

# **BGer 2C\_310/2021 vom 29. November 2021**

Bundesgericht, 2021-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_310\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_310_2021)

FR: TF 2C\_310/2021 du 29 novembre 2021

IT: TF 2C\_310/2021 del 29 novembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) auf dem Gebiet der Lebensmittelgesetzgebung ( Art. 83 BGG ) und richtet sich gegen das kantonale letztinstanzliche ( Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), verfahrensabschliessende ( Art. 90 BGG ) Urteil eines oberen Gerichts ( Art. 86 Abs. 2 BGG ). Die Beschwerdeführerin ist bereits im kantonalen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Der Verletzung von Grundrechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 143 II 283 E. 1.2.2 ; 139 I 229 E. 2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt es den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind nicht mehr sämtliche drei im angefochtenen Urteil beurteilten Produkte (Schwarzwalnuss-Tinktur, Gewürznelkenkapseln, Wermutkapseln). Die Beschwerdeführerin ficht das vorinstanzliche Urteil lediglich noch hinsichtlich der Gewürznelkenkapseln an.

#### **E. 3.1**

Beim Produkt der Gewürznelkenkapseln ist umstritten, ob es entsprechend der Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 über Nahrungsergänzungsmittel (VNem; SR 817.022.14) korrekt gekennzeichnet ist und die Behörden mangels korrekter Kennzeichnung die Einfuhr der Gewürznelkenkapseln untersagen durften. In tatsächlicher Hinsicht ist vorab festzuhalten, dass das streitbetroffene Produkt mit folgender Etikette gekennzeichnet ist:

"Gewürznelken, 500 mg, 100 Kapseln, Nahrungsergänzungsmittel". Die Nährwertabelle enthält eine Einnahmeempfehlung von drei Kapseln pro Tag, wobei darauf hingewiesen wird, dass keine empfohlene Tagesdosis gemäss 21 CFR 101 (US) und EU Richtlinie 2008/100/EG (EU) bestehe. Als Zutaten der Kapseln werden Gewürznelken und Gelatine (Überzugsmittel) angegeben.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verfahrensbeteiligten gingen übereinstimmend davon aus, dass es sich bei den Gewürznelkenkapseln um ein Nahrungsergänzungsmittel handle. Umstritten sei lediglich, ob die Kennzeichnung der Gewürznelkenkapseln den gesetzlichen Vorgaben entspreche. Die massgebende Verordnung zu den Nahrungsergänzungsmitteln verlange nicht - wie die Vorinstanz annehme -, dass sämtliche Vitamine, Mineralstoffe und sonstigen Stoffe, die alle in der Gewürznelke enthalten seien, angegeben werden müssten. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin stellt das Gewürznelkenpulver als solches einen sonstigen Stoff im Sinne der Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 über Nahrungsergänzungsmittel dar. Die Angabe "Gewürznelken" als sonstiger Stoff und Gelatine für den Überzug der Kapseln genügen. Die Gewürznelkenkapseln seien daher korrekt gekennzeichnet und die Konsumentinnen und Konsumenten würden nicht getäuscht. Die angeordneten Massnahmen würden die Wirtschaftsfreiheit verletzen.

### **E. 4**

Nahrungsergänzungsmittel sind Lebensmittel im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0), die dazu bestimmt sind, die normale Ernährung zu ergänzen. Sie bestehen aus Einfach- oder Mehrfachkonzentraten von Vitaminen, Mineralstoffen oder sonstigen Stoffen mit ernährungsspezifischer oder physiologischer Wirkung und werden in dosierter Form in Verkehr gebracht (vgl. Art. 1 VNem ).

#### **E. 4.1**

Das Lebensmittelgesetz bezweckt unter anderem die Konsumentinnen und Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen zu schützen sowie den Konsumentinnen und Konsumenten die für den Erwerb von Lebensmitteln notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen (vgl. Art. 1 lit. c und lit. d LMG ). Umgesetzt hat der Gesetzgeber die zwei Ziele in Art. 12 f. LMG zur Kennzeichnung von Lebensmitteln sowie im Täuschungsschutz gemäss Art. 18 LMG . Er hat somit die beiden Ziele unabhängig voneinander verwirklicht (vgl. Urteile 2C\_322/2021 vom 20. August 2021 E. 6.1; 2C\_733/2020 vom 15. März 2021 E. 3.2; 2C\_162/2019 vom 26. Februar 2020 E. 3.1.1).

#### **E. 4.2**

Art. 12 Abs. 1 LMG bestimmt, dass wer vorverpackte Lebensmittel in Verkehr bringt, den Abnehmerinnen und Abnehmern über das Lebensmittel das Produktionsland (lit. a), die Sachbezeichnung (lit. b) und die Zutaten (lit. c) angeben muss. Art. 3 VNem regelt die Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln. Die Sachbezeichnung für Nahrungsergänzungsmittel lautet "Nahrungsergänzungsmittel". Sie wird ergänzt mit den Namen der Kategorien der Vitamine, Mineralstoffe oder sonstigen Stoffe, die für das Erzeugnis charakteristisch sind, oder mit einer Angabe zur Beschaffenheit dieser Vitamine, Mineralstoffe oder sonstigen Stoffe (vgl. Art. 3 Abs. 1 VNem ).

Bei Nahrungsergänzungsmitteln sind der Gehalt an Vitaminen, Mineralstoffen oder sonstigen Stoffen und deren prozentuale Anteile an den Referenzmengen nach Anhang 10 Teil A der Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 betreffend die Information über Lebensmittel (LIV; SR 817.022.16) pro empfohlener täglicher Verzehrsmenge in numerischer Form anzugeben (vgl. Art. 3 Abs. 2 VNem ).

#### **E. 4.3**

Den Täuschungsschutz betreffend bestimmt Art. 18 Abs. 1 LMG , dass sämtliche Angaben über Lebensmittel den Tatsachen entsprechen müssen. Die Aufmachung, Kennzeichnung und Verpackung der Produkte nach Absatz 1 und die Werbung für sie dürfen die Konsumentinnen und Konsumenten nicht täuschen (vgl. Art. 18 Abs. 2 LMG ). Täuschend sind 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 (vgl. Art. 18 Abs. 3 LMG ).

Den gesetzlichen Täuschungsschutz hat der Bundesrat in Art. 12 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016 (LGV; SR 817.02) konkretisiert (vgl. BGE 144 II 386 E. 4.2.3). Danach müssen die für Lebensmittel verwendeten 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 (vgl. Art. 12 Abs. 1 LGV ).

#### **E. 5**

Zu prüfen ist zunächst, ob bei der Gewürznelke ein sonstiger Stoff im Sinne von Art. 1 VNem vorliegt, dessen Konzentrat das von der Beschwerdeführerin eingeführte Produkt zu einem Nahrungsergänzungsmittel macht.

##### **E. 5.1**

Bei Gewürznelken handelt es sich um ein pflanzliches Lebensmittel nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 über Lebensmittel pflanzlicher Herkunft, Pilze und Speisesalz (VLpH; SR 817.022.17) in Verbindung mit Art. 1 lit. i Ziff. 2 VLpH . Die Gewürznelken fallen unter die Gewürze. Gewürze sind getrocknete, kräftig riechende oder schmeckende Pflanzenteile, wie Wurzeln, Wurzelstöcke, Zwiebeln, Rinden, Blätter, Kräuter, Blüten, Früchte, Samen oder Teile davon, die Lebensmitteln zum Zwecke der Geschmacksbeeinflussung zugegeben werden (vgl. Art. 94 Abs. 2 VLpH ).

##### **E. 5.2**

Art. 1 VNem bestimmt, dass ein Nahrungsergänzungsmittel aus Einfach- oder Mehrfachkonzentraten von sonstigen Stoffen mit ernährungsspezifischer oder physiologischer Wirkung bestehen kann. Dass den Gewürznelken eine ernährungsspezifische oder physiologische Wirkung zukommt, ist im vorinstanzlichen Verfahren nicht umstritten gewesen. Die Vorinstanz hält der Beschwerdeführerin denn auch bloss entgegen, die Konsumentinnen und Konsumenten müssten abschätzen können, welche Stoffe eine ernährungsspezifische oder physiologische Wirkung hätten (vgl. E. 9.2

des angefochtenen Urteils). Der in der Vernehmlassung vorgetragene Hinweis, die Beschwerdeführerin habe die ernährungsspezifische oder physiologische Wirkung zu belegen, ist - da nicht Gegenstand des Verfahrens - nicht weiter von Bedeutung. Die Lebensmittelgesetzgebung kennt im Weiteren keine Positivliste der zulässigen sonstigen Stoffe. Anhang 1 VNem regelt einerseits die zulässigen Vitamine und Mineralstoffe (Teil A) und andererseits die sonstigen Stoffe mit Anwendungsbeschränkung (Teil B). Als sonstige Stoffe mit Anwendungsbeschränkung gelten beispielsweise Aminosäuren (vgl. Anhang 1 Teil B Ziff. 1 VNem), sogenannte sekundäre Pflanzenstoffe wie Carotinoide oder mehrfach ungesättigte Fettsäuren wie Docosahexaensäure oder Linolsäure (vgl. Anhang 1 Teil B Ziff. 2 VNem). Anhang 1 VNem regelt hingegen nicht die zulässigen sonstigen Stoffe. Anhang 2 VNem beschränkt ausserdem nur die zulässigen Verbindungen der Vitamine, Mineralstoffe und sonstigen Stoffe. Demzufolge sind die sonstigen Stoffe nur reguliert, soweit die Lebensmittelgesetzgebung - im Sinne einer Negativliste - ausdrückliche Anwendungsbeschränkungen vorschreibt (vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. b VNem und Art. 3 Abs. 4 lit. b VNem je i.V.m. Anhang 1 Teil B VNem). Folglich bedeutet das Fehlen eines sonstigen Stoffs im Anhang 1 Teil B VNem lediglich, dass keine Anwendungsbeschränkungen bestehen, nicht aber, dass es sich um keinen sonstigen Stoff handelt.

### **E. 5.3**

Diese Auslegung des Lebensmittelverordnungsrechts unter Anwendung des Grundsatzes, wonach zulässig ist, was nicht explizit verboten ist, entspricht überdies dem gesetzgeberischen Willen. Mit dem Inkrafttreten des (neuen) Lebensmittelgesetzes am 1. Mai 2017 (vgl. AS 2017 249 ff., S. 277) gab der Bundesgesetzgeber das Positivprinzip auf. Nach dem (alten) Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (aLMG; AS 1995 1469 ff.) war ein Lebensmittel nur dann verkehrsfähig, wenn es als zulässiges Lebensmittel im Sinne von Art. 8 aLMG galt (vgl. Botschaft vom 25. Mai 2011 zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, BBl 2011 5571 ff. [nachfolgend: Botschaft LMG], S. 5579 und S. 5583). Nach dem neuen, von der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft übernommenen Lebensmittelsicherheitskonzept sind alle Lebensmittel grundsätzlich verkehrsfähig, ausser die Verkehrsfähigkeit wird explizit eingeschränkt (vgl. Botschaft LMG, S. 5586 und S. 5603). Ferner beabsichtigte der Gesetzgeber mit der Angleichung an das Recht der Europäischen Union den Abbau von Handelshemmnissen (vgl. Botschaft LMG, S. 5572 ff.). Insofern ist nicht unbeachtlich, dass die Gewürznelke auf den Stofflisten des Bundes und der Bundesländer unter Mitwirkung von Experten aus Deutschland, Österreich und der Schweiz vom 29. September 2020 (2. Auflage) des deutschen Bundesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit mit dem Hinweis aufgeführt wird, "Verwendung in oder als Nahrungsergänzungsmittel grundsätzlich bekannt".

### **E. 5.4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass es sich bei den Gewürznelken in Pulverform um sonstige Stoffe im Sinne von Art. 1 VNem handelt, die das von der Beschwerdeführerin eingeführte Produkt aufgrund des darin enthaltenen (Einfach-) Konzentrats dieses sonstigen Stoffs zu einem Nahrungsergänzungsmittel macht. Die Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 über Nahrungsergänzungsmittel sieht für Gewürznelken keine Anwendungsbeschränkung vor. Für das vorliegende Verfahren nicht weiter von Belang ist der vom Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen BLV in seiner

Vernehmlassung vorgebrachte Hinweis, wonach das Produkt allenfalls ein konventionelles Lebensmittel nach Art. 2 Abs. 1 VLpH in Verbindung mit Art. 94 Abs. 2 VLpH darstellen könnte. Für diese Beurteilung fehlen die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen. Insofern bleibt in der vorliegenden Angelegenheit kein Raum für die Prüfung, ob die Verwendung der Sachbezeichnung "Nahrungsergänzungsmittel" täuschend im Sinne von Art. 18 LMG ist.

## **E. 6**

Alsdann ist zu beurteilen, ob die von der Beschwerdeführerin eingeführten Gewürznelkenkapseln die Vorschriften zur Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln einhalten.

### **E. 6.1**

Nahrungsergänzungsmittel sind mit den Namen der Kategorien der Vitamine, Mineralstoffe oder sonstigen Stoffe, die für das Erzeugnis charakteristisch sind, oder mit einer Angabe zur Beschaffenheit dieser Vitamine, Mineralstoffe oder sonstigen Stoffe zu kennzeichnen (vgl. Art. 3 Abs. 1 VNem ). Gemäss Art. 3 Abs. 2 VNem sind sodann der Gehalt an Vitaminen, Mineralstoffen oder sonstigen Stoffen und deren prozentuale Anteile an den Referenzmengen nach Anhang 10 Teil A LIV pro empfohlener täglicher Verzehrsmenge in numerischer Form anzugeben. Die Angabe des prozentualen Anteils kann auch in grafischer Form erfolgen (vgl. auch E. 4.2 hiervor). Anhang 10 Teil A LIV regelt die Angaben der Referenzmengen für Erwachsene für die tägliche Zufuhr von Vitaminen und Mineralstoffen.

### **E. 6.2**

In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass die von der Beschwerdeführerin eingeführten Kapseln Gewürznelken in Pulverform enthalten und mit Gelatine überzogen sind. Die Gewürznelkenkapseln bestehen somit aus zwei Produktbestandteilen. Diese beiden Bestandteile werden auf der Etikette des Produkts erwähnt und der Gehalt an Gewürznelken wird mit 500 mg angegeben (vgl. E. 3.1 hiervor). Folglich ist das Produkt mit den (sonstigen) Stoffen gekennzeichnet, die für das Erzeugnis charakteristisch sind (vgl. Art. 3 Abs. 1 VNem ), und der Gehalt an Gewürznelken wird in numerischer Form angegeben (vgl. Art. 3 Abs. 2 VNem ). Dass die Gewürznelken für sich ein Vitamin oder Mineralstoff darstellen, steht überdies nicht zur Diskussion. Die nach Art. 3 Abs. 2 VNem erforderliche Angabe der prozentualen Anteile an den Referenzmengen betrifft lediglich die Vitamine und Mineralstoffe, da in Anhang 10 Teil A LIV nur die Referenzmengen für Erwachsene für die tägliche Zufuhr von Vitaminen und Mineralstoffen geregelt wird. Für sonstige Stoffe ergeben sich keine weiteren Kennzeichnungsvorschriften. Insofern bringt die Beschwerdeführerin zu Recht vor, die Lebensmittelgesetzgebung schreibe nicht vor, dass alle rund 180 in der Gewürznelke enthaltenen Stoffe angegeben werden müssten.

### **E. 6.3**

Nach dem Dargelegten hält das von der Beschwerdeführerin eingeführte Produkt die Kennzeichnungsvorschriften von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 VNem ein. Dass die Vorgaben von Art. 3 Abs. 3-7 VNem verletzt wären, wird der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen und ist auch nicht ohne Weiteres ersichtlich.

## **E. 7**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist. Damit erübrigt sich, die Rüge einer Verletzung der Wirtschaftsfreiheit zu beurteilen. Das vorinstanzliche Urteil vom 9. Dezember 2020 ist aufzuheben. Die am Zoll festgehaltenen Gewürznelkenkapseln sind antragsgemäss zur Einfuhr in die Schweiz freizugeben. Die Angelegenheit ist zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 67 BGG ). Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Basel-Landschaft hat der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteienschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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