufnahme grundsätzlich keinen anderen

Zweck hat, als dem menschlichen Körper Energie zuzuführen. Es kann dem Unionsnormsetzer nicht unterstellt werden, dass er im Binnenmarkt eine Regelung vorsehen wollte, die es Lebensmittelunternehmern verbietet darzustellen, dass ihre Lebensmittel dazu dienen, Menschen zu ernähren.

Die aktuellen Marketingströmungen entsprechende Aussage „Kraftfutter" bringt nichts Anders zum Ausdruck als dass es sich um ein Nahrungsmittel handelt, das Energie, sohin Kraft liefert. Dies vermag nach Ansicht des Gerichts keine gegenüber vergleichbaren Produkten bestehende besondere Nährwerteigenschaft zu suggerieren, zumal der angesprochene Verbraucherkreis jeder Nussmischung, und zwar unabhängig von einer diesbezüglichen Angabe, günstige ernährungsphysiologische Eigenschaften beimisst.
Es ist in den verständigen Verbraucherkreisen durchaus bekannt, dass Nüsse, Kerne und Samen dem Körper aufgrund ihres hohen Anteils an essentiellen Fettsäuren, Vitaminen, Eiweiß und Mineralstoffen Energie liefern und insofern „Kraft" geben.

Die besondere Eignung von Nüssen als wertvoller Energielieferant liegt in der Natur der Sache. Die Kennzeichnung „Kraftfutter" bringt genau dies zum Ausdruck und weist insofern, ohne Irreführungseignung auf den selbstverständlichen Regelfall hin. Es fehlt nach Ansicht des Gerichts schon aus diesem Grund an einer Besonderheit gegenüber anderen Nussmischungen. Allen derartigen Nussmischungen ist gemein, dass sie dem Konsumenten Energie liefern. Dieser Umstand ist für den angesprochenen Verkehrskreis vollkommen klar und selbstverständlich. Man knabbert Nüsse bspw. auch dann wenn man Energiebedarf hat und – bspw. aus Zeitgründen – nicht in der Lage ist, eine vollwertige Mahlzeit herzustellen, oder wenn man sich konzentrieren muss. Diese Kenntnis ist dem Verbraucher in Form der genannten Maßfigur zuzubilligen.

Die Auslobung „liefert Energie", die hier ohnehin nicht vorliegt und auch nicht gleichbedeutend mit dem eher flapsigen Schlagwort „Kraftfutter" ist, ist bei einer bekanntermaßen wertvollen Energiequelle mangels Irreführungseignung nicht verboten. Kurz gesagt wird der verständige Konsument durch die Auslobung Kraftfutter nicht von anderen Nussmischungen zur vorliegenden gelenkt, weil er glaubt, dass diese besonders viel Kraft liefert.

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 Werbeaussage, weil kraftspendende, mit wertvollen ernährungsphysiologischen Eigenschaften ausgestattete Nahrung naturgemäß Energie liefert und sie nicht geeignet ist einen

Bezug zu allfälligen besonderen nährwertbezogenen Eigenschaften des ggst. Produktes herzustellen.

Die in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 19. Jänner 2022 vertretene weit hergeholten Ansicht der AGES, in der auf die Bedeutung des Begriffs „futtern" im Duden, der „[mit Lust, viel] essen" Bezug genommen wir, spricht eher gegen den eigenen Ansatz, weil eine besondere Nährwerteigenschaft kaum zum Ausdruck gebracht werden kann, wenn zum Zwecke der Aufnahme von Energie eine große Menge des jeweiligen Nahrungsmittels aufgenommen werden muss. Allerdings entfernt sich der Sachverständige ohnehin von der tatsächlichen verwendeten Wendung „Futter", die ein Synonym für „Tiernahrung" ist und bemüht den damit nicht in unmittelbarem Sinnzusammenhang stehenden umgangssprachlichen Begriff „futtern", der im gegebenen Zusammenhang nicht zur Anwendung kommt und – im Übrigen auch in Bezug auf die EG-ClaimsVO – unbedeutend ist, weil es eben nicht hinreicht, dass das Liefern von Kraft oder Energie zum Ausdruck gebracht wird.

IV.2.5. 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, was nach dem Gesagten nicht der Fall ist.
Der Lebensmittelgutachter übersieht beim Vergleich mit dem Urteil des OLG Hamburg vom 26. März 2020, 3 U 56/19 zudem, dass dort bei einem ernährungsphysiologisch unbedeutenden Produkt (Getränkesirup) besondere wertvolle Eigenschaften suggeriert wurden, weil zum Ausdruck gebracht wurde, dass dieser Getränkesirup „Power" liefere, die es allerdings nicht hat und insofern tatsächlich Irreführungseignung bestand. Insofern wird unter RZ 23 des genannten Urteils ausgeführt, dass die angegriffene Darstellung den angesprochenen Verkehr in die Irre führe, denn sie erwecke den – tatsächlich unstreitig unzutreffenden – Eindruck, dass Bestandteile der abgebildeten Früchte in dem Produkt enthalten sind.

Dass und warum die vorliegend zum Ausdruck gebarchte 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.

IV.2.6. Im Ergebnis mag es also zutreffen, dass der Konsument aus der Kennzeichnung „Kraftfutter" ableitet, dass das Produkt positive ernährungsphysiologische Eigenschaften hat und Kraft liefert. Er kann aber aus dieser Werbeaussage nicht ableiten, dass gerade dieses Produkt für seinen Einsatzzweck besser geeignet ist als andere vergleichbare Nussmischungen.

Darin besteht etwa der Unterschied zu einem konventionellen Getränkesirup, der als besonderer Energielieferant hervorgehoben wird, obwohl er diese Eigenschaft nicht besitzt.

Es handelt sich vorliegend 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 zum Ausdruck bringt und damit für die Ernährung günstig, also insoweit wertvoll ist.
Diese Eigenschaft ist Nüssen, insbesondere Nussmischungen aber inhärent und demnach nichts Besonderes. Dies weiß der Konsument auch und wird er aufgrund dieser Angabe nicht annehmen, dass Nussmischungen anderer Hersteller weniger „Kraft" liefern.

IV.2.7. Die an der Zielsetzung der EG-ClaimsVO (Schutz des Verbrauchers vor irreführender Kennzeichnung) orientierte teleologische Auslegung erfordert kein Verständnis des Hinweises „Kraftfutter" als nährwertbezogene Angabe, nur weil darin formal das Wort „Kraft" 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 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 „Kraftfutter" nur folgerichtig.

Ein allgemeiner Begriff wie der gegenständliche, der keinen konkreten quantitativen 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.

IV.2.8. Der angefochtene Bescheid ist deshalb schon mangels Vorliegen einer nährwertbezogenen Angabe nach der EG-ClaimsVO aufzuheben.

IV.2.9. Kosten der Lebensmitteluntersuchung

Angesichts der Rechtskraft des behördlichen Straferkenntnisses in Punkt 3. hatte die Behörde auszusprechen, dass der Bf die Kosten der Lebensmitteluntersuchung zu tragen hat.

Allerdings können dem Bf nur jene Lebensmitteluntersuchungskosten auferlegt werden, die in Zusammenhang mit dem von ihm nicht angefochtenen Spruchpunkt 3., der einen Kennzeichnungsmangel betrifft, auferlegt werden, weil der Bf in Bezug auf die anderen beiden Spruchpunkte freigesprochen wurde.

Die Berechnung hat sich auf § 66 LMSVG und die zum Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens noch in Kraft stehenden Gebührentarifverordnung zu stützen. (Erst ab 1. Jänner 2022 ist der im Rahmen der Novellierung des § 66 LMSVG durch BGBl. I Nr. 256/2021 eingeführte Gebührentarif zur Anwendung zu bringen.)

Die AGES hat folgende Kostenaufstellung vom 24. Juli 2020 übermittelt:

Nr	Anzahl		Bezeichnung	Einzelpreis	Preis	
1000456	1,00		Befund/Gutachten 1000465	178,5		178,50
2004519		1,00	Beschreibung von Lebensmitteln	42,50	42,5	
2005151		1,00	Kennzeichnungsprüfung von Lebensmitteln hinsichtlich LMSVG-relevanter Vorschriften	136,00	136,00	
			Nettobetrag			178,50

Gemäß § 1 der Gebührentarifverordnung werden die Gebühren für die Tätigkeiten der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH im Rahmen der amtlichen Kontrolle in Punkten festgesetzt; ein Punkt beträgt 1,58 Euro.
Die auf der Homepage des BMSPK wiedergegebene Kundmachung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über die Valorisierung der in der LMSVG-Abgabenverordnung, der LMSVG-Kontrollgebührenverordnung und der Gebührentarifverordnung festgesetzten Beträge (Kundmachung 2018), letzte zwei Absätze, lauten:

„Gemäß § 66 Abs. 2 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes – LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 51/2017, wird kundgemacht: Auf Grund der von der Bundesanstalt für Statistik Österreich verlautbarten Indexzahlen hat sich der in § 1 der Gebührentarifverordnung, BGBl. Nr. 189/1989, zuletzt geändert durch die Verordnung BGBl. II Nr. 469/2012, genannte Betrag kraft Gesetzes wie folgt erhöht: 1. in § 1 von 1,58 Euro auf 1,60 Euro"

Es sind also die in der Anlage zur Gebührentarifverordnung angegebenen Punkte mit 1,6 zu multiplizieren. Daraus ergibt sich der zustehende Betrag.

Es zeigt sich, dass der verrechnete Betrag nicht durch 1,6 teilbar ist. Die Abrechnung ist daher aufgrund einer anderen Berechnungsgrundlage erfolgt.
Für den in Betracht kommenden Punkt „Allgemeine Beschreibung von Proben inklusive der Feststellung der Maße, des Gewichtes (brutto, tara, netto), des Volumens; Beschreibung von Verpackungen, Anfertigen von Kopien von Verpackungen, von Beipacktexten; Temperaturmessung; uä" (Post 101) sieht die Anlage zur Gebührentarifverordnung 25 Punkte vor. Es ergibt sich bei Multiplikation mit 1,6 ein verrechenbarer Betrag von 40 Euro.

Ein darüber hinausgehender Ansatz „Kennzeichnungsprüfung von Lebensmitteln hinsichtlich LMSVG-relevanter Vorschriften" fand sich in der Gebührentarifverordnung nicht. Im Übrigen kommt es aufgrund des zuvor Gesagten zu keiner Verurteilung des Bf in Zusammenhang mit den von der AGES durchgeführten analytischen Untersuchungen, sodass darüber hinausgehende Beträge nicht zugesprochen werden können.

V. Der Beschwerde ist daher im Umfang der Anfechtung Folge zu geben und sind die Punkte 1. und 2. des Straferkenntnisses aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren mangels Begehen der vorgeworfenen Taten bzw. mangels Beweisbarkeit der fehlenden Eignung als Lebensmittel gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen und das Straferkenntnis im Kostenpunkt zu korrigieren.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Das vorliegende Erkenntnis stützt sich auf die ausführlich zitierte Judikatur des VwGH. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens

wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl