Urteilskopf

103 Ib 232

37. Urteil vom 1. Juli 1977 i.S. Gourmesa Gourmet Menu S.A. gegen Eidg. Departement des Innern
Regeste (de):
Verkehr mit Lebensmitteln.

Verbot, ein zu 99,8% aus Saccharose und zu 0,2% aus Saccharin bestehendes Erzeugnis in Verkehr zu setzen.

Zuständigkeit des Eidg. Gesundheitsamtes (E. 2). Ist ihre nachträgliche Bestreitung missbräuchlich? Frage offengelassen (E. 1).

Das Produkt darf weder als diätetisches Lebensmittel noch als Zucker in Verkehr gebracht werden (E. 3 und 4). Gefahr einer Irreführung der Konsumenten (E. 5). Grundsatz der Verhältnismässigkeit (E. 7). Rechtsungleiche Behandlung? (E. 8). Verweigerung des rechtlichen Gehörs? (E. 9).

Regeste (fr):
Commerce des denrées alimentaires.

Interdiction de mettre dans le commerce un produit composé, pour 99,8%, de saccharose, et, pour 0,2%, de saccharine.

Compétence du Service fédéral de l'hygiène publique (consid. 2). Y a-t-il abus de droit à contester après coup la compétence de ce service? Question laissée indécise (consid. 1).

Ce produit ne peut être mis dans le commerce ni comme aliment diététique, ni comme sucre (consid. 3 et 4). Risque d'induire en erreur les consommateurs (consid. 5). Principe de la proportionnalité (consid. 7). Inégalité de traitement? (consid. 8.) Violation du droit d'être entendu? (consid. 9.)

Regesto (it):
Commercio delle derrate alimentari.

Divieto di mettere in commercio un prodotto composto per il 99,8% di saccarosio e per il 0,2% di saccarina.

Competenza del Servizio federale dell'igiene pubblica (consid. 2). È riscontrabile un abuso di diritto nella contestazione successiva della competenza di tale servizio? Questione lasciata indecisa (consid. 1).

Il prodotto sopra menzionato non può essere messo in commercio quale alimento dietetico, né quale zucchero (consid. 3 e 4). Rischio d'indurre in errore i consumatori (consid. 5). Principio della proporzionalità (consid. 7). Disparità di trattamento? (consid. 8). Violazione del diritto di essere sentito? (consid. 9).

Sachverhalt ab Seite 232

Mit Eingabe vom 5. Juni 1975 ersuchte die Gourmesa Gourmet Menu S.A. das Eidg. Gesundheitsamt (EGA) um die

Bestätigung, dass sie das in Deutschland hergestellte Produkt "Süssli" in der Schweiz vertreiben dürfe. Sie führte aus, das Erzeugnis bestehe zu 99,8% aus Saccharose (Zucker) und zu 0,2% aus Saccharin. Bei seiner Herstellung werde durch ein Instantverfahren das Volumen des Zuckers auf das Doppelte vergrössert. Anschliessend werde Süssstoff (Saccharin) zugesetzt, bis die Süsswirkung des Produktes wieder der Süsswirkung des entsprechenden Volumens reinen Zuckers entspreche. Es handle sich um ein diätetisches Lebensmittel im Sinne von Art. 180 Abs. 3 lit. b LMV. Auf der in Deutschland verwendeten Packung ist der Marke "Süssli" die Sachbezeichnung "Spezialzucker mit 0,2% Süssstoff" beigefügt. Ein weiterer Schriftbalken besagt: "50% weniger Kalorien bei gleicher Süsskraft wie Normalzucker (1 Löffel Süssli süsst wie 1 Löffel Normal-Zucker)". Auf einer Seitenwand der Packung steht: "Süssli süsst mit halb soviel Kalorien wie Normal-Zucker. Deshalb: Süssli für gesundes Schlanksein. Süssli vermindert die Zufuhr von Kohlenhydraten durch den Gehalt von kalorienfreiem Süssstoff." Das EGA lehnte das Gesuch am 11. Juni 1975 ab mit der Begründung: In der Lebensmittelgesetzgebung gelte das Reinhalteprinzip. Saccharose sei in Art. 232 LMV beschrieben. Dort sei der Zusatz eines künstlichen Süssstoffes nicht erwähnt; er sei daher unzulässig (Art. 9 LMV). Anders wäre auch dann nicht zu entscheiden, wenn das Produkt in die diätetischen Lebensmittel einzureihen wäre. Auf Beschwerde der Gourmesa hin nahm das EGA die Verfügung vom 11. Juni 1975 zurück. Im Einverständnis mit der Beschwerdeführerin unterbreitete es der wissenschaftlichen Subkommission der Eidg. Ernährungskommission (EEK) die Frage, ob "Süssli" als diätetisches Lebensmittel betrachtet werden könne. Die Subkommission verneinte dies. Daraufhin lehnte das EGA am 30. Juni 1976 das Gesuch der Gourmesa erneut ab. Die Beschwerde der Gesuchstellerin gegen diese Verfügung wurde vom Eidg. Departement des Innern abgewiesen. Die Gourmesa ficht den Entscheid des Departements mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerdeführerin hat sich selber, mit ihrem Gesuch vom 5. Juni 1975, an das EGA gewandt und von ihm

für den Fall der Ablehnung des Begehrens eine beschwerdefähige Verfügung verlangt. Sie hat sich auf das Verfahren vor dem EGA eingelassen und der von diesem angeordneten Beweismassnahme nicht nur zugestimmt, sondern auch beigewohnt. Sie hat erst im Beschwerdeverfahren, in dem sie den späteren Entscheid des EGA angefochten hat, dessen Zuständigkeit zum Erlass einer ablehnenden Verfügung bestritten. Man kann sich fragen, ob ihr nachträglicher Einwand nicht als rechtsmissbräuchlich zu verwerfen sei (vgl. IMBODEN/RHINOW, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., S. 478 f.). Allerdings ist nach Art. 7 Abs. 2 VwVG die Be-

gründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei zwingend ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin hat indessen nicht nur selber das EGA angerufen und damit ihr Einverständnis mit dessen Zuständigkeit zu erkennen gegeben, sondern auch sich vorbehaltlos auf das Verfahren vor ihm eingelassen und darin mitgewirkt. Ob ein Missbrauch vorliege, kann jedoch offenbleiben, wenn die sachliche Zuständigkeit des EGA zu bejahen ist.

2. Gemäss Art. 56 Abs. 1 LMG liegt die Ausführung dieses Gesetzes und der bundesrätlichen Erlasse, mit Ausnahme der Grenzkontrolle, den Kantonen ob. Die Anwendung der Lebensmittelgesetzgebung ist demnach in der Regel primär Sache der kantonalen Instanzen. Die Lebensmittelverordnung weist dem EGA nur in einigen Fällen Verfügungskompetenzen zu (BGE 97 I 855). Gerade für diätetische Lebensmittel bestimmt sie aber, dass Anpreisungen, welche deren besondere Zweckbestimmung und Wirkung hervorheben, der Bewilligung durch das EGA bedürfen (Art. 19 Abs. 3, Art. 182 Abs. 3). Solche Anpreisungen stehen auf der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Packung, die in Deutschland verwendet wird. Die Beschwerdeführerin möchte die Frage, welche Hinweise oder Anpreisungen sie anbringen dürfe, von derjenigen trennen, ob es sich um ein zulässiges Diäterzeugnis handle, diese Frage also als Grundsatzfrage vorwegnehmen. Eine solche Aufspaltung ist aber praktisch kaum durchführbar. Da es zahlreiche Arten von Diätprodukten für die verschiedensten Ernährungsbedürfnisse gibt, erscheint eine Spezifikation in jedem Einzelfall unerlässlich und können die beiden Fragen regelmässig nicht unabhängig voneinander beurteilt werden. Aber selbst dann, wenn man davon ausginge, dass die Vorfrage, ob das

Produkt als diätetisches Lebensmittel anzuerkennen und zuzulassen sei, abgetrennt werden könnte, wäre das EGA als zuständig zu erachten, sie zu beurteilen, weil zwischen ihr und der Frage, welche Hinweise oder Anpreisungen zulässig seien, ein enger Zusammenhang besteht (vgl. BGE 91 I 56). Der Einwand der Beschwerdeführerin, der Entscheid des EDI sei schon deswegen zu beanstanden, weil das EGA seine Zuständigkeit überschritten habe, ist mithin unbegründet.

3. Es fragt sich vorab, ob Zucker, Spezialzucker oder künstliche Süssstoffe überhaupt unter die diätetischen Lebensmittel fallen. Unter solchen Lebensmitteln versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch Nahrungsmittel und Getränke, nicht einzelne ihrer Bestandteile. Diese Auffassung liegt auch der Regelung in der Lebensmittelverordnung zugrunde. Darauf deutet zunächst einmal die allgemeine Umschreibung des Geltungsbereiches der Verordnung hin: Art. 2 Ziff. 2 lit. a LMV zählt unter dem Titel "Spezialnahrungsmittel" als Beispiele "diätetischer Nährmittel" vorab zubereitete oder auf einfache Weise zubereitbare Erzeugnisse auf (Kindernährmehle, Kraftnahrungsmittel, Malzextrakt, Spezialbrote), nur in letzter Linie Trockenhefe und Hefeextrakte, die als Zusätze oder zur Ergänzung der Nahrung bestimmt sind. Die eigentliche Umschreibung des Begriffs der diätetischen Lebensmittel ist indessen im Abschnitt 17 der Lebensmittelverordnung enthalten. Art. 180 Abs. 1 LMV bestimmt im ersten Satz: "Unter 'diätetischen Lebensmitteln' versteht man Lebensmittel, die dazu bestimmt sind, aufgrund ihrer Zusammensetzung den besonderen Ernährungsbedürfnissen eines Menschen zu entsprechen, der eine von der herkömmlichen Art etwas abweichende Kost benötigt oder bei dem durch eine gerichtete Ernährung eine besondere Wirkung erzielt werden soll." Die Ausdrücke "abweichende Kost" und "gerichtete Ernährung" lassen darauf schliessen, dass man unter diätetischen Lebensmitteln in erster Linie, wenn nicht ausschliesslich, gebrauchsfertige Nahrungsmittel oder Getränke zu verstehen hat. Als gebrauchsfertig hätten sie auch dann noch zu gelten, wenn sie beispielsweise unter Beifügung von Wasser oder Milch (Kindernährmittel) zuvor zu kochen oder aufzuwärmen wären. Eine weitere Bestätigung findet sich in Art. 180 Abs. 3 LMV, wonach unter die diätetischen Lebensmittel insbesondere Säuglings- und Kindernährmittel, Lebensmittel

für besondere Kostformen (z.B. Kost für Diabetiker, für alte Leute, für natriumarme oder kalorienarme Ernährung), Kraftnährmittel und diätetische Frühstücksgetränke fallen. Den gleichen Schluss legt ferner die Bestimmung im Abschnitt über die diätetischen Lebensmittel nahe, die verlangt, dass "die Art der verwendeten Bestandteile" auf Packungen und in Prospekten übersichtlich, in einer bei der Bewilligung des Textes zu bestimmenden Reihenfolge anzugeben ist (Art. 181 Abs. 1 LMV). Eine Ernährung aus blossem Zucker, Spezialzucker oder in Form von Süssstoffen wird man vernünftigerweise von vornherein nicht in Betracht ziehen und jedenfalls nicht als Diätkost verstehen. Eine Auslegung, die völlig an den Lebensgewohnheiten vorbeiginge, kann nicht zutreffen. Ein Spezialzucker mit geringfügigem Saccharinzusatz kann demnach für sich allein nicht als diätetisches Nahrungsmittel gelten, ob nun der Kaloriengehalt auf das Gewicht oder auf das Volumen bezogen wird. Diese Auslegung wird durch Art. 180 Abs. 1 Satz 2 LMV gestützt, wonach die diätetischen Lebensmittel sich von anderen Lebensmitteln vergleichbarer Art durch ihre Zusammensetzung oder ihre Eigenschaften wesentlich unterscheiden müssen. Dieser Bestimmung wird jedenfalls der Spezialzucker, den die Beschwerdeführerin vertreiben möchte, nicht gerecht. Er besteht nach ihren eigenen Angaben zu 99,8% aus Saccharose, also aus Zucker. Der gewöhnliche Zucker muss nach Art. 232 LMV ebenfalls mindestens 98% Saccharose enthalten. Der Spezialzucker "Süssli" unterscheidet sich also von ihm in der Zusammensetzung hinsichtlich des wichtigsten Bestandteils nicht wesentlich. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das Gemisch "Süssli" nicht als diätetisches Lebensmittel in Verkehr gebracht werden darf.

4. Der Inverkehrsetzung dieses Produktes stehen aber noch andere Gründe entgegen. Jedes Lebensmittel muss eine Sachbezeichnung tragen (Art. 13 LMV), die selbstverständlich nicht täuschend sein darf. Für ein Erzeugnis mit 99,8% Saccharose müsste die Sachbezeichnung den Ausdruck Zucker enthalten. "Süssli" wird denn auch auf der in Deutschland verwendeten Packung als "Spezialzucker" bezeichnet. Die Inverkehrsetzung des Produktes als Zucker ist indessen nach

der Lebensmittelverordnung gerade ausgeschlossen. Es enthält noch 0,2% Saccharin. Dieser Zusatz bedeutet eine fremde Beimischung im Sinne des Art. 9 LMV, da Saccharin nicht schon natürlicherweise im Zucker oder in den Zuckerrohstoffen enthalten ist. Nach Art. 9 Abs. 1 LMV dürfen fremde Beimischungen zur Herstellung oder Behandlung von Lebensmitteln nicht verwendet werden, sofern diese Verordnung es nicht ausdrücklich erlaubt. In den besonderen Bestimmungen über den Zucker (Art. 232 ff. LMV) findet sich jedoch keine Vorschrift, welche ausdrücklich gestatten würde, dass dem Zucker ein künstlicher Süssstoff wie Saccharin beigemischt wird. In dieser Beziehung gilt also das in Art. 9 LMV ausgesprochene Reinhalteprinzip. Es bedeutet, dass die Lebensmittel in der Regel ohne Veränderung ihrer natürlichen Beschaffenheit in Verkehr gebracht werden sollen, damit der Konsument gegen Täuschung über die Echtheit und Reinheit der gekauften Ware geschützt wird (vgl. BURCKHARDT, Komm. der BV, 3. Aufl. S. 620 f.; BGE 94 IV 109 ff.).

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, keiner der Zwecke der Lebensmittelgesetzgebung - Schutz der Gesundheit, Verhütung von Täuschung - stehe der Zulassung des Produktes "Süssli" entgegen. Wesentlich ist, ob ein Lebensmittel mit den Vorschriften der Lebensmittelverordnung nach richtiger Auslegung im Einklang steht oder nicht und dass diese Vorschriften selbst geeignet sind, dem Gesetzeszweck zu dienen (BGE 99 Ib 380, 389 E. 3, BGE 98 IV 135). Eine Gefährdung des geschützten Gutes muss nicht in jedem Einzelfall dargetan sein (BGE 100 Ib 98 f.; ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975, S. 81). Übrigens lässt sich im vorliegenden Fall eine Gefährdung nicht mit Grund bestreiten. Im Verkehr mit diätetischen Lebensmitteln bedürfen die Konsumenten des Schutzes gegen Täuschung in be-

sonderem Mass (BGE 98 IV 136). Wohl enthält ein bestimmtes Volumen des Produktes "Süssli" 50% weniger Kalorien als das gleiche Volumen reinen Zuckers; bezogen auf die Gewichtsbemessung, die bei der Zubereitung von Speisen üblich ist, macht aber die Kalorienverminderung bloss 0,2% aus. Die Gefahr einer Irreführung des Konsumenten

BGE 103 Ib 232 S. 238

liegt deshalb auf der Hand. Dort, wo der Zucker als Zusatz zu Speisen und Getränken dient, wäre die Verwendung des Gemisches "Süssli" geeignet, den Konsumenten zu der irrigen Vorstellung zu verleiten, dass er sich allein schon deswegen kalorienarm ernähre. Diese Einschätzung wäre nicht einmal begründet, wenn die Süssung nach Volumen erfolgt, und schon gar nicht, wenn für die Zubereitung der Speisen - wie üblich in den Rezepten - das Gewicht massgebend ist. Die Gefahr einer Irreführung der Konsumenten bestände erst recht dann, wenn das Produkt nicht als Zusatz zu Speisen oder Getränken, sondern als Nahrungsmittel für sich verwendet würde.

6. Der Vorhalt der Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit hat hier keine selbständige Bedeutung. Es wird behauptet, die Ablehnungsverfügung ermangle der gesetzlichen Grundlage; es fehle an einer klaren und unzweideutigen Grundlage in der LMV. Damit wird geltend gemacht, dass die Nichtzulassung des Spezialzuckers nicht durch die Vorschriften der Verordnung gedeckt sei, also auf unrichtiger Anwendung dieser Vorschriften beruhe. Das trifft nach den vorstehenden Ausführungen nicht zu. Die Anforderung der klaren und unzweideutigen Grundlage, auf die sich die Beschwerdeführerin bezieht, betrifft die Frage, in welchem Umfang das Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerde hin kantonale Eingriffe in die Freiheitsrechte zu überprüfen hat (vgl. z.B. BGE 101 Ia 219). Sie spielt bei der Beurteilung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine bundesrechtliche Gewerbebeschränkung keine Rolle. Es war nur zu prüfen, ob die Beschränkung bei richtiger Auslegung durch die in Betracht fallenden Bestimmungen der Lebensmittelverordnung gedeckt ist. Wenn mit der in diesem Punkt unklaren Beschwerde überdies gerügt sein sollte, dass die massgebenden Bestimmungen der Lebensmittelverordnung selbst nicht gesetzmässig seien oder der Handels- und Gewerbefreiheit widersprächen, so fehlt es an Ausführungen, die eine Prüfung nach dieser Richtung angezeigt erscheinen lassen könnten. Es besteht kein Anlass, von Amtes wegen eine solche Prüfung vorzunehmen.

7. Die Beschwerdeführerin macht auch geltend, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei verletzt, weil mit erläuternden Hinweisen jede Gefahr einer Täuschung oder Verwirrung

BGE 103 Ib 232 S. 239

vermieden werden könnte. Sie setzt sich damit vorab mit ihrem eigenen Standpunkt in Widerspruch, wonach im vorliegenden Verfahren nur zu prüfen sei, ob man es mit einem diätetischen Lebensmittel zu tun habe, nicht auch, ob der Begleittext zu bewilligen sei. Im übrigen verhält es sich hier ähnlich wie mit der Gefahrenverwirklichung (E. 5 hiervor): Massgebend ist, ob die Vorschriften selbst verhältnismässig sind. Die mit dem verbindlichen Sinn übereinstimmende Auslegung und Rechtsanwendung darf nicht im Einzelfall unter Berufung auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit unterbleiben (JOST a.a.O. S. 91). Die Lebensmittelgesetzgebung hat vielfach zu entscheiden, ob man es mit einer Deklaration statt einem Verbot bewenden lassen könnte (gerade z.B. hinsichtlich der Beimischung). Die strengere Auffassung muss sich oftmals deswegen durchsetzen, weil erfahrungsgemäss der Durchschnittskonsument bei der üblichen Sorgfalt Hinweise übersehen oder

fehldeuten kann. Das kann sich besonders bei der Präsentation eines Produktes ereignen, das in bezug auf die Kalorienbelastung je nachdem, ob man von der üblichen Gewichtsbemessung oder von der aussergewöhnlichen Volumenbemessung ausgeht, ganz verschieden eingeschätzt werden kann.

8. Der Vorwurf der Verletzung der Rechtsgleichheit hält nicht Stich. Er wäre nur begründet, wenn in Ansehung einer bestimmten Vorschrift Sachverhalte, die sich im wesentlichen gleichen, unterschiedlich behandelt würden oder die in der Verordnung getroffene Regelung selbst mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit in Widerspruch stände. Anscheinend wird nur das erste geltend gemacht, jedoch ohne triftigen Grund. Das Erzeugnis "Sionon", auf dessen Zulassung die Beschwerdeführerin hinweist, ist zu 99,89% aus dem Zuckerersatz Sorbit (vgl. Art. 183 Abs. 3 LMV in der Fassung vom 11. Februar 1970) und zu 0,11% aus Saccharin zusammengesetzt. Dies wird im angefochtenen Entscheid festgestellt und ist nicht bestritten. Das Erzeugnis ist mithin nicht aus Zucker und künstlichem Süssstoff zusammengesetzt und wird ebensowenig als kalorienarmer Zucker, sondern als für Diabetiker bestimmter Zuckeraustauschstoff im Verkehr gebracht. Der Sorbit ist in der Lebensmittelverordnung nicht definiert. Er ist den künstlichen Süssstoffen gleichgestellt

(Art. 183 Abs. 3 LMV), deren Mischung gestattet ist (Art. 238 Abs. 3 LMV). Das Reinhalteprinzip steht somit der Zulassung des Produktes "Sionon" nicht entgegen. Aus diesen Gründen kann von einer unterschiedlichen Behandlung zweier im wesentlichen gleicher Sachverhalte keine Rede sein, so dass die Gleichbehandlung nicht begehrt werden kann. Daher braucht nicht geprüft zu werden, ob die Voraussetzungen eines Anspruches auf "unrechtsgleiche" Behandlung im Sinne der Rechtsprechung (BGE 99 Ib 384) gegeben wären. Übrigens trifft die Darstellung der Beschwerdeführerin, dass auf der Packung für "Sionon" eine Kalorienreduktion in bezug auf das Volumen angegeben sei, nicht zu; vielmehr wird dort gesagt: 100 g = 400 Kalorien.

9. Unbegründet ist auch der Vorhalt der Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Der Beizug der wissenschaftlichen Subkommission der EEK ist üblich und für Sachfragen angezeigt (vgl. BGE 100 Ib 300), ganz abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin ihm förmlich zugestimmt und den Verhandlungen der Subkommission mit zwei Vertretern beigewohnt hat. Es kann deshalb nicht grundsätzlich beanstandet werden, dass die Vorinstanz auf den Befund dieser Kommission abgestellt hat, wenn sie eine solche Begutachtung als notwendig erachtete. Das ist im Regelfalle der Sinn der Befragung von Sachverständigen. Darin kann jedenfalls keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs erblickt werden. Es ist eine materiell-rechtliche Frage und keine Frage des rechtlichen Gehörs, ob der Sachverständigenbefund von der urteilenden Instanz ganz oder teilweise übernommen und der Entscheidung zugrunde gelegt werden kann. Die Beschwerdeführerin hat sich im übrigen gegenüber der Vorinstanz zu der Auffassung der wissenschaftlichen Subkommission der EEK äussern können. Sie hat damals keine neue Expertise beantragt. Der Einwand ist vor allem aber auch deswegen zu verwerfen, weil aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, dass die Beschwerdesache ohne Rückgriff auf die Meinung der Sachverständigen aufgrund der anerkannten Zusammensetzung des Produktes "Süssli" und der Auslegung der massgebenden Vorschriften beurteilt werden kann.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird abgewiesen.