

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00457 vom 2. März 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00457

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00457 du 2 mars 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00457 del 2 marzo 2006

Regeste

Heilanzeigen | Heilanzeigen: Darf auf einer Zahnpastentube der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend" verbunden mit einem Aesculap-Natter-Symbol aufgedruckt werden? Ein zweiter Schriftwechsel ist nicht notwendig (E. 1.2). Weil der Einreichung einer Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, muss diese nicht speziell erteilt werden (E. 1.3). Anwendbares Recht (E. 1.4). Rechtsgrundlagen im Bundesrecht, Begriffsbestimmungen (E. 2). Bei Zahnpasten (zu den Kosmetika zählend) sind (näher umschriebene) Anpreisungen von Wirkungen namentlich zur Kariesprophylaxe zulässig, die mehr durch regelmässiges Zähneputzen als durch die Verwendung einer bestimmten Zahnpaste beeinflusst werden (E. 3.1.1). Der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend" zusammen mit dem Aesculap-Natter-Symbol lässt gesamthaft den Eindruck entstehen, dass die Verwendung der Zahnpaste eine zahnmedizinisch umfassende vorbeugende Wirkung hat; eine solche Anpreisung sprengt den gesetzlichen Rahmen (E. 3.1.2 f.). Das Cassis de Dijon-Prinzip gilt für die Schweiz nicht: Es kommt weder über eine Anwendung des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (E. 3.2.1 f.) noch über eine Vorwirkung (E. 3.2.3) zum Zug. Aus dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU, das im hier interessierenden Bereich nicht direkt anwendbar ist, lässt sich nichts zugunsten einer Zulassung der Zahnpaste mit dem genannten Hinweis ableiten (E. 3.3). Es widerspricht weder dem Grundsatz von Treu und Glauben noch dem Vertrauensschutzprinzip, wenn die Behörden bislang nicht eingeschritten sind. Im Bereich des Rechts der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände gilt nämlich das Prinzip der Selbstkontrolle, wonach derjenige, der ein Produkt in Verkehr bringt, dafür zu sorgen hat, dass es den gesetzlichen Anforderungen entspricht (E. 3.4). Abweisung; Ansetzung einer Frist von 6 Monaten nach Zustellung des Entscheids zur Anpassung der Beschriftung (E. 4).

Erwägungen

E. 3

Abteilung/3. Kammer Weiterzug: Rechtsgebiet: Gesundheitswesen Betreff: Heilanzeigen Heilanzeigen: Darf auf einer Zahnpastentube der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend" verbunden mit einem Aesculap-Natter-Symbol aufgedruckt werden? Ein zweiter Schriftwechsel ist nicht notwendig (E. 1.2). Weil der Einreichung einer Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, muss diese nicht speziell erteilt werden (E. 1.3). Anwendbares Recht (E. 1.4). Rechtsgrundlagen im Bundesrecht, Begriffsbestimmungen (E. 2). Bei Zahnpasten (zu den Kosmetika zählend) sind (näher umschriebene) Anpreisungen von Wirkungen namentlich zur Kariesprophylaxe zulässig, die mehr durch regelmässiges Zähneputzen als durch die Verwendung einer bestimmten Zahnpaste beeinflusst werden (E. 3.1.1). Der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend"

zusammen mit dem Aesculap-Natter-Symbol lässt gesamthaft den Eindruck entstehen, dass die Verwendung der Zahnpaste eine zahnmedizinisch umfassende vorbeugende Wirkung hat; eine solche Anpreisung sprengt den gesetzlichen Rahmen (E. 3.1.2 f.). Das Cassis de Dijon-Prinzip gilt für die Schweiz nicht: Es kommt weder über eine Anwendung des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (E. 3.2.1 f.) noch über eine Vorwirkung (E. 3.2.3) zum Zug. Aus dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU, das im hier interessierenden Bereich nicht direkt anwendbar ist, lässt sich nichts zugunsten einer Zulassung der Zahnpaste mit dem genannten Hinweis ableiten (E. 3.3). Es widerspricht weder dem Grundsatz von Treu und Glauben noch dem Vertrauensschutzprinzip, wenn die Behörden bislang nicht eingeschritten sind. Im Bereich des Rechts der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände gilt nämlich das Prinzip der Selbstkontrolle, wonach derjenige, der ein Produkt in Verkehr bringt, dafür zu sorgen hat, dass es den gesetzlichen Anforderungen entspricht (E. 3.4). Abweisung; Ansetzung einer Frist von 6 Monaten nach Zustellung des Entscheides zur Anpassung der Beschriftung (E. 4). Stichworte: CASSIS DE DIJON-PRINZIP FREIHANDELSABKOMMEN CH-EU GEBRAUCHSGEGENSTAND (LEBENSMITTELRECHT) HANDELSHEMMNIS HEILANPREISUNG KARIES KOSMETIKA LEBENSMITTEL SELBSTKONTROLLE ÜBRIGES FÜRSORGE UND GESUNDHEIT VERTRAUENSSCHUTZ ZAHNPASTE Rechtsnormen: Art./§ 3 GebrV Art./§ 21 GebrV Art./§ 31 LGV Art./§ 35 LGV Art. 5 lit. b LMG Art. 14 LMG Art. 18 LMG Art. 23 LMG Art. 2 THG Art. 4 Abs. I THG Publikationen: - keine - Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung) Gewichtung: 3 I. Das Kantonale Labor Zürich (fortan Kantonales Labor) beanstandete am 9. Dezember 2004 bei der Firma A AG die von dieser vertriebene Zahnpaste "X mit Naturkräutern", 75 ml, Protokoll-Nr. 01, wegen des darauf in roter Schrift enthaltenen Hinweises "zahnmedizinisch vorbeugend" und der dazu abgebildeten Aesculap-Natter als Symbol der Ärzte. In ihrer Stellungnahme verneinte die Firma A AG unzulässige Hinweise auf der beanstandeten Zahnpastentube. Mit Verfügung vom 2. März 2005 beanstandete das Kantonale Labor die erwähnte Aufschrift auf der Zahnpastentube "X mit Naturkräutern" und verlangte von der Firma A AG die Anpassung der Kennzeichnung der Ware an die gesetzlichen Vorschriften bis 30. Juni 2005. Die von der A AG erhobene Einsprache wies das Kantonale Labor am 6. April 2005 ab und bestätigte seine Verfügung vom 2. März 2005. II. Gegen die Verfügung vom 6. April 2005 legte die A AG am 15. April 2005 Rekurs bei der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (fortan Gesundheitsdirektion) ein. Am 23. August 2005 wies die Gesundheitsdirektion den Rekurs ab, gewährte aber für die Anpassung der Kennzeichnung eine Frist bis Ende 2005. III. Dagegen liess die Firma A AG am 21. September 2005 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich einlegen. Sie verlangte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 23. August 2005, eventualiter eine Frist von sechs Monaten zur Anpassung der Kennzeichnung ab Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides. Zudem sollte ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners. Die Gesundheitsdirektion liess sich am 6. Oktober 2005 vernehmen und Abweisung der Beschwerde beantragen. Der Beschwerdegegner erstattete keine Beschwerdeantwort. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist nach § 19b Abs. 1 und § 41 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Da auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf das Rechtsmittel einzutreten. 1.2 Die Beschwerdeführerin verlangt die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, da sich

die Vorinstanz nicht zur – neu aufgebrachten – Frage des Einflusses des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf die zu beurteilenden Rechtsfragen geäussert habe. Sie müsse aber zu allfälligen Ausführungen der Vorinstanz noch Stellung nehmen können. Ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird, steht im Ermessen des Verwaltungsgerichts. Die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels wäre – in vorliegendem Zusammenhang – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs notwendig, wenn das Verwaltungsgericht zum Nachteil des Beschwerdeführers auf erstmals in der Beschwerdeantwort vorgebrachte tatsächliche Behauptungen abstellen oder von sich aus neu eingetretene oder bisher ausser Acht gelassene Tatsachen berichtigen wollte (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 58 N. 9 f.). Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Geltung des Freihandelsabkommens (Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in Kraft seit 1. Januar 1973, FHA, SR.0.632.401) verwies die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung bloss auf den Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 13. Juli 2005, wonach die Umsetzung des in der Europäischen Union (EU) geltenden Cassis de Dijon-Prinzips eine Gesetzesänderung, insbesondere eine Ergänzung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG, SR 946.51), voraussetzen würde (vgl. VB.2005.00203, www.vgrzh.ch). Es ist nicht zu erkennen, inwiefern sich die Beschwerdeführerin dazu noch äussern müsste. Ein zweiter Schriftenwechsel ist daher nicht durchzuführen.

1.3 Im angefochtenen Entscheid wurde weder dem Lauf der Beschwerdefrist noch einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Entsprechend kommt der Beschwerde nach § 55 Abs. 1 VRG aufschiebende Wirkung zu (Kölz/Bosshart/Röhl, § 55 N. 2). Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung erübrigt sich damit.

1.4 Während des Beschwerdeverfahrens wurde per 1. Januar 2006 die Verordnung vom 1. März 1995 über Gebrauchsgegenstände (GebrV) aufgehoben und der Regelungsinhalt in die am 23. November 2005 neu erlassene Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV) überführt (SR 817.02, AS 2005, 5451). Bei dieser Rechtsänderung ging es einerseits um eine Anpassung des schweizerischen Rechts an das neue Hygienerecht in der EU und andererseits um eine neue Strukturierung des gesamten Lebensmittelverordnungsrechts (vgl. weiter führende Informationen des Bundesamts für Gesundheit unter www.bag.admin.ch, Lebensmittelsicherheit). Bei der Überprüfung von Dauerverwaltungsakten ist in der Regel das neue Recht anwendbar (Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 18). Weil sich aber mit der Änderung der Rechtslage für die in diesem Beschwerdeverfahren massgeblichen Fragen materiell nichts geändert hat, erfolgt die Beurteilung primär nach dem alten Recht.

2. 2.1 Das Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG, SR.817.0) hat unter anderem zum Zweck, die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können (Art. 1 lit. a LMG). Es erfasst das Herstellen, Behandeln, Lagern, Transportieren und Abgeben, das Kennzeichnen und Anpreisen sowie die Einfuhr, Durchfuhr und Ausfuhr von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (Art. 2 Abs. 1 LMG). Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände werden nicht als Heilmittel angepriesen; dazu gehören neben anderen Körperpflegemittel und Kosmetika sowie Gegenstände, die nach ihrer Bestimmung mit den Schleimhäuten des Mundes in Berührung kommen (Art. 5 lit. b LMG). Wer Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände herstellt, behandelt, abgibt, einführt oder ausführt,

muss im Rahmen seiner Tätigkeit dafür sorgen, dass die Waren den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Die amtliche Kontrolle entbindet dabei nicht von der Pflicht zur Selbstkontrolle (Art. 23 Abs. 1+2 LMG). Mit der Beanstandung stellen die Kontrollorgane fest, dass gesetzliche Anforderungen nicht erfüllt sind, so vor allem bei Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (Art. 27 Abs. 1 lit. a LMG). Die GebrV gilt für das Herstellen, Behandeln, Lagern, Transportieren und Abgeben von Gebrauchsgegenständen, ebenso für deren Kennzeichnung und Anpreisung. Die Bezeichnung, Anpreisung, Aufmachung und Verpackung von Gebrauchsgegenständen (Etiketten, Packungen, Prospekte etc.) muss so gestaltet sein, dass keine Gefahr einer gesundheitsschädigenden Verwendung des Gebrauchsgegenstandes besteht. Hinweise irgendwelcher Art auf eine krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkung (z.B. medizinische oder therapeutische Eigenschaften, desinfizierende oder entzündungshemmende Wirkungen, ärztliche Empfehlungen) von Gebrauchsgegenständen sind verboten. Erlaubt sind Hinweise auf kariesverhütende Eigenschaften von Zahn- und Mundpflegemitteln (Art. 1, 3 Abs. 1+2 GebrV bzw. Art. 1 lit. a, 31 Abs. 3-4 LGV).

2.2 Kosmetische Mittel sind Stoffe oder Zubereitungen, die bestimmungsgemäss äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers (Haut, Behaarungssystem, Nägel, Lippen und äussere Genitalregionen), mit den Zähnen oder den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung kommen. Sie dienen ausschliesslich oder überwiegend ihrem Schutz, der Erhaltung ihres guten Zustandes, ihrer Reinigung, Parfümierung oder Desodorierung oder der Veränderung des Aussehens. Sie wirken lokal auf die gesunde Haut und ihre Organe, auf die Schleimhäute des Mundes oder der äusseren Genitalregionen oder auf die Zähne, lokal nur auf dem Gebiet ihrer Anwendung. Ihre Wirkung setzt in der Regel sofort ein, ist aber allgemein nur von kurzer Dauer. Die darin enthaltenen Stoffe dürfen bei der Resorption keine inneren Wirkungen entfalten (Art. 21 Abs. 1+2 GebrV bzw. Art. 35 Abs. 1-3 LGV; Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2002, S. 503). Demnach gehören Zahn- und Mundpflegemittel unbestrittenermassen zu den kosmetischen Mitteln.

2.3 Der Gesetzgeber hat im Bereich der Lebensmittel den Schutz vor Täuschungen geregelt, jedoch nicht im Bereich der Gebrauchsgegenstände (Art. 1 lit. c, Art. 18 LMG; BBl 1989 I 932, 976). Das Lebensmittelgesetz bezweckt aber, Konsumenten auch vor Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit bei bestimmungsgemäsem oder üblichem Gebrauch gefährden könnten (Art. 1 lit. a, Art. 14 LMG). Sein Geltungsbereich umfasst unter anderem das Kennzeichnen und Anpreisen von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (vorn E. 2.1 Abs. 2). Der Bundesrat kann zu diesem Zweck Anforderungen an Gebrauchsgegenstände und deren Beschriftung festlegen sowie die Verwendung bestimmter Stoffe beschränken oder verbieten (Art. 14 Abs. 2 LMG). Wenn der Gesetzgeber im Lebensmittelgesetz den Schutz des Konsumenten vor Täuschung im Bereich der Gebrauchsgegenstände nicht regeln wollte, heisst das nicht, dass die Werbung von jeder Beschränkung ausgenommen werden sollte. Vielmehr können Beschränkungen der Werbung auch aus gesundheitspolizeilichen Gründen angebracht sein, genau gleich, wie dies für die Beschriftung der Gebrauchsgegenstände zutrifft (BGr, 23. Juni 2000, 2A.47/2000, E. 2b/bb+cc, www.bger.ch = ZBl 103/2002 S. 30 ff., 33 f.). Insbesondere das in der Lebensmittelgesetzgebung enthaltene Verbot der Heilanzeigen gilt für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (BGE 127 II 91 E. 3; BGr, 19. Juni 2002, 2A.62/2002, E. 3.2, www.bger.ch; VGr, 11. November 2004, VB.2004.00346, E. 3, www.vgrzh.ch; Lucas David/Mark A. Reutter, Schweizerisches Werberecht, 2. A., Zürich 2001, S. 304 f.).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend" die Worte krankheitslindernd, -heilend oder -verhütend nicht enthalte. Vielmehr sei dieser Hinweis inhaltlich vergleichbar mit dem lebensmittelrechtlich zulässigen Hinweis auf kariesverhütende Eigenschaften. Die darunter stehende Aufschrift "Für kräftiges Zahnfleisch und feste Zähne" beziehe sich dagegen einzig darauf, dass Zähneputzen – mit welcher Zahnpaste auch immer – für kräftiges Zahnfleisch und feste Zähne Sorge. Die abgebildete Aesculap-Natter ändere daran nichts. Insbesondere werde nicht damit geworben, dass die Wirkstoffe der Zahnpaste etwa der Paradontose vorbeugen würden. Die Vorinstanz hält diesbezüglich an ihrem Entscheid fest.

E. 3.1.1

Wie dargelegt, dürfen die in kosmetischen Mitteln enthaltenen Wirkstoffe bei der Resorption keine inneren Wirkungen entfalten (Art. 21 Abs. 2 GebrV bzw. Art. 35 Abs. 3 LGV; vorn E. 2.2); entsprechende Anpreisungen sind unzulässig (zum Beispiel Schlankheitsanpreisungen, Anpreisung zur Muskelentspannung, Stärkung der Zellstruktur, Aktivierung des Bindegewebes, vgl. Markus R. Frick, Argument Gesundheit in der Werbung, in: Tomas Poledna [Hrsg.], forum gesundheitsrecht, Band 12, Gesundheit und Werbung, Zürich etc. 2005, S. 28 f.; BGr, 23. Juni 2000, 2A.47/2000, E. 3; BGr, 30. Juni 2005, 2A.743/2004, E. 3.2, 4, je unter www.bger.ch). Als für Kosmetika (Zahnpflegemittel) zulässige gesundheitliche und hygienefördernde Anpreisungen wurden Hinweise auf die Stärkung, Straffung und Festigung des Zahnfleisches, auf die Regenerierung von irritiertem Zahnfleisch, auf die Vorbeugung vor Zahnfleischwäche und auf gesundes Zahnfleisch als erlaubt betrachtet, ferner auf Schutz, Härtung und Erhöhung der Widerstandsfähigkeit des Zahnes. Bezüglich Kariesverhütung werden als unbedenklich angesehen: "vermindert die Anfälligkeit gegen Karies" und "hilft bei der Bekämpfung und Prophylaxe von Karies" (David/Reutter, S. 305 mit Hinweis). Die Anpreisung solcher Wirkungen erscheint schon deswegen zulässig, weil sie – wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht – mehr durch regelmässiges korrektes Zähneputzen als durch Verwendung einer bestimmten Zahnpaste beeinflusst werden.

E. 3.1.2

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin geht der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend" über die reine Kariesverhütung hinaus. So ist zunächst ein Zusammenhang mit der Kariesverhütung und insbesondere eine Beschränkung darauf nicht erkennbar. Wenn die Zahnpaste "zahnmedizinisch vorbeugend" beschrieben wird, ist mindestens der mit Zähneputzen erreichbare Bereich der Zahnmedizin – Mundhöhle, Zähne und Zahnfleisch – abgedeckt, der dank der verwendeten Zahnpaste vorbeugend behandelt wird. Gerade der – nicht beanstandete – weitere Hinweis "Für kräftiges Zahnfleisch und feste Zähne" verstärkt in diesem Zusammenhang den Eindruck einer durch Anwendung der erwähnten Zahnpaste zahnmedizinisch umfassenden vorbeugenden bzw. eben krankheitsverhütenden Behandlung, die nicht auf Kariesprophylaxe beschränkt ist. So kann unter Kräftigung des Zahnfleisches sowohl die Behandlung von Gingivitis (Entzündung des Zahnfleisches) als auch von Paradontitis (Zahnfleischtaschen mit Verlust des Stützgewebes, erhöhte Zahnbeweglichkeit) verstanden werden (vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 258. A., Berlin/New York 1998, S. 576, 1204). Die "festen" Zähne können einerseits "fest" im Zahnfleisch verankert sein (fehlende Paradontitis) als auch "fest" im Sinne von resistent gegen Karies sein. Verstärkende Wirkung zeigt zusätzlich die abgebildete Aesculap-Natter

als Symbol der Ärzte, die geeignet ist, der "zahnmedizinisch vorbeugend"[en] Wirkung beim Kunden weiteres Gewicht zu verschaffen. An diesem insgesamt klaren Gesamteindruck einer zahnmedizinisch umfassenden vorbeugenden Wirkung bei Verwendung der fraglichen Zahnpaste ändern die mit Akribie betriebenen Interpretationen der Worte "vorbeugend" und "verhüten" nichts.

E. 3.1.3

Fehl geht der Hinweis der Beschwerdeführerin darauf, dass kräftiges Zahnfleisch und feste Zähne durch Zähneputzen als solches und nicht durch Verwendung einer besonderen Zahnpaste bewirkt werden, denn dies geht aus der erwähnten Aufschrift gerade nicht hervor. Ein Bezug zum Zähneputzen als solchem lässt sich in diese schon deswegen nicht hineininterpretieren, weil auf der Rückseite der Zahnpastentube ein entsprechender Hinweis ausdrücklich ausformuliert ist ("Regelmässiges Zähneputzen mit X kräftigt ihr Zahnfleisch, beseitigt Plaque und schützt durch Fluorid wirksam vor Karies). Diesem Hinweis ist allerdings nicht zu entnehmen, dass Zähneputzen unabhängig von der verwendeten Zahnpaste zum gewünschten Erfolg führte.

E. 3.1.4

Was schliesslich den Vorwurf angeht, die Vorinstanz habe einen Vergleich der ausländischen mit der zulässigen inländischen Deklaration nicht vorgenommen (Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten, KIG; SR.944.0), ist dieser unberechtigt. Einerseits brachte die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren solches nicht vor. Andererseits wird in Art. 2 Abs. 5 KIG die Kennzeichnungspflicht nach andern Bundesvorschriften gerade vorbehalten; dazu gehört insbesondere Art. 3 Abs. 2 GebrV bzw. Art. 31 Abs. 3 LGV. Schliesslich stellt Art. 2 KIG eine blosser Absichtserklärung dar, die erst in Verbindung mit Art. 3 und subsidiär mit Art. 4 KIG konkret ausgeführt wird (BBJ 1986 II S. 371 f. zum damaligen Art. 2 KIG).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin beruft sich im Weiteren für die Anwendung des Cassis de Dijon-Prinzips auf die schweizerische Gesetzgebung. So dürften sich nach Art. 4 Abs. 1 THG technische Vorschriften nicht als technische Handelshemmnisse auswirken. Es sei zudem nicht sachgerecht, den Vorrang des THG gegenüber dem Ordnungsrecht des Bundes davon abhängig zu machen, dass eine Konkurrenz zwischen den materiellen Bestimmungen des THG und den sektoriellen Bundesvorschriften bestehe, und das THG dann nicht anzuwenden, wenn es keine eigenen Bestimmungen über die notwendigen Angaben auf vorverpackten Lebensmitteln enthalte. Ein überwiegendes öffentliches Interesse, um vom Prinzip der am wenigsten handelshemmenden Lösung abzuweichen, sei vorliegend nicht gegeben, da eine echte Gesundheitsgefährdung nicht vorliege. Demgegenüber hält der Beschwerdegegner daran fest, dass die Umsetzung des in der EU geltenden Cassis de Dijon-Prinzips eine Änderung des Gesetzes über die technischen Handelshemmnisse voraussetze.

E. 3.2.1

Das THG ist ein Rahmenerlass; es führt allgemeine, bereichsübergreifend geltende Grundsätze in die umfangreiche schweizerische Gesetzgebung über die einzelnen Produktesektoren ein. Unter der sektoriellen Gesetzgebung sind all jene Bundesgesetze, Bundesbeschlüsse und Verordnungen zu verstehen, welche Vorschriften über bestimmte Produkte, bestimmte Produktgruppen oder bestimmte Produkteaspekte enthalten,

namentlich hinsichtlich des Inverkehrbringens (Botschaft zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 15. Februar 1995, BBl 1995 II 521, 544, 547). Nach Art. 1 Abs. 1 THG schafft dieses Gesetz einheitliche Grundlagen, damit im Regelungsbereich des Bundes technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden. Unter technische Vorschriften fällt auch die Beschriftung von Produkten (Art. 3 lit. b THG).

E. 3.2.2

Nach Art. 2 Abs. 2 THG findet dieses Gesetz Anwendung, soweit nicht andere Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse oder internationale Abkommen abweichende oder weiter gehende Bestimmungen enthalten. Art. 2 THG befasst sich einzig mit der Frage des rechtlichen Vorrangs unter konkurrierenden Vorschriften des Bundesrechts, nicht aber mit der Frage einer unter sachlichen bzw. politischen Gesichtspunkten allenfalls notwendigen oder erwünschten Bereinigung bzw. Harmonisierung dieser Regelungen. Zwar beansprucht das THG im Verhältnis zu Bundesverordnungsrecht insofern Vorrang, als nicht ohne ausdrückliche oder implizite Ermächtigung durch den Bundesgesetzgeber von den Grundsätzen des THG abgewichen werden darf. Dies setzt aber das Bestehen einer Konkurrenz zwischen den materiellen Bestimmungen des THG und den sektoriellen Bundesvorschriften voraus. Das ist dann der Fall, wenn ein bestimmter Regelungsgegenstand von beiden Erlassen erfasst wird (BGE 124 IV 225 E. 3; VGr, 13. Juli 2005, VB. 2005.00203, E. 2.4, www.vgrzh.ch; Botschaft, BBl 1995 II 563 f.). Das THG enthält keine eigenen Bestimmungen über die notwendigen Angaben auf Kosmetikprodukten; die Frage des rechtlichen Vorrangs unter konkurrierenden Vorschriften kann sich daher gar nicht stellen. Selbst wenn aber eine Konkurrenzsituation zu einer Bundesvorschrift bestünde, wäre diese ein Bundesgesetz (LMG), das als sektorielle Vorschrift Vorrang genösse. Denn wie gezeigt bezweckt das Lebensmittelgesetz, Konsumenten auch vor Gegenständen (nicht nur Lebensmitteln) zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können, und gilt das Verbot der Heilanzeigen für Lebensmittel als auch für Gebrauchsgegenstände (Art. 1 lit. a LMG; vorn E. 2.3). Demnach kann die Beschwerdeführerin aus der Anrufung des Gesetzes über technische Handelshemmnisse nichts zugunsten ihres Standpunktes ableiten.

E. 3.2.3

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf eine Vorwirkung des Cassis de Dijon-Prinzips. Sie begründet diese damit, dass das Gesetzgebungsverfahren in fortgeschrittenem Stadium stehe und dagegen kein politischer Widerstand zu erwarten sei. Sie gesteht allerdings zu, dass die legislative Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips noch nicht beschlossen sei. Das Cassis de Dijon-Prinzip ist formell auf dem dafür vorgesehenen Weg in die Gesetzgebung bislang nicht eingeführt worden. Daran ändert die von der Beschwerdeführerin im behaupteten fehlenden politischen Widerstand erkannte begünstigende Vorwirkung nichts. Von – hier allein interessierender – positiver Vorwirkung eines Erlasses wird gesprochen, wenn ein noch nicht in Kraft gesetzter Erlass unter Vorbehalt seines späteren Inkrafttretens als zukünftiges Recht angewandt wird. Eine derartige positive Vorwirkung ist grundsätzlich unzulässig, insbesondere auch deswegen, weil in der Regel nicht vorhergesehen werden kann, ob und wann eine neue Regelung in Kraft tritt (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich etc. 2002, Rz. 346 ff.; BGE 129 V 455 E. 3, 125 II 278 E. 3c; BGr, 12. Mai 2005, 6S.15/2005, E. 3.4 mit Bezug auf das noch nicht verabschiedete Bundesgerichtsgesetz). Zudem fehlt es

vorliegend schon an einem Erlass oder mindestens an einem entsprechenden Entwurf, der verabschiedet oder gar in Kraft gesetzt werden könnte.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin beruft sich ausserdem auf das erwähnte Freihandelsabkommen (FHA; vorn E. 1.2), dessen Wortlaut in weiten Teilen den Vorschriften über den freien Warenverkehr gemäss dem EG-Vertrag (EGV) entspreche. Gemäss dem Entscheid "Dassonville" habe der Europäische Gerichtshof erkannt, dass jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, welche geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, als Massnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung anzusehen sei und somit gegen Art. 28 EGV verstosse. Nach dem Cassis de Dijon-Prinzip dürfe ferner eine in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäss vertriebene Ware grundsätzlich auch in allen anderen Mitgliedstaaten vertrieben werden. Nach Art. 13A Abs. 1 FHA würden sodann keine neuen mengenmässigen Ausfuhrbeschränkungen bzw. Massnahmen gleicher Wirkung verfügt. Schliesslich sei das FHA nach neuster Rechtsprechung des Bundesgerichtes unmittelbar anwendbar, ebenso das Cassis de Dijon-Prinzip auf die Einfuhr von Waren aus der EU in die Schweiz, wie dies das FHA eigentlich vorgesehen habe.

E. 3.3.1

Das FHA ist ein reines Handelsabkommen, das nicht wie der EGV einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen will. Es beschränkt sich zudem im Wesentlichen auf den industriellen Freihandel. Bei seiner Aushandlung wurde nicht nur eine Pflicht zur gegenseitigen Angleichung der gemeinschaftlichen und schweizerischen Rechtsnormen bewusst ausgeschlossen; die bestehende Rechtsordnung und deren uneingeschränkte autonome Durchsetzung wurden vielmehr gegenseitig vorbehalten. So geht es auch nicht an, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu analogen Bestimmungen des EGV unbesehen zu übernehmen. Die Schweiz wird durch das Abkommen nicht gezwungen, ihre Wirtschaftspolitik und innere Gesetzgebung mit derjenigen der EU zu harmonisieren (BGE 105 II 49 E. 3a; dazu auch BGE 131 II 271 E. 10.3, 118 Ib 367 E. 6b). Die Gewährleistung der nationalen Gesetzgebungskompetenz durch Art. 20 FHA in verschiedenen Bereichen (...) lässt ferner keine eigentliche Interessenabwägung zwischen den mit dem Einfuhrverbot verfolgten Zielen und den Zielen des freien Warenverkehrs zu; es ist einzig zu prüfen, ob diese Kompetenzen nicht willkürlich oder missbräuchlich ausgeübt worden sind (BGr, 7. Juli 1992, 1A.153/1991, URP 1992, S. 551). Das Bundesgericht hat die unmittelbare Anwendbarkeit des FHA (mit Ausnahme der Bestimmungen über die Ursprungsregeln) wiederholt verneint (Matthias Oesch, Gewaltenteilung und Rechtsschutz im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht, in: ZBl 2004, S. 285 ff., 297; Botschaft, BBl 1995 II 536 f., wonach aus FHA und Cassis de Dijon-Prinzip nichts Entscheidendes für die Vermeidung oder den Abbau technischer Handelshemmnisse zwischen der Schweiz und den EWR-Staaten abgeleitet werden kann).

E. 3.3.2

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin geht auch aus einem neueren Bundesgerichtsentscheid die generelle unmittelbare Anwendbarkeit des FHA nicht hervor, ebenso wenig die Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die in diesem Entscheid lediglich als "nicht unbeachtlich", bezogen auf

Abgaben mit zollähnlicher Wirkung, bezeichnet wurde (BGE 131 II 271 E. 10.3+4). Daran ändert auch der ins Recht gelegte Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 20. Oktober 2005 nichts, der sich gerade auf den erwähnten Bundesgerichtsentscheid abstützt. Schliesslich kann auch aus dem FHA die verbindliche Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheide des Europäischen Gerichtshofes nicht hergeleitet werden. Soweit die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf das FHA die Berücksichtigung des Cassis de Dijon-Prinzips verlangt, ist in diesem Zusammenhang auf den Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 13. Juli 2005 (VB.2005.00203, E. 2.5, www.vgrzh.ch) hinzuweisen, wonach die Umsetzung der Absichtserklärung des Bundesrates, das in der EU geltende Cassis de Dijon-Prinzip für in der EU zugelassene Produkte zur Einfuhr in die Schweiz zu übernehmen, einer Gesetzesänderung, insbesondere einer Ergänzung des THG bedarf. Solches wäre jedoch, folgte man der Beschwerdeführerin, gar nicht nötig, ist tatsächlich aber bis heute auch nicht geschehen. Die verschiedenen eingelegten befürwortenden Erklärungen und Zeitungsberichte belegen nicht das Gegenteil.

E. 3.3.3

Zudem ist, wie dargelegt, nach Art. 20 FHA die nationale Gesetzgebungskompetenz nicht nur gewährleistet, sondern die darauf gestützte Rechtsanwendung nur auf Willkür und Missbrauch zu überprüfen. Der Beschwerdegegner konnte sich vorliegend für die Beanstandung der fraglichen Zahnpaste auf die Regelungen im Lebensmittelgesetz und in der Verordnung über die Gebrauchsgegenstände berufen. Es liegt weder eine willkürliche noch missbräuchliche, ohnehin nur indirekte – als Folge zulässiger Beschriftungsvorschriften – mengenmässige Beschränkung der Einfuhr der besagten Zahnpaste vor. Hierbei ist zu bedenken, das Art. 13 FHA mit "Massnahmen gleicher Wirkung" nur solche meint, welche die Wareneinfuhr unmittelbar betreffen (BGE 105 II 49 E. 3b). Die Vorschriften der Lebensmittelgesetzgebung nach Beschriftung von Gebrauchsgegenständen sind indessen zur Hauptsache nicht unmittelbar auf mengenmässige Einfuhrbeschränkungen, sondern auf gesundheitspolizeiliche Zwecke gerichtet. Es kann daher nicht gesagt werden, die Verbotsverfügung des Beschwerdegegners widerspreche dem schweizerischen Staatsvertragsrecht.

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin beanstandet schliesslich, dass die in Frage stehende Zahnpaste in der EU ohne Beanstandungen im Verkehr sei, dass sie diese seit acht Jahren in der Schweiz verkaufe und die Zürcher Behörden nie interveniert hätten, und dass die Herstellerin der Zahnpaste versuche, den Vertrieb ihrer Produkte durch die Beschwerdeführerin zu verhindern. Sie erkennt im Verhalten der Behörden einen Verstoss gegen Treu und Glauben. Der Beschwerdegegner hält diese Ausführungen nicht für relevant. Wenn ein Produkt in der EU ohne Beanstandungen im Verkehr sei, sage dies nichts über die Rechtmässigkeit der Packungsbeschriftung aus, da auch dort lediglich nachträglich Stichproben vorgenommen würden und keine vorgängige Bewilligung für das Inverkehrbringen von Gebrauchsgegenständen vorgesehen sei.

E. 3.4.1

Tatsächlich lässt sich daraus, dass die fragliche Zahnpaste bislang ohne Beanstandungen in der EU im Verkehr sein soll, wenig ableiten. Einerseits ist vorliegend nicht zu beurteilen, ob die kritisierte Aufschrift auf der Tube in Einklang mit der Gesetzgebung im EU-Raum steht.

Es kann in diesem Zusammenhang immerhin darauf verwiesen werden, dass die geltenden Bestimmungen der Lebensmittelverordnung und der Verordnung über die Gebrauchsgegenstände mit dem Verbot von Heilanzeigen im Ergebnis etwa dem geltenden EU-Recht entsprechen (Frick, S. 30 f.). Andererseits mag zwar zutreffen, dass die Herstellerin der fraglichen Zahnpaste über ihre Anzeige gegen die Beschwerdeführerin zu verhindern versucht, dass die Beschwerdeführerin ihre Produkte nicht über den dafür vorgesehenen Weg (Importeur für die Schweiz) bezieht. Das entbindet die Beschwerdeführerin indessen nicht von ihrer Verantwortung. Im Bereich der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände gilt der Grundsatz der Selbstkontrolle (Art. 23 LMG), wonach derjenige, der die Ware in Verkehr bringt (sie insbesondere einführt, abgibt etc.) zugleich dafür zu sorgen hat, dass sie den gesetzlichen Anforderungen entspricht (BGr, 30. Juni 2005, 2A.743/2004, E. 6, www.bger.ch; dazu Thomas Sauber, Behinderung von Parallelimporten von Parfums und Kosmetika durch Vollzug der Gebrauchsverordnung zum Lebensmittelgesetz in: sic! – Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1997, S. 503 ff., wonach die Verantwortung für das Mindesthaltbarkeitsdatum bei kosmetischen Mitteln bei der Firma liegt, die das Mittel an den Konsumenten abgibt, S. 506 und FN 20). Es ist daher nicht zu vermeiden, dass auch nicht gesetzeskonforme Gebrauchsgegenstände auf dem Markt sind.

E. 3.4.2

Nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes haben die Privaten Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Häfelin/Müller, Rz. 627). Allein der Umstand, dass die Zahnpaste seit acht Jahren in der Schweiz unbehelligt verkauft worden sein soll, schafft keinen derartigen Vertrauenszustand. Grundsätzlich hindert die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes die Behörde nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes. Eine Vertrauensgrundlage, die der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit ganz oder teilweise entgegensteht, wird durch behördliche Untätigkeit nur in Ausnahmefällen geschaffen. Ein solcher liegt hier weder vor, noch wird er von der Beschwerdeführerin hinreichend dargelegt (vgl. Häfelin/Müller, Rz. 627, 652). Weitere Verhaltensweisen, die einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bedeuten könnten, werden nicht substantiiert dargelegt. Zudem fehlen vorliegend jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die Behörden bei ähnlichen bundesrechtswidrigen Anpreisungen nicht ebenfalls eingreifen würden; nur in diesem Fall könnte allenfalls ausnahmsweise eine "Gleichbehandlung im Unrecht" bzw. eine rechtsgleiche Behandlung verlangt werden (BGE 127 I 1 E. 3a; BGr, 30. Juni 2005, 2A.743/2004, E. 6, www.bger.ch). Der Beschwerdegegner wurde vorliegend aber nach erfolgter Anzeige aktiv.

E. 4

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. Für diesen Fall verlangt die Beschwerdeführerin, es sei ihr eine Frist von wenigstens 6 Monaten ab Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides zur Anpassung der Kennzeichnung der beanstandeten Zahnpaste einzuräumen. Die Vorinstanz hatte dazu eine Frist bis Ende 2005 gewährt; diese ist durch das Rechtsmittelverfahren abgelaufen. Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, dass aufgrund der über inoffizielle und damit kaum versorgungssichere Verkaufskanäle (Parallelimporte) beschafften Zahnpaste umfangreiche eigene Lager für den Bedarf von 6-8 Monaten gehalten werden müssten. Insofern erscheint eine Frist zur Anpassung der

Kennzeichnung von 6 Monaten zwar als angebracht, nicht aber nach Eintritt eines rechtskräftigen Entscheides, sondern nach Zustellung dieses Urteils. Diesem Eventualbegehren ist nicht zu entsprechen. Die Beschwerdeführerin, welche diesbezüglich an ihre Selbstkontrolle zu erinnern ist und mittlerweile – seit der Beanstandung vom 9. Dezember 2004 – die beanstandete Zahnpaste mehr als ein weiteres Jahr unbehelligt vertreiben konnte, soll aus der Beschreitung des Rechtsmittelweges nicht kommerzielle Vorteile ziehen, indem sie ein Produkt verkaufen kann, das nach Ansicht des Gerichts den Vorschriften über die Anpreisung von kosmetischen Artikeln widerspricht. Entsprechend dem Ausgang dieses Verfahrens sind dessen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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