

AUSSENSTELLE ZWETTLL

Geschäftszahl:

LVwG-AV-1245/001-2021

Zwettl, am 29. April 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch den Einzelrichter Hofrat Dr. Schwarzmann nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung über die Beschwerde der A GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt C, ^{***}, ^{***}, gegen den Bescheid der Landeshauptfrau von Niederösterreich vom 4.6.2021, ^{***}, betreffend Vorschreibung einer Maßnahme gemäß § 39 Abs. 1 Z. 11 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 17, § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§ 39 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG

§ 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 4.6.2021 hat die Landeshauptfrau von Niederösterreich (im Folgenden: „belangte Behörde“) der Beschwerdeführerin, einer Lebensmittelunternehmerin, gemäß § 39 Abs. 1 Z. 11 LMSVG folgende Maßnahme vorgeschrieben:

„Die Kennzeichnung der Ware „***“ ist dahingehend anzupassen, dass sie als Nahrungsergänzungsmittel zu kennzeichnen ist und alle Kennzeichnungselemente als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) bis 31. Juli 2021 entfernt werden.“

Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass das gegenständliche Produkt "****" als „Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät)“ zum Diätmanagement bei Verstopfung oder Blähungen und eingeschränkter Möglichkeit der Nährstoffaufnahme in den Verkehr gebracht werde, aber aufgrund der vom Hersteller gewählten stofflichen Zusammensetzung und Dosierung in Österreich als Nahrungsergänzungsmittel einzustufen sei; es erfülle nicht die Erfordernisse der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 und dürfe somit nicht als „Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke“ in den Verkehr gebracht werden. Nach einem Gutachten der AGES vom 15.12.2020, dem nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegen getreten worden sei, könnten durch den Verzehr der Papayafrucht, also durch eine Modifizierung der normalen Ernährung durch einen entsprechenden (empfohlenen) Obstkonsum, die gleichen Wirkungen erzielt werden wie durch den Verzehr des Produktes „***“. Somit sei das Produkt als Nahrungsergänzungsmittel zu qualifizieren. Der behördlichen Aufforderung vom 16.12.2020, das Produkt vom Markt zurückzunehmen, sei von der Beschwerdeführerin nicht entsprochen worden.

In der rechtzeitig dagegen erhobenen Beschwerde vom 5.7.2021 wurde die ersatzlose Behebung des Bescheides beantragt, und zwar mit im Wesentlichen folgender Begründung:

Das Produkt sei korrekt als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (Bilanzierte Diät), zum Diätmanagement bei Verstopfung oder Blähungen und eingeschränkter Möglichkeit der Nährstoffaufnahme gekennzeichnet und als solches in Verkehr gebracht. Die belangte Behörde stütze sich auf eine untaugliche

Rechtsgrundlage und verlange de facto keine Anpassung der Kennzeichnung, sondern ein Vertriebsverbot des konkreten Produkts.

Aus der Definition der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (Food for special medical purposes ("FSMP")) in Art. 2 der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 werde das Subsidiaritätsprinzip abgeleitet: Könne ein Patient den Zweck des FSMP auch durch eine Modifizierung der normalen Ernährung erreichen, könne es kein eigenes Produkt als FSMP dafür geben. Die Modifizierung der normalen Ernährung müsse zumutbar und praktikabel sein. Die Beschwerdeführerin habe wissenschaftliche Daten zur Wirksamkeit des Produkts. Die Behörde gehe auf das Thema der eingeschränkten Möglichkeit der Nährstoffaufnahme in keiner Weise ein und zeige nicht auf, wie die Ernährung modifiziert werden sollte, um welche Effekte zu erzielen; dies sei aber nötig, um über die Zumutbarkeit überhaupt eine Aussage treffen zu können. Personen mit einer eingeschränkten Möglichkeit der Nährstoffaufnahme würden nicht – und schon gar nicht dauerhaft – von einem Tag auf den anderen täglich und regelmäßig eine Vielzahl kleiner Mahlzeiten zu sich nehmen und von normalen Ernährungsgewohnheiten zu „mehr Obst, Gemüse, Vollkorngetreide, regelmäßigem Essen, verstärktem Flüssigkeitskonsum“ umsteigen. Das gegenständliche Produkt weise eine besondere Enzymaktivität und Bindungsaffinität von Histaminen auf, die mit einer Umstellung der normalen Ernährung in keiner Weise zu erzielen sei, und zwar weder wenn eine unspezifische Änderung der Ernährung durchgeführt werde noch wenn plötzlich ein Patient täglich frische Papaya esse. Der Patientengruppe sei nicht es zumutbar, regelmäßig frische Papaya aus dem Supermarkt (sofern es sie überhaupt gebe) zu erwerben, frisch zuzubereiten und zu verzehren. Laut Statistik Austria seien 2020 900 Tonnen Frischpapayas importiert worden. Bei einem durchschnittlichen Gewicht von 500 g seien dies 1,8 Mio. Papayas. Bei rund 5.300 Supermärkten in Österreich bedeute das, dass im Schnitt jeder Supermarkt pro Tag nur eine (!) Papaya bekommen könne.

Wenn die belangte Behörde argumentiere, dass durch eine Modifizierung der normalen Ernährung (mit Obst, Gemüse, Vollkorngetreide, regelmäßigem Essen, verstärkter Flüssigkeitskonsum usw.) der gleiche Zweck, nämlich ein Diätmanagement bei Verstopfung, Blähung und eingeschränkter Möglichkeit der Nährstoffaufnahme erzielt werden könne, negiere sie die Besonderheit des gegenständlichen Produkts, dass es aufgrund der Zubereitungsart mit einer

herkömmlichen Papaya nicht vergleichbar sei; so sei z.B. durch den Herstellungsprozess die Papain-Aktivität in *** gegenüber einer frischen Papaya um das 3,75-fache erhöht und zeigten frische Papayas keinerlei Bindungsaffinität zu Histaminen.

Es sei weit praktikabler und einfacher für die Patienten, anstelle einer schwierigen und ungewohnten Umstellung eines jahrzehntelang eingeübten Ernährungsverhaltens, täglich *** einzunehmen, womit keinerlei Nachteile verbunden seien.

Wie im – mit der Beschwerde vorgelegten – Gutachten des B vom Mai 2021 ausgeführt werde, zeige *** aufgrund der besonderen Zubereitungsart und der dadurch aktivierten Inhaltsstoffe eine Wirksamkeit, die mit Studien belegt sei. Das Subsidiaritätsprinzip sei erfüllt, da die gleiche Wirksamkeit nicht durch eine Umstellung der normalen Ernährung erzielt werden könne. Das Produkt sei daher rechtmäßiger Weise als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke am Markt. Die belangte Behörde wolle über den Weg der „Kennzeichnungsanpassung“ eine Produktumkategorisierung erreichen. De facto meine sie, *** dürfe nicht als FSMP in Verkehr gebracht werden; das sei aber keine Anpassung der Kennzeichnung. Der angefochtene Bescheid sei daher rechtswidrig, weil er sich auf eine falsche bzw. nicht anwendbare Rechtsgrundlage berufe.

Die belangte Behörde hat die Beschwerde mitsamt ihren Akten dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

Nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens durch die nichtamtliche Sachverständige D hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich am 17.2.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der eine Beweisaufnahme durch Einvernahme des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin und durch Einsicht in die Akten erfolgte und die Sach- und Rechtslage mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ausführlich erörtert wurde. Dabei ging es unter anderem um die Frage, ob der – mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Steiermark vom 8.10.2019, ***, bestätigte – Maßnahmenbescheid des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 8.2.2019, ***, dingliche Wirkung (vgl. § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG idF BGBl. I Nr. 256/2021) entfaltet und dem gegenständlich angefochtenen Bescheid vom 4.6.2021, weil in beiden Bescheiden dieselbe

Maßnahme angeordnet wurde, das Wiederholungsverbot (ne bis in idem) entgegensteht.

Die belangte Behörde hat dazu mit Eingabe vom 16.3.2022 darauf verwiesen, dass die dingliche Wirkung von Maßnahmenbescheiden nach den Materialien zur LMSVG-Novelle BGBl. I Nr. 256/2021 nur dann greife, wenn es im Zuge von Maßnahmenverfahren zu einer Rechtsnachfolge im Lebensmittelunternehmen komme. Im vorliegenden Fall handle es sich aber um keinen Wechsel im Lebensmittelunternehmen, vielmehr werde das Produkt nun statt von der Unternehmerin E GmbH durch die Unternehmerin A GmbH vertrieben, weshalb der an erstere gerichtete Maßnahmenbescheid keine dingliche Wirkung gegenüber der Beschwerdeführerin, die nun das Produkt in Verkehr bringe, entfalte.

Die Beschwerdeführerin hat mit schriftlicher Äußerung vom 17.3.2022 im Wesentlichen vorgebracht, dass keine res iudicata vorliege, da das gegenständliche Produkt nun von der Beschwerdeführerin in Verkehr gebracht werde und sich der diätetische Zweck geändert habe; als neues Element bzw. wesentliches Abgrenzungskriterium der zwei Produkte sei die „eingeschränkte Möglichkeit der Nährstoffaufnahme“ hinzugekommen. Das Produkt, welches im Verfahren vor dem LVwG Steiermark gegenständlich gewesen sei, habe sich an alle Personen gerichtet, die an Blähungen, Verstopfung oder schmerzhaftem Stuhlgang litten. Das gegenständliche Produkt richte sich an einen viel kleineren Personenkreis (Personen, die einerseits an Blähungen oder Verstopfung litten und andererseits eine eingeschränkte Möglichkeit der Nährstoffaufnahme hätten). Der Anwendungsbereich der zwei Produkte sei in keiner Weise mehr vergleichbar, und es könne von keiner Produktidentität ausgegangen werden. Mit Blick auf die materielle Rechtskraft eines Bescheides verliere die Entscheidung in der Sache ihre ursprüngliche Identität durch Änderung der entscheidungsrelevanten Fakten; es liege dann eine andere Sache vor, über die bescheidförmig abgesprochen werden könne. Die auf einen anderen Patientenkreis ausgelegte Wirkung sei entscheidungsrelevant, weil gerade die Wirkung wesentliches Produktmerkmal und vom Verordnungsgeber dezidiert verlangt werde (wirksam in dem Sinne, dass sie den besonderen Ernährungsanforderungen der Personen, für die sie bestimmt seien, entsprächen, was durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Daten zu belegen sei). Der letzte Satz des § 39 Abs. 2

LMSVG sei erst nach Bescheiderlassung mit BGBl I Nr. 256/2021 hinzugefügt worden. Erst mit der Beifügung des letzten Satzes im § 39 Abs. 2 LMSVG sei das Beschwerdeverfahren "verdinglicht" und an die Sache gebunden (von der Person gelöst) worden. Von Gesetzes wegen sei demnach eine Identität des Beschwerdebegehrens während laufenden Verfahrens geschaffen worden. Dass das LMSVG diesbezüglich keine Übergangsvorschrift anordne, könne mit Blick auf die Erläuterungen des Gesetzgebers (der darin zum Ausdruck gebracht habe, dass bis zum 1.1.2022 Bescheiden nach § 39 LMSVG keine dingliche Wirkung zukommen solle) nur als Versehen und planwidrige Lücke gesehen werden. Dass Verwaltungsgerichte jene Rechtslage anzuwenden hätten, die im Zeitpunkt der Entscheidung gelte, könne aber nicht dazu führen, dass ein ursprünglich rechtmäßig erlassener Bescheid nachträglich aufgehoben und damit unzulässig werde.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat über die Beschwerde wie folgt erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Das am 9.1.2018 von einem Organ der Lebensmittelaufsicht *** bei der F GmbH in *** als Probe gezogene „***“ wurde in quaderförmigen, hauptsächlich weißen und orangen Schachteln in Verkehr gebracht, in denen sich je 20 Kunststoffbeutel („Sticks“) befanden. Jeder dieser „Sticks“ enthielt 21 ml einer orangebraunen dickflüssigen Masse (Fruchtmus aus Papaya, das in spezieller Weise verarbeitet und durch ein patentiertes Herstellungsverfahren formuliert wird).

Auf der Schachtel fanden sich neben einer Abbildung einer (halbierten) Papaya u.a. folgende Bezeichnungen

***“
” ,

***“
” ,

„Diätisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät). Zur diätischen Behandlung von Verstopfung, Blähungen und schmerzhaftem Stuhlgang.“

„Nach der Original-Rezeptur aus dem Lotus Buddhist Monastery Hawaii. Aus dem Fruchtfleisch baumgereifter Papayas.“

„Patentierter Rezeptur, Wirksamkeit klinisch geprüft, 100% Bio – 100% Natur“

„Made in Austria“

„20 Stück à 21 ml; Inhalt: 420 ml“

„Vertrieb und Information: E GmbH, A-***, ***, ****“

„Zutaten: Bio-Papayafrüchte 93,9 g / 100 g, Bio-Apfelsaftkonzentrat 6 g / 100 g, natürliches Aroma 0,1 g / 100 g. Ohne Konservierungs- und Farbstoffe, ohne Zuckerzusatz. Ohne Verdickungsmittel, Füllstoffe, Gluten, Lactose, Soja“,

„Verzehrempfehlung: 1 Stick nach den Hauptmahlzeiten oder nach Empfehlung des Arztes“,

„Wichtige Hinweise: Diätisches Lebensmittel nur unter ärztlicher Aufsicht verwenden. Nicht geeignet als einzige Nahrungsquelle (ergänzende bilanzierte Diät)“,

„*** verdankt seine Zweckbestimmung folgenden Eigenschaften:

- Verbesserung der Darmmotilität durch Aktivierung der $\alpha 1A$ adrenergen Rezeptoren
- Bindung von Histamin H1 Rezeptoren
- Reduktion von Blähungen durch erhöhte Fermentation der Nahrung
- Erhöhte enzymatische Aktivität“.

Daraufhin wurde mit Bescheid vom 8.2.2019, ***, des Bürgermeisters der Stadt Graz gemäß § 39 Abs. 1 Z. 11 LMSVG angeordnet, dass die E GmbH, ***, ***, betreffend das Produkt „****“ bis zum 10.3.2019 folgende Anpassung der Kennzeichnung durchzuführen hat:

„1. Die in Frage kommende Ware „****“ ist als Nahrungsergänzungsmittel zu kennzeichnen. Alle Kennzeichnungselemente betreffend Lebensmittel für besondere Medizinische Zwecke sind zu entfernen. Die Kennzeichnung, Aufmachung und Bewerbung, welche diesem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaften entstehen lassen sind zu entfernen. Diese sind beispielsweise: „Wirksamkeit klinisch getestet“, „Bei Völlegefühl 1 Portion bei Auftreten der Beschwerden einnehmen“ oder „Anämisch bedingte Einnahme von Eisenpräparaten führen in der Schwangerschaft oft zusätzlich zu Verstopfung. Ein natürliches, nebenwirkungsfreies Produkt wie *** wird in dieser Situation besonders geschätzt“.

Die auf der Verpackung sowie auf diversen Werbeformaten befindlichen gesundheitsbezogenen Angaben wie: „*** verdankt seine Zweckbestimmung folgenden Eigenschaften: Verbesserung der Darmmobilität durch „Harmonisiert &

energetisiert das Verdauungssystem mit der Kraft der Papaya“ , „Papaya - Die Frucht vom ‚Baum der Gesundheit‘ “ ..., sind zu unterlassen. Weiters sind die auf der Verpackung sowie auf diversen Werbeformaten befindlichen irreführenden Angaben zu unterlassen. Dabei handelt es sich zum Beispiel um Werbung mit Selbstverständlichkeiten, wie die Angaben „Ohne Verdickungsmittel, Füllstoffe, Gluten, Lactose und Soja“.

2. Die auf der Verpackung befindlichen Angaben als Volumen, wie „20 Stück á 21ml“ bzw. „Inhalt: 420 ml“, sind in Gewichtsangaben zu ändern.“

In der dagegen erhobenen Beschwerde vom 11.3.2019 hat die E GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt C, zunächst ausgeführt, dass einige Punkte des angefochtenen Bescheides (die Nichtverwendung gesundheits- bzw. krankheitsbezogener Angaben und von Angaben wie „ohne Verdickungsmittel, Füllstoffe, Gluten, Lactose und Soja“ sowie die Änderung der Angabe der Nettofüllmenge von ml auf g) bereits umgesetzt worden seien, der Bescheid jedoch in dem Punkt angefochten werde, in dem er vorschreibe, dass das Produkt von einem Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) zu einem Nahrungsergänzungsmittel umzuändern und die Kennzeichnung diesbezüglich anzupassen sei.

Die geänderte Kennzeichnung der Schachtel wurde mit Schreiben vom 9.3.2019 an den Bürgermeister der Stadt Graz wie folgt bekannt gegeben:

„ ***“

„ ***“

„Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät). Zum Diätmanagement bei Verstopfung und Blähungen.“,

„Aus dem Fruchtfleisch baumgereifter Papayas. Nach der Original-Rezeptur aus dem Lotus Buddhist Monastery Hawaii.“

„Patentierter Rezeptur, 100% Bio – 100% Natur“,

„Made in Austria“,

„20 Stück á 20 g; Inhalt: 400 g“

*„Vertrieb und Information: E GmbH, A-***, ***“*

„Zutaten: Bio-Papayafrüchte (aus Sri Lanka) 93,9%; Bio-Apfelsaftkonzentrat, natürliches Aroma. Ohne Konservierungs- und Farbstoffe, ohne Zuckerzusatz.“,

*„*** verdankt seine Zweckbestimmung folgenden Eigenschaften: Die durch das patentierte Zubereitungsverfahren gewonnenen, besonderen Inhaltsstoffe verbessern die Fermentation und den Weitertransport der Nahrung im Darm.“,
„Wichtige Hinweise: Dem Produkt wurde keinerlei tierisches Eiweiß, Gluten, Hefe oder Lactose zugefügt und es ist für Diabetiker und Milchallergiker geeignet. Lebensmittel nur unter ärztlicher Aufsicht verwenden. Nicht zu parenteralen Ernährung geeignet. Empfohlene Tagesdosis nicht überschreiten. Für Kinder unerreichbar aufbewahren. Nicht zur Verwendung als einzige Nahrungsquelle geeignet.“,*

„Verzehrempfehlung: 1-3 Sticks/Tag, je 1 Stick nach einer Hauptmahlzeit oder nach Empfehlung des Arztes, 1 Stick = 0,18 BE.“

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Steiermark vom 8.10.2019, ***, wurde die Beschwerde der E GmbH abgewiesen und angeordnet, dass die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeordnete Maßnahme, die Ware „****“ als Nahrungsergänzungsmittel zu kennzeichnen und alle Kennzeichnungselemente als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) zu entfernen, bis zum 31.12.2019 durchzuführen ist, also nur eine Fristverlängerung vorgenommen. In der Begründung heißt es im Wesentlichen, dass durch eine Modifizierung der normalen Ernährung durch einen entsprechenden (empfohlenen) Obstkonsum die gleichen Wirkungen erzielt werden können wie durch den Verzehr des Produktes „****“, das somit nicht als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät), sondern als Nahrungsergänzungsmittel zu qualifizieren ist.

Gegen dieses Erkenntnis wurde weder eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof noch eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof eingebracht. Die Kennzeichnung wurde aber nicht im angeordneten Sinn geändert, d.h. der Anordnung nicht entsprochen.

Am 23.7.2020 gab die steirische Lebensmittelaufsicht der niederösterreichischen Lebensmittelaufsicht per Mail bekannt, dass die von der E GmbH wahrgenommene lebensmittelrechtliche Verantwortung für das Produkt „****“ nun durch den Hersteller des Produkts „A GmbH“, ***, ***, wahrgenommen werde, was laut Angaben der E GmbH auch auf den neuen Verpackungen ersichtlich sei.

Das daraufhin von einem Lebensmittelaufsichtsorgan der belangten Behörde am 5.8.2020 im Betrieb der Beschwerdeführerin als Probe gezogene und nunmehr verfahrensgegenständliche Produkt „***“ wird in quaderförmigen, hauptsächlich weißen und orangen Schachteln in Verkehr gebracht, in denen sich je 20 Kunststoffbeutel („Sticks“) befinden. Jeder dieser „Sticks“ enthält 20 g einer orangebraunen dickflüssigen Masse (Fruchtmus aus Papaya, das in spezieller Weise verarbeitet und durch ein patentiertes Herstellungsverfahren formuliert wird), die beim Verzehr nach Aufreißen des Sticks in den Mund zu streifen ist. Ein Beutel hat einen Energieinhalt von 42,2 kJ (10 kcal).

Auf der Schachtel, deren Layout gleich ist wie jenes der 2018 gezogenen Probe, finden sich neben einer Abbildung einer (halbierten) Papaya u.a. folgende Bezeichnungen

„***“
„***“

„Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät). Zum Diätmanagement bei Verstopfung oder Blähungen und eingeschränkter Möglichkeit der Nährstoffaufnahme.“,

„Aus dem Fruchtfleisch baumgereifter Bio-Papayas aus Sri Lanka. Nach der Original-Rezeptur aus dem Lotus Buddhist Monastery Hawaii.“,

„Patentierter Rezeptur 100% Bio – 100% Natur“,

„Made in Austria“,

„20 Stück à 20 g; Inhalt: 400 g“

*„A GmbH, A-***, ***“*,

„Zutaten: Bio-Papayafrüchte 93,9%; Bio-Apfelsaftkonzentrat, natürliches Aroma. Ohne Konservierungs- und Farbstoffe, ohne Zuckerzusatz.“,

*„*** verdankt seine Zweckbestimmung folgenden Eigenschaften: Durch das patentierte Zubereitungsverfahren werden besondere Inhaltsstoffe aus der Papaya freigesetzt, die die Darmschleimhaut schützen, nähren und stärken.“*,

„Wichtige Hinweise: Dem Produkt wurde keinerlei tierisches Eiweiß, Gluten, Hefe oder Lactose zugefügt und es ist für Diabetiker und Milchallergiker geeignet. Lebensmittel nur unter ärztlicher Aufsicht verwenden. Nicht zu parenteralen Ernährung geeignet. Empfohlene Tagesdosis nicht überschreiten. Für Kinder

unerreichbar aufbewahren. Nicht zur Verwendung als einzige Nahrungsquelle geeignet.“,

„Verzehrempfehlung: 1-3 Sticks/Tag, je 1 Stick nach einer Hauptmahlzeit oder nach Empfehlung des Arztes, 1 Stick = 0,18 BE.“

Das Produkt „***“ wurde vom Geschäftsführer der nunmehrigen Beschwerdeführerin mitentwickelt. Die Zusammensetzung dieses Lebensmittels hat sich seit 2018 nur geringfügig, ohne wirkungsrelevante Aspekte, verändert. Die Anführung der Zweckbestimmung auf der Verpackung wurde, wie sich aus den zuvor zitierten Kennzeichnungen ergibt, in diesen Jahren von „Zur diätischen Behandlung von Verstopfung, Blähungen und schmerzhaftem Stuhlgang“ (2018) zuerst auf „Zum Diätmanagement bei Verstopfung und Blähungen“ (2019) und dann auf „Zum Diätmanagement bei Verstopfung oder Blähungen und eingeschränkter Möglichkeit der Nährstoffaufnahme“ geändert.

Diese Feststellungen fußen auf der unbedenklichen Aktenlage und den Verhandlungsergebnissen. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, der das Produkt mitentwickelt hat, hat ausdrücklich angegeben, dass sich die Zusammensetzung des Lebensmittels seit 2018 nur geringfügig, ohne wirkungsrelevante Aspekte, verändert hat. Die zitierten Angaben auf den Verpackungen ergeben sich aus den Lichtbildern in den Akten.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Gemäß § 39 Abs. 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) hat der Landeshauptmann (bzw. die Landeshauptfrau) 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:

1. die Einschränkung oder das Verbot des Inverkehrbringens oder der Verwendung, einschließlich der Abschaltung der vom Unternehmer betriebenen oder genutzten Internetseiten;

2. die teilweise oder gänzliche Schließung von Betrieben;
3. die Untersagung oder Einschränkung der Benützung von Räumen und Betriebsmitteln;
4. den Entzug oder die Aussetzung der Zulassung von Betrieben;
5. eine geeignete Behandlung, wobei eine Vermischung bei Überschreitung der Grenzwerte von Kontaminanten und Rückständen, ausgenommen bei Wasser für den menschlichen Gebrauch, jedenfalls unzulässig ist;
6. die Verwendung zu anderen als den ursprünglich vorgesehenen Zwecken;
7. die unschädliche Beseitigung;
8. die Rücksendung an den Ursprungsort im Falle des grenzüberschreitenden Verbringens;
9. die Rücknahme vom Markt oder den Rückruf vom Verbraucher;
10. die Information der Abnehmer und Verbraucher;
11. die Anpassung der Kennzeichnung;
12. die Durchführung betrieblicher Verbesserungen, insbesondere bei der Herstellung, Lagerung, Verwendung, Dokumentation und Eigenkontrolle, einschließlich der Vorlage von Untersuchungszeugnissen in begründeten Fällen;
13. die Durchführung baulicher, anlagentechnischer und ausstattungsmäßiger Verbesserungen;
14. die unverzügliche Berichtspflicht über die Durchführung der angeordneten Maßnahmen.

Der Unternehmer hat die Kosten der Maßnahmen zu tragen.

In den Materialien zu § 39 LMSVG (ErläutRV 797 BlgNR XXII. GP S. 16) heißt es u.a.: *„Ziel der amtlichen Kontrolle ist es, dafür Sorge zu tragen, dass nur sichere Waren in Verkehr gelangen. Der Unternehmer soll dabei mit der Behörde zusammenwirken.“*

Gemäß § 39 Abs. 2 LMSVG in der seit 1.1.2022 geltenden Fassung kann das Aufsichtsorgan vor der allfälligen Erlassung eines Bescheides gemäß Abs. 1, ausgenommen in den Fällen der Z 1, 2, 3, 4 und 8, den Betrieb schriftlich, allenfalls unter Setzung einer angemessenen Frist, zur Abstellung der wahrgenommenen Verstöße auffordern, sofern der Mangel nicht sofort an Ort und Stelle behoben wird. Diese Aufforderung kann im Fall einer Betriebsrevision der bei der Kontrolle

anwesenden betriebsangehörigen Person ausgehändigt werden. Kommt der Unternehmer der Aufforderung nicht oder nicht innerhalb der gesetzten Frist nach, ist ein Bescheid gemäß Abs. 1 zu erlassen. Den im Bescheid angeordneten Maßnahmen ist auch dann nachzukommen, wenn ein Wechsel in der Person des Unternehmers eintritt.

Dieser letzte Satz des § 39 Abs. 2 LMSVG wurde mit BGBl. I. Nr. 256/2021 neu hinzugefügt. In den Materialien (Erläuterung 1163 BgBl. I Nr. XXVII. GP, S. 5) heißt es dazu: *„Maßnahmenbescheide sollen eine dingliche Wirkung entfalten. Lehre und Rechtsprechung verstehen unter der "dinglichen Wirkung" bestimmter Bescheide, dass die durch den Bescheid begründeten Rechte und Pflichten an der Sache haften und durch einen Wechsel in der Person des Eigentümers nicht berührt werden. Mit der Einführung einer dinglichen Wirkung von Maßnahmenbescheiden soll das Verwaltungshandeln effizienter gestaltet werden, wenn es im Zuge von Maßnahmenverfahren zu einer Rechtsnachfolge im Lebensmittelunternehmen kommt.“*

Das Landesverwaltungsgericht hat nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung – auch im Fall von amtswegig vorgenommenen Rechtsgestaltungen der Eingriffsverwaltung – seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt dieser seiner Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten; somit sind auch Änderungen der Rechtslage nach Erlassung des angefochtenen Bescheides bei der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen (vgl. z.B. VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032).

Übergangsbestimmungen (z.B. dergestalt, dass der neu hinzugefügte letzte Satz des § 39 Abs. 2 LMSVG nur auf Maßnahmenbescheide anzuwenden ist, die nach Inkrafttreten dieser Novelle erlassen worden sind) enthält die LMSVG-Novelle BGBl. I Nr. 256/2011 nicht. Wenn die Beschwerdeführerin nun vorbringt, dass der Gesetzgeber durch die Wortfolge „Mit der Einführung einer dinglichen Wirkung ...“ in den Materialien „klar zum Ausdruck gebracht“ habe, dass Bescheiden bis zum 1.1.2022 keine dingliche Wirkung zukommen solle, ist ihr zu entgegen, dass dies im Gesetzeswortlaut (wo es nur heißt „Den im Bescheid angeordneten Maßnahmen ist auch dann nachzukommen, wenn ein Wechsel in der Person des Unternehmers

eintritt.“) definitiv keinen Niederschlag findet. Zumal also der Wortlaut des § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG und auch die Gesetzssystematik (durch das Fehlen von Übergangsbestimmungen) zweifelsfrei nicht zur Auslegung führt, dass die zitierte Bestimmung nicht auf Bescheide anzuwenden ist, die vor dem 1.1.2022 erlassen worden sind, ist auf die Gesetzesmaterialien nicht zu rekurrieren. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes findet nämlich jede Auslegungsmethode ihre Grenze im eindeutigen Wortlaut des Gesetzes (vgl. etwa VwGH 13.3.2009, 2005/12/0240), das bedeutet bei Auslegung von Gesetzen einen Vorrang der Wortinterpretation in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung sowie äußerste Zurückhaltung gegenüber der Anwendung sogenannter „korrigierender Auslegungsmethoden“. Kommen auf Grund des klaren Wortlautes einer Vorschrift Zweifel über deren Inhalt nicht auf, dann ist eine Untersuchung, ob nicht etwa eine andere Auslegungsmethode einen anderen Inhalt ergeben würde, nicht möglich und ist für eine weitergehende Auslegung kein Raum (vgl. VwGH 18.6.2020, Ro 2020/01/0006).

Somit ist der letzte Satz des § 39 Abs. 2 LMSVG auch auf den (vom Landesverwaltungsgericht Steiermark inhaltlich bestätigten und nur hinsichtlich der Leistungsfrist abgeänderten) Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 8.2.2019 anzuwenden, d.h. diesem kommt schon von Gesetzes wegen dingliche Wirkung zu bzw. den in diesem Bescheid angeordneten Maßnahmen ist auch dann nachzukommen, wenn ein Wechsel in der Person des Unternehmers eintritt.

Die belangte Behörde hat zuletzt die Ansicht geäußert, dass gegenständlich kein solcher Unternehmerwechsel gegeben sei. In diesem Zusammenhang ist aber herauszustreichen, dass „Sache“ sowohl des steirischen als auch des nun angefochtenen niederösterreichischen Maßnahmenbescheides jeweils die Anordnung der Anpassung der Kennzeichnung von „****“, gestützt auf § 39 Abs. 1 Z. 11 LMSVG, war. § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG stellt darauf ab, welcher Unternehmer den im Bescheid angeordneten Maßnahmen, also hier der Kennzeichnungsanpassung, nachzukommen hat. – Für die Kennzeichnung, d.h. für die Information über ein Lebensmittel, ist gemäß Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (LMIV) jener

Lebensmittelunternehmer verantwortlich, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel vermarktet wird, und dieser hat gemäß Art. 8 Abs. 2 LMIV das Vorhandensein und die Richtigkeit der Informationen über das Lebensmittel zu gewährleisten, d.h. nur von diesem Unternehmer kann eine Kennzeichnungsanpassung vorgenommen werden und nur diesem Unternehmer ist folglich eine Kennzeichnungsanpassung von der Lebensmittelaufsicht aufzutragen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.6.2013 über Lebensmittel für Säuglinge und Kleinkinder, Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke und Tagesrationen für gewichtskontrollierende Ernährung (...) und der delegierten Verordnung (EU) 2016/218 der Kommission vom 25.9.2015 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die besonderen Zusammensetzungs- und Informationsanforderungen für Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke; darin werden nur (die in Art. 9 LMIV normierten) ergänzende Informationsanforderungen, aber keine von Art. 8 LMIV abweichenden Verantwortlichkeiten festgelegt. – Verantwortlich für die Lebensmittelinformation und damit für die Kennzeichnung des Lebensmittels ist nach dem Konzept der LMIV einzig der Vermarkter (und nicht etwa der von diesem verschiedene Hersteller); als solcher kommt auch eine Vertriebsfirma in Betracht, weil es nicht auf den Herstellungsprozess, sondern auf das Vermarkten ankommt (vgl. *Voit/Grube*, LMIV², 2016, Ch. Beck, Art. 8 Rz. 17).

Im gegenständlichen Fall wurde „****“, wie sich aus den obigen Feststellungen ergibt, zuerst unter Name bzw. Firma und Anschrift (siehe Art. 9 Abs. 1 lit. h LMIV) der E GmbH und dann nach Rechtskraft des steirischen Maßnahmenbescheides unter Name bzw. Firma und Anschrift der Beschwerdeführerin vermarktet bzw. vertrieben, weshalb – was die Bescheidadressatin betrifft – die Anordnung der Kennzeichnungsanpassung richtigerweise vom Bürgermeister der Stadt Graz an ersteres Unternehmen und von der niederösterreichischen Landeshauptfrau an zweiteres Unternehmen ergangen ist. Es hat also hinsichtlich der Verantwortlichkeit für die Information über „****“ bzw. der Kennzeichnung dieses Produkts sehr wohl ein Unternehmerwechsel stattgefunden (auf die „lebensmittelrechtliche Verantwortung für das Produkt „****“ wurde auch im oben zitierten Mail vom 23.7.2020 abgestellt), denn – wie bereits dargelegt – stellt § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG stellt darauf ab,

wer die Kennzeichnung vorzunehmen hat, d.h. wer für die Information verantwortlich ist.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass jenes Produkt, das im steirischen Verfahren gegenständlich war, von jenem, das nun verfahrensgegenständlich ist, abzugrenzen sei, weil es für einen anderen Patientenkreis ausgelegt sei, ist nicht nachzuvollziehen, weil sich die Zusammensetzung von „***“ – wie festgestellt wurde und wie der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin betont hat – nur geringfügig und nicht wirkungsrelevant verändert hat und die Aufmachung der Verpackung bis auf die Änderung des Wortlauts einiger Kennzeichnungselemente (vergleiche dazu die obigen Feststellungen) gleich geblieben ist; d.h. dem steirischen Maßnahmenbescheid liegt nach Ansicht des erkennenden Gerichts sehr wohl dasselbe Produkt zu Grunde wie dem danach erlassenen niederösterreichischen Bescheid (auch im Mail vom 23.7.2020 wurde von der Vermarkterin bloß mitgeteilt, dass die „lebensmittelrechtliche Verantwortung für das Produkt „***“, also für dasselbe Produkt, nun von der Herstellerin selbst wahrgenommen werde). Würde man der am Anfang dieses Absatzes wiedergegebenen Ansicht der Beschwerdeführerin folgen, würde man nach rechtskräftiger Anordnung einer Kennzeichnungsanpassung – bei ansonsten gleich zusammengesetztem Produkt und ohne der Anordnung zu entsprechen – bloß auf der Verpackung den Wortlaut nach der Wortgruppe „Zum Diätmanagement bei ...“ ändern müssen, um der in § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG normierten dinglichen Verpflichtung zu entkommen, und damit aber die Intention der Novelle, nämlich die Verwaltungseffizienz, ad absurdum führen.

Lehre und Rechtsprechung verstehen unter der "dinglichen Wirkung" bestimmter Bescheide, dass (infolge ihrer Projekt- bzw. Sachbezogenheit) die durch den Bescheid begründeten Rechte und Pflichten an der Sache haften und durch einen Wechsel in der Person desjenigen, der entsprechende Rechte an der Sache hat, nicht berührt werden. Kommt es zu einem Wechsel in der Person des Sachinhabers, so tritt dieser auch in die Parteistellung des Rechtsvorgängers mit den gleichen Rechten und Pflichten ein, muss sich also alle Verfahrenshandlungen und – unterlassungen seines Rechtsvorgängers zurechnen lassen. Davon ausgehend wird die Möglichkeit einer abgeleiteten Parteistellung unter Gesichtspunkten der

Rechtsnachfolge bejaht. Von dinglicher Wirkung eines Bescheides kann dann gesprochen werden, wenn dieser jedem gegenüber wirkt, der entsprechende Rechte an der "betroffenen" Sache hat; dingliche Wirkung eines Bescheides bedeutet daher regelmäßig die Erstreckung der Bescheidwirkungen auf die Rechtsnachfolger der Partei (vgl. VwGH 26.11.2020, Ra 2019/11/0107, VwGH 10.10.2007, 2006/03/0151).

Somit erstrecken sich die Wirkungen der (mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 8.10.2019 bestätigten) rechtskräftigen Anordnung im Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 8.2.2019, dass das Produkt „***“ als Nahrungsergänzungsmittel zu kennzeichnen und alle Kennzeichnungselemente als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) zu entfernen sind, auf die Beschwerdeführerin, die nach Rechtskraft dieser Anordnung in puncto Verantwortlichkeit für die Lebensmittelinformation hinsichtlich „***“ die Rechtsnachfolge der E GmbH angetreten hat. Die Beschwerdeführerin hätte dieser Anordnung also bereits nachkommen müssen bzw. hätte dazu im Vollstreckungswege verhalten werden können.

Zum selben Ergebnis käme man im Übrigen, selbst wenn man die Ansicht verträte, dass § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG idF BGBl. I Nr. 256/2021 auf den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 8.2.2019 (noch) nicht anwendbar wäre, denn nach der höchstgerichtlichen Judikatur (vgl. z.B. VwGH 15.9.2011, 2009/04/0112; VwGH 3.9.2008, 2005/03/0219) kann einem Bescheid dingliche Wirkung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung zukommen, nämlich dann, wenn ein Bescheid zwar an eine bestimmte Person ergeht, sich jedoch derart auf eine Sache bezieht, dass es lediglich auf die Eigenschaften der Sache und nicht die der Person ankommt, der gegenüber der Bescheid erlassen wurde. Bei der die Dinglichkeit vermittelnden Sache muss es sich nicht um eine unbewegliche Sache handeln; das Umwelt- und Technikrecht kennt Dinglichkeit im Hinblick auf bewegliche Sachen verschiedener Art, z.B. Maschinen oder Stoffe, und so gehen nicht anlagenbezogene Pflichten nach dem Abfallrecht primär auf den jeweiligen Abfallinhaber, Pflichten nach dem Kraftfahrrecht zum Teil auf den jeweiligen Zulassungsbesitzer, zum Teil auf den jeweiligen Lenker über, und gehen gemäß § 25 AMG „alle Rechte und Pflichten, die im Zusammenhang mit der Zulassung oder Registrierung der Arzneispezialität stehen“, auf den jeweiligen Zulassungs- oder Registrierungsinhaber

über (*B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021), Rz 1133). - Die aus einer Maßnahmenvorschreibung nach § 39 Abs. 1 Z. 11 LMSVG erfließende Pflicht zur Anpassung der Kennzeichnung ist mit der Sache, auf die sie sich bezieht, nämlich einem konkret bestimmten und gekennzeichneten Lebensmittel, derart verbunden, dass es auf in der Person des Verpflichteten gelegenen Umstände nicht ankommt, sie trifft also den jeweiligen Verantwortlichen für die Lebensmittelinformation (siehe dazu oben); ansonsten könnte der jeweilige Verpflichtete durch Übertragung seiner Verantwortlichkeit immer wieder der Anordnung ausweichen. Was also nun mit BGBl. I Nr. 256/2021 in § 39 Abs. 2 letzter Satz LMSVG zur Klarstellung ausdrücklich gesetzlich normiert wurde (die in den Materialien angesprochene „Einführung einer dinglichen Wirkung von Maßnahmenbescheiden“ ist in diesem Sinne zu verstehen und keineswegs, wie die Beschwerdeführerin meint, dahingehend zu interpretieren, dass der Gesetzgeber damit rückwirkend (!) normieren wollte, dass Bescheiden nach § 39 LMSVG bis dahin keine dingliche Wirkung zukommen sollte), galt für Maßnahmenvorschreibungen nach § 39 Abs. 1 Z. 11 LMSVG ohne diesbezügliche gesetzliche Festlegung auch schon bisher (und zwar aufgrund eines „kraft Rechtstradition vorausgesetzten“ (vgl. abermals *B. Raschauer*, aaO, Rz 1127) und mittlerweile durch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen und höchstgerichtliche Judikate bekräftigten Grundsatzes), weil eine solche Anordnung zwar immer an einen bestimmten Lebensmittelunternehmer erging, sich jedoch derart auf das Produkt, dessen Kennzeichnung anzupassen war, bezog, dass es lediglich auf die Eigenschaften dieses Produkts und nicht die des Unternehmers ankam, dem gegenüber der Bescheid erlassen worden ist.

Aus der Rechtsprechung zu § 68 AVG ist abzuleiten, dass über ein und dieselbe Rechtssache nur einmal rechtskräftig zu entscheiden ist („ne bis in idem“). Mit der Rechtskraft ist die Wirkung verbunden, dass die mit der Entscheidung unanfechtbar und unwiderruflich erledigte Sache nicht neuerlich entschieden werden kann (Wiederholungsverbot). Einer nochmaligen Entscheidung steht das Prozesshindernis der entschiedenen Sache (*res iudicata*), das in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen ist, entgegen (vgl. VwGH 20.10.2021, Ra 2020/20/0306). Bei der Prüfung des Vorliegens der entschiedenen Sache ist (auch vom Verwaltungsgericht) von der rechtskräftigen Vorentscheidung - dies kann auch eine

solche einer Verwaltungsbehörde sein - auszugehen, ohne die sachliche Richtigkeit derselben nochmals zu überprüfen (vgl. VwGH 19.10.2021, Ro 2019/14/0006).

Hinsichtlich der rechtskräftigen Anordnung des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 8.2.2019, dass das Produkt „****“ als Nahrungsergänzungsmittel zu kennzeichnen und alle Kennzeichnungselemente als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) zu entfernen sind, liegt also, zumal es sich um dasselbe Produkt handelt und die rechtliche Grundlage des § 39 Abs. 1 Z. 11 LMSVG gleich geblieben ist, „res iudicata“ und damit ein Wiederholungsverbot vor, d.h. die belangte Behörde durfte die (hier tatsächlich) wortidentische Anordnung, wie sie zuvor bereits erlassen worden war, nicht nochmals gegen die Rechtsnachfolgerin (denn auch dieser gegenüber entfaltet der rechtskräftige Bescheid Sperrwirkung (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 8 Rz 26, rdb.at)) erlassen, weshalb der angefochtene Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet ist und spruchgemäß ersatzlos zu beheben war.

Die dem Landesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren erwachsenen Barauslagen in Form der Sachverständigengebühren sind, zumal es hinsichtlich einer Kostentragung keine Sondervorschrift im LMSVG gibt, gemäß § 75 AVG von Amts wegen zu tragen, da das gegenständliche Verfahren nicht auf Antrag, sondern amtswegig eingeleitet wurde (vgl. § 76 Abs. 1 AVG) und da diese Barauslagen auch nicht durch das Verschulden der Beschwerdeführerin herbeigeführt wurden (vgl. § 76 Abs. 2 AVG).

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die hier entscheidungsrelevanten und über diesen Einzelfall hinaus bedeutsamen Fragen, ob Maßnahmenbescheiden nach § 39 Abs. 1 LMSVG schon bisher dingliche Wirkung zukam und was bisher und auch seit Inkrafttreten der LMSVG-Novelle BGBl. I Nr. 256/2021 die Voraussetzungen für eine solche dingliche Wirkung bzw. einen Unternehmerwechsel und die Konsequenzen daraus sind, sind – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bislang nicht beantwortet.