

BL_GERICHTE 810 2007 319 vom 30. April 2008

BL Gerichte, 2008-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_2007_319

FR: BL_GERICHTE 810 2007 319 du 30 avril 2008

IT: BL_GERICHTE 810 2007 319 del 30 aprile 2008

Regeste

Anpreisung von Körperpflegemitteln und Kosmetika

Erwägungen

E. 1

Das Kantonsgericht hat aufgrund der Beschwerde vom 6. September 2007 zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin auf den Verpackungen und in den Beipackzetteln ihrer Alpecin-Produkte sowie auf allen weiteren Werbeflächen - insbesondere im Rahmen ihres Internet-Auftrittes - die Anpreisungen "Dr. Kurt Wolff-Forschung", "lindert Kopfhautjucken" bzw. "hilft gegen Juckreiz" verwenden und darauf hinweisen darf, ihre Produkte seien "...geeignet für Personen mit besonders empfindlicher Haut (oder überempfindlicher Haut), wie z.B. mit leichten Formen der Atopie bzw. der Neurodermitis." 2.1 Gemäss Art. 118 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BV trifft der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit und erlässt in diesem Zusammenhang insbesondere Vorschriften über den Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können. Diese Bestimmung entspricht weitgehend Art. 69 bis Abs. 1 aBV. Diese vom Wortlaut her umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes verfolgt ein doppeltes Ziel: Einerseits und vorrangig dient sie dem gesamtschweizerisch einheitlichen Schutz der Konsumenten vor Waren oder Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können. Andererseits bewahrt sie den Verbraucher vor Betrug und Täuschung über den Inhalt und Wert der gekauften Ware. Von der genannten Verfassungsbestimmung werden somit in erster Linie Produkte erfasst, mit denen jedermann in Kontakt kommen kann oder die grundsätzlich von jedermann verwendet werden können und die aus diesem Grund eine potentielle Gefährdung der Gesundheit der Bevölkerung im Allgemeinen darstellen (vgl. Luzius Mader in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2002, N 6 f. zu Art. 118 und Giorgio Malinverni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern 1991, N 14 ff. zu Art. 69 bis). 2.2 Der Bund hatte von seiner diesbezüglichen Kompetenz erstmals mit der Legiferierung des Bundesgesetzes betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 8. Dezember 1905 Gebrauch gemacht. Das damalige Gesetz war in einer Zeit konzipiert und realisiert worden, als beispielsweise Lebensmittel noch überwiegend am gleichen Ort hergestellt, verkauft und gegessen wurden. Die Anpassung an die neuen Realitäten bei der Herstellung sowie beim Vertrieb und Konsum von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen erfolgte im Rahmen einer Totalrevision. Das heutige Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 ist seit dem 1. Juli 1995 in Kraft und stellt die

Grundlage für die Beurteilung des vorliegenden Falles dar. So wird in Art. 1 LMG zunächst festgehalten, dass das Gesetz den Schutz der Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, welche die Gesundheit gefährden können, bezwecken will (lit. a). Im Weiteren soll es den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln sicherstellen (lit. b) und die Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen schützen (lit. c). Unter den Begriff der „Lebensmittel“ fallen sowohl Nahrungs- als auch Genussmittel (Art. 3 Abs. 1 LMG). Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände sind dagegen - sofern sie nicht als Heilmittel angepriesen werden - beispielsweise Körperpflegemittel und Kosmetika (Art. 5 lit. b LMG). Solche Produkte dürfen gemäss Art. 14 Abs. 1 LMG "...bei bestimmungsgemäsem oder üblicherweise zu erwartendem Gebrauch..." die Gesundheit nicht gefährden. In Absatz 2 derselben Bestimmung wird der Bundesrat deshalb ermächtigt, die Verwendung bestimmter Stoffe einzuschränken oder zu verbieten, die Anforderungen an Gebrauchsgegenstände festzulegen sowie die Beschriftung und Werbung für Gebrauchsgegenstände zu regeln (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 23. Juni 2000 i.S. EDI [2A.47/2000] E. 2b/cc). 2.3 Von der ihm in grundsätzlicher Weise in Art. 37 Abs. 1 LMG eingeräumten Kompetenz zum Erlass von Ausführungsvorschriften hat der Bundesrat zuletzt mit dem Erlass der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 Gebrauch gemacht. Im Zusammenhang mit Gebrauchsgegenständen bekräftigt er in Art. 31 Abs. 1 LGV zunächst den in Art. 14 Abs. 1 LMG statuierten Willen des Gesetzgebers, dass Angaben über Gebrauchsgegenstände, ihre Anpreisung und Verpackung so gestaltet sein müssen, dass keine Gefahr einer gesundheitsschädigenden Verwendung besteht. Obwohl in der Lebensmittelgesetzgebung für Gebrauchsgegenstände ein ausdrückliches Täuschungsverbot fehlt, hält er in Art. 31 Abs. 3 LGV weiter fest, dass "...Hinweise irgendwelcher Art auf eine krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkung von Gebrauchsgegenständen (z.B. medizinische oder therapeutische Eigenschaften, desinfizierende oder entzündungshemmende Wirkungen, ärztliche Empfehlungen)..." verboten sind. Das Bundesgericht hat die Gesetzeskonformität dieses, seitens des Verordnungsgebers für Gebrauchsgegenstände statuierten Heilpreisungsverbots in der Vergangenheit wiederholt bejaht und dabei ausgeführt, dass die entsprechenden Bestimmungen - Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über Gebrauchsgegenstände (aGebrV; in Kraft bis am 31. Dezember 2005) und Art. 31 Abs. 3 LGV (in Kraft seit dem 1. Januar 2006) - der Abgrenzung gegenüber den Heilmitteldiensten. Es könne dem Bundesrat nicht verwehrt werden, im Rahmen der von ihm zu schaffenden Vollzugsregelungen auch Vorschriften zu erlassen, welche verhindern, dass Gebrauchsgegenstände, welche nicht als Arzneimittel auf den Markt kommen, mit Heilpreisungen versehen werden. Damit verfolge er eine gesundheitspolizeiliche Zielsetzung, indem sichergestellt werde, dass die Heilmittelgesetzgebung nicht unterlaufen wird (vgl. dazu die Urteile des Bundesgerichts vom 23. Juni 2000 i.S. EDI [2A.47/2000] E. 2b/dd, vom 19. Juni 2002 [2A.62/2002] E. 3.2 sowie vom 6. September 2006 [2A.593/2005] E. 3.4, jeweils mit Hinweisen auf BGE 127 II 91). Mit der am 1. Januar 2002 mit dem neuen Heilmittelgesetz in Kraft getretenen Revision von Art. 5 LMG fand und findet diese Auslegung eine zusätzliche Stütze. Mit der genannten Bestimmung will der Bundesgesetzgeber die mit Heilpreisungen versehenen Gebrauchsgegenstände zu den Heilmitteln zählen, mithin vom Geltungsbereich des Lebensmittelgesetzes ausschliessen und somit darauf hinwirken, dass diese von den für den Vollzug der Heilmittelgesetzgebung zuständigen Behörden daraufhin überprüft werden, ob sie den diesbezüglichen Anforderungen genügen (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1. März 1999 in: BBl 1999,

S. 3573 f. zu Art. 5 LMG). 3.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass es sich bei den von der Beschwerdeführerin unter der Bezeichnung Alpecin vertriebenen Pflegeprodukten um Gebrauchsgegenstände im Sinne von Art. 5 lit. b LMG handelt. Strittig ist dagegen die Zulässigkeit verschiedener, auf den Produktpackungen, den Beipackzetteln und auf der Website www.alpecin.ch gemachten Angaben und Hinweise. Nachdem die Beschwerdeführerin aufgrund der Beanstandungen des kantonalen Laboratoriums verschiedene Anpassungen vorgenommen hat, sind heute noch die folgenden Anpreisungen umstritten: "Dr. Kurt Wolff-Forschung", "lindert Kopfhautjucken" bzw. "gegen Juckreiz" sowie "geeignet für Personen mit besonders empfindlicher Haut (oder überempfindlicher Haut), wie z.B. mit leichten Formen der Atopie bzw. Neurodermitis". Die Vorinstanzen vertreten dabei die Ansicht, dass es sich bei den Hinweisen auf die den Juckreiz lindernde Wirkung und die Eignung der Produkte für Personen mit empfindlicher Haut um unzulässige Heilanpreisungen handle. Einzig die Verwendung des Aufdrucks "Dr. Kurt Wolff-Forschung" sei zulässig, sofern die anderen Auslobungen entfernt werden. Die Beschwerdeführerin hält dagegen, dass keine der strittigen Anpreisungen beim Durchschnittskonsumenten eine Heilwirkung suggeriere, weshalb sie zuzulassen seien. 3.2 Vorgängig zur Beurteilung der von den Parteien vertretenen Standpunkte ist darauf hinzuweisen, dass der Verordnungsgeber in Art. 31 Abs. 3 LGV gesundheitsbezogene Anpreisungen von nicht als Heilmittel zugelassenen Pflegeprodukten nicht in absoluter Weise ausschliesst. Aufgrund der gesetzlichen Ordnung dürfen solchen Botschaften aber gewisse Schranken gesetzt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob die fraglichen Produkte effektiv zu einer Täuschung oder einer gesundheitlichen Gefährdung führen können. Entscheidend ist - wie in Ziffer 2.3 hievordargelegt wurde - einzig, dass die Geltungsbereiche der Lebensmittel- und der Heilmittelgesetzgebung auseinandergehalten werden müssen und dass ein öffentliches Interesse an der klaren Abgrenzung von Pflegemitteln einerseits und Heilmitteln andererseits besteht. Dementsprechend ist der vom Verordnungsgeber verwendete Begriff "Krankheit" bei Anpreisungen denn auch nicht allzu einschränkend auszulegen. Vielmehr sind darunter alle gesundheitlichen Störungen zu verstehen, die über einen Zustand bloss eingeschränkten Wohlbefindens hinausgehen (vgl. unter anderem das Urteil des Bundesgerichts vom 6. September 2006 i.S. Qualicare AG [2A.593/2005] E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Unzulässig sind auch Hinweise auf medizinisch besetzte Methoden zur Heilung, Linderung oder Vorbeugung von Krankheiten. Die konkrete Nennung einer Krankheit ist in diesen Fällen nicht erforderlich, wenn beim Durchschnittskonsumenten der Eindruck entstehen kann, aufgrund der genannten Methode verfüge das Produkt über medizinische Eigenschaften (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 28. August 2006 i.S. Estée Lauder GmbH [2A.693/2005] E. 3.2 und 4.2). Ausgehend von diesen grundsätzlichen Überlegungen hat das Bundesgericht unter anderem folgende Hinweise und Produktebeschriftungen als unzulässige Heilanpreisungen im Sinne von Art. 31 Abs. 3 LGV bzw. Art. 3 Abs. 2 aGebrauchV bezeichnet: Hinweise auf die "Cellulite-Systembehandlung" im Zusammenhang mit einem Gewebestraff-Balsam und auf die die Neubildung von Pickeln verhindernde Wirkung eines Pflegeproduktes, die Anpreisungen "bei juckender, zu Allergien neigender Haut", "zur Pflege bei Neurodermitis, Psoriasis, Diabetes und Schuppenflechte", "wohltuend bei Erkältungsgefahr" und "wohltuend auch bei Muskelkater" sowie die Verwendung des Begriffs "therapy" (vgl. dazu die Zusammenfassung der Rechtsprechung im Urteil des Bundesgerichts vom 19. Oktober 2006 i.S. Denner AG [2A.213/2006] E. 3.4). 4.1 Im vorliegenden Fall sind die Vorinstanzen nun unter anderem zum Schluss gelangt, die von der Beschwerdeführerin vertriebenen

Alpecin- Produkte würden mit der unzulässigen Empfehlung "geeignet für Personen mit besonders empfindlicher Haut (oder überempfindlicher Haut), wie z.B. mit leichten Formen der Atopie bzw. der Neurodermitis" angepriesen. In der Tat findet sich ein entsprechender Anwendungshinweis in einer, das Alpecin Hypo-Sensitiv Shampoo betreffenden, und im Internet publizierten Wirkungs-Studie der Friedrich-Schiller-Universität Jena (Wirkungs-Studie). Dieses Dokument wurde, wie die Beschwerdeführerin bereits in ihrer Beschwerde an den Regierungsrat ausgeführt hat, vorübergehend von der Homepage www.alpecin.ch entfernt. Die Neurodermitis, das bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht, zählt zu den Hautkrankheiten. Im Zusammenhang mit der Anpreisung von Physiogel®- Produkten haben deshalb sowohl das Kantonsgericht als auch das Bundesgericht bereits früher entschieden, dass der Hinweis "zur Pflege bei Neurodermitis" aufgrund der Bezugnahme auf eine Krankheit für den Durchschnittsleser mit einer Heil- oder zumindest Linderungswirkung in Verbindung gebracht werde und somit unzulässig sei (Urteil des Bundesgerichts vom 6. September 2006 i.S. Qualicare AG [2A.593/2005] E. 4.4 sowie KGE VV i.S. Q. AG vom 6. Juli 2005 in: KGE BL 2005, S. 177 f. E. 3b). Dass diese Feststellung auch für den vorliegend strittigen Hinweis auf eine entsprechende Eignung der Alpecin -Produkte gelten muss, bedarf keiner weitergehenden Erläuterung. Dasselbe gilt für die Empfehlung "geeignet für leichte Formen der Atopie", zeigt doch bereits die von der Beschwerdeführerin gewählte Formulierung "leichte Formen der Atopie bzw. Neurodermitis", dass es sich hierbei ebenfalls um eine die Haut betreffende, Krankheitswert aufweisende gesundheitliche Störung handelt. Tatsächlich handelt es sich beim Begriff "Neurodermitis" nur um eine geläufige Bezeichnung für das sogenannte atopische Ekzem, welches wiederum eine von mehreren Manifestationsformen der Atopie darstellt (Atopie = Überempfindlichkeitsreaktion der Haut; vgl. www.wikipedia.ch, Stichwort "Neurodermitis" sowie Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Auflage, Berlin/New York 2004, S. 162 und 1266). Zieht man schliesslich in Betracht, dass in der von der Beschwerdeführerin im Internet publizierten Wirkungs-Studie am Beispiel von "... 10 Personen mit leichten Formen der Atopie bzw. Neurodermitis..." explizit die heilende bzw. lindernde Wirkung des Alpecin Hypo-Sensitiv Shampoo aufgezeigt wird, kann auf keine Art und Weise beanstandet werden, dass die Vorinstanzen dieser die Verwendung der strittigen Anpreisung untersagt haben. In diesem Punkt ist die Beschwerde vom 6. September 2007 deshalb abzuweisen. Fehl geht in diesem Zusammenhang im Übrigen die Berufung der Beschwerdeführerin auf die vom Bundesgericht am 19. Oktober 2006 entschiedene Beschwerdesache betreffend Colgate Dentagard . Bei Zahn- und Mundpflegemittel sind Hinweise auf kariesverhütende und andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften, mithin auf eine krankheitsverhütende Wirkung erlaubt, sofern sie wissenschaftlich belegt werden können. Bei den vorliegend zu beurteilenden Alpecin- Produkten handelt es sich aber klarerweise nicht um Zahn- oder Mundpflegemittel, sodass der strittige Hinweis nicht in Anwendung der grosszügigeren, in Art. 31 Abs. 4 LGV statuierten Sonderregelung zugelassen werden kann. 4.2 Die Beschwerdeführerin bringt überdies vor, dass insbesondere die Qualicare AG auf die Eignung ihrer Physiogel®- Produkte "...bei Neurodermitis..." hinweise. Ausgehend vom Grundsatz der Gleichbehandlung sei ihr deshalb die gleichlautende, im Zusammenhang mit den Alpecin- Produkten verwendete Anpreisung zu gestatten. Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit dem Rechtsgleichheitsprinzip im Konfliktfall prinzipiell vorgeht. Trifft eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, in der Regel keinen Anspruch

darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden. Einzig wenn eine eigentliche, gesetzeswidrige Praxis besteht und die zuständige Behörde es ablehnt, diese aufzugeben, können die betroffenen Privatpersonen verlangen, dass die widerrechtliche, Dritten zuteil gewordene Begünstigung auch ihnen gewährt wird (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, N 518 mit Hinweis auf BGE 127 I 1 ff.). Eine solche Praxis, welche den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht zu begründen vermöchte, liegt vorliegend unbestrittenermassen nicht vor. Nachdem das kantonale Laboratorium den von der Qualicare AG verwendeten Hinweis bereits im Januar 2004 beanstandet hatte, hat ihr auch das Bundesgericht mit Urteil vom 6. September 2007 die Verwendung der strittigen, an Neurodermitiker gerichteten Heilanzeigen untersagt. Damit steht aber fest, dass die zuständige Behörde keineswegs gewillt ist, die gegen Art. 31 Abs. 3 LGV verstossende Anpreisung zu dulden. Wie das Kantonsgericht bereits in seiner Entscheid vom 6. Juli 2005 dargelegt hat, ist es zwar eine Tatsache, dass wohl immer wieder Produkte auf eine, den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprechende Art und Weise angepriesen werden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das kantonale Laboratorium auch künftig aktiv werden würde, sobald es von solchen unzulässigen Zuständen erfährt. Etwas anderes wird von der Beschwerdeführerin denn auch weder behauptet, noch nachgewiesen, weshalb ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung im Unrecht abzulehnen ist (vgl. KGE VV vom 6. Juli 2005, a.a.O., S. 179 E. 4a).

4.3 Die Beschwerdeführerin legt in ihrer Beschwerdebegründung vom 29. Oktober 2007 weiter dar, dass aufgrund eines, seitens des Bundesgerichts wiederholt anerkannten "...legitimen Informationsbedürfnisses des durchschnittlichen Konsumenten..." der Hinweis auf die Eignung für Atopiker bzw. Neurodermitiker zugelassen werden müsse. Die Verfügbarkeit von geeigneten, reizarmen Hautpflegemitteln sei für den von einer Neurodermitis Betroffenen genauso entscheidend, wie beispielsweise die Verfügbarkeit von zuckerfreien bzw. zuckerarmen Lebensmitteln für den Diabetiker. In der Tat hat das Bundesgericht in einem, von der Beschwerdeführerin zitierten Urteil entschieden, dass Apfelsaft mit der Packungsaufschrift "ohne Zuckerzusatz" versehen werden darf, weil der Hinweis auf das Fehlen von Zuckerzugaben für den Diabetiker eine gesundheitsrelevante Rolle spielen könne (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2006 i.S. X. AG [2A.307/2006] E. 3.3). Die Beschwerdeführerin verkennt nun aber, dass in dieser Beschwerdesache nicht eine Heilanzeigen, sondern die Verwendung einer grundsätzlich wahren, beim Konsumenten im Vergleich mit anderen Produkten aber möglicherweise eine Täuschung bewirkenden Angabe über die Inhaltsstoffe zu beurteilen war. Würde die vorliegend strittige Heilanzeigen ohne Weiteres unter Hinweis auf das grundsätzlich legitime Informationsbedürfnis von Neurodermitikern bejaht, würde die vom Bundesgesetzgeber geforderte klare Abgrenzung zwischen Heil- und Lebensmitteln bzw. Gebrauchsgegenständen, welche für die Durchschnittskonsumentin und den Durchschnittskonsumenten überdies plausibel zu sein hat, im Resultat verunmöglicht. Will die Beschwerdeführerin ihre Produkte weiterhin mit den strittigen Empfehlungen anpreisen, hat sie diese als Heilmittel registrieren zu lassen und das dafür vorgesehene Verfahren zu durchlaufen. Es erscheint aber nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin Personen mit besonders empfindlicher Haut auf ihre offenbar reizarmen Haarpflegemittel aufmerksam machen will, indem sie diese durch entsprechende Hinweise von den zahlreichen anderen, Duft-, Konservierungs- und Farbstoffe enthaltenden Pflegemitteln abgrenzt. Vom kantonalen Laboratorium geprüft werden könnte beispielsweise eine Reduktion der

strittigen Anpreisung auf die Empfehlung "geeignet für Personen mit besonders empfindlicher Haut". Die Durchschnittskonsumentin bzw. der Durchschnittskonsument würde eine solche Empfehlung wohl kaum mehr mit der Heilung oder Linderung einer Krankheit oder eines krankhaften Zustandes in Verbindung bringen und auch die von einer Neurodermitis betroffene Person wird daraus in erster Linie ableiten, dass ihre empfindliche Haut durch das Produkt nicht belastenden Irritationen ausgesetzt wird. Auf diese Weise könnte dem von der Beschwerdeführerin statuierten Informationsbedürfnis möglicherweise Rechnung getragen werden, ohne damit das Heilpreisungsverbot aufzuweichen. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen bemerkenswert, dass das BAG in seinem Merkblatt für Formulierungen in der Kosmetik-Werbung (BAG-Merkblatt) vom 17. Februar 1998 Hinweise wie "reizmildernd", "mildert Hautirritationen" oder "kühlt angenehm irritierte Haut", mithin Hinweise auf eine, bereits bestehende Irritationen lindernde Wirkung als zulässig erachtet. 5.1 Die Vorinstanzen haben der Beschwerdeführerin im Weiteren die Verwendung der Anpreisungen "lindert Kopfhautjucken" bzw. "gegen Juckreiz" untersagt. Sie stimmen mit der Beschwerdeführerin zwar insoweit überein, dass der Juckreiz bzw. das Jucken der Kopfhaut nicht selber als Krankheit im Sinne von Art. 31 Abs. 3 LGV qualifiziert werden könne. Ein Juckreiz trete in vielen Fällen aber als Symptom einer Krankheit auf, weshalb die Gefahr bestehe, dass Personen mit einem krankheitsbedingtem Juckreiz meinten, die Alpecin-Produkte könnten ihre Krankheit heilen oder lindern. Das Kantonsgericht teilt die Ansicht, dass der Juckreiz selber nicht als krankhafter Zustand betrachtet werden, hingegen aber Ausdruck oder Folge einer Krankheit sein kann. Wird nun bei einem Pflegeprodukt mit der Linderung eines krankheitsbedingtem Juckreizes geworben, ist das in Anbetracht der vorstehend dargelegten Rechtslage und Rechtsprechung in der Tat unzulässig. So hat das Kantonsgericht in seinem, bereits erwähnten Urteil vom 6. Juli 2005 die Anpreisung "...bei juckender, zu Allergien neigender Haut..." als unzulässig erachtet, weil damit der Käuferin bzw. dem Käufer der Eindruck vermittelt werde, das fragliche Produkt lindere Allergien und damit eine Krankheit. Entgegen der seitens der Beschwerdeführerin gemachten Vorbringen haben aber weder das Kantonsgericht noch das Bundesgericht die Zulässigkeit des Hinweises "bei juckender Haut" bejaht (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 6. September 2006 i.S. Qualicare AG [2A.593/2005] E. 4.4 sowie KGE VV vom 6. Juli 2005, a.a.O., S. 178 E. 3b). 5.2 Der vorliegende Fall unterscheidet sich nun aber in einem wesentlichen Punkt vom damals zu beurteilenden, Physiogel®-Produkte betreffenden Sachverhalt: Die beiden Anpreisungen befinden sich unbestrittenermassen auf den Produktpackungen, auf der aktenkundigen Produkteübersicht sowie wahrscheinlich auch in den Packungsbeilagen und sie stehen - soweit aus den Akten ersichtlich - ausschliesslich im Zusammenhang mit der Pflege schuppender Kopfhaut. Vom kantonalen Laboratorium ebenfalls beanstandete Hinweise wie "beugt Entzündungen vor" oder "Ekzeme", mit denen das Kopfhautjucken in einen weiteren Zusammenhang hätte gebracht werden können, sind von der Beschwerdeführerin bekanntlich entfernt worden. Die Anpreisung, dass ein Pflegeprodukt zur Behandlung von Schuppen geeignet ist, ist nach Ansicht des BAG zulässig. Dies lässt sich dem vorstehend erwähnten BAG-Merkblatt entnehmen und ist bereits in einer im Jahre 1995 ausser Kraft gesetzten Richtlinie des früheren Eidgenössischen Gesundheitsamtes vom 12. Februar 1970 statuiert worden (zum Beizug der beiden Dokumente als Auslegungshilfen vgl. die Urteile des Bundesgerichts vom 30. Juni 2005 [2A.743/2004] E. 4.2 und vom 19. Oktober 2006 [2A.213/2006] E. 4.5). Die Tendenz der Kopfhaut zur Schuppenbildung wird vom BAG somit nicht als Krankheit im Sinne vom Art. 31 Abs. 3 LGV qualifiziert, was nachvollziehbar erscheint. Wenn nun

aber die Anpreisung eines Produktes im Falle von Schuppenbildung zulässig ist, muss dies auch für den Hinweis auf das damit regelmässig verbundene Kopfhautjucken gelten, wird der Juckreiz hier - im Gegensatz zum Jucken als Folge oder Begleitumstand beispielsweise einer Allergie - doch nicht als Symptom einer Krankheit dargestellt. Diese Auslegung trägt dem Grundsatz, wonach Heil- und Pflegemittel präzise voneinander abzugrenzen sind, ohne Weiteres Rechnung. Wird im Zusammenhang mit der Behandlung von Schuppen gleichzeitig darauf hingewiesen, dass das Pflegemittel den Juckreiz lindere, fühlt sich der bzw. die durchschnittliche, von Schuppen betroffene Konsument bzw. Konsumentin angesprochen und nicht die an einer Hautkrankheit leidende Person. Diese wird vielmehr auf Formulierungen achten, welche einen Bezug zu ihrer Krankheit herstellen, wie das beim vorstehend als unzulässig bezeichneten Hinweis auf die Geeignetheit für Neurodermitiker der Fall ist. Die Beschwerde vom 6. September 2007 ist deshalb insoweit gutzuheissen, als der Beschwerdeführerin die Verwendung der Hinweise "lindert Kopfhautjucken" und "gegen Juckreiz" im Zusammenhang mit der Schuppenpflege zu gestatten ist. 5.3 Abschliessend ist nun noch die Zulässigkeit des von den Vorinstanzen ebenfalls beanstandeten Hinweises auf die "Dr. Kurt Wolff-Forschung" zu prüfen. Diesbezüglich hatte das kantonale Laboratorium in seiner Einspracheentscheid vom 10. April 2007 festgehalten, dass dieser Forschungshinweis im Gesamtkontext aller, im Zusammenhang mit den Alpecin-Produkten gemachten Hinweise den Anschein einer Heilanpreisung vermittele, währenddem "...sich allenfalls darüber diskutieren..." liesse, wenn dieser für sich alleine stehen würde. Auch der Regierungsrat hat in seiner Entscheidung festgehalten, dass die Beschwerdeführerin die fragliche Angabe verwenden dürfe, sofern die anderen strittigen Anpreisungen entfernt werden. Die Feststellung, dass die Verwendung des Hinweises "Dr. Kurt Wolff-Forschung" für sich alleine oder im Zusammenhang mit anderen, zulässigen Anpreisungen zugelassen werden könne, kann im Lichte von Art. 31 Abs. 3 LGV nicht beanstandet werden. Ausgehend davon sowie dem Umstand, dass die Hinweise "gegen Juckreiz" und "lindert Kopfhautjucken" im Zusammenhang mit der Pflege von Schuppen zulässig sind, erscheint auch der allgemeine Hinweis auf die Produktforschung in diesem Zusammenhang nicht mehr problematisch, da er mit der Pflegewirkung und - weil kein Bezug zu einer Krankheit hergestellt wird - kaum mit einer heilenden Wirkung in Verbindung gebracht werden wird. Der Anschein der Heilanpreisung - wie er der Konsumentin bzw. dem Konsumenten mit dem Hinweis auf die Eignung der Alpecin-Produkte für Neurodermitiker und Atopiker vermittelt wird - wird mit der Überschrift "Dr. Kurt Wolff-Forschung" dagegen unbestrittenermassen verstärkt, indem hier suggeriert wird, die heilende bzw. lindernde Wirkung sei wissenschaftlich erhärtet (vgl. auch KGE VV i.S. Q. AG vom 6. Juli 2005, a.a.O., S. 177 f. E. 3a).

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerdebegründung vom 29. Oktober 2007 schliesslich, dass der Regierungsrat mit der Bestätigung der vom kantonalen Laboratorium ausgesprochenen Anpreisungsverbote Art. 13 und 20 FHA sowie Art. 4 in Verbindung mit Art. 3 lit. b Ziff. 1 THG verletzt habe. Da das Kantonsgericht den regierungsrätlichen Entscheidung zumindest teilweise bestätigt, ist auf diese Rüge kurz einzugehen. Gemäss Art. 20 FHA ist eine Beschränkung des in Art. 13 Abs. 1 FHA statuierten, von der Beschwerdeführerin angerufenen Grundsatzes des freien Warenverkehrs zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder von Pflanzen zulässig. In Ziffer 2.3 hievon wurde nun aber dargelegt, dass der Verordnungsgeber mit dem in Art. 31 Abs. 3 LGV für Gebrauchsgegenstände statuierten Heilanpreisungsverbot die Abgrenzung von

Gebrauchsgegenständen und Heilmitteln bezweckt, mithin den Schutz der menschlichen Gesundheit bzw. den Verbraucherschutz gewährleisten will. Auch das vorliegend bestätigte Verbot des Hinweises auf die Eignung der Alpecin- Produkte für Atopiker bzw. Neurodermitiker dient ausschliesslich diesem Ziel, weshalb es im Lichte des von der Beschwerdeführerin angerufenen Freihandelsabkommens nicht beanstandet werden kann. Aus denselben Gründen würde das strittige Verbot - sofern und soweit es sich als technisches Handelshemmnis auswirken sollte - im Übrigen auch nicht im Widerspruch zu Art. 4 Abs. 3 lit. a THG stehen. Mit dem Bundesgericht ist aber darauf hinzuweisen, dass Art. 4 THG ohnehin an den Gesetz- und Verordnungsgeber gerichtet ist und sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts i.S. Qualicare AG vom 6. September 2007 [2A.593/2005] E. 5.4 f.; zur Bedeutung des THG vgl. zudem auch das Urteil des Bundesgerichts vom 28. August 2006 i.S. Estée Lauder GmbH [2A.693/2005] E. 4.5 am Ende).

E. 7

(Kosten) KGE VV vom 30.04.2008 i.S. A. AG (810 07 319)/SOA Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten mit Urteil vom 27. Januar 2009 abgewiesen, soweit es darauf eintrat.

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