

# Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in (nichtamtlichen) Leitsätzen

November/Dezember 2021

ALFRED GROF

In dieser Sparte wird zweimonatlich in Kurzform und möglichst zeitnah über praxisrelevante, schwerpunktmäßig in den Bereichen »Grundrechte«, »Wirtschaftsrecht« und »Verfahrensrecht« ergangene Entscheidungen von europäischen und nationalen Gerichten informiert. Die Lang- bzw Originalfassungen der hier referierten Entscheidungen können in der Regel jeweils direkt von den Homepages der entsprechenden Gerichte abgerufen werden. Für die Richtigkeit des Inhalts dieser Leitsätze kann seitens der Herausgeber und seitens des Verlages keinerlei Haftung übernommen werden.

## A. Gerichtshof der Europäischen Union

### EuGH v 21.12.2021, C-357/19 (ROM) – GK

Art 2 EUV; Art 19 EUV; Art 47 EGRC

Die Entscheidung 2006/928/EG der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Korruptionsbekämpfung ist für Rumänien in allen ihren Teilen verbindlich; die in ihrem Anhang aufgeführten Vorgaben sollen sicherstellen, dass dieser Mitgliedstaat den in Art 2 EUV genannten Wert der Rechtsstaatlichkeit beachtet und die zur Erreichung dieser Vorgaben geeigneten Maßnahmen ergreift, wobei er auch die von der Kommission erstellten Berichte und Empfehlungen gebührend zu berücksichtigen hat.

Art 325 Abs 1 AEUV sowie die Entscheidung 2006/928/EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung oder Praxis entgegenstehen, wenn die Anwendung dieser nationalen Regelung oder Praxis geeignet ist, eine systemische Gefahr der Straflosigkeit von schweren Betrugsdelikten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union oder von Korruptionsdelikten im Allgemeinen zu begründen. Die Verpflichtung, sicherzustellen, dass solche Straftaten Gegenstand wirksamer und abschreckender Strafen sind, entbindet das vorliegende Gericht nicht von der Prüfung der notwendigen Beachtung der in Art 47 EGRC garantierten Grundrechte.

Art 2 und Art 19 EUV sowie die Entscheidung 2006/928/EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen

Regelung oder Praxis, wonach die Entscheidungen des nationalen Verfassungsgerichts für die ordentlichen Gerichte bindend sind, nicht entgegenstehen, sofern das nationale Recht die Unabhängigkeit dieses Verfassungsgerichts gegenüber insbesondere der Legislative und der Exekutive, wie sie diese Bestimmungen verlangen, gewährleistet. Auf der anderen Seite sind diese Bestimmungen des EU-Vertrags und die genannte Entscheidung dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach jegliche Nichtbeachtung der Entscheidungen des nationalen Verfassungsgerichts durch die nationalen Richter ordentlicher Gerichte deren disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit auslösen kann.

Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung oder Praxis entgegensteht, wonach die ordentlichen Gerichte an Entscheidungen des nationalen Verfassungsgerichts gebunden sind und – aus diesem Grund und da sie widrigenfalls ein Disziplinarvergehen begehen würden – die Rechtsprechung aus diesen Entscheidungen nicht aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen dürfen, obwohl sie im Licht eines Urteils des Gerichtshofs der Auffassung sind, dass diese Rechtsprechung gegen Art 19 EUV, Art 325 AEUV oder die Entscheidung 2006/928/EG verstößt.

### EuGH v 21.12.21, C-497/20 (ITA)

Art 47 EGRC; RL 89/656/EWG (Auftragsvergabe)

Wenn es das nationale Verfahrensrecht einem Betroffenen erlaubt, bei einem unabhängigen und unpar-

teilschen Gericht einen Rechtsbehelf einzulegen und vor diesem Gericht wirksam einen Verstoß gegen das Unionsrecht und die Bestimmungen des nationalen Rechts, die das Unionsrecht in der innerstaatlichen Rechtsordnung umsetzen, geltend zu machen, aber das oberste, in letzter Instanz entscheidende Verwaltungsgericht die Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs in ungebührlicher Weise von Bedingungen abhängig macht, die dazu führen, dass den Betroffenen ihr Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vorenthalten wird, verlangt das Unionsrecht nicht, dass dieser Mitgliedstaat zur Verhinderung der Verletzung dieses Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf die Möglichkeit vorsieht, gegen solche Unzulässigkeitsentscheidungen des obersten Verwaltungsgerichts ein Rechtsmittel beim obersten ordentlichen Gericht einzulegen. Denn in einem solchen Fall besteht die Abhilfe gegen den Verstoß gegen Art 47 Abs 1 EGRC darin, dass jedes Gericht des betreffenden Mitgliedstaats, einschließlich des obersten Verwaltungsgerichts selbst, verpflichtet ist, diese unionsrechtswidrige Rechtsprechung unangewendet zu lassen, und die EU-Kommission andernfalls berechtigt ist, gegen diesen Mitgliedstaat eine Vertragsverletzungsklage zu erheben.

Im Übrigen steht es dem Einzelnen, der durch den Verstoß gegen sein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts gegebenenfalls geschädigt worden ist, frei, den Mitgliedstaat haftbar zu machen, sofern der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.

### EuGH v 23. 11. 2021, C-564/19 (HUN)

Art 6 EUV; Art 19 EUV; Art 267 AEUV; Art 47 EGRC

Art 267 AEUV steht dem entgegen, dass das Höchstgericht eines Mitgliedstaats im Anschluss an ein Rechtsmittel zur Wahrung des Rechts die Rechtswidrigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens, mit dem der EuGH von einem untergeordneten Gericht nach dieser Bestimmung befasst worden ist, feststellt, weil die vorgelegten Fragen für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nicht erheblich und erforderlich seien, ohne dass allerdings die Rechtswirkungen der dieses Ersuchen enthaltenden Entscheidung betroffen sind. Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verpflichtet dieses untergeordnete Gericht, eine solche Entscheidung des nationalen Höchstgerichts außer Acht zu lassen.

Art 267 AEUV ist dahin auszulegen, dass er der Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen einen nationalen Richter entgegensteht, weil dieser den Gerichtshof

um eine Vorabentscheidung nach Art 267 AEUV ersucht hat.

### EuGH v 11. 11. 2021, C-388/20 (BRD)

Art 31 VO 1169/2009/EU (LMIV)

Art 31 Abs 3 LMIV, wonach sich die Nährwertinformationen gegebenenfalls auf das zubereitete Lebensmittel statt auf das Lebensmittel zum Zeitpunkt des Verkaufs beziehen können, sofern ausreichend genaue Angaben über die Zubereitungsweise gemacht werden und sich diese Informationen auf das verbrauchsfertige Lebensmittel beziehen, ist dahin auszulegen, dass diese Bestimmung allein für Lebensmittel gilt, bei denen eine Zubereitung erforderlich und die Zubereitungsweise vorgegeben ist.

## B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

### EGMR v 7. 12. 2021, 39378/15 (Ö)

Art 10 EMRK

Verletzung durch gerichtliche Anordnungen gegenüber dem Herausgeber einer online-Tageszeitung dahin, die Anmeldedaten von registrierten Nutzern herauszugeben, die Kommentare, die Politiker ua mit Korruption oder Neonazis in Verbindung brachten, gepostet hatten: Nutzerdaten genießen zwar nicht denselben Schutz wie journalistische Quellen, insbesondere kommt ihnen kein absolutes Recht auf Online-Anonymität zu; allerdings haben die innerstaatlichen Gerichte in concreto keine Interessenabwägung vorgenommen, sodass sich deren Anordnungen in einer demokratischen Gesellschaft im Ergebnis als nicht erforderlich erweisen.

## C. EFTA-Gerichtshof

### EFTA-GH v 14. 12. 2021, E-1/21 (LIE)

Art 3 EWRA; VO 883/2004/EG (Sozialversicherung)

Art 13 der VO 883/2004/EG ist dahin auszulegen, dass die Bestimmung des Ortes, an dem die wesentlichen Entscheidungen des Unternehmens getroffen und die Handlungen zu dessen zentraler Verwaltung vorgenommen werden, die Berücksichtigung einer Vielzahl von Faktoren erfordert. Zu diesen Faktoren zählen in erster Linie der statutarische Sitz, der Ort der zentralen Verwaltung, der Ort, an dem die Führungskräfte der Gesellschaft zusammentreffen, und der – gewöhnlich mit diesem

übereinstimmende – Ort, an dem die allgemeine Unternehmenspolitik dieser Gesellschaft bestimmt wird. Andere Elemente, wie der Wohnsitz der Hauptführungskräfte, der Ort, an dem die Gesellschafterversammlung zusammentritt, der Ort, an dem die Verwaltungsunterlagen erstellt und die Bücher geführt werden, und der Ort, an dem die Finanz- und insbesondere die Bankgeschäfte hauptsächlich wahrgenommen werden, können ebenfalls in Betracht gezogen werden.

#### D. Bundesverfassungsgericht (BRD)

---

##### BVerfG v 16.12.2021, 1 BvR 1541/20

Art 3 GG (Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage)

Aus Art 3 GG ergibt sich für den Staat das Verbot unmittlbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen. Dieser Schutzauftrag kann sich in bestimmten Konstellationen von ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Dazu gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit. Der Schutzauftrag verdichtet sich hier, weil das Risiko der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht. Dem Gesetzgeber steht auch bei der Erfüllung einer konkreten Schutzpflicht aus Art 3 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt.

#### E. Bundesverwaltungsgericht (BRD)

---

##### BVerwG v 17.9.2021, 3 C 20.20

VO 609/2013/EU; RL 1999/21/EG

Wird ein Erzeugnis als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (hier: »Diätetisches Lebensmittel zum Diätmanagement bei Blasenentleerungsstörungen und Harnwegsinfekten«) in den Verkehr gebracht, sind die für derartige Lebensmittel verpflichtenden Angaben grundsätzlich nicht geeignet, die Eigenschaft des Erzeugnisses als Präsentationsarzneimittel zu begründen.

Das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen für die Einordnung als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke nicht vorliegen.

#### F. Staatsgerichtshof (LIE)

---

##### StGH v 7.12.2021, 2021/082

Nach Art 40 Abs 2 EpG können verschiedene Aktivitäten der Bevölkerung eingeschränkt oder ganz verboten werden. Dass das Gesetz neben Verboten auch bloße Einschränkungen dieser Aktivitäten vorsieht, ergibt sich auch ohne Weiteres aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn es wäre unverhältnismäßig, diese Aktivitäten ganz zu verbieten, wenn es weniger weitgehende Maßnahmen gibt, mit denen eine Epidemie mit gleicher oder ähnlicher Aussicht auf Erfolg eingedämmt werden kann. Entgegen dem Vorbringen der Antragsteller kann vom Gesetzgeber auch nicht verlangt werden, dass er die möglichen Einschränkungen dieser Aktivitäten von vornherein normiert, da dies offensichtlich von der Art der Epidemie und dem im Zeitpunkt ihres Ausbruchs verfügbaren medizinischen, technischen und logistischen Instrumentarium abhängt. Der Ordnungsgeber kann dagegen schneller auf den Ausbruch einer Epidemie reagieren und konkrete Maßnahmen vorsehen. Wie auch die Regierung in ihrer Stellungnahme zu Recht betont, sind deshalb die Anforderungen an das Legalitätsprinzip gerade in dynamischen Rechtsbereichen wie dem oder eben im Bereich von Bevölkerungsschutz und der Bekämpfung von Epidemien im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen zwangsläufig gelockert. Andererseits ist es auch bei längerer Dauer einer Epidemie nicht zwingend erforderlich, dass Maßnahmen, welche auf Verordnungsebene festgelegt wurden, sobald wie möglich in ein Gesetz überführt werden müssen. Allerdings verlangt Art 40 Abs 3 EpG als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich, dass die angeordneten Maßnahmen nur so lange dauern dürfen, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern, und dass diese regelmäßig überprüft werden müssen. Und de facto sind Maßnahmen gerade im Bereich der Epidemienbekämpfung nicht auf Dauer angelegt, selbst wenn sie nicht explizit befristet sind. Entsprechend wichtig ist es daher, dass die Regierung dem Landtag regelmäßig Rechenschaft über ihre Verordnungstätigkeit ablegt bzw der Landtag dies auch einfordert.

##### StGH v 7.12.2021, StGH 2021/081

Wenn gegensätzliche Grundrechtsinteressen aufeinanderstoßen, spricht man von einem Grundrechtskonflikt.

Die behördlichen Corona-Maßnahmen bilden dabei ein geradezu lehrbuchmäßiges Beispiel eines solchen Grundrechtskonflikts. Solche Grundrechtskonflikte sind nach der Rechtsprechung des StGH unter angemessener Berücksichtigung der einander entgegenstehenden Grundrechtsinteressen in einem umsichtigen Abwägungsprozess zu lösen (»praktische Konkordanz«; siehe StGH 2019/051, Erw 3.2; StGH 2018/121, Erw 7.3 ff). Hierzu ist primär der Gesetzgeber berufen, der StGH anerkennt auch unter diesem Gesichtspunkt eine »Entscheidungsprärogative« des Gesetzgebers. Soweit – wie im vorliegenden Fall (vgl StGH 2021/082, Erw 5.1 ff) – eine verfassungskonforme Delegation vom Gesetzgeber an den Ordnungsgeber erfolgt ist, muss eine entsprechende judikative Zurückhaltung auch gegenüber der Normsetzung durch die Regierung gelten, zumal dann, wenn die Regierung dem Landtag wie bei der Coronapandemie regelmäßig Rechenschaft über ihre Verordnungstätigkeit ablegt.

## G. Verfassungsgerichtshof

### VfGH v 15.12.2021, G233/2021

Art 6 EMRK; Art 18 B-VG; ABBAG und CFPG (CoViD-Unternehmensförderung)

Die Rechtsprechung des VfGH sieht für Regelungen im Bereich des Wirtschaftsrechtes keine so weitgehende gesetzliche Vorherbestimmung als erforderlich an wie in Bereichen, in denen eine exaktere Determinierung möglich ist und in denen das Rechtsschutzbedürfnis (wie etwa im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht oder im Steuerrecht) eine besonders genaue gesetzliche Determinierung verlangt.

Aus dem rechtsstaatlichen Prinzip erfließt das verfassungsrechtliche Gebot, die Einhaltung von Verfassung und Gesetz durch entsprechende Einrichtungen zu sichern. Wenn mit privatrechtsförmigen oder mit behördlichen Maßnahmen in erheblicher Weise in Grundrechtspositionen eingegriffen wird, muss von Verfassung wegen ein die Rechte der Betroffenen jeweils ausreichend sichernder Rechtsschutz eröffnet sein.

Diesen Anforderungen wird das Verfahren zur Überprüfung finanzieller Maßnahmen nach §§ 6 ff CFPG gerecht. Denn § 3b Abs 2 ABBAG-Gesetz ist mit der gemäß Art 18 Abs 1 B-VG gebotenen Deutlichkeit zu entnehmen, dass die Gewährung und allfällige Rückforderung finanzieller Maßnahmen nach § 2 Abs 2 Z 7 ABBAG-Gesetz durch die COFAG privatrechtlicher Natur ist. Den begünstigten Unternehmen ist somit Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten eingeräumt. Soweit das Finanzamt im

Rahmen der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse nach § 2 Abs 2 CFPG allenfalls Rechte verletzt, steht dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit der Maßnahmenbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG offen. Die Einräumung eines eigenständigen Rechtsbehelfs gegen den Prüfbericht des Finanzamtes nach § 8 CFPG ist aus rechtsstaatlichen Überlegungen nicht geboten, zumal an diesen als solchen keine Rechtswirkungen für das betroffene Unternehmen geknüpft werden. Eine allenfalls unzutreffende Feststellung im Prüfbericht kann das Unternehmen gegenüber der COFAG vor den ordentlichen Gerichten relevieren. Ein Rechtsschutzdefizit liegt somit nicht vor.

Ungeachtet der Frage, ob Art 6 EMRK überhaupt in jeder in diesem Zusammenhang möglichen Verfahrenskonstellation anwendbar ist, handelt es sich bei dem Verfahren zur Überprüfung finanzieller Leistungen gemäß § 2 Abs 2 Z 7 ABBAG-Gesetz, bei dem das Finanzamt als Gutachter einen Prüfbericht erstellt, um ein vom Abgabenverfahren zu unterscheidendes, getrenntes Verfahren. Insoweit liegt daher keine Konstellation vor, in der das Finanzamt sowohl als Gutachter als auch als Entscheidungsträger fungiert.

### VfGH v 7.10.2021, E 837/2021

EMRK; BVGRassDiskr; AsylG

Verletzung im Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander mangels zeitnaher schriftlicher Ausfertigung der mehr als acht Monate vorher mündlich verkündeten und umfangreich begründeten Entscheidung betreffend die Nichtgewährung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK.

### VfGH v 7.10.2021, E 837/2021

Art 13 EMRK; VwGVG

Eine allzu lange Zeitspanne zwischen mündlicher Verkündung und schriftlicher Ausfertigung des Erkenntnisses widerspricht der Pflicht des VwG zu einer möglichst zeitnahen schriftlichen Ausfertigung der Entscheidung. Dem Bf. wurde dadurch ein effektiver Rechtsschutz verwehrt, weshalb eine solche Vorgangsweise schon deshalb den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Erlassung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen widerspricht.

►

## H. Oberster Gerichtshof

### OGH v 22.10.2021, 12 Os 118/21a

§ 125 StGB; § 126 StGB

Auch einzelne Einsatzfahrzeuge der Polizei sind wesentliche Bestandteile der kritischen Infrastruktur. Die vorsätzliche Zerstörung eines Einsatzfahrzeuges begründet daher das Vergehen der schweren Sachbeschädigung nach §§ 125, 126 Abs 1 Z 5 StGB.

## I. Verwaltungsgerichtshof

### VwGH v 10.12.2021, Ra 2020/17/0013

§ 52 GSpG; § 38a VwGG; § 16 VStG; § 22 VStG; § 64 VStG

Rechtssatz gemäß § 38a Abs. 4 VwGG:

Die Rechtsgrundlagen

- i) für die Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG,
- ii) für die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 16 VStG im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG und
- iii) für die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 Abs. 2 VStG

sind grundsätzlich mit dem Unionsrecht (insbesondere Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) vereinbar.

Anmerkung: Vgl dazu A. Grof, Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtssatzkundmachungen, SPWR 2021, 339 ff.

### VwGH v 28.6.2021, Ra 2019/11/0049

AuskunftspflichtG

Im Falle eines Auskunftsbegehrens eines Journalisten, der die Funktion eines »public watchdog« ausübt, indem dessen journalistische Aktivitäten zur öffentlichen Debatte beitragen sollen und diese Vorgangsweise auch im öffentlichen Interesse (zB an einer guten Führung der Amtsgeschäfte) liegt, sind die Gründe für eine Verweigerung der Auskunft besonders streng zu prüfen; wenngleich nach dem AuskunftspflichtG kein Recht auf Akteneinsicht besteht, kann es somit dennoch geboten sein, dem Journalisten Zugang zu solcherart relevanten Aktenteilen zu gewähren.

### VwGH v 5.10.2021, Ro 2020/03/0005

ORF-G

Ein (Fernseh-)Programm, welches ausschließlich online und auf keinem anderen »klassischen« Weg verbreitet wird – und demnach ein »reines« Online-Programm darstellt –, ist nicht von der in § 3 Abs 1 und 8 ORF-G festgelegten Mindest- und Höchstgrenze für »klassische« Rundfunkprogramme umfasst; ein reines »Online-Fernsehprogramm« ist vielmehr – wenngleich es die Begriffsdefinition eines »Fernsehprogramms« iSd § 1a Z 2 ORF-G erfüllt – als Online-Angebot iSd ORF-G anzusehen und sohin über den Versorgungsauftrag des § 3 Abs 1 und 8 ORF-G hinaus – im Rahmen der §§ 3 Abs 5 Z 2 iVm §§ 4e und 4f ORF-G – zulässig.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass eine Genehmigung erst nach einem positiven Abschluss eines Auftragsvorprüfungsverfahrens gemäß §§ 6 ff ORF-G in Betracht kommt, zumal das beantragte Online-Angebot unstrittig über den Rahmen des § 4e ORF-G hinausgeht und somit unter § 4f ORF-G zu subsumieren und (ebenso unstrittig) als »neues Angebot« iSd § 6 Abs 2 ORF-G zu qualifizieren ist. Das beantragte Angebot ist sohin nur dann zu genehmigen, wenn die Voraussetzungen des § 6b Abs 1 ORF-G erfüllt sind und derart die Abwägung zu Gunsten des beantragten Angebots ausgeht. Der Revision ist daher im Ergebnis zuzustimmen, dass im vorliegenden Fall eine Auftragsvorprüfung nach § 6b ORF-G durchzuführen gewesen wäre.

## J. Verwaltungsgerichte

### LVwG OÖ v 10.12.2021, LVwG-000472

Art 16 EGRC; Art 35 EGRC; Art 38 EGRC; Art 50 EGRC; Art 52 EGRC; Art 6 EMRK; Art 4 7.ZPMRK; Novel-Food-Verordnung 2015/2283/EU (NFV); Lebensmittel-informationsverordnung 1169/2011/EU (LMIV); Lebensmittel-Basis-Verordnung 178/2002/EG (LM-Basis-V); DVO 2017/2470/EU (Unionsliste); DVO 2018/456/EU (Konsultationsverfahren); Empfehlung 2016/2115/EU (Referenzdosis  $\Delta^9$ -THC); § 5 LMSVG; § 90 LMSVG; SMG; SuchtgiftVO; § 5 VStG; § 44a VStG

1. Um festzustellen, ob ein mit einem bestimmten THC-Anteil hergestelltes und insoweit Cannabis (Hanf) enthaltendes Produkt in den Anwendungsbereich der NFV fällt, ist in einem **ersten Schritt** zu untersuchen, ob dieses **dezidiert** in der **Unionsliste** angeführt ist.

→ Trifft dies **zu**, ist dessen **Inverkehrbringen** unter dem Novel-Food-Aspekt **erlaubt**.

→ Trifft dies **nicht zu**, resultiert daraus **kein automatisches e-contrario-Verkehrsverbot**: Vielmehr

▶

kommt einem solchen **Negativbefund** nur eine – allenfalls in diese Richtung deutende – **Indizwirkung** (bzw. Vermutung) zu, die sich durch nachfolgende Argumente jeweils **widerlegen** lässt, wobei eine solcherart resultierende **Nichtanwendbarkeit der NFV** jeweils dem **Nichtbestehen eines Verbotes des Inverkehrbringens** (bzw. *vice versa*) gleichzuhalten ist:

Zunächst ist in einem **zweiten Schritt** zu prüfen, ob das Produkt **schon vor dem 15.5.1997** in einem **nennenswerten Umfang** in der EU für den **menschlichen Verzehr** verwendet worden ist.

→ Trifft dies **zu**, fällt das Produkt **nicht** in den **Anwendungsbereich der NFV** (→ **Inverkehrbringen** unter dem Novel-Food-Aspekt **erlaubt**).

→ Trifft dies **nicht zu**,

ist in einem **dritten Schritt** zu prüfen, ob die Ware eine **Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel** gehabt hat.

→ Trifft dies **nicht zu**, fällt das Lebensmittel in den **Anwendungsbereich der NFV** (→ **Inverkehrbringen** unter dem Novel-Food-Aspekt **nicht erlaubt**).

→ Trifft dies **zu**,

ist in einem **vierten Schritt** zu prüfen, ob das Produkt mittels eines **herkömmlichen Vermehrungsverfahrens** hergestellt wurde.

→ Trifft dies **zu**, fällt das Produkt **nicht** in den **Anwendungsbereich der NFV** (→ **Inverkehrbringen** unter dem Novel-Food-Aspekt **erlaubt**).

→ Trifft dies **nicht zu**,

ist in einem **fünften Schritt** zu prüfen, ob das Lebensmittel im Wege eines (zwar nicht herkömmlichen, jedoch) solchen **Vermehrungsverfahrens** hergestellt wurde, das **keine bedeutende Veränderungen** der Zusammensetzung oder der Struktur des Lebensmittels bewirkt oder seinen Nährwert, seine Verstoffwechslung oder seinen Gehalt an unerwünschten Stoffen beeinflusst hat.

→ Trifft dies **zu**, fällt das Produkt **nicht** in den **Anwendungsbereich der NFV** (→ **Inverkehrbringen** unter dem Novel-Food-Aspekt **erlaubt**).

→ Trifft dies **nicht zu**, fällt das Produkt in den **Anwendungsbereich der NFV**. (→ **Inverkehrbringen** unter dem Novel-Food-Aspekt **nicht erlaubt**).

2. Angesichts der rechtssystematischen Grundkonzeption, dass sich eine **EU-bezogene Strafnorm** gesamthaft betrachtet **kumulativ** jeweils aus dem **unionsrechtlich geprägten** (und zugleich einem gegebenenfalls parallel-innerstaatlich normierten Deliktstatbestand **derogierenden**) **Tatbild** einerseits und der **nationalrechtlichen Strafdrohung** andererseits zusammensetzt (vgl dazu näher A. Grof – A.M. Karlbauer, Verwaltungsstrafen im Lebensmittelrecht – systematischer Leitfadens, SPWR 2021, 293 ff), können mit Blick auf die **Unternehmerverant-**

**wortlichkeit** nach Art 4 ff NFV – jeweils iVm § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG – **generell-vergrößernd** im Wesentlichen folgende **Deliktstypen** unterschieden werden:

→ **Unterlassung der selbständigen Prüfpflicht** (Art. 4 Abs. 1 NFV)

→ **Unterlassung einer Konsultation des BMinSGPK** (Art. Abs. 2 NFV)

→ **Unterlassung der Beantragung einer Zulassung bei der EU-Kommission** (Art. 10 NFV)

→ **Inverkehrbringen** eines neuartigen Lebensmittels, ohne dass für dieses eine **Bescheinigung des BMinSGPK** vorlag bzw. **ohne** dass dieses in der **Unionsliste** aufgenommen war (Art. 6 Abs. 2 erste Alternative NFV)

→ **Inverkehrbringen** eines neuartigen Lebensmittels **entgegen** den Vorschriften der NFV – insbesondere Kennzeichnungsregelungen – und/oder einer hierzu ergangenen **unionsrechtlichen** und/oder **nationalrechtlichen Durchführungsregelung**, insbesondere Inverkehrbringen von **verbotenen gesundheitsgefährdenden Suchtmitteln** (Art. 6 Abs. 2 zweite Alternative NFV)

3. Im Lichte des Mehrfachverfolgungs- und -bestrafungsverbot (Art 4 des 7.ZPMRK; Art 50 EGRC) iVm § 44a Z 1 VStG kann die Frage der Maßgeblichkeit der NFV mit der für ein **Strafverfahren geforderten Präzision** für eine konkrete Fallkonstellation nur derart gelöst werden, dass **diese Schrittabfolge additiv** sowohl auf der **Faktenebene umfassend ermittelt** als auch in **rechtlicher Hinsicht umfassend subsumiert** und im Spruch des Straferkenntnisses **umfassend konkretisiert** wird.

4. Wird einem Unternehmer **beispielsweise** eine Zuwiderhandlung gegen das Inverkehrbringensverbot des Art 6 NFV iVm § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG in Bezug auf neuartige pflanzliche Lebensmittel angelastet, so lautet demnach der insoweit **konkret maßgebliche Deliktstatbestand**:

*Eine Übertretung des § 90 Abs. 3 Z 1 LMSVG i.V.m. Teil 1 Z. 38 der Anlage zum LMSVG, i.V.m. Art. 6 Abs. 2 NFV, i.V.m. der DVO 2017/2470/EU und i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG hat u.a. derjenige verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, der als*

*1.) Lebensmittelunternehmer*

*2.) neuartige pflanzliche Lebensmittel,*

*a) das sind einerseits solche, die*

*– entweder aus Pflanzen oder aus Pflanzenteilen bestehen*

*– oder aus Pflanzen oder Pflanzenteilen isoliert werden*

*– oder aus Pflanzen oder Pflanzenteilen erzeugt werden,*

*und andererseits*

*– nicht bereits vor dem 15.5.1997 in einem nennenswerten Umfang in der Union für den menschlichen Verzehr verwendet wurden,*

b) es sei denn, dass diese  
– bereits zuvor eine **Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel** in der Union hatten  
und

– aus einer Pflanze oder einer Sorte derselben Pflanzenart bestanden oder daraus isoliert oder erzeugt wurden, die ihrerseits bereits vor dem 15.5.1997

a) entweder mithilfe **herkömmlicher Vermehrungsverfahren**, die in der Union zur Lebensmittelerzeugung eingesetzt wurden,

β) oder mithilfe **anderer Vermehrungsverfahren**, sofern diese **keine bedeutende Veränderungen** der Zusammensetzung oder der Struktur des Lebensmittels, die seinen Nährwert, seine Verstoffwechslung oder seinen Gehalt an unerwünschten Stoffen beeinflussten,

gewonnen wurden,

3.) **in Verkehr bringt**,

4.) obwohl hinsichtlich dieser Lebensmittel zuvor **keine Zulassung durch die Kommission der EU** und darauf fußend auch **keine Aufnahme** in die gemäß der DVO 2017/2470/EU erstellte **Unionsliste** vorlag.

5. Aus **verfahrensrechtlichem** Blickwinkel ist zu beachten, dass die **Beweislastumkehr** des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG (lediglich in Bezug auf die Ebene des **Verschuldens**, jedoch) nicht hinsichtlich der **Tatbestandsebene** zum Tragen kommt. Davon ausgehend obliegt es der **Behörde, von Amts wegen** (vgl § 39 Abs 2 AVG) zu **ermitteln** und entsprechend zu **belegen**, ob bzw. inwieweit **alle essentiellen Tatbestandsmerkmale** – va im Hinblick auf die Frage, ob die gegenständliche Fallkonstellation überhaupt in den **Anwendungsbereich der NFV** fällt – auch de facto vorliegen; darüber hinaus muss diese jeweils auch noch im **Spruch** des Straferkenntnisses in einer den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG entsprechenden Weise **konkretisiert** werden.

6. Mit der »Empfehlung der EU-Kommission 2016/2115/EU vom 1. Dezember 2016 zum Monitoring von Δ<sup>9</sup>-Tetrahydrocannabinol« wurde keine Normierung der gutachterlichen **Referenzdosis** von **1 µg/kg Körpergewicht** als rechtsverbindlicher Grenzwert vorgenommen.

7. Objektiv steht zwar unbestritten fest, dass »Cannabis« (bzw »Hanf« bzw »Cannabidiol« bzw »CBD« bzw »THC« bzw »Tetrahydrocannabinol« oÄ) in der »Unionsliste« **nicht** als ein neuartiges Lebensmittel **angeführt** ist. Allerdings hat die Behörde verfahrensgegenständlich zu den Problemkreisen der **Verwendung in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr**, der **Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel** und jenem der **herkömmlichen Vermehrungsverfahren** keine Ermittlungsschritte gesetzt und in Konsequenz dessen auch keine iSd § 44a Z 1 VStG adäquaten Spruchkonkretisierungen vorgenommen. Gleiches gilt in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des **Inverkehrbringens**, hinsicht-

lich dessen deshalb, weil prinzipiell stets davon auszugehen ist, dass mit der Erlassung einer EU-Verordnung jeweils auch iSd Art 52 Abs. 1 EGRC ein dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entsprechender Ausgleich zwischen den notwendig **konträren Interessen** der Unternehmer einerseits (vgl Art 16 und 17 EGRC) und der Konsumenten andererseits (Art 35 und 38 EGRC) geschaffen wird, zu beachten ist, dass insoweit, als es um die Sanktionierung von **unionsrechtlichen** Gebots- bzw Verbotsnormen (bzw. Deliktstatbeständen) geht, zB. der Begriff »Wer« iSd § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG nicht einen gleichsam schon ex ante feststehenden Inhalt aufweist, sondern dieser jeweils erst anhand der konkret-fallbezogen heranzuziehenden EU-Rechtsgrundlage bestimmt werden kann. Daraus resultiert, dass – um im Anwendungsbereich der NFV und/oder der LM-Basis-V von einem »Inverkehrbringen« sprechen zu können, die **bloße Herstellung** eines Produktes hierfür nicht ausreicht; vielmehr muss dieses darüber hinaus – wenn schon nicht verkauft, vertrieben oder in anderer Form weitergegeben, so doch – **zumindest für Verkaufszwecke bereitgehalten** worden sein.

8. Weiters hat die Behörde im vorliegenden Fall **weder** eine Verletzung der NFV durch **Nichtwahrnehmung der eigenständigen unternehmerischen Prüfungsverpflichtung** gemäß Art 4 Abs 1 und 2 NFV noch eine Übertretung des Art 6 Abs 1 und Abs 5 der DVO 2018/456/EU durch **Nichteinholung einer Bescheinigung des BMinS-GPK** noch ein Inverkehrbringen von **verfälschten Lebensmitteln** iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG bzw von **irreführend gekennzeichneten Lebensmitteln** iSd Art 7 LMIV noch eine Übertretung der **HonigV** noch eine Übertretung der **NEMV** untersucht (sondern – implizit – nur das Vorliegen einer **gerichtlich strafbaren Handlung** nach § 81 LMSVG und/oder dem **SMG iVm der SuchtgiftVO** ausgeschlossen). Weil aber gegenständlich bereits **Verfolgungsverjährung** eingetreten ist, kam schon aus diesem Grund eine »Spruchkorrektur« (im Sinne einer Modifikation bzw Erweiterung der Tatanlastung) durch das LVwG OÖ nicht in Betracht. Darüber hinaus ist auch nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass nach hg Auffassung selbst in Konstellationen einer noch offenen Verfolgungsverjährungsfrist die frühere, zu den »Berufungsbehörden« und den »Unabhängigen Verwaltungssenaten« ergangene **Judikatur des VwGH**, wonach solche Behörden in derartigen Fällen sogar zu einer entsprechenden Spruchkorrektur verpflichtet waren, im Hinblick auf den durch die B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 **fundamental geänderten Status** der (erstinstanzlichen) **Verwaltungsgerichte** auf deren Verfahrensweise schon deshalb **nicht übertragen** werden kann, weil Letzteren nun jedenfalls **nicht mehr** (auch) die Funktion einer **Anklage- bzw Strafverfolgungsbehörde** zukommt (vgl zum **Verbot** einer dementsprechenden »**Funktionsver-**

**mischung**« grundlegend EGMR vom 20. September 2016, 926/08 – »Karelin«)

9. Wenngleich sich daher letztlich in **materieller Hinsicht** nicht mit Sicherheit ausschließen lässt, dass im verfahrensgegenständlichen Fall eine **Verfälschung** bzw. **irreführende Kennzeichnung** einerseits und/oder eine **Verletzung der unternehmerischen Selbstprüfungspflicht** und/oder eine **pflichtwidrige Unterlassung der Initiierung eines Konsultationsverfahrens** andererseits vorgelegen haben könnte, war der vorliegenden Beschwerde dennoch aus den genannten – und **insgesamt prävalierenden** – **formalen Gründen** (**fehlende** diesbezügliche **Ermittlungen** und **Spruchkonkretisierungen** und damit insoweit **fehlende** »Anklage« sowie **Verfolgungsverjährung**) gemäß § 50 VwGVG **stattzugeben**, das angefochtene Straferkenntnis **aufzuheben** und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs 1 Z 1 VStG **einzustellen**, weil die Bf in jener Art und Weise, wie ihr dies spruchmäßig angelastet wurde, einen verwaltungsrechtlichen Deliktstatbestand nicht verwirklicht hat.