

BGer 2C_162/2019 vom 26. Februar 2020

Bundesgericht, 2020-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_162_2019

FR: TF 2C_162/2019 du 26 février 2020

IT: TF 2C_162/2019 del 26 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1.1

Das angefochtene Urteil ist ein verfahrensabschliessender, kantonal letztinstanzlicher Gerichtsentscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts, weshalb es der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegt (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 42 und 100 Abs. 1 BGG) ist einzutreten.

E. 1.2

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372).

E. 1.3

Streitgegenstand bildet die Frage, ob das Produkt der Beschwerdeführerin gesetzeskonform in Verkehr gebracht worden ist bzw. die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen sind, dass das Produkt der Beschwerdeführerin das lebensmittelrechtliche

Täuschungsverbot verletzt hat und darum nicht mehr ausgeliefert bzw. abgegeben werden darf und die entsprechenden Anpreisungen zu unterlassen sind. Unbestritten ist demgegenüber, dass die Zusammensetzung des Produkts der Beschwerdeführerin zulässig ist, was bereits der oben erwähnte Untersuchungsbericht des kantonalen Laboratoriums Thurgau zum Ausdruck gebracht hat.

Die Beschwerdeführerin verwendete auf ihrer Website und im Beipackzettel eine Gliederpuppe, bei welcher die Gelenke rot und der restliche Körper blau eingefärbt waren. In der Zwischenzeit hat die Beschwerdeführerin die Gelenke mit einer hellblauen Farbe eingefärbt. Damit entfällt der Streitgegenstand nicht, bildet doch vor allem der Name des Produkts Anlass für die der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verletzung des Täuschungsverbots.

E. 2

Die Beschwerdeführerin macht mehrfach eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV geltend. Zum einen handelt es sich dabei um eine Frage der Rechtsanwendung, weshalb die Rügen in diesem Zusammenhang zu prüfen sind, zum anderen ist die Vorinstanz nicht verpflichtet, sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinander zu setzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Vielmehr kann sie sich - was hier zu Recht erfolgt

ist - auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken und die Begründung so abfassen, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 142 II 324 E. 3.6 S. 337 f.).

E. 3.1.1

Unbestritten handelt es sich beim Produkt (Nahrungsergänzungsmittel), dessen Anpreisung hier strittig ist, um ein solches, das unter das Lebensmittelgesetz fällt. Dieses bezweckt u.a. die Konsumentinnen und Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vor Täuschungen zu schützen sowie den Konsumentinnen und Konsumenten die für den Erwerb von Lebensmitteln oder Gebrauchsgegenständen notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen (Art. 1 lit. c und d LMG). Umgesetzt hat der Gesetzgeber die zwei Ziele einerseits in den Kennzeichnungsartikeln (Art. 12 f., 16 LMG), andererseits im Täuschungsschutz nach Art. 18 LMG . Er hat somit die beiden Ziele unabhängig voneinander verwirklicht.

E. 3.1.2

Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 9, 16, 27 BV . Die genannten Grundrechte spielen bei der grundrechtskonformen Auslegung von Gesetz und Verordnung eine Rolle. Soweit notwendig und genügend detailliert gerügt (Art. 106 Abs. 2 BGG), ist bei der Rechtsanwendung darauf einzugehen. Dass die LGV gesetzes- oder verfassungswidrig wäre (dazu BGE 144 II 454 E. 3.2 f. S. 460 f.), macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Inwiefern Art. 6 und 10 EMRK sowie Art. 19 UNO-Pakt II verletzt sind, führt die Beschwerdeführerin nicht aus, weshalb nicht darauf einzugehen ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Abgesehen davon hat das Bundesgericht in BGE 127 II 91 in Bezug auf die praktisch identische Regelung, die "unverändert aus dem [aufgehobenen] Recht" übernommen worden war (BGE 144 II 386 E. 4.2.3 i.f. S. 391 mit Hinweisen), eine Gesetzes- und EMRK-Konformität festgehalten.

E. 3.2

Nach Art. 18 LMG müssen sämtliche Angaben u.a. über Lebensmittel den Tatsachen entsprechen (Abs. 1). Die Aufmachung, Kennzeichnung und Verpackung der Produkte nach Abs. 1 und die Werbung für sie dürfen die Konsumentinnen und Konsumenten nicht täuschen (Abs. 2). Täuschend sind nach Art. 18 Abs. 3 LMG namentlich Aufmachungen, Kennzeichnungen, Verpackungen und Werbungen, die geeignet sind, bei den Konsumentinnen und Konsumenten falsche Vorstellungen über Herstellung, Zusammensetzung, Beschaffenheit, Produktionsart, Haltbarkeit, Produktionsland, Herkunft der Rohstoffe oder Bestandteile, besondere Wirkungen oder besonderen Wert des Produkts zu wecken.

E. 3.3

Den gesetzlichen Täuschungsschutz hat der Bundesrat in Art. 12 LGV konkretisiert. Danach müssen für Lebensmittel verwendete Bezeichnungen, Angaben, Abbildungen, Umhüllungen, Verpackungen, Umhüllungs- und Verpackungsaufschriften, die Arten der Aufmachung, die Werbung und die Informationen über Lebensmittel den Tatsachen entsprechen und dürfen nicht zur Täuschung namentlich über Natur, Herkunft, Herstellung, Produktionsart, Zusammensetzung, Inhalt und Haltbarkeit der betreffenden Lebensmittel Anlass geben. Nach Art. 12 Abs. 2 LGV sind verschiedene Angaben, Hinweise oder Aufmachungen verboten. Verboten sind, worauf sich die Vorinstanzen stützen, so nach Art.

12 Abs. 2 lit. c LGV auch Hinweise, die einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder die den Eindruck entstehen lassen, dass solche Eigenschaften vorhanden sind. Erlaubt sind hingegen Hinweise auf die Wirkung von Zusätzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung zu Lebensmitteln (Art. 25) zur Förderung der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 12 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 LGV) oder nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben nach Art. 38 LGV (Art. 12 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 LGV; siehe auch Art. 3 und 4 VNem [SR 817.022.14]). Art. 12 Abs. 2 lit. c LGV dient aus gesundheitspolizeilichen Gründen vor allem der Abgrenzung der Anwendung der Heilmittel- von der Lebensmittelgesetzgebung und soll Irrtümern des Publikums entgegenwirken, indem eine allenfalls untaugliche Selbstmedikation wegen behaupteter krankheitsbezogener Wirkung von Lebensmitteln verhindert werden soll (vgl. BGE 127 II 91 E. 3 und 4a S. 95 ff., 101). Vorbeugende, behandelnde oder heilende Wirkungen sollen wissenschaftlich erhärtet sein und in einem heilmittelrechtlichen Verfahren geprüft werden (BGE 127 II 91 E. 4b S. 102).

E. 3.4

Art. 12 Abs. 2 lit. c LGV verfolgt ein doppeltes Ziel: Einerseits das Verbot der Heilanzeigen und andererseits die Umschreibung zulässiger gesundheitsbezogener Werbung, wenn kein Krankheitsbezug geschaffen wird. Je weiter der Begriff der menschlichen Krankheit verstanden wird, desto enger ist der Spielraum für zulässige gesundheitsbezogene Werbung. Bereits die Tatsache, dass ein Lebensmittel als Mittel gegen Krankheitszustände angepriesen oder eine solche Wirkung auch nur suggeriert wird, genügt, um gegen das Verbot der Heilanzeigen zu verstossen (vgl. Urteil 2A.62/2002 vom 19. Juni 2002 E. 3.2 und 4.2).

E. 3.5.1

Die Vorinstanzen werfen der Beschwerdeführerin vor, dass durch das Wortpartikel "arthro" ein Bezug zum Begriff "Arthrose" oder damit allgemein zu Gelenkerkrankungen geschaffen werde und dem Nahrungsergänzungsmittel dadurch eine Heilanzeigen eigne. Mit der Bezeichnung des Nahrungsergänzungsmittels "B. _____" werden nicht Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit

explizit zugeschrieben (Art. 12 Abs. 2 lit. c erster Teil LGV). Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Name des Nahrungsergänzungsmittels bei der Bevölkerung den Eindruck entstehen lässt, dass solche Eigenschaften aber vorhanden sind (Art. 12 Abs. 2 lit. c zweiter Teil LGV). Wie auch die Beschwerdeführerin anmerkt, handelt es sich bei "arthro" um ein aus dem altgriechischen Begriff "arthron" abgeleitetes Kurzwort, das mit Gelenk übersetzt wird. Gelenk verweist primär noch nicht auf eine Krankheit, lässt aber im Zusammenhang mit dem Nahrungsergänzungsmittel doch bereits eine gewisse Funktion dieses Mittels vermuten. Entscheidend ist allerdings, welche Vorstellungen beim durchschnittlichen Konsumenten mit dem Wortpartikel bzw. dem Namen des Nahrungsergänzungsmittels geweckt werden (vgl. BGE 144 II 386 E. 4.4 S. 397). Dieser verbindet mit dem Partikel "arthro" nicht das altgriechische Wort "arthron", dies kennt er in aller Regel nicht, sondern sucht nach Worten, welche diesen Partikel enthalten. Er assoziiert mit "arthro" Worte, welche diesen Partikel z.B. als Präfix aufweisen, wie Arthrose oder Arthroskopie oder Arthritis. Auch der von der Beschwerdeführerin bei den Vorinstanzen ins Recht gelegte Entscheid des deutschen Bundespatentgerichts verbindet das Wort "arthron" ohne Weiteres mit dem Wort "Arthrose". Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin trifft diese

Assoziation auch in der französischen (z.B. arthrographie, arthroscopie, arthrose) und in der italienischen Sprache (artrosi, artroscopia) zu.

Diese Verbindung zwischen "arthro" und einer Gelenkkrankheit wird zudem durch die Gliederpuppe zweifach

verstärkt : Bei diesen sind die einzelnen Extremitäten durch sichtbare, in aller Regel in einer anderen Holzfarbe ausgestattete Gelenke verbunden. Die Gelenke heben sich vom Körper ab. Es ändert sich deshalb nichts bezüglich dieser Hervorhebung, wenn die Gelenke in roter Farbe oder in einer etwas anderen Farbe als die Extremitäten dargestellt werden. Wichtiger scheint aber die Haltung der auf dem Beipackzettel zu unterst aufgeführten Gliederpuppe. Diese hat offensichtlich sehr starke Rückenschmerzen. Mit der rechten Hand stützt sie ihren Rücken, einer der Orte, wo die Arthrose auftritt, dehnt den Rücken nach hinten und mit der linken Hand greift sie sich an den Kopf, wie wenn der Rückenschmerz zugleich Kopfschmerzen verursachen würde. Damit entsteht der Eindruck, dass das strittige Nahrungsergänzungsmittel mit MSM (Methylsulfonylmethan) in Kombination mit Curcuma die Gelenkschmerzen mildern oder heilen oder dagegen vorbeugen würde, was eine unzulässige Heilanpreisung darstellt.

E. 3.5.2

Die Vorinstanz hat ferner zur Stützung ihrer Argumente zu Recht auf das Gesundheitsmagazin Vista verwiesen: Darin informiert die Beschwerdeführerin auf einer Seite über ihr Nahrungsergänzungsmittel. Ins Auge stechen vier Blickfänger: In sehr grosser und fetter Schriftgrösse findet sich erstens im oberen Drittel das Wort "Rheumawunder?", welches mit einem Fragezeichen verbunden wird, in etwas kleinerer Schrift darunter zweitens die Passage "MSM, Curcuma und Mineralstoffe", leicht darunter drittens das Produkt der Beschwerdeführerin und viertens daneben die Gliederpuppe, welche Rückenschmerzen hat. All dies vermittelt den Eindruck, dass das Nahrungsergänzungsmittel der Beschwerdeführerin ein Heilmittel gegen "Arthrose oder andere Rheumaformen" sei. Die Beschwerdeführerin fügt allerdings an, dass im Text unmittelbar nach dem Wort "Rheumawunder" eine Relativierung erfolge. Diese vermittelt - entgegen ihren Ausführungen - nicht eine solche in Bezug auf das Wunder, sondern eher auf die Produkte, welche im Onlinehandel oder über Freunde im Provisionssystem gekauft werden. Im Text findet sich ferner die Passage "neu zugelassen", was ebenfalls impliziert, dass das Produkt von einer staatlichen Stelle geprüft und die Wirksamkeit des Produkts festgestellt wurde. Schliesslich trägt zu diesem Verständnis auch das Partikel "med" bei, das die Beschwerdeführerin in ihrem Namen führt. Dass der Beitrag erst nach der kantonalen Intervention durch den Kantonschemiker erschien, ist nicht relevant, bringt die Beschwerdeführerin doch mit ihrer eigenen Präsentation ihres Produkts ihre Intention, was dieses bezwecken soll, zum Ausdruck.

E. 3.5.3

Zutreffend ist allerdings, dass allein aus der Aufmachung des Beipackzettels und der Verpackung nicht geschlossen werden kann, dass das Produkt ein Heilmittel sei. Nahrungsergänzungsmittel sind nach der Verordnung des EDI über Nahrungsergänzungsmittel (VNem; SR 817.022.14) zu kennzeichnen, wobei damit auch wichtige Informationen gemeint sind, die Anweisungen bilden, wie das Nahrungsergänzungsmittel zu verwenden ist. Ob hierfür ein Beipackzettel zu verwenden ist, ist Sache der Inverkehrbringerin. Nach Art. 3 Abs. 7 VNem sind anzugeben etwa die

empfohlene tägliche Verzehrsmenge in Portionen des Erzeugnisses, ein Warnhinweis, die angegebene empfohlene Tagesdosis nicht zu überschreiten, ein Hinweis, dass Nahrungsergänzungsmittel nicht als Ersatz für eine abwechslungsreiche Ernährung verwendet werden sollen, ein Hinweis, dass die Produkte ausserhalb der Reichweite von kleinen Kindern zu lagern sind, die Warnhinweise (z.B. für Diabetikerinnen und Diabetiker, Jugendliche, schwangere und stillende Frauen nicht geeignet; Personen, die Medikamente einnehmen, sollten vor der Einnahme ihren Arzt konsultieren; Patientinnen und Patienten, die Antikoagulantien einnehmen, sollten vor der Einnahme von Vitamin K-Präparaten ihren Arzt konsultieren) oder der Hinweis auf die spezifische Zielgruppe oder die Verwendungsbedingungen nach Anh. 1. Angesichts der gesundheitsrechtlichen Vorgaben der VNem für Nahrungsergänzungsmittel, welche allenfalls eine gewisse Assoziation zu Heilmitteln auslösen können, muss indes derjenige, der ein solches Produkt in Verkehr bringt, umso mehr beachten, dass die sonstigen Hinweise nicht den Eindruck entstehen lassen, dass Eigenschaften des Produkts der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit dienen. Dies hat - wie dargelegt - die Beschwerdeführerin nicht getan.

E. 3.5.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mittels der dargelegten Hinweise der Eindruck entsteht, dass das strittige Nahrungsergänzungsmittel positive Eigenschaften in Bezug auf Gelenkschmerzen hat, was eine unzulässige Heilanpreisung darstellt.

E. 3.6.1

Nehmen die Hinweise nicht Bezug auf eine Krankheit (Art. 12 Abs. 2 lit. c erster Halbsatz LGV e contrario), sind sie als gesundheitsbezogene Angaben zulässig, sofern sie den in Art. 12 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 und 2 LGV festgehaltenen Vorgaben entsprechen, welche auf Art. 25 bzw. Art. 38 LGV Bezug nehmen. Umgekehrt heisst dies: Entsprechen Hinweise den Hinweisen nach Art. 12 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 und 2 LGV, sind sie keine verpönten krankheitsbezogenen Hinweise.

E. 3.6.2

Die Vorgaben für die nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben hat das EDI in der Verordnung vom 16. Dezember 2016 betreffend die Information über Lebensmittel (LIV; SR 817.022.16) festgelegt (Art. 29 f. LIV für nährwertbezogene Angaben, Art. 31 ff. LIV für gesundheitsbezogene Angaben und Art. 35 LIV für beide).

Art. 31 Abs. 1 LIV nennt, was gesundheitsbezogene Angaben sind. Art. 31 Abs. 2 LIV führt sodann aus, dass solche Angaben nur gemacht werden dürfen, wenn sie in Anh. 14 vorgesehen sind und die Anforderungen des 12. Abschnitts des 2. Kapitels der LIV erfüllen. Sind gesundheitsbezogene Angaben nicht in Anh. 14 aufgeführt, so bedürfen diese einer Bewilligung nach Art. 32 f. LIV des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV). Dabei hat das Gesuch verschiedene Angaben nach Art. 32 Abs. 2 LIV zu enthalten, so u.a. auch wissenschaftliche Studien, die die gesundheitsbezogenen Angaben belegen.

E. 3.6.3

Anh. 14 LIV kennt keine gesundheitsbezogenen Angaben mit Bezug auf den Begriff "Gelenk". In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung einer grundrechtskonformen Auslegung mit einem gewissen Recht geltend, dass Knochen,

Knorpel und Bindegewebe Bestandteile von Gelenken bilden. Die Frage braucht hier indes nicht abschliessend entschieden zu werden, ist die Aufmachung des Nahrungsergänzungsmittels der Beschwerdeführerin doch deshalb zu beanstanden, weil sie - wie dargelegt - eine Heilbehandlung von Arthrose suggeriert und nicht bloss darauf verweist, dass das Nahrungsergänzungsmittel gesundheitsfördernd ist.

E. 3.7

Ob in den umliegenden Ländern gelenkbezogene Angaben im Marken- bzw. Patentregister eingetragen werden können, ist für die Schweiz nicht relevant; entscheidend bleibt das Schweizerische Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht. Für das schweizerische Recht ist das Markenschutzgesetz zudem nur für Angaben zur schweizerischen Herkunft vorbehalten (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 LMG ; dazu einlässlich BGE 144 II 386 E. 4.2.4 S. 391 ff.; Botschaft vom 25. Mai 2011 zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, BBl 2011 5571, 5610).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht sodann eine Verletzung von Art. 16a-16d des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51) geltend.

E. 4.2

Das Kapitel 3a des THG regelt das Inverkehrbringen von nach ausländischen technischen Vorschriften hergestellten Produkten. Der 1. Abschnitt (Art. 16a f. THG) handelt von den allgemeinen Bestimmungen, der 2. Abschnitt (Art. 16c f. THG) von Lebensmitteln. Diese sind demnach gesondert geregelt (vgl. BÜHLER/TOBLER, Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz, 2011, S. 347). Nach Art. 16c THG bedarf das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, für die Art. 16a Abs. 1 THG gilt und die den schweizerischen technischen Vorschriften nicht entsprechen, einer Bewilligung des BLV. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Ob die Voraussetzungen von Art. 16a Abs. 1 THG gegeben sind, kann offen gelassen werden, da das Produkt der Beschwerdeführerin ohnehin die technischen Vorschriften der Schweiz nicht erfüllt: Technische Vorschriften sind nach Art. 3 lit. b THG rechtsverbindliche Regeln, deren Einhaltung die Voraussetzung bildet, damit Produkte u.a. angeboten und in Verkehr gebracht dürfen. Zu den Voraussetzungen für das Inverkehrbringen gehören auch die korrekte Bezeichnung und Kennzeichnung. Das Produkt ist - wie bereits dargelegt - nicht rechtmässig im Verkehr gebracht worden. Insofern bedarf das Produkt einer Bewilligung nach Art. 16c THG vom BLV, welche die Beschwerdeführerin nicht beantragt hat und deshalb auch nicht vorliegt. Art. 16b THG ist dementsprechend nicht anwendbar.

E. 5

Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass das Produkt der Beschwerdeführerin weder die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 2 lit. c LGV noch diejenigen von Art. 16c THG erfüllt. Die kantonale Verwaltung hat gestützt auf Art. 34 LMG verfügt, dass das Produkt per sofort nicht mehr ausgeliefert bzw. abgegeben werden dürfe und die entsprechenden Einträge auf der Webseite der Beschwerdeführerin zu löschen seien. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine weniger einschneidende Massnahme, wie eine Umfärbung der beweglichen Teile der Holzfiguren auf der Verpackung innert einer gewissen Frist, verhältnismässig wäre. Da die Verletzung von Art. 12 Abs. 2 lit. c LGV vor allem im Namen des Nahrungsergänzungsmittels, d.h. des Partikels "arthro" in Verbindung

mit MSM (Methylsulfonylmethan) in Kombination mit Curcuma, besteht, womit der Eindruck entsteht, dass das Produkt die Gelenkschmerzen mildern oder heilen oder dagegen vorbeugen würde, ist die Umfärbung kein geeignetes Mittel, um den gesetzlichen Vorgaben nachzukommen. Andere Massnahmen nennt die Beschwerdeführerin nicht und sind auch nicht ersichtlich.

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.