Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.693/2005 /vje

Urteil vom 28. August 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
Estée Lauder GmbH, Zürich,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Michael Treis, Baker & McKenzie,

gegen

Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Obstgartenstrasse 19/21, 8090 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 3. Abteilung, 3. Kammer, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Heilanpreisung (clinique water therapy),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich,
3. Abteilung, 3. Kammer, vom 5. Oktober 2005.

Sachverhalt:
A.
Am 16. Dezember 2003 verfügte das Kantonale Labor Zürich, die Estée Lauder GmbH, Zürich, dürfe die von ihr importierte Produktelinie "Clinique Water Therapy" ab sofort nur noch ohne die Bezeichnung "therapy" abgeben; über allfällige gesetzeskonforme Verwertungsvorschläge entscheide das Kantonale Labor auf Antrag der Wareninhaberin. Am 11. August 2004 wies das Kantonale Labor eine dagegen erhobene Einsprache ab.

Dagegen führte die Estée Lauder GmbH Rekurs bei der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, welche diesen mit Entscheid vom 11. Mai 2005 abwies. Am 5. Oktober 2005 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 3. Kammer, eine dagegen erhobene Beschwerde ebenfalls ab.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. November 2005 an das Bundesgericht beantragt die Estée Lauder GmbH, der Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 5. Oktober 2005 und die mit diesem Entscheid bestätigte Verfügung des Kantonalen Labors Zürich vom 16. Dezember 2003 seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Bezeichnung "Clinique Water Therapy" für die von ihr vertriebenen Kosmetikprodukte rechtmässig sei; eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

Die Gesundheitsdirektion und das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Departement des Innern stellt den Antrag, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.
C.
Mit verfahrensleitender Verfügung vom 11. Januar 2006 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gegen das auf der eidgenössischen Lebensmittelgesetzgebung beruhende, kantonal letztinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2005 steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 54 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände [Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0]; Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG sowie Art. 98 lit. g und Art. 98a OG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde der nach Art. 103 lit. a OG legitimierten Beschwerdeführerin ist demnach einzutreten.
1.2 Als unzulässig erweist sich jedoch der Antrag der Beschwerdeführerin, auch die Verfügung des Kantonalen Labors Zürich vom 16. Dezember 2003 aufzuheben. Diese ist durch den Entscheid des Verwaltungsgerichts ersetzt worden (Devolutiveffekt) und gilt inhaltlich als mitangefochten (BGE 129 II 438 E. 1 S. 441 mit Hinweisen). Insoweit kann auf die Beschwerde somit nicht eingetreten werden.
1.3 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und lit. b OG) gerügt werden. Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, ist das Bundesgericht an deren Sachverhaltsfeststellung gebunden, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erfolgt ist (Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
2.1 Das Lebensmittelgesetz findet nicht nur auf Lebensmittel Anwendung, sondern auch auf Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände, die nicht als Heilmittel angepriesen werden. Dazu zählen nach Art. 5 lit. b LMG unter anderem Körperpflegemittel und Kosmetika. Die ausführenden Bestimmungen dazu finden sich im Verordnungsrecht.
2.2 Im Zusammenhang mit der Anpassung der schweizerischen Rechtsordnung an das Hygienerecht der Europäischen Union hat der Bundesrat das Verordnungsrecht zum Lebensmittelgesetz neu strukturiert. Insbesondere wurden die bisherige Lebensmittelverordnung vom 1. März 1995 (LMV; SR 817.02; AS 1995 1491) und die Verordnung vom 1. März 1995 über Gebrauchsgegenstände (GebrV; SR 817.04; AS 1995 1643) neu in der am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02; AS 2005 5451) zusammengeführt. Die im vorliegenden Fall wesentlichen Bestimmungen haben allerdings weitgehend - von geringfügigen unwesentlichen Änderungen abgesehen - denselben Wortlaut wie bisher. Ihr Sinngehalt hat sich durch die Neuregelung nicht geändert, weshalb im vorliegenden Verfahren die übergangsrechtliche Frage offen bleiben kann, ob vor Bundesgericht auf das neue oder das alte Recht abzustellen ist.
2.3 Bei den kosmetischen Mitteln handelt es sich insbesondere um Stoffe oder Zubereitungen, die bestimmungsgemäss äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers (namentlich Haut und Behaarungssystem) in Berührung kommen und zumindest überwiegend ihrem Schutz, der Erhaltung ihres guten Zustandes, ihrer Reinigung, Parfümierung oder Desodorierung oder der Veränderung des Aussehens dienen (Art. 21 GebrV bzw. neu Art. 35 LGV). Nach Art. 3 Abs. 1 GebrV sind die Bezeichnung, Anpreisung, Aufmachung und Verpackung von Gebrauchsgegenständen (neu gemäss Art. 31 Abs. 1 LGV die Angaben über Gebrauchsgegenstände, ihre Anpreisung und Verpackung) so zu gestalten, 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 (Art. 3 Abs. 2 GebrV bzw. neu Art. 31 Abs. 3 LGV).
3.
3.1 Die beanstandeten Produkte der "Clinique Water Therapy"-Linie gehören als Körperpflegemittel bzw. Kosmetika unbestrittenermassen zu den Gebrauchsgegenständen im Sinne von Art. 5 lit. b LMG. Die kantonalen Instanzen erachteten die Verwendung der Bezeichnung "therapy" als unzulässig, weil damit ein Hinweis auf eine heilende Wirkung verbunden sei, der erst noch durch den weiteren Begriff "clinique" unterstrichen werde, wobei allerdings die Verwendung dieses Wortes nicht untersagt wurde.
3.2 Das Bundesgericht hat sich schon wiederholt mit der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GebrV im Zusammenhang mit Anpreisungen und Werbebotschaften befasst. Verboten ist gestützt auf diese Regelung zwar nicht

jegliche gesundheitsbezogene Werbung (BGE 127 II 91 E. 4b S. 101); ihr dürfen und müssen aber - soweit es um nicht als Heilmittel zugelassene Produkte geht - auf Grund der gesetzlichen Ordnung gewisse Schranken gesetzt werden, ohne dass es darauf ankäme, ob die fraglichen Produkte zu einer Täuschung oder gesundheitlichen Gefährdung des Konsumenten führen können (Urteile 2A.743/2004 vom 30. Juni 2005, E. 3.2; 2A.62/2002 vom 19. Juni 2002, E. 3). Der Begriff "Krankheit" ist bei Anpreisungen und im Zusammenhang mit Werbebotschaften nicht allzu einschränkend auszulegen, indem darunter gesundheitliche Störungen zu verstehen sind, die über einen Zustand bloss eingeschränkten Wohlbefindens hinausgehen (Urteil 2A.47/2000 vom 23. Juni 2000, in ZBl 103/2002 S. 30: "Schlank-Crème", "Gewebestraff-Balsam" und "Cellulite-Systembehandlung"; Urteil 2A.374/2003 vom 13. Mai 2004 E. 3.3: "hilft gegen Heisshunger auf Süsses"; Urteil 2A.62/2002 vom 19. Juni 2002: "wohltuend bei Erkältungsgefahr" und "wohltuend auch bei Muskelkater"; Urteil 2A.743/
2004 vom 30. Juni 2005: Hinweise auf Wirkstoffe, die Bakterien bekämpfen und die Bildung von Pickeln und Mitessern hemmen; Urteil 2A.744/2004 vom 30. Juni 2005: "regt die Mikrozirkulation an" und "unterstützt den Fettabbau sowie die Entwässerung und Straffung des Bindegewebes"). Was für Anpreisungen und Werbebotschaften gilt, muss analog erst recht auch für die eigentliche Produktebezeichnung Anwendung finden.
3.3 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 GebrV nicht, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet, auf den Gesundheitsschutz beschränkt. Es kommt nicht darauf an, ob die fraglichen Produkte tatsächlich zu einer Täuschung oder gesundheitlichen Gefährdung der Konsumenten führen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Geltungsbereiche der Lebensmittel- und der Heilmittelgesetzgebung auseinander gehalten werden müssen und dass ein öffentliches Interesse an der klaren Abgrenzung von kosmetischen Mitteln einerseits und Heilmitteln andererseits besteht (dazu eingehend das Urteil 2A.47/2000 vom 23. Juni 2000, E. 2, in ZBl 103/2002 S. 30).
3.4 Soweit die Beschwerdeführerin die gesetzliche Grundlage von Art. 3 Abs. 2 GebrV in Frage stellt, kann vollständig auf die bisherige Rechtsprechung verwiesen werden, da keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen werden. Das Bundesgericht hat die Gesetzmässigkeit der in Art. 3 Abs. 2 GebrV getroffenen Regelung wiederholt bejaht, und zwar namentlich im Hinblick auf die Abgrenzung von kosmetischen Mitteln gegenüber Heilmitteln (vgl. erneut insbes. das Urteil 2A.47/ 2000 vom 23. Juni 2000, E. 2, in ZBl 103/2002 S. 30).
3.5 Schliesslich erweist sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch der Verweis im angefochtenen Entscheid auf BGE 127 II 91 ("Kuh Lovely-Werbung") nicht als unzulässig. Zwar bezieht sich dieses Urteil auf Lebensmittel. Die Notwendigkeit der Abgrenzung der Lebensmittel- von der Heilmittelgesetzgebung ergibt sich aber sowohl für Lebensmittel als auch für Gebrauchsgegenstände. Insoweit ist das Urteil daher durchaus einschlägig.
4.
4.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Begriff "therapy" als Bestandteil der Produktelinie "Clinique Water Therapy" in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 GebrV fällt.
4.2 Diese Bestimmung verbietet ausdrücklich jegliche Hinweise auf eine krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkung, wozu beispielhaft unter anderem medizinische oder therapeutische Eigenschaften genannt werden. Wie das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil zu Recht ausführt, sind damit auch Hinweise auf medizinisch besetzte Methoden zur Heilung, Linderung oder Vorbeugung von Krankheiten unzulässig. Die konkrete Nennung einer Krankheit ist dabei nicht erforderlich, wenn beim durchschnittlichen Konsumenten der Eindruck entstehen kann, aufgrund der genannten Methode verfüge das Produkt über medizinische Eigenschaften, selbst wenn solche weder in der Produktbezeichnung noch in der Verpackung oder den Beilagen noch in der Werbung ausdrücklich angesprochen werden. Dass insofern bei Kosmetikprodukten in erster Linie an entsprechende Wirkungen für Haut und Haare gedacht wird, liegt auf der Hand.
4.3 Gemäss dem angefochtenen Entscheid ist der englische Begriff "therapy" mit dem deutschen Wort "Therapie" zu übersetzen und im fraglichen Umfeld der Körperpflege eindeutig medizinisch besetzt. Die Beschwerdeführerin beanstandet dies als unzutreffend. In der englischen Sprache werde der Begriff "therapy" vielmehr breiter verstanden; er diene dazu, in allen Bereichen des Lebens ein Vorgehen zur Verbesserung eines Zustandes zu bezeichnen. Sie verweist dafür etwa auf die Internet-Version des Cambridge Advanced Learner's Dictionary (http://dictionary.cambridge.org), wonach "therapy" mit "a treatment which helps someone feel better, grow stronger etc." umschrieben werde. Allerdings wird die Definition ergänzt durch den Zusatz "especially after an illness".
Die Konsultation verschiedener weiterer Wörterbücher ergibt folgendes Bild: Dass der Pschyrembel als klinisches Wörterbuch (260. Aufl., Berlin/New York 2004) einen rein medizinischen Ansatz verfolgt und den

Begriff "Therapie" mit Behandlung von Krankheiten, Heilverfahren umschreibt, überrascht nicht. Immerhin erscheint interessant, dass dabei ausdrücklich auf die englische Bezeichnung "therapy" verwiesen wird. Indes beschränkt sich auch das Handwörterbuch Englisch von Langenscheidt (Teil I Englisch-Deutsch, Berlin/München/Wien/Zürich/ New York 2005) auf ein medizinisches Verständnis und übersetzt "therapy" mit "Therapie ... a) Behandlung ... b) Heilverfahren". Analoges gilt für den Harrap's Shorter Dictionary English-French (Edinburgh 2004), worin der französischen Übersetzung "1 (psychological) psychothérapie ... 2 (in general) thérapie" ausdrücklich und ausschliesslich die Kennzeichnung "Med" (für "medical") vorangestellt wird. Als rein englischsprachiges Wörterbuch definiert The Shorter Oxford English Dictionary (Oxford 1990) den Begriff "therapy" mit "the medical treatment of disease; curative medical treatment". Schliesslich führt eine Suche in der Internet-Version des Duden (http://www.duden.com) mit dem Begriff "Therapie"
zur Anzeige "Heilbehandlung" als Auszug aus dem grossen Wörterbuch der deutschen Sprache sowie zur Anzeige "Kranken-, Heilbehandlung" als Auszug aus dem grossen Fremdwörterbuch. Der Duden Band 10, Das Bedeutungswörterbuch, (3. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2002) definiert "Therapie" als "Verfahren, Methode zur Heilung einer Krankheit; Heilbehandlung".
4.4 Diese verschiedenen Umschreibungen belegen, dass dem englischen Wort "therapy" nicht anders als der deutschen Bezeichnung "Therapie" ganz vorrangig medizinische Bedeutung zukommt. Der Begriff dürfte denn auch nur dann nicht medizinisch verstanden werden, wenn ein solcher Bezug von vornherein ausgeschlossen erscheint bzw. die Verwendung des Wortes in einem übertragenen Sinn offensichtlich ist. Die Feststellung des Verwaltungsgerichts, der Begriff sei eindeutig medizinisch besetzt, ist daher nicht zu beanstanden. Damit ergibt sich, dass die Verwendung der Bezeichnung "therapy" zur Benennung eines kosmetischen Gebrauchsgegenstandes den Eindruck erwecken kann, das Produkt verfüge über krankheitsheilende bzw. -lindernde Eigenschaften. Genau dies verbietet Art. 3 Abs. 2 GebrV aber ausdrücklich. Der Eindruck wird im Übrigen durch die Kombination mit dem von den kantonalen Behörden nicht direkt beanstandeten Wort "clinique", das grundsätzlich auch dem medizinischen Bereich zuzuordnen ist, noch verstärkt. Unter diesen Umständen spielt keine entscheidende Rolle, dass die Wortkombination "water therapy" ("Wassertherapie") über keinen eigenständigen Sinngehalt verfügt.
4.5 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat sich die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GebrV am übergeordneten Recht zu orientieren, wozu auch dasjenige der Europäischen Union gehöre. Die Bezeichnung "Clinique Water Therapy" werde nun aber in den der Europäischen Union angehörenden umliegenden Staaten bei vergleichbarer Gesetzeslage akzeptiert.

Es trifft zu, dass sich die Auslegung des Verordnungsrechts am übergeordneten Recht auszurichten hat. Das hat die Vorinstanz insofern getan, als sie sich am Zweck der Gesetzgebung orientierte, das Lebensmittel- und Heilmittelrecht voneinander abzugrenzen. Zum übergeordneten Recht zählt ebenfalls das von der Schweiz übernommene internationale Recht, wobei allerdings selbst die Beschwerdeführerin nicht behauptet, die Schweiz sei gegenüber der Europäischen Union verbindliche Verpflichtungen eingegangen, die im vorliegenden Fall in ihrem Sinne (etwa durch die analoge Anwendung des so genannten "Cassis de Dijon-Prinzips") massgeblich wären. Einschlägig ist somit einzig Art. 38 Abs. 1 LMG, wonach der Bundesrat beim Erlass seiner Bestimmungen internationale Empfehlungen und Aussenhandelsbeziehungen berücksichtigt. Diese limitierte bundesrätliche Pflicht zur Beachtung internationalen Rechts rechtfertigt im entsprechenden Umfang auch die Berücksichtigung der zu beachtenden Normen bei der Auslegung des schweizerischen Rechts. Im vorliegenden Zusammenhang verbleibt aber kein entsprechender Spielraum bei der Interpretation von Art. 3 Abs. 2 GebrV. Die schweizerische Gesetzgebung beruht auf dem Grundsatz der klaren Abgrenzung von Lebensmittel- und Heilmittelgesetzgebung. Dieser Gesetzeszweck darf nicht durch eine gegenläufige Auslegung des Verordnungsrechts nur deshalb wieder abgeschwächt werden, weil die Europäische Union insofern allenfalls weniger strenge Regeln kennt. Dass es dabei zu Diskrepanzen kommen kann, die für die Hersteller oder Importeure von Gebrauchsgegenständen mit Schwierigkeiten verbunden sind oder gegebenenfalls einen zusätzlichen Aufwand verursachen, ist Folge der strengeren schweizerischen Gesetzgebung und in Kauf zu nehmen. Dies zu ändern steht grundsätzlich nicht in der Kompetenz der rechtsanwendenden Behörden.

Im Übrigen hat auch der Bundesrat beim Erlass der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung die Gelegenheit nicht benutzt, im hier fraglichen Zusammenhang wesentliche Änderungen an der verordnungsrechtlichen Regelung vorzunehmen, obwohl die neue Ordnung unter anderem eine Anpassung an das Bun-

desgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51) sowie an das Hygienerecht der Europäischen Union bezweckt. Das unterstreicht, dass insoweit die besonderen öffentlichen Interessen der Lebensmittelgesetzgebung allfälligen abweichenden Interessen an einer Parallelität der Rechtslage vorgehen.
5.
5.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, das Verbot der Verwendung des Begriffs "therapy" in der Produktebezeichnung "Clinique Water Therapy" sei unverhältnismässig.
5.2 Nach Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Dies gilt auch für das hier angefochtene Verbot. Dabei mag zutreffen, dass eine separate Bezeichnung der fraglichen Produktelinie für den Schweizer Markt mit Kosten verbunden ist. Das angefochtene Verbot dient jedoch der Abgrenzung der Gebrauchsgegenstände von den Heilmitteln und damit erheblichen öffentlichen Interessen. Die Massnahme ist geeignet und erforderlich, diesen Gesetzeszweck zu erfüllen. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet, dass es eine mögliche mildere Massnahme gebe. Im Übrigen wird ja nicht der Vertrieb der Produktelinie als solcher untersagt, sondern lediglich die Verwendung des Begriffs "therapy" im Produktenamen. Falls die Beschwerdeführerin die Produktelinie eher vom Schweizer Markt zurückziehen als die Bezeichnung der hiesigen Rechtslage anpassen will, wie sie als Möglichkeit erwägt, ist dies ihr unternehmerischer Entscheid und nicht behördlich angeordnet. Das beanstandete Verbot ist damit nicht unverhältnismässig, und der angefochtene Entscheid verstösst nicht gegen Bundesrecht.
6.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1, Art. 153 und 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Gesundheitsdirektion und dem Verwaltungsgericht, 3. Kammer, des Kantons Zürich sowie dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. August 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: