



## „RICHTIGES“ BEHÖRDLICHES STRAFEN IM LEBENSMITTELRECHT\*

NICHT NUR FÜR ORGANE DER LEBENSMITTELAUFSICHT, DER LEBENSMITTELKONTROLLE UND DER LEBENSMITTELBEHÖRDEN, SONDERN À LA LONGUE AUCH FÜR DIE UNTERNEHMER SELBST IST ES IN GEWISSER WEISE FRUSTRIEREND (UND ZUDEM MIT NUTZLOSEM FINANZIELLEN AUFWAND VERBUNDEN), WENN STRAFBESCHIEDE VON DEN VERWALTUNGSGERICHTEN LETZTLICH HÄUFIG DESWEGEN AUFGEHOBEN WERDEN (MÜSSEN), WEIL DIE MASSGEBLICHEN RECHTSGRUNDLAGEN NICHT KORREKT ANGEWENDET WURDEN. DENN JENE NICHT SELTEN DURCHAUSS GRUNDLEGENDE RECHTSFRAGEN, DEREN KLÄRUNG IM WEGE DES STRAFVERFAHRENS EIGENTLICH INTENDIERT WAR, BLEIBEN DANN WEITERHIN OFFEN UND PERPETUIEREN DIE RECHTSUNSICHERHEIT.

ALFRED GROF, ANNA MARIA KARLBAUER

**U**m sämtlichen Betroffenen eine möglichst praxisgerechte Hilfestellung zu bieten, sollen anhand folgender paradigmatischer Fallkonstellation jene neuralgischen Punkte beleuchtet werden, die im Zuge einer korrekten Verfahrensabwicklung besonders beachtet werden müssen: Ausgangsszenario sei, dass ein Ehepaar ein Restaurant aufsucht. Während sich die Gattin für Lasagne entscheidet, fällt die Wahl des Herrn H auf die in der Speisekarte angeführte „Schinkenpizza“. Der Ehefrau schmeckt das Essen vorzüglich, doch H – von Berufs wegen Lebensmittel-Technologie – ist nicht ganz zufrieden, denn er vermutet, dass für seine Pizza kein echter Schinken verwendet wurde. Er erfragt daher beim Restaurantbesitzer G die verwendeten Zutaten. Dieser zeigt H die Verpackung, auf deren Etikett „Schinken“ deklariert ist. Vorerst

ist H beruhigt. Auf der Heimfahrt diskutiert das Ehepaar aber den Vorfall ausführlich und meldet diesen letztlich doch der Behörde. Hierauf erfolgt eine Betriebskontrolle samt Probenziehung, auf deren Grundlage von der AGES eine Lebensmitteluntersuchung durchgeführt und insgesamt festgestellt wird, dass G vor wenigen Wochen seinen Lieferanten für Schinken (P) gewechselt und P ein Lebensmittel als „Schinken“ deklariert hat, das eigentlich als „Pizzablock“ (nämlich gepresstes Fleisch, das anders als „Schinken“ nicht ausschließlich vom Schmelzwurstfleisch, sondern auch von anderen Schweinefleischteilen stammte) zu kennzeichnen gewesen wäre.

**1. Vorweg ist darauf hinzuweisen,** dass das Recht der EU, im Besonderen die Europäische Grundrechtecharta (EGRC), von den Mitgliedstaaten im Bereich des Lebensmittelrechts prinzipiell

fordert, zwischen den konträren Interessenlagen der Konsumenten einerseits und jenen der Unternehmer andererseits im Wege der stetigen Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einen adäquaten Ausgleich zu gewährleisten.

Angesichts dessen stellt eine Bestrafung daher nicht die primäre, sondern im Gegenteil bloß eine Ultima-Ratio-Methode dar. Zuvor muss nämlich die Behörde geprüft (und letztlich in begründeter Weise verneint) haben, ob (bzw. dass) zwecks Erreichung des Ziels, eine Irreführung von Verbrauchern wirksam hintanzuhalten, bspw. etwa:

**a) administrative rechtliche Maßnahmen,** so v.a. eine „Aufforderung“ i.S.d. § 39 Abs. 2 LMSVG, ohnehin in gleicher Weise effektiv sind.

**b) oder (zumindest vorerst) auch mit einer bloßen „Beratung“** i.S.d. § 33a VStG das Auslangen gefunden werden kann.



Konkret könnte also im Ausgangsbeispiel schon das Lebensmittelaufsichtsorgan selbst auf G schriftlich etwa dahin einwirken, dass er seine Speisekarten binnen bestimmter Frist derart umgestaltet, dass sich auf diesen künftig anstelle der Bezeichnung „Schinken“ eine solche findet, die der tatsächlichen Konsistenz des verwendeten Lebensmittels entspricht; Analoges gilt auch in Bezug auf den Produzenten P.

Unabhängig davon kann auch die Bezirksverwaltungsbehörde (BVB) – vorausgesetzt, dass die Bedeutung des geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung sowie das Verschulden des P und des G jeweils als gering qualifiziert werden können – beide Unternehmer zunächst über die Rechtslage aufklären und sie schriftlich dazu auffordern, innerhalb angemessener Frist jeweils einen den Rechtsvorschriften entsprechenden faktischen Zustand herzustellen. Wird infolgedessen das Lebensmittel von P bzw. die Speisekarte von G jeweils korrekt deklariert, dann können im Weiteren beide Unternehmer schon laut Gesetzestext nicht mehr verwaltungsstrafrechtlich belangt werden (vgl. § 33a Abs. 2 VStG).

**2. Nur wenn sich auf diesem Weg der beabsichtigte Effekt nicht erzielen lässt, kann seitens der zuständigen BVB die Einleitung eines förmlichen Verwaltungsstrafverfahrens erwogen werden;** ein solches kann sich im Modellfall alternativ gegen den Produzenten (Lieferanten), der sein Produkt falsch gekennzeichnet hat (P), oder/und gegen den Restaurantbesitzer (G), der davon ausgehend in seiner Speisekarte eine fehlerhafte Anpreisung vornimmt, richten.

**2.1. Um zunächst den Produzenten (Lieferanten, P) effektiv belangen zu können,** ist es in erster Linie erforderlich, ein spezifisch auf seine Person bezogenes tatbestandsmäßig rechtswidriges einerseits sowie schuldhaftes Verhalten andererseits im Spruch des Straferkenntnisses derart zu umschreiben, dass es auch dem Konkretisierungsgebot des § 44a Z. 1 VStG gerecht wird. Geht man diesbezüglich davon aus, dass das Lebensmittel bereits von P als „Schinken“ bezeichnet und solcherart

an G geliefert wurde, dann ist vornehmlich an eine dadurch bewirkte verbotene Irreführung (primär des G, aber auch der Konsumenten) zu denken.

Um den darauf konkret bezogenen Tatbestand ermitteln zu können, sind vorweg folgende rechtssystematische Parameter zu beachten:

1. Zum einen kommt dem Unionsrecht ein absoluter Vorrang vor nationalem Recht zu und
2. zum anderen verfügt die EU – jedenfalls im Bereich des Lebensmittelrechts – nicht über die Kompetenz, autonom Strafbestimmungen festlegen zu können, sodass sich
3. daraus insgesamt ergibt, dass sich die fallrelevante Verbots- einerseits und Sanktionsnorm andererseits jeweils aus einer Kombination zwischen unions- und innerstaatlichen Rechtsvorschriften zusammensetzt.

**Weiters darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass auf EU-rechtlicher Ebene der „Spezialitätsgrundsatz“ (lex specialis) in gleicher Weise wie im nationalen Recht zum Tragen kommt und schließlich aus den beiden Haupttypen unionsrechtlicher Rechtssatzformen – nämlich „Verordnungen“ (V) bzw. „Richtlinien“ (RL) – eine prinzipiell divergierende Bindungswirkung für die staatlichen Normsetzungsorgane resultiert (der wiederum eine konträr orientierte Freiheitssphäre von Grundrechtsträgern korrespondiert):** Während Verordnungen in den einzelnen Mitgliedstaaten eine unmittelbare Rechtswirksamkeit entfalten, kommt dem staatlichen Gesetzgeber im Zuge der (unionsrechtlich gebotenen) Umsetzung von Richtlinien ins nationale Recht (zumindest theoretisch) ein gewisser Gestaltungsspielraum zu.

**Zusammengefasst und bezogen auf den Ausgangsfall bedingt dies folgendes, gleichsam „schrittweise systematisches“ Vorgehen der BVB:**

**2.1.1. Zunächst ist zu ermitteln, ob auf EU-Ebene** entsprechende sachverhaltsbezogen adäquate Verbotsnormen existieren; kommen insoweit mehrere Normen(komplexe) in Betracht, so ist zu klären, inwieweit diese in einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen und

welche Bestimmung davon ausgehend aus systematischem Blickwinkel letztlich tatsächlich zum Tragen kommt; weiters muss beachtet werden, ob es sich hierbei in formeller Hinsicht um eine Verordnung oder um eine Richtlinie handelt.

**2.1.1.1. Davon ausgehend ist zu eruieren, ob und welche innerstaatlichen Begleit- und Ergänzungsvorschriften existieren,** und zwar im Hinblick auf eine nähere inhaltliche Determinierung der maßgeblichen unionsrechtlichen Vorgaben, vor allem aber hinsichtlich der supplementär heranzuziehenden Sanktionsnorm.

**2.1.2. Überträgt man diesen Subsumtionsschematismus** auf die hier grundgelegte Modellkonstellation, so finden sich zunächst auf unionsrechtlicher Ebene vornehmlich in der V 178/2002/EG (LM-Basis V) und in der V 1169/2011/EU (LMIV) auf irreführende Kennzeichnung bezogene Verbotsnormen: Denn einerseits ist es nach Art. 16 LM-Basis V unzulässig, Verbraucher u.a. im Wege der Kennzeichnung von Lebensmitteln in die Irre zu führen; und andererseits dürfen Informationen gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. a LMIV v.a. im Hinblick auf die Eigenschaften und die Art des Lebensmittels nicht irreführend sein. Eine systematische Zusammenschau beider Normen(komplexe) ergibt nun, dass sich die letztgenannte Bestimmung als eine lex specialis zur Ersteren verhält (vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 1 LMIV in Relation zu Art. 1 Abs. 2 LM-Basis V) und somit vorrangig anzuwenden ist.

Weiters ist in Anh. VI Teil A Z. 7 zur LMIV („Verpflichtende Angaben zur Ergänzung der Bezeichnung des Lebensmittels“) im Besonderen festgelegt, dass Fleischerzeugnisse und Fleischzubereitungen, die den Anschein erwecken könnten, dass es sich um ein gewachsenes Stück Fleisch handelt, tatsächlich jedoch aus verschiedenen Stücken bestehen, mit dem Hinweis „aus Fleischstücken zusammengefügt“ gekennzeichnet sein müssen.

Und schließlich existiert zwar (soweit ersichtlich) auf EU-Ebene (zumindest derzeit noch) keine generelle Definition für „Schinken“, doch kann aus Pkt. 2.A. lit. b der Zusätzlichen Anmerkungen zu Teil II Abschnitt I Kapitel 2 der



Zolltarif-V 1101/2014/EU, wonach als „Schinken“ (im Wesentlichen) der hintere Teil des halben Tierkörpers gilt, i.V.m. Pkt. 3.3. des Anh. II zur V 1208/2013/EU (Ursprungsbezeichnung Parmaschinken) sowie i.V.m. Pkt. 2 CXS 96-1981 (Standard for Cooked Cured Ham) des Codex Alimentarius der WHO insgesamt abgeleitet werden, dass Schinken lediglich aus Fleisch(stücken) vom Schlögel bzw. der Keule bestehen darf.

*Im Ergebnis resultiert aus all dem ein spezifisches unionsrechtliches Verbot* einerseits dahin, ein Lebensmittel irreführend als „Schinken“ zu kennzeichnen, das nicht ausschließlich aus Fleisch vom Schlögel besteht, sowie andererseits dahin, bei einem Produkt, das sich tatsächlich aus verschiedenen Stücken zusammensetzt, die Kennzeichnung „aus Fleischstücken zusammengefügt“ zu unterlassen.

**2.1.3. Parallel bzw. ergänzend dazu legt § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG auf nationaler Ebene fest**, dass u.a. derjenige, der mit irreführenden Angaben versehene Lebensmittel in Verkehr bringt, eine Verwaltungsübertretung begeht und hierfür von der BVB mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 Euro (bzw. laut einem Begutachtungsentwurf des BMinSGPK betreffend eine Novellierung des LMSVG vom 17.5.2021: bis zu 20.000 Euro) zu bestrafen ist; eine analoge Sanktion ist in § 90 Abs. 3 Z. 1 LMSVG hinsichtlich Zuwiderhandlungen gegen in der Anlage zum LMSVG genannte unmittelbar anwendbare Rechtsakte der EU vorgesehen, wobei in dieser Anlage zwar die LMIV (vgl. deren Z. 29), nicht jedoch die LM-Basis V genannt ist. Gesamthaft betrachtet ergibt sich daraus, dass eine auf einer irreführenden Kennzeichnung basierende Bestrafung dann und insoweit auf § 90 Abs. 3 Z. 1 LMSVG zu stützen ist (bzw. auch nur dann und insoweit auf diese Sanktionsnorm gestützt werden kann), wenn und soweit spezielle – und zugleich verbindliche (nämlich in Form einer innerstaatlich unmittelbar wirksamen Verordnung ergangene) – unionsrechtliche Kennzeichnungsnormen missachtet wurden; im Übrigen, d.h. lediglich subsidiär

(ergänzend), kommt die *lex generalis* des § 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG zum Tragen. Daraus folgt wiederum, dass der BVB insoweit keine Auswahlbefugnis zukommt, sondern vielmehr jeweils anhand der konkreten Faktenlage dezidiert zu ermitteln ist, ob diese vom Anwendungsbereich der *lex specialis* (§ 90 Abs. 3 Z. 1 LMSVG) erfasst wird – weil dieser rechtssystematisch der Vorrang zukommt – oder diese vielmehr unter den Tatbestand der *lex generalis* (§ 90 Abs. 1 Z. 1 LMSVG) zu subsumieren ist. Davon ausgehend ergibt sich hinsichtlich der vorliegenden Modellkonstellation, dass hierfür als Sanktionsnorm die Spezialbestimmung des § 90 Abs. 3 Z. 1 LMSVG maßgeblich ist, die insoweit als Supplementärregelung zur (ihrerseits bloß eine *lex imperfecta* verkörpernden) Verbotsnorm des Art. 7 Abs. 1 lit. a LMIV i.V.m. deren Anh. VI Teil A Z. 7 und i.V.m. § 5 Abs. 2 Z. 1 LMSVG aufzufassen ist: Aus diesen beiden Komponenten setzt sich somit letztlich das sanktionsbewehrte Verbot, ein Lebensmittel in den Verkehr zu bringen, das nicht ausschließlich aus Fleisch vom Schlögel besteht, einerseits unter der Bezeichnung „Schinken“ und andererseits unter gleichzeitiger Weglassung eines Hinweises darauf, dass es sich hierbei nicht um ein gewachsenes Stück handelt, sondern es aus Fleischteilen zusammengefügt ist, zusammen.

**2.1.4. Vor diesem Hintergrund resultieren daher als essentielle, im Lichte des § 44a Z. 1 VStG fallspezifisch** im Spruch der Strafverfügung bzw. des Straferkenntnisses jeweils entsprechend zu konkretisierende Tatbestandsmerkmale.<sup>1-5</sup>

**2.1.5. Zu den im vorstehenden Zusammenhang in der Praxis am häufigsten zu beobachtenden Fehlern** zählt in erster Linie die Nichteinhaltung bzw. geradezu die „Umkehrung“ der zuvor dargestellten systematischen Schrittabfolge.

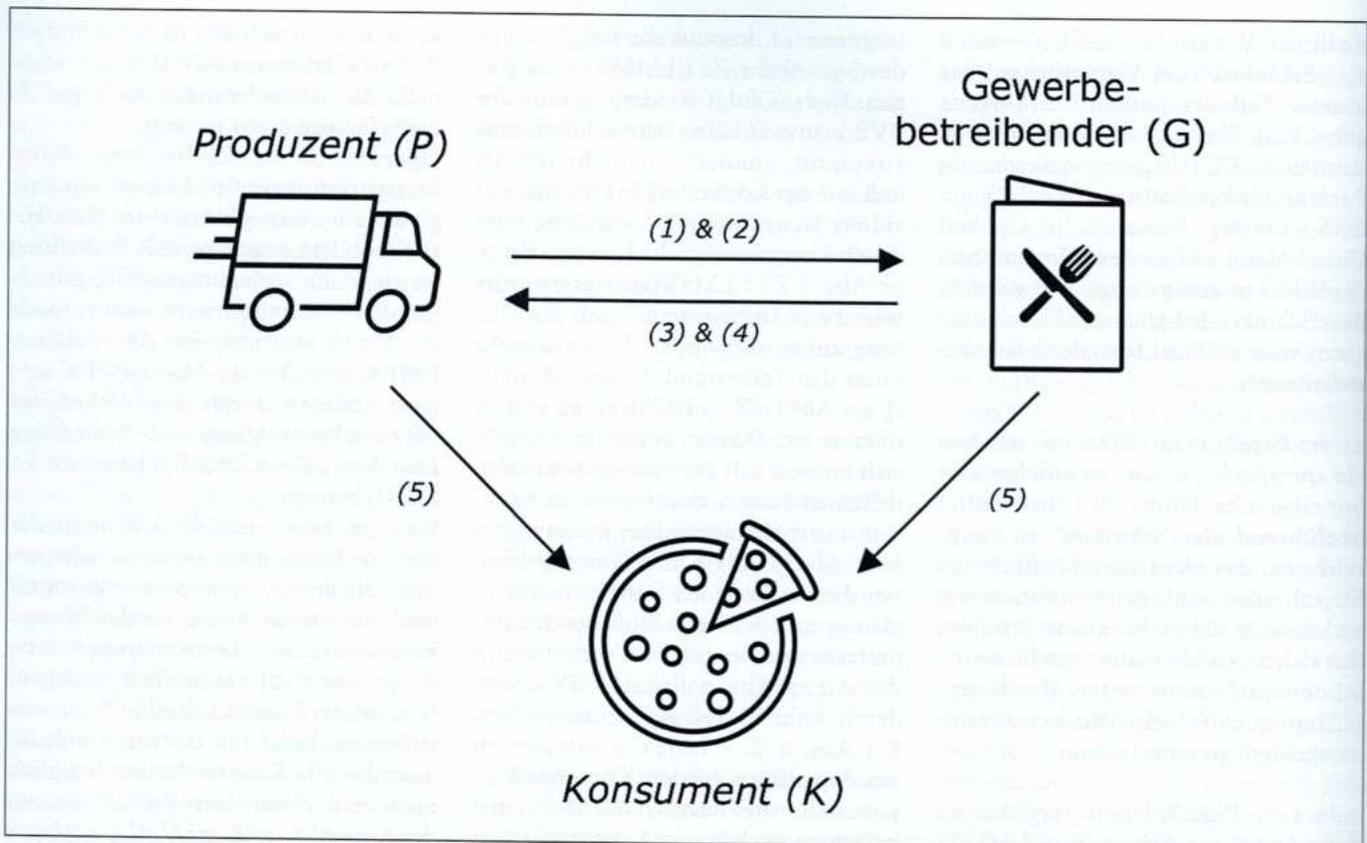
So wird häufig entweder eine innerstaatliche Norm – etwa das LMSVG – oder eine Regelung, der keine „echte“ Rechtsnormqualität zukommt – v.a. das ÖLMB – als Ausgangspunkt herangezogen, wobei eine solche Vorgangswei-

se vielfach dazu führt, dass der Spruch des Straferkenntnisses letztlich eben nicht den Anforderungen des § 44a Z. 1 VStG zu genügen vermag.

Dabei handelt es sich bei diesem Konkretisierungsgebot nicht bloß um eine gleichsam „vernachlässigbare Formalität“, sondern dessen penible Einhaltung ist vielmehr verfassungsmäßig-grundrechtlich, nämlich zum einen durch das Legalitätsprinzip des Art. 7 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 49 Abs. 1 EGRC und zum anderen durch das Verbot der Mehrfachverfolgung und -bestrafung i.S.d. Art. 4 des 7.ZPMRK bzw. Art. 50 EGRC bedingt.

Solange daher dem ÖLMB nicht der formale Status eines Gesetzes oder zumindest einer Verordnung zukommt und auch sonst keine vergleichbaren innerstaatlichen Bestimmungen existieren, die rechtsverbindlich festlegen, was unter einem „Schinken“ zu verstehen ist, kann eine dementsprechend irreführende Kennzeichnung lediglich nach dem allgemeinen Straftatbestand des § 90 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 5 Abs. 2 Z. 1 LMSVG pönalisiert werden, wobei das ÖLMB – davon ausgehend, dass insoweit die Beweislastumkehr des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG nicht zum Tragen kommt und somit der Nachweis eines tatbestandsmäßigen Verhaltens der Behörde obliegt – der BVB nur auf dieser Ebene eine Hilfestellung zu bieten vermag bzw. anders gewendet: Einerseits kann ein Beschuldigter die Feststellungen der Codexkommission auf gleicher fachlicher Ebene – nämlich im Wege eines sog. Gegengutachtens – in Zweifel ziehen und andererseits bleibt die Verbotsnorm des § 5 Abs. 2 Z. 1 LMSVG überhaupt sanktionslos, soweit sich (auch) im ÖLMB keine entsprechenden sachverhaltsbezogenen Festlegungen finden.

Der in Gutachten der AGES häufig enthaltene Hinweis, dass „als Schinken gemäß Punkt B 14, Pkt. 5.1.2.2 des ÖLMB nur jene Kochpökelwaren bezeichnet werden dürfen, die ausschließlich aus Schweineschlögel oder Teilen davon hergestellt wurden“, ist somit eher kontraproduktiv, weil er die BVB gleichsam von vornherein auf den systematisch falschen Weg – nämlich: unzutreffende Heranziehung des ÖLMB als Verbotsnorm – führt (und im Falle einer wegen



In der Praxis unterbleibt zunächst häufig ein Verwaltungsstrafverfahren, denn behördlich gesehen muss die Strafe immer das letzte Mittel darstellen. In den meisten Fällen wird daher vorerst nur eine Zurechtweisung dahin vorgenommen, das Produkt künftig nicht mehr mit einer falschen Kennzeichnung zu verwenden oder die Deklaration entsprechend anzupassen, um eine Irreführung auszuschließen. Und selbst wenn letztlich doch ein Strafverfahren durchgeführt wird, erfolgt in der Regel nur eine Bestrafung wegen unmittelbarer Täterschaft, nicht zusätzlich auch noch wegen Beihilfe. Das Ausmaß der Strafe richtet sich dabei nach diversen Parametern, v.a. nach der Dauer und der Häufigkeit des Vergehens.

Spruchmangels erfolgenden Aufhebung des Straferkenntnisses durch das LVwG auch die Verpflichtung zum Ersatz der Untersuchungskosten der AGES i.S.d. § 71 Abs. 3 LMSVG obsolet werden lässt).

2.2. Die vorstehenden, auf P bezogenen Ausführungen gelten prinzipiell vollumfänglich auch für ein gegen den Restaurantbesitzer G intendiertes Verwaltungsstrafverfahren, wobei allerdings hinsichtlich der im Lichte des § 44a Z. 1 VStG zu konkretisierenden Tatbestandsmerkmale teilweise einige abweichende Spezifikationen zu beachten sind.<sup>6–10</sup>

3. Zum besseren Verständnis für „Nichtabsolventen“ eines juristischen Studiums lässt sich das Ausgangsszenario rechtlich derart kategorisieren, dass Schinken – als gängige Komponente für Pizza, Toast, Cordon bleu etc. – insoweit

dennoch stets dem Grundprinzip der richtigen Deklaration unterliegt: Was auf dem Etikett steht, muss auch tatsächlich im Lebensmittel enthalten sein! Wird daher auf einer Speisekarte dezidiert „Schinken“ angeführt, dann muss echter Schinken im Sinne des ÖLMB und sonstiger Rechtsvorschriften verwendet werden. Fleisch von anderen Stücken als vom Schögel darf nicht als Schinken bezeichnet werden, sondern fällt in die Kategorie „Schinkenersatzprodukte“ und bedarf einer spezifisch anderen Deklaration wie z. B. „Toastblock“ oder „Pizzablock“.

Bei Zuwiderhandlungen werden sowohl der Produzent als auch der Restaurantbesitzer (ggf. sogar jeweils zweimal) behördlich bestraft, denn:

- P wird zum unmittelbaren Täter wegen falscher Kennzeichnung des Produkts (1); gleichzeitig leistet er indirekt Beihilfe zur Falschkenn-

zeichnung der Speisekarte durch G<sup>2</sup>;

- G wird zum unmittelbaren Täter wegen der Falschdeklaration auf der Speisekarte<sup>3</sup> und leistet dadurch indirekt Beihilfe zum Inverkehrbringen eines falsch gekennzeichneten LM<sup>4</sup>;
- K, der sowohl von P als auch von G getäuscht wird, unterliegt als „Opfer“ naturgemäß keiner Bestrafung<sup>5</sup>.

Hofrat Dr. Alfred Grof  
Richter und Leiter der Wissenschafts-,  
Evidenz- u. Dokumentationsstelle  
Verwaltungsgericht des Landes  
Oberösterreich, Linz  
Anna Maria Karlbauer, BSc  
Lebensmitteltechnologin, Wels

\* Eine ausführlichere Fassung dieser Abhandlung findet sich in der Online-Zeitschrift „Spektrum des Wirtschaftsrechts“ (SPWR 2021, S. 293 ff), abrufbar unter: <http://www.spektrum-des-wirtschaftsrechts>.