

Daniel Donauer / Dominique Hablützel

Abgrenzung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen

**Rechtsdefinitiorische Unterscheidung von Lebensmitteln
und Kosmetika sowie Gegenständen für den
Humankontakt – unter Einbezug der besonderen
Qualifikation von Kaugummis**

Das schweizerische Lebensmittelrecht unterscheidet zwischen Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen. Je nach Qualifikation gelten hierbei unterschiedliche Vorschriften und Anforderungen. Mit dem Aufkommen neuer Produkte stellt sich entsprechend immer auch die Frage der lebensmittel- und gebrauchsgegenstandsrechtlichen Unterscheidbarkeit solcher Erzeugnisse. Der vorliegende Beitrag beleuchtet diesbezüglich den im Rahmen der jüngsten Gesamtrevision des Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerechts implementierten Begriff des Lebensmittels unter Einbezug nahestehender Gebrauchsgegenstandskategorien mit besonderem Bezug zu den kosmetischen Mitteln.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht, Heilmittel, Medizinprodukte, Lebensmittel

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Dominique Hablützel, Abgrenzung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, in: Jusletter 28. März 2022

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Problematik
- III. Begriff des Lebensmittels
 - A. Der Lebensmittelbegriff unter altem Recht und Vorbemerkungen
 - B. Definition des Lebensmittels
 - 1. Übersicht
 - 2. Normative Begriffselemente
 - a. Generelle Aufnahmefunktion
 - b. Aufnahmezweck (expliziter oder impliziter Aufnahmezweck)
 - 3. Positivliste unter besonderer Berücksichtigung von Kaugummi
 - 4. Negativliste
- IV. Begriff des Gebrauchsgegenstandes
 - A. Begriff der kosmetischen Mittel
 - 1. Äusserliche Anwendung an bzw. auf bestimmten Teilen des menschlichen Körpers
 - 2. Überwiegender Pflegezweck
 - 3. Zweckbestimmung
 - B. Gegenstände für den Humankontakt
- V. Fazit

I. Einleitung

[1] Das schweizerische Lebensmittelgesetz reguliert – anders als es die darauf basierte sowie gewöhnlich verwendete Bezeichnung *Lebensmittelrecht* implizieren könnte – sowohl sog. Lebensmittel als auch sog. Gebrauchsgegenstände. Dieser Umstand wird denn auch ohne weiteres aus der offiziellen Erlassbezeichnung des Lebensmittelgesetzes ersichtlich. Demnach werden Lebensmittel sowie Gebrauchsgegenstände über das Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (*Lebensmittelgesetz, LMG*) vom 20. Juni 2014 regulatorisch erfasst. Auch wenn es terminologisch korrekter wäre, vom Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht zu sprechen, wird der Begriff Lebensmittelrecht regelmässig für die Bezeichnung der Regulierung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen synonym verwendet.

[2] Eine einheitliche Unterstellung der beiden Produktklassen unter das LMG macht im Kern durchaus Sinn, dies insbesondere deshalb, weil die Konsumentinnen und Konsumenten mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen auf täglicher Ebene in Berührung kommen bzw. kommen können und somit das Gefahrenpotenzial im Falle von produktespezifischen Unzulänglichkeiten durchaus vergleichbar ist. Darüber hinaus müssen Lebensmittel und bestimmte Formen der Gebrauchsgegenstände – sog. Bedarfsgegenstände – in den meisten Fällen zwangsläufig *miteinander* angewendet werden, sofern es sich bei den Lebensmitteln um vorverpackte Lebensmittel handelt. Das Behältnis, in welchem das Lebensmittel abgegeben wird, qualifiziert hierbei als Gebrauchsgegenstand bzw. Bedarfsgegenstand und muss demnach ebenfalls hohe Sicherheitsanforderungen erfüllen, widrigenfalls sämtliche (Sicherheits-)Anforderungen an Lebensmittel aufgrund des unsicheren Behältnisses – etwa aufgrund giftiger Herstellungssubstanzen im Verpackungsbehältnis – unterlaufen würden. Als Folge dessen werden heute Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände eigenständig in Art. 4 und 5 LMG definiert und entsprechend über weitere Vorgaben des LMG sowie das zugehörige Verordnungsrecht, insbesondere über die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenstandsverordnung (LVG) vom 16. Dezember 2016, präzisiert sowie hinsichtlich ihrer Qualität weiter normiert.

[3] Das schweizerische Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht umfasst zwei der wichtigsten Konsumgüterklassen der Schweizer Haushalte, geben diese doch durchschnittlich 10–15% ihres Einkommens für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände aus.¹ Zu denken ist neben der täglichen Ernährung an Körperpflege (Kosmetik), Bekleidung (Textilien) bis hin zu weiteren in zahlreicher Variation auftretenden Produkten wie etwa Spielwaren usw. Da von solchen Produkten mitunter zahlreiche gesundheitliche Gefahren oder Einwirkungen auf die Konsumentin oder den Konsumenten ausgehen können, bezweckt das schweizerische Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht in erster Linie den Schutz der Gesundheit von Konsumentinnen und Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, die *nicht sicher* sind (Art. 1 lit. a LMG).² Der gesondert im LMG aufgeführte Zweck, den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen sicherzustellen (Art. 1 lit. b LMG), zielt darüber hinaus ebenfalls – zumindest indirekt bzw. dem Sicherheitskriterium vorgelagert – auf den Gesundheitsschutz ab. Gemäss Art. 1 lit. c und d LMG bezweckt das Gesetz sodann den Schutz vor Täuschung und die Verfügbarkeit notwendiger Informationen für die Konsumentinnen und Konsumenten.³

[4] Auch wenn die Produktklassen der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände strukturell betrachtet durchaus vergleichbar sein mögen, handelt es sich bei den betreffenden Produkten dennoch um qualitativ äusserst unterschiedliche Konsumgüter, welche sich besonders über den Anwendungszweck voneinander unterscheiden lassen. So dürfte aus Laiensicht leichthin ersichtlich sein, dass Lebensmittel in irgendeiner Form für die Erreichung der Ernährung verwendet werden, während Gebrauchsgegenstände einen ganz anders gelagerten – in aller Regel äusserlich wahrnehmbaren – Anwendungszweck verfolgen. Eine Aufnahme in den Körper über den Mund, wie dies etwa bei Lebensmitteln typisch und notwendig ist, findet bei Gebrauchsgegenständen nicht statt. So einleuchtend und offensichtlich diese Unterscheidung erscheinen mag, in der (Rechts-)Praxis zeigen sich bei der definitorischen Unterscheidung von Konsumgütern und deren Klassifizierung als Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstand teilweise Schwierigkeiten. Nicht immer ist in jedem Fall klar, welche Bestimmungen des Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerechts auf ein fragliches Erzeugnis anzuwenden sind. Die Anwendung der einschlägigen Vorschriften – etwa des Lebensmittelrechts oder des Gebrauchsgegenständerechts – ist aber in essenzieller Weise dafür verantwortlich, ob ein bestimmtes Produkt in der Schweiz als verkehrsfähig angesehen wird oder nicht.

[5] Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich denn insbesondere in denjenigen Bereichen, in welchen lebensmitteltypische Stoffe für die Erzeugung eines Gebrauchsgegenstandes verwendet werden. Als illustratives Beispiel kann diesbezüglich auf die Verwendung von pflanzlichen Ölen aufmerksam gemacht werden, welche nicht nur typischerweise für die Herstellung von Speiseölen Verwendung finden können, sondern regelmässig ebenfalls für die Produktion von Bio-Kosmetika bzw. pflanzlichen Hautpflegeölen benutzt werden. Dieser Problematik war sich auch der Gesetzgeber bewusst, sodass er bspw. explizit festgehalten hat, dass kosmetische Mittel nicht

¹ Gemäss Erhebungen des Bundesamtes für Statistik gaben Schweizer Haushalte in den vergangenen Jahren durchschnittlich 6.6% ihres Einkommens für Nahrungsmittel und alkoholfreie Getränke; 1.1% für alkoholische Getränke und Tabakwaren; 2.1% für Bekleidung und Schuhe; sowie 3.2% für andere Waren und Dienstleistungen aus (vgl. Haushaltsbudgeterhebung des Bundesamtes für Statistik, veröffentlicht am 23. November 2021).

² Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 25. Mai 2011, BBl 2011 5571, S. 5594 (zit. Botschaft LMG 2011).

³ Vgl. zu den Zweckbestimmungen des schweizerischen Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerechts DANIEL DONAUER, Grundlagen des Lebensmittelrechts, in: Daniel Donauer/Hugh Reeves/Celine Weber, Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 22 ff. (zit. DONAUER).

als Lebensmittel qualifizieren (vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. e LMG; hierzu ausführlich weiter unten in diesem Beitrag).

[6] Der vorliegende Beitrag untersucht in diesem Zusammenhang die vom Gesetzgeber im Rahmen der jüngsten Gesamtrevision des Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerechts aus dem Jahr 2017⁴ implementierten *Produktbegriffe*, d.h. insbesondere den Begriff des *Lebensmittels* sowie der *Kosmetika* und den in der Praxis eher schwieriger zu fassenden sog. Gebrauchsgegenstand für den Humankontakt.

II. Problematik

[7] Mit dem Aufkommen neuer Produkte – verwiesen werden kann hier etwa illustrativ auf E-Zigaretten und (chemische) «Snus»-Produkte⁵ – stellt sich immer auch die Frage nach der Zuordnung unter die bestehenden schweizerischen Produktkategorien. Aufgrund der unterschiedlichen regulatorischen Anforderungen an die verschiedenen Produktkategorien ist diese Zuordnung für die Hersteller und Verkäufer einerseits für die Vermarktung der Produkte von Relevanz, andererseits stellt sich vielfach ganz allgemein die Frage, ob ein entsprechendes Produkt überhaupt in der Schweiz auf den Markt gebracht werden darf und – falls möglich – unter welchen Voraussetzungen.⁶

[8] Wie einleitend angesprochen, unterscheidet das Lebensmittelrecht grundsätzlich zwischen Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, wobei der letztere Begriff einen relativ weitgehenden Produkteoberbegriff darstellt, welcher wiederum ein breites Spektrum an unterschiedlichen Produkten wie etwa Kosmetika (z.B. Sonnencreme, Lippenstifte, Hautpflegeprodukte, Parfume, etc.), Kinderspielzeug, Lebensmittelbehältnisse (sog. Bedarfsgegenstände) sowie Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt (E-Zigaretten, chemischer Snus, Textilien, Piercings, Tätowierungsfarbe, usw.) umfasst. Für sämtliche dieser Produktkategorien kommen unterschiedliche qualifikatorische Rechtsbegriffe und in der Folge unterschiedliche qualitative Anforderungsvorschriften zur Anwendung, weshalb denn auch von grosser Wichtigkeit ist, welcher Kategorie ein fragliches Erzeugnis zugeordnet wird.⁷

[9] Die Qualifikation eines fraglichen Produktes als Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstand – und bei diesen auch in Bezug auf die jeweiligen Unterkategorien – hat weitreichende Konsequenzen, dies insbesondere hinsichtlich deren Rechtmässigkeit im schweizerischen Markt. Die qualifikatorische Einstufung eines Erzeugnisses hat dabei nicht nur Bedeutung aufgrund der Vorgaben des LMG (sowie dem zugehörigen Verordnungsrecht), sondern kann auch besondere Wirkungen zeitigen im Bereich weiterer Erlasse – gerade in Bezug auf das Verhältnis der EU zur Schweiz – wie etwa dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995. So gilt in der Schweiz für Kosmetika (nebst weiteren Produktklassen) beispiels-

⁴ Eingehend zur LMG-Revision DONAUER, N 18 ff. (FN 3).

⁵ Eingehend zur E-Zigarette DANIEL DONAUER/CELINE WEBER/STEFANIE MÜHLEBACH, Die E-Zigarette im schweizerischen Recht – Die Zulässigkeit des Handels von E-Zigaretten in der Schweiz sowie damit zusammenhängende rechtliche Fragestellungen und Entwicklungen, in: Jusletter vom 8. Oktober 2018, S. 1 ff. (zit. DONAUER/WEBER/MÜHLEBACH).

⁶ Vgl. hierzu etwa ANNEMARIE LAGGER, Anforderungen an Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, in: Daniel Donauer/Hugh Reeves/Celine Weber, Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 7 ff. (zit. LAGGER).

⁷ Vgl. LAGGER, N 7 ff. (FN 6).

weise das sogenannte *Cassis-de-Dijon-Prinzip*.⁸ Dieses besagt, dass Kosmetika, welche den Anforderungen des europäischen Rechts oder denjenigen eines EU-Mitgliedstaates entsprechen und im entsprechenden Gebiet rechtmässig in Verkehr sind, grundsätzlich auch in der Schweiz in den Verkehr gebracht werden dürfen. Gesetzlich verankert ist das *Cassis-de-Dijon-Prinzip* in Art. 16a THG. Hinsichtlich der vorliegend behandelten Thematik gilt das *Cassis-de-Dijon-Prinzip* sodann ebenfalls ohne weitere Einschränkung bei der Implementierung von Gebrauchsgegenständen für den Humankontakt.

[10] Was aus regulatorischer Sicht für Kosmetika (oder auch weitere Gebrauchsgegenstandskategorien) gilt, gilt jedoch nicht (automatisch) auch für Lebensmittel. Für solche sieht das THG nämlich beispielsweise vor, dass Lebensmittel, welche zwar den europäischen Regulierungen entsprechen und in einem betreffenden Gebiet rechtmässig in Verkehr sind, den schweizerischen technischen Vorschriften jedoch *nicht* standhalten, einer Bewilligung des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) bedürfen (vgl. Art. 16c THG). Mit anderen Worten kann ein Erzeugnis, welches als Lebensmittel qualifiziert, gerade nicht (wie etwa Kosmetika) ohne weiteren Umweg in der Schweiz in Verkehr gebracht werden. An diesem singulären Beispiel lässt sich ein erstes Mal die Wichtigkeit der qualifikatorischen Einstufung von Produkten für die Vertriebskettenteilnehmerinnen aufzeigen. Ein weiteres analoges Beispiel mit gravierenden Auswirkungen auf die Rechtmässigkeit eines Produktes ergibt sich sodann etwa aus den Vorschriften über die sog. *Novel Food-Regulierung*⁹ nach Art. 15 ff. LGV. Demnach ist es denkbar, dass gewisse Substanzen als Teile von Lebensmitteln in der Schweiz (derzeit) nicht verwendet bzw. zumindest nicht ohne gesonderte Bewilligung seitens des BLV in Verkehr gebracht werden dürfen, während eine Anwendung in anderen Produktklassen – so etwa in Kosmetika, Gebrauchsgegenständen für den Humankontakt, Tabakwaren, usw. – durchaus zulässig sein kann; verwiesen werden kann hier etwa auf die Cannabinoide der Hanfkrautpflanze (insbesondere THC oder CBD). Diese können nach gegenwärtiger Rechtslage nicht ohne eine BLV-Bewilligung (oder EU-analoge Bewilligung) als (neuartiges) Lebensmittel in der Schweiz in Verkehr gebracht werden. Die produktqualifikatorische Einstufung des zu evaluierenden Erzeugnisses ist daher – gerade in Fällen wie soeben beschrieben – von entscheidender Bedeutung.

[11] Nebst den Bestimmungen zum grenzübergreifenden Inverkehrbringen von Produkten hat die Qualifikation als Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstand auch weitere relevante Konsequenzen. So kann nicht nur erst nach der rechtlich korrekten Unterstellung unter die einschlägige Produktkategorie eruiert werden, ob ein fragliches Erzeugnis generell in der Schweiz verkehrsfähig ist. Erst nach der korrekten Unterstellung wird es darüber hinaus den Vertriebskettenteilnehmerinnen möglich, die massgeblichen Deklarations- und Werbevorgaben für das Produkt zu definieren und diese entsprechend bei der Produkterstellung, beim Produktvertrieb sowie bei der Produktpreisung bzw. -bewerbung umzusetzen. Erforderlich ist daher, dass die Vertriebskettenteilnehmerinnen die nach schweizerischem Recht geltenden Begriffsdefinitionen mit greifbaren Kriterien auf ihre Erzeugnisse (korrekt) anwenden können. Unklarheiten im Bereich

⁸ Das in der Schweiz geltende *Cassis-de-Dijon-Prinzip* stellt – im Unterschied zum in der EU geltenden *Cassis-de-Dijon-Prinzip* – lediglich eine einseitige Anerkennung von nach den Vorschriften eines EU- bzw. EWR-Staates hergestellten Produkten dar.

⁹ Hierbei handelt es sich um Vorgaben zu den sog. neuartigen und neuartigen traditionellen Lebensmitteln, d.h. Lebensmittel, welche vor dem 15. Mai 1997 weder in der Schweiz noch in einem Mitgliedstaat der EU in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurden und die unter eine der Kategorien nach Art. 15 Abs. 1 lit. a–k LGV zu subsumieren sind.

der Begriffsbestimmungen – wie diese in der praktischen Umsetzung nicht selten vorkommen – können folglich bei den herstellenden bzw. vertreibenden Unternehmen zu schwerwiegenden Produktebeanstandungen führen, welche für das jeweilige Unternehmen potenziell existenzbedrohend sind.

[12] Um mögliche Unklarheiten bei der Abgrenzung und Zuordnung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen beseitigen zu können, beschäftigen sich die nachfolgenden Titel mit den allgemeinen Definitionen einerseits zum Begriff des Lebensmittels sowie andererseits mit dem Begriff des kosmetischen Mittels sowie dem Gebrauchsgegenstand für den Humankontakt. Weitere Definitionen für sonstige Gebrauchsgegenstandskategorien werden an dieser Stelle nicht behandelt (so etwa Bedarfsgegenstände und Spielwaren).¹⁰

III. Begriff des Lebensmittels

A. Der Lebensmittelbegriff unter altem Recht und Vorbemerkungen

[13] Unter dem alten Lebensmittelrecht, d.h. dem Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (aLMG), wurden Lebensmittel gemäss Art. 3 Abs. 1 aLMG noch in sog. *Nahrungs-* und *Genussmittel* unterteilt (Art. 3 Abs. 1 aLMG).

[14] Als *Nahrungsmittel* qualifizierten dabei sämtliche Erzeugnisse, die dem Aufbau oder dem Unterhalt des menschlichen Körpers dienten und die nicht gleichzeitig als Heilmittel angepriesen wurden (Art. 3 Abs. 2 aLMG). Zu den *Genussmitteln* zählten demgegenüber alkoholische Getränke sowie Tabak und andere Raucherwaren (Art. 3 Abs. 3 aLMG).

[15] Mit der jüngsten Totalrevision des Lebensmittelrechts im Jahre 2017 wurde die Unterscheidung in Nahrungs- und Genussmittel beseitigt und der Lebensmittelbegriff (grammatikalisch) an das europäische Recht angepasst.¹¹ Nach dem «neuen» Lebensmittelbegriff gelten demnach alle Stoffe oder Erzeugnisse als Lebensmittel, die dazu bestimmt sind oder von denen sich vernünftigerweise vorhersehen lässt, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen *aufgenommen* werden (Art. 4 Abs. 1 LMG). Die Unterscheidung der Nahrungs- und Genussmittel lässt sich aus dem neuen Lebensmittelbegriff nicht mehr herauserruieren, sodass heute ein bestimmtes Erzeugnis gesamtheitlich entweder als Lebensmittel oder als ein sonstiges Produkt einer anderen Produktklasse einzustufen ist.

[16] Ergänzt wird der heutige Lebensmittelbegriff lediglich durch eine kurze (abschliessende) Positivliste gemäss Art. 4 Abs. 2 LMG. Nach dieser qualifizieren Getränke einschliesslich Wasser für den menschlichen Konsum, Kaugummi sowie alle Stoffe, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung, Verarbeitung oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden, ebenfalls als Lebensmittel (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. a–c LMG). Wie sich jedoch aus den nachfolgenden Ausführungen zeigen wird, ist die soeben erwähnte Positivliste nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die dort erwähnten Erzeugnisse, insbesondere die Anwendungsform Kaugummi, nicht auch in einer abweichenden Produktklasse auftreten könnten (so etwa im Bereich der zahnärztlichen Medizinprodukte, Zahnkosmetik, etc.). Vielmehr handelt es sich bei Art. 4 Abs. 2 LMG um gesetzlich

¹⁰ Für diesbezügliche Ausführungen wird vorliegend auf die in der Lehre entwickelten Kriterien verwiesen. Vgl. etwa LAGGER, N 9 ff. (FN 6).

¹¹ Vgl. LAGGER, N 7 ff. (FN 6).

jeweils widerlegbare Vermutungstatbestände. Entscheidend ist somit auch bei diesen Produkten, ob und inwiefern sie die normativen Begriffskriterien anderer Produktklassen – z.B. den Begriff des kosmetischen Mittels – erfüllen. Einen Vorbehalt anzubringen gilt es hinsichtlich der erwähnten Positivliste immerhin in Bezug auf die Qualifikation als Gebrauchsgegenstand für den Humankontakt, welcher seinerseits selbst ein subsidiäres Auffangbecken für sämtliche Gebrauchsgegenstände darstellt und somit – in logischer Schlussfolgerung – von Art. 4 Abs. 2 LMG stets verdrängt werden muss (vgl. dazu auch weiter unten in diesem Beitrag).

[17] Was aufgrund des heutigen Lebensmittelbegriffs primär auffällt, ist der Umstand, dass aus *grammatikalischer* Sicht eine bestimmungsgemässe *Körpererhaltungs- bzw. Körperaufbaufunktion* nicht mehr definitorisch als eigenständiges Begriffsmerkmal für den Lebensmittelbegriff – bzw. die damals unter altem Lebensmittelrecht existierenden Nahrungsmittel – vorausgesetzt wird. In einem weiteren Sinne gelten demnach heute – aus grammatikalischer Sicht – alle Stoffe und Erzeugnisse als *Lebensmittel*, die vom Menschen *aufgenommen* werden können.¹² Der Bundesrat hält in der Botschaft betreffend den neuen Lebensmittelbegriff denn auch fest: «*Neu werden vom Lebensmittelbegriff somit auch Erzeugnisse erfasst, die keinen Beitrag zum Aufbau oder Unterhalt des menschlichen Körpers leisten [...]. Massgeblich ist einzig, dass sie dazu bestimmt sind oder dass sich vernünftigerweise vorhersehen lässt, dass sie von Menschen aufgenommen werden [...].*»¹³ Fraglich ist demnach, ob mit der Änderungen der Definition des Lebensmittels vorgesehen war, den Begriff des Lebensmittels auszuweiten und entsprechend nach heutigem Verständnis auch weitere Erzeugnisse dem Lebensmittelrecht zu unterstellen oder aber, ob nicht vielmehr eine *Reduktion* des Lebensmittelbegriffs auf die alten Nahrungsmittel vorgesehen war, während die damaligen Genussmittel inskünftig abweichenden Regeln unterstellt werden sollten.

[18] Nach hier vertretener Ansicht gibt es ausreichend Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des Lebensmittelbegriffs nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 LMG gerade nicht im Sinn hatte, den Anwendungsbereich des Lebensmittelbegriffs auszudehnen, auch wenn die Botschaft auf den ersten Blick einen anderen Schluss naheulegen scheint. Vielmehr war durch die Änderung – nebst der Europakompatibilität – anvisiert, einen aus rechtlich-normativer Sicht flexibleren Rechtsbegriff zu schaffen, um dadurch den zunehmend moderneren Erscheinungsformen von Lebensmitteln angemessen Rechnung tragen zu können. Gleichzeitig war die Verwendung des alten Begriffs der Genussmittel aufgrund der zunehmenden Regulierungsdichte, gerade im Tabakrecht, nicht mehr erforderlich, denn mit der Implementierung der heute geltenden Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (TabV) vom 27. Oktober 2004¹⁴ sowie dem ab Sommer 2023 in Kraft tretenden (neuen) Tabakproduktegesetz (TabPG)¹⁵ werden die allermeisten Genussmittel als Produkte *sui generis* bzw. als eigenständige Produktklassen reguliert. Für eine Anwendung des Lebensmittelbegriffs bleibt daher in denjenigen Fällen, in welchen ein bestimmtes Produkt unter beispielsweise das TabPG subsumiert werden kann, kein Anwendungsraum mehr. Darüber hinaus werden diejenigen Produkte, die streng ge-

¹² Vgl. DONAUER, N 61 ff. (FN 3).

¹³ Botschaft LMG 2011, S. 5598 (FN 2).

¹⁴ Vgl. die Informationen zur schweizerischen Tabakgesetzgebung des BAG, einsehbar unter der URL: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-mensch-gesundheit/gesetzgebung-tabakprodukte-schutz-vor-passivrauchen.html> (zuletzt eingesehen am 28. Februar 2022).

¹⁵ Vgl. die Informationen des BAG zum neuen TabPG, einsehbar unter der URL: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/entwurf-tabakproduktegesetz.html> (zuletzt eingesehen am 28. Februar 2022).

nommen das heute geltende Aufnahmekriterium nach Art. 4 Abs. 1 LMG *nicht* erfüllen, in Art. 4 Abs. 2 LMG im Rahmen einer extra dafür vorgesehenen Positivliste verankert. Wäre der heutige Lebensmittelbegriff nach Art. 4 Abs. 1 LMG in Gegenüberstellung zum alten Lebensmittelbegriff nach Art. 3 aLMG erweitert worden, so wäre die Verankerung der Positivliste nach Art. 4 Abs. 2 LMG kaum notwendig gewesen. Vielmehr hat der Gesetzgeber die dort erwähnten Erzeugnisformen, etwa Wasser und Getränke sowie Kaugummis, aufgrund der thematischen Nähe zu Lebensmitteln im Sinne einer Ausnahme (zum Lebensmittelbegriff) festgehalten. Aus diesem Umstand ergibt sich denn auch, dass Wasser und Getränke sehr wohl weiterhin durch das schweizerische Lebensmittelrecht reguliert werden und dazu entsprechende Vorschriften wie etwa im Rahmen der Verordnung des EDI über Getränke vom 16. Dezember 2016 erlassen wurden. So dann kann festgehalten werden, dass das heute geltende Kriterium der «Aufnahme» durchaus einen versteckten Hinweis auf eine zumindest im Ansatz ernährungsspezifische Funktion in sich trägt, widrigenfalls eine Aufnahme in den menschlichen Organismus von vornherein irrelevant wäre.

[19] Nachfolgend ist demnach auf die heute geltenden Begriffselemente der Lebensmitteldefinition einzugehen. Diesbezüglich wird aufgezeigt, dass bei der Begriffsdefinition des Lebensmittels ein ernährungsspezifischer Zweck im Sinne einer Körpererhaltungs- oder Körperaufbaufunktion auch unter dem heutigen Begriff nicht vollständig von der Hand gewiesen werden kann, andernfalls sämtliche Produkte unter den Lebensmittelbegriff fallen müssten, welche vom Menschen rein physikalisch potenziell «aufgenommen» werden könnten, dies selbst dann, wenn es sich dabei nicht um klassische oder traditionelle Substanzen für die Ernährung handelt. Dass eine solche Auslegung nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein kann, ist offensichtlich. Wie darüber hinaus kurz angemerkt wurde, war mit der Anpassung des Lebensmittelbegriffs keine generelle Ausdehnung anvisiert, sondern vielmehr die Einführung eines – aus dogmatischer Sicht – flexiblen und moderneren Lebensmittelbegriffs, welcher inskünftig auch modernen Anwendungsformen gerecht werden kann. Aus den benannten Gründen verbietet sich nach hier vertretener Ansicht auch unter dem heutigen Lebensmittelbegriff eine Beschränkung auf ein (rein) formalistisches Aufnahmekriterium (vgl. dazu weiter unten).

B. Definition des Lebensmittels

1. Übersicht

[20] Der Lebensmittelbegriff wurde im geltenden Recht an das Recht der Europäischen Union angepasst. Hierbei wurde die Definition – im Vergleich zum früheren Begriff, damals noch Nahrungs- und Genussmittel – in dreifacher Hinsicht präzisiert.¹⁶ Einerseits wird der Lebensmittelbegriff in Art. 4 Abs. 1 LMG allgemein positivrechtlich umschrieben. Zusätzlich zur allgemeinen Definition nach Art. 4 Abs. 1 LMG findet sich in Art. 4 Abs. 2 LMG eine (abschliessende) Positivliste für bestimmte lebensmittelnähe Erzeugnisse, bei denen der Lebensmittelcharakter gesetzlich vermutet wird¹⁷. Demgegenüber werden in Art. 4 Abs. 3 LMG spezifisch Erzeugnisse

¹⁶ Botschaft LMG 2011, S. 5598 (FN 2).

¹⁷ Wie den Ausführungen weiter unten in diesem Beitrag zu entnehmen ist, handelt es sich hierbei nicht um eine unumstössliche Vermutung, sodass unter gegebenen Voraussetzungen alternativ sowie ausnahmsweise auch die Regeln einer anderen Produktklasse einschlägig sein können.

(ebenfalls abschliessend) aufgelistet, welche zwar möglicherweise den allgemeinen Begriff nach Art. 4 Abs. 1 LMG erfüllen *könnten*, aufgrund des fehlenden (für den menschlichen Verzehr vorgesehenen) Lebensmittelcharakters jedoch unter abweichenden produktregulatorischen Regeln abgehandelt werden müssen (so etwa Arzneimittel, Tierfuttermittel, usw.).

[21] Nach dem heutigen Art. 4 Abs. 1 LMG sind Lebensmittel sämtliche Stoffe oder Erzeugnisse, die **dazu bestimmt sind** oder von denen sich **vernünftigerweise vorhersehen** lässt, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand **von Menschen aufgenommen** werden (Art. 4 Abs. 1 LMG). Aus dieser gesetzlichen Definition resultieren insgesamt drei Elemente, welche für die Bestimmung eines Produktes als Lebensmittel von Relevanz sind, wobei – wie sich zeigen wird – zwei dieser Kriterien lediglich alternativ zur Anwendung gelangen.

2. Normative Begriffselemente

[22] Gemäss der Definition von Art. 4 Abs. 1 LMG können als Lebensmittel ausschliesslich (a) Stoffe oder Erzeugnisse eingestuft werden, die produktequalifikatorisch für die *menschliche Lebensmittelaufnahme geeignet* sind (d.h. Eignung im Sinne der Erreichung eines lebensmitteltypischen Anwendungszwecks; nachfolgend: *Generelle Aufnahmefunktion*). Darüber hinaus kann ein Erzeugnis (bzw. ein Stoff) nur dann als Lebensmittel qualifizieren, wenn es zusätzlich (b) entweder explizit für die *Aufnahme durch den Menschen bestimmt* (nachfolgend: *Explizite Aufnahmebestimmung*) ist oder (c) *vernünftigerweise vorhersehbar* ist, dass ein Stoff oder Erzeugnis vom Menschen *aufgenommen* wird (nachfolgend: *Implizite Aufnahmebestimmung*).

[23] Kumulativ setzt demnach der Lebensmittelbegriff nach Art. 4 Abs. 1 LMG die folgenden Begriffskriterien voraus:

- Grundvoraussetzung: Generelle Aufnahmefunktion; und
- Alternativvoraussetzung 1: Explizite Aufnahmebestimmung; oder
- Alternativvoraussetzung 2: Implizite Aufnahmebestimmung (*Auffangtatbestand*).¹⁸

[24] Nachfolgend werden die soeben erwähnten Begriffsmerkmale im Detail erörtert. Diesbezüglich muss angemerkt werden, dass das Bestehen der Grundvoraussetzung zwingend – vorab – vorausgesetzt ist, während zusätzlich dazu lediglich eine der beiden Alternativvoraussetzungen vorliegen muss. Insbesondere die implizite Aufnahmebestimmung dürfte nur in seltenen Fällen erfüllt sein, dies vor allem in Konstellationen, in welchen die Anbieter für ihre Produkte – aus welchen Gründen auch immer – keinen oder keinen eindeutigen Anwendungszweck definiert haben. In solchen Situationen muss unter Anwendung der Alternativvoraussetzung 2 eruiert werden, ob dem Produkt eine implizite Aufnahmebestimmung zugesprochen werden kann. Fehlt es auch an einer impliziten Aufnahmebestimmung, so ist das fragliche Erzeugnis einer anderen Produktkategorie zu unterstellen.

a. Generelle Aufnahmefunktion

[25] Aufgrund der hier genannten Grundvoraussetzung nach Art. 4 Abs. 1 LMG kann ein Stoff oder ein Erzeugnis einerseits (d.h. erst und nur dann) als Lebensmittel qualifiziert werden, wenn

¹⁸ Vgl. dazu LAGGER, N 7 ff. (FN 6).

dem Produkt ein *genereller Aufnahmezweck* bzw. eine *Aufnahmefunktion* im Sinne eines (typischen) Nahrungsmittelerzeugnisses zugrunde liegt.¹⁹ Aus dieser Grundvoraussetzung resultieren hierbei die beiden Begriffe «Aufnahme» und «Zweck» sowie in Zusammenführung das Element des sog. «*Aufnahmezwecks*» bzw. der hiergenannten «*Aufnahmefunktion*».

[26] *Aufnahme* nach Art. 4 Abs. 1 LMG bedeutet, dass ein Stoff oder ein Erzeugnis in den menschlichen Organismus eindringen muss bzw. vom Menschen (oral) aufgenommen werden soll.²⁰ Die Aufnahme, wie in Art. 4 Abs. 1 LMG festgelegt, bezieht sich demnach auf einen physikalischen Verbringungsverfahren von aussen nach innen, d.h. der Stoff oder das Erzeugnis muss von aussen in den Organismus des Menschen eindringen und dabei (metabolisch) aufgenommen und verarbeitet werden (können). Eine rein oberflächliche Anwendung eines Erzeugnisses am menschlichen Körper (bspw. ein Körperöl) erfüllt das in Art. 4 Abs. 1 LMG verankerte Aufnahmekriterium daher nicht und qualifiziert folglich nicht als Lebensmittel (bspw. ein pflanzliches Öl zur Verwendung als Hautpflegeprodukt, welches gleichzeitig – theoretisch – ebenfalls als Bratöl verwendet werden könnte).

[27] Eine für Lebensmittel typische Aufnahme besteht darin, dass ein Stoff oder ein Erzeugnis über eine *orale Aufnahme in den Magen-Darm-Trakt* – d.h. in den Organismus des Menschen – eindringt und so in aller Regel zu ernährungsspezifischen Zwecken (wenn auch in einem weiteren Sinne) von der Anwenderin und dem Anwender konsumiert wird bzw. konsumiert werden kann.²¹

[28] Eine bloss *orale Anwendung* (selbst wenn ein Eindringen in den Organismus stattfindet, d.h. die äussere Mundhöhle durchschritten wird) bildet für sich isoliert betrachtet jedoch noch keinen ausreichenden Hinweis dafür, dass ein bestimmtes Erzeugnis zwingend dem lebensmittelrechtlichen Aufnahmebegriff unterstellt werden muss. Erzeugnisse wie beispielsweise E-Liquids sind aus produkteregulatorischer Sicht vielmehr einer abweichenden Produktkategorie zuzuordnen und qualifizieren heute als Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt und unterstehen damit gerade nicht – trotz Inhalation, also in gewisser Weise trotz einer «Aufnahme» in den Körper – den auf Lebensmittel anwendbaren Vorgaben (nach Inkrafttreten des neuen TabPG, voraussichtlich im Jahre 2023, wird auch eine Unterstellung unter das Tabakrecht möglich). Einschlägig ist demnach für solche Erzeugnisse das Gebrauchsgegenständerecht und/oder das Chemikalienrecht, nicht aber das Lebensmittelrecht i.e.S.²²

[29] Gleiches gilt im Übrigen für Erzeugnisse, die rein äusserlich in der Mundhöhle angewendet werden. So qualifizieren richtigerweise chemische Snus-Produkte, die innerhalb der Mundhöhle hinter der Zunge oder zwischen Zahnfleisch und Lippe platziert und angewendet werden, nicht als Lebensmittel. Dabei spielt es auch keine Rolle, dass die durch das Snus-Produkt ausgesonderten Substanzen mit dem Speichel vermischt werden und sodann vom Konsumenten oder der Konsumentin geschluckt werden können. Die Begründung für die gebrauchsgegenständliche Qualifikation solcher Produkte liegt entsprechend im Umstand begründet, dass für die Qualifikation als Lebensmittel eine gewisse qualifizierende Schwelle in Bezug auf das Auf-

¹⁹ Vgl. MONIKA GATTIKER, Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N 16.28 ff.

²⁰ Vgl. DONAUER, N 61 f. (FN 3).

²¹ Vgl. DOMINIC PUGATSCH, Health Claims: Die gesundheitsbezogene Anpreisung von Lebensmitteln in der Schweiz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 93 ff.; vgl. auch DONAUER, N 61 ff. (FN 3).

²² Eingehend dazu DONAUER/WEBER/MÜHLEBACH, S. 1 ff. (FN 5).

nahmekriterium zwingend erreicht werden muss, wonach dem betreffenden Produkt eine gewisse Körpererhaltungs- und/oder Aufbaufunktion zuzukommen hat. Fehlt eine solche Funktion, so kann das Produkt nicht als Lebensmittel qualifiziert werden. Aus diesem Grund unterstehen denn auch Nahrungsergänzungsmittel gemäss Art. 1 der Verordnung des EDI über Nahrungsergänzungsmittel (VNem) vom 16. Dezember 2016 durchaus dem Lebensmittelbegriff: Nahrungsergänzungsmittel sind nämlich Lebensmittel, die dazu bestimmt sind, die normale *Ernährung* zu ergänzen (Art. 1 VNem). Wie sich dieser Definition entnehmen lässt, sind Lebensmittel demnach Stoffe, welche einen ernährungsspezifischen Zweck verfolgen müssen, um als Lebensmittel i.S.v. Art. 4 Abs. 1 LMG qualifizieren zu können. Fehlt entsprechend ein solcher ernährungsspezifischer Zweck oder auch ein bloss ergänzender Ernährungszweck i.S.v. Art. 1 VNem, kann auch unter dem neuen Lebensmittelbegriff nicht von einem Lebensmittel ausgegangen werden.

[30] Dieses rechtliche Begriffsverständnis (d.h. des Lebensmittelbegriffs) gemäss geltendem Lebensmittelrecht wird dadurch unterstützt und bestätigt, dass der Gesetzgeber gezielt gewisse Produkte, die definitorisch betrachtet nicht als Lebensmittel i.S.v. Art. 4 Abs. 1 LMG einzustufen wären, gesetzlich – im Sinne einer Ausnahme – explizit als Lebensmittel bezeichnet hat und somit für solche Produkte – aufgrund teleologischer Nähe zu den Lebensmitteln – eine Anwendbarkeit der lebensmittelrechtlichen Vorschriften (analog) vorsieht. Es ist hierzu auf die abschliessend in Art. 4 Abs. 2 LMG aufgeführten Erzeugnisse zu verweisen: (a) Getränke einschliesslich Wasser für den menschlichen Konsum; (b) *Kaugummi*; und (c) alle Stoffe, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung, Verarbeitung oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden.

[31] Dass oral anwendbare Produkte sodann – trotz eines möglichen Vermischungseffekts mit dem Speichel (wodurch eine Aufnahme in den Magen möglich wäre) – nicht per se als Lebensmittel zu qualifizieren sind, ergibt sich ebenfalls aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber wiederum für Kaugummis eine besondere gesetzliche Unterstellung unter den Lebensmittelbegriff vornehmen *musste*, dies im Sinne einer Ausnahme (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b LMG). Hätte der Gesetzgeber nämlich auf die konkrete gesetzliche Implementierung von Art. 4 Abs. 2 lit. b LMG verzichtet, so würde heute auch das Produkt Kaugummi, mangels Erfüllung des Lebensmittelbegriffs nach Art. 4 Abs. 1 LMG, lediglich als Gebrauchsgegenstand für den Humankontakt qualifizieren.

b. Aufnahmezweck (expliziter oder impliziter Aufnahmezweck)

[32] Zusätzlich zur Grundvoraussetzung der Aufnahme gemäss Art. 4 Abs. 1 LMG erfordert der Lebensmittelbegriff einen expliziten oder zumindest impliziten Aufnahmezweck. Mit anderen Worten muss das Produkt entweder explizit zur Aufnahme durch den Menschen bestimmt sein oder aber es ist, sollte der Deklaration kein Bestimmungs- oder Anwendungszweck entnommen werden können, unter vernünftiger Vorhersehung mit einer Aufnahme durch den Menschen zu rechnen. Der implizite Aufnahmezweck stellt damit gewissermassen einen Auffangtatbestand dar.

[33] Beim expliziten Aufnahmezweck ist auf die Frage abzustellen, ob der Produzent oder der Händler ein Produkt explizit sowie sinnigerweise für einen lebensmitteltypischen Aufnahmezweck bestimmt hat. Dies kann beispielsweise durch eine lebensmitteltypische Bezeichnung (bspw. Fruchtsalat) oder durch die Verpackungsgestaltung geschehen. Gerade bei Verpackungen ist jedoch zu beachten, dass die Gesamtaufmachung, d.h. die Verpackungsform, das Material aber auch die Beschriftung, beachtet werden muss. So werden beispielsweise sogenannte Super-Foods

in Behältnissen verkauft, die nicht typischerweise im Lebensmittelsektor verwendet werden, qualifizieren nichtsdestotrotz aber dennoch als Lebensmittel.

[34] Relevant ist daher aus produkteregulatorischer Sicht für die Qualifikation eines Produktes immer auch die Frage, welchen Bestimmungs- bzw. Anwendungszweck der Produzent bzw. der Händler für das von ihm angebotene Produkt bestimmt (hat). Kann der Deklaration eines Produktes kein eindeutiger Bestimmungs- bzw. Anwendungszweck entnommen werden, so ist dazu in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 LMG alternativ auf einen vernünftigerweise vorhersehbaren, d.h. impliziten, Aufnahmезweck abzustellen. Es stellt sich dabei die Frage, wie eine durchschnittlich vernünftige Konsumentin oder ein durchschnittlich vernünftiger Konsument das fragliche Produkt bewerten würde, d.h., ob er diesem einen Aufnahmезweck beimessen würde. Dazu muss eine Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, welche beispielsweise Inhaltsstoffe sowie die Produktaufmachung und -verpackung berücksichtigt. Ergänzend können weitere Kriterien wie etwa die Präsentation an Verkaufsstellen herangezogen werden. Mit Blick auf den Gesundheitsschutz der Konsumentinnen und Konsumenten muss für die Annahme eines impliziten Aufnahmезwecks ein tendenziell tieferer Massstab angewendet werden, wobei auch unter diesem Massstab nicht sämtliche aufnehmbaren Erzeugnisse ohne weiteres als Lebensmittel eingestuft werden dürfen.

[35] Fehlt es einem Produkt sowohl an einem expliziten als auch an einem impliziten Aufnahmезweck, so ist eine Einstufung als Lebensmittel unter rechtlichen Gesichtspunkten ausgeschlossen. Das fragliche Erzeugnis ist demnach vielmehr unter eine andere Produktkategorie gemäss schweizerischem Produkterecht einzustufen (beispielsweise Gebrauchsgegenstand, Chemikalie etc.). Durch die gesetzliche Statuierung der beiden Alternativvoraussetzungen beabsichtigte der Gesetzgeber im Kern, ein bestimmtes Produkt nicht bereits deshalb als Lebensmittel zu qualifizieren und dieses entsprechend den Lebensmittelvorgaben zu unterstellen, nur weil dieses physikalisch (möglich) von den Konsumentinnen und Konsumenten geschluckt bzw. aufgenommen werden könnte.²³ Unzulässig ist entsprechend die Einschätzung eines Produktes als Lebensmittel dann, wenn – trotz physikalischer Möglichkeit – ein Stoff oder ein Erzeugnis durchaus aufgenommen werden könnte, eine solche Aufnahme vernünftigerweise, d.h. von einem normalverständigen Menschen, jedoch nicht anzunehmen ist. Zu denken ist beispielsweise an Konsumentinnen oder Konsumenten, welche als Chemikalien deklariertes Waschpulver oral in den Magen-Darm-Trakt aufnehmen und somit wie ein Lebensmittel anwenden (z.B. zur Geschmacksänderung von Wasser). Eine entsprechende Anwendung, d.h. eine Aufnahme in den Körper, ist zwar theoretisch möglich, entspricht aber weder der Kennzeichnung noch der Aufmachung des Produktes, sodass für eine durchschnittlich verständige Konsumentin oder einen durchschnittlich verständigen Konsumenten klar sein sollte, dass das Produkt gerade nicht zur Einnahme gedacht ist. Es liegt mit anderen Worten weder ein expliziter noch ein impliziter Aufnahmезweck vor.

[36] Gerade um die Gefahr von möglichen Falschanwendungen zu vermeiden, sieht das schweizerische Produkterecht denn auch regelmässig die (obligatorische) Bestimmung eines Anwendungs- bzw. Bestimmungszwecks vor. So schreibt beispielsweise die Kosmetikverordnung des EDI explizit vor, dass die Verpackung und das Behältnis kosmetischer Mittel bei Inverkehrbringen den Verwendungszweck des kosmetischen Mittels angeben müssen, sofern sich dieser nicht aus der Aufmachung des Mittels selbst ergibt (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a VKos).

²³ Vgl. zum intendierten Lebensmittelbegriff Botschaft LMG 2011, S. 5598 (FN 2).

3. Positivliste unter besonderer Berücksichtigung von Kaugummi

[37] Mit Art. 4 Abs. 2 LMG führte der Gesetzgeber zusätzlich zum Grundtatbestand nach Abs. 1 eine (abschliessende) Positivliste ein. Als Lebensmittel gelten demnach kraft Gesetzes (a) Getränke einschliesslich Wasser für den menschlichen Konsum; (b) *Kaugummi*; sowie (c) alle Stoffe, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung, Verarbeitung oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden. Es handelt sich dabei um Produkte, die definitorisch – d.h. in Anwendung des Grundtatbestandes nach Art. 4 Abs. 1 LMG – ohne Positivliste nicht als Lebensmittel zu qualifizieren wären. Aufgrund ihrer Nähe zu den Lebensmitteln scheint der Gesetzgeber indes eine (analoge) Anwendung der Lebensmittelvorschriften für angezeigt befunden zu haben. Wie nachfolgend anhand des Beispiels Kaugummi aufzuzeigen ist, schliesst die Positivliste nach Art. 4 Abs. 2 LMG das Vorliegen einer anderen Produktkategorie nicht per se aus, vielmehr handelt es sich bei Art. 4 Abs. 2 lit. a–c LMG um gesetzliche (widerlegbare) Vermutungstatbestände. Widerlegbar ist hingegen selbstverständlich nicht eine produktregulatorische Unterstellung, die ihrerseits bereits ein Auffangbecken darstellt. Es kann hierzu auf den Begriff des Gebrauchsgegenstandes für den Humankontakt verwiesen werden.

[38] Klassischerweise besteht Kaugummi aus einer Kaumasse, i.d.R. bestehend aus Polymerverbindungen aus Kunststoff, welcher verschiedene Zusatzstoffe (bspw. Farbstoffe, Aromen, Süsungsmittel) beigefügt werden, die das für die Konsumentin und den Konsumenten typische Produkt ausmachen. Grundsätzlich werden Kaugummis äusserlich in der Mundhöhle angewandt. Durch das Kauen der Kaumasse lösen sich die beigefügten Zusatzstoffe, wie beispielsweise die Aromastoffe, welche dem Kaugummi seinen typischen Geschmack verleihen. Diese Stoffe vermischen sich gezwungenermassen mit dem Speichel der Konsumentinnen und Konsumenten und gelangen so in der Regel in den Magendarm-Trakt. Die Kaumasse wiederum wird nach Verwendung – jedenfalls bei normaler Anwendung – ausgespuckt, m.a.W. also nicht im Sinne des Grundtatbestandes nach Art. 4 Abs. 1 LMG aufgenommen. Damit ist bei einer normalen Anwendung von Kaugummis grundsätzlich zwischen der Kaumasse und den löslichen Zusatzstoffen zu unterscheiden. Ersterer wird dabei üblicherweise nicht i.S.v. Art. 4 Abs. 1 LMG aufgenommen, während bei den Zusatzstoffen zumindest prinzipiell von einer Aufnahme ausgegangen werden könnte.

[39] Dass der Gesetzgeber mit Art. 4 Abs. 2 lit. b LMG Kaugummis explizit in die Positivliste aufgenommen und damit dem Lebensmittelbegriff unterstellt hat, lässt darauf schliessen, dass die «Aufnahme» i.S.v. Art. 4 Abs. 1 LMG und damit der Grundtatbestand nicht jegliche Aufnahmeintensität oder bereits die Möglichkeit der Aufnahme erfasst. Wäre nämlich bereits eine Aufnahme, wie sie mit dem Konsum von Kaugummis einhergeht – d.h. die Aufnahme von mit Speichel vermischten Zusatzstoffen – ausreichend, um vom allgemeinen Lebensmittelbegriff erfasst zu werden, wäre die explizite Nennung des Gesetzgebers von Kaugummis in der Positivliste obsolet. Vielmehr scheinen Kaugummis aufgrund ihrer stofflichen Nähe zu den Lebensmitteln positivrechtlich unter den Lebensmittelbegriff gefasst worden zu sein, da ohne eine solche auf Kaugummi der subsidiäre Auffangtatbestand der Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt nach Art. 5 lit. b LMG anwendbar gewesen wäre. Damit lässt sich mit Blick auf den Grundtatbestand und entgegen dem Wortlaut der Botschaft, welcher impliziert, dass jegliche Aufnahmeform und

-intensität dem Lebensmittelbegriff zu genügen vermag,²⁴ festhalten, dass der Aufnahme durch-
aus eine gewisse Körpererhaltungs- und/oder Aufbaufunktion zuzukommen hat.

[40] Dass der Grundtatbestand nebst einer gewissen Aufnahmeintensität auch einen gewissen Ernährungszweck fordert, ergibt sich aus der expliziten Nennung von Getränken einschliesslich Wasser für den menschlichen Konsum (Art. 4 Abs. 2 lit. a LMG). Dass Getränken (bspw. Kaffee, Tee, Softdrinks etc.) im Normalfall eine Aufnahmefunktion sowie eine explizite oder implizite Aufnahmebestimmung zukommt, erscheint eindeutig. Damit ist die Frage aufzuwerfen, wieso Getränke und Wasser für den menschlichen Konsum vom Gesetzgeber explizit im Rahmen der Positivliste genannt werden. Die Botschaft zum LMG enthält dazu keine Informationen. Ebenfalls lässt sich die Aufnahme in die Positivliste nicht mit vorgeanntem Kriterium der Aufnahmeintensität erklären, da Getränke in der Regel vollständig in den menschlichen Körper aufgenommen werden, mithin gezwungenermassen den höchsten Grad an Aufnahmeintensität erfüllen. Damit liegt – mit Blick auf den alten Lebensmittelbegriff – letztlich der Schluss nahe, dass dem geltenden Lebensmittelbegriff ebenfalls ein gewisser ernährungsspezifischer Zweck inhärent sein muss, auch wenn die Botschaft auf den ersten Blick Gegenteiliges auszusagen scheint. Nach hier vertretener Ansicht ist an den ernährungsspezifischen Zweck indes keine allzu hohe Anforderung zu stellen. So wäre beispielsweise mit Blick auf den Gesundheitsschutz der Konsumentinnen und Konsumenten unverständlich, ein Produkt nicht als Lebensmittel zu qualifizieren, nur weil es keinen vermeintlich «sinnvollen» ernährungsspezifischen Beitrag zu leisten vermag.

[41] Die Aufnahme von Kaugummis durch den Gesetzgeber in die Positivliste gemäss Art. 4 Abs. 2 LMG zeigt weiter, wenn auch auf den ersten Blick nicht offensichtlich, dass es sich dabei um gesetzlich widerlegbare Vermutungstatbestände und nicht unumstössliche Vermutungen handelt.

[42] Typischerweise handelt es sich bei Kaugummis um Produkte, die von den Konsumentinnen und Konsumenten ohne spezifischen Zweck verwendet werden, respektive allenfalls, um *nebensächlich* den Atem zu erfrischen o.Ä. Nebst diesen klassischen Kaugummis gibt es aber eine Reihe von Produkten in Kaugummiform, die eine Nähe zu Arzneimitteln bzw. Medizinprodukten oder auch weiteren Formen aufweisen. Zu denken ist etwa an Nikotinkaugummis zur Rauchentwöhnung oder sog. Reisekaugummis gegen Reiseübelkeit. Ebenfalls verbreitet sind sog. Zahn- und/oder Mundpflegekaugummis, die der Mundhygiene dienen und damit einen Bezug zu den Kosmetikprodukten aufweisen. Es stellt sich damit die Frage, ob solche Produkte aufgrund der Positivliste gemäss Art. 4 Abs. 2 LMG dennoch und in jedem Fall automatisch als Lebensmittel qualifizieren oder – was auch aus Sicht des Gesundheitsschutzes der Konsumentinnen und Konsumenten sinnvoller erscheint – solche Produkte gestützt auf ihren Bestimmungszweck auch einer anderen Produktkategorie (bspw. Kosmetika, Arzneimittel etc.) zugeordnet werden können bzw. müssen.

[43] Die Antwort auf diese Frage findet sich im Erläuterungsbericht des EDI zur Verordnung des EDI über die kosmetischen Mittel (VKos). Darin hält das EDI ausdrücklich fest: *«Zahn und Mundpflegekaugummis und -bonbons sind in dieser Verordnung [VKos] nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Sie werden als kosmetische Mittel betrachtet, wenn ihr Verwendungszweck der Definition eines kosmetischen Mittels entspricht. In diesem Fall werden sie der Kategorie der Hygieneprodukte für die Mund- und Zahnpflege zugeordnet. Für die als Lebensmittel geltenden Kaugummis und Bonbons [d.h. denjenigen die keinen kosmetischen Bestimmungszweck aufweisen] sind die zulässigen Gesund-*

²⁴ Vgl. Botschaft LMG 2011, S. 5598 (FN 2).

heitsanpreisungen in den Anhängen der Lebensmittelinformationsverordnung des EDI aufgeführt.»²⁵
Zufolge den Ausführungen des EDI ist der Positivkatalog nach Art. 4 Abs. 2 LMG demnach nicht als unumstössliche Vorschrift, sondern als abschliessende Aufzählung gesetzlich widerlegbarer Vermutungen zu interpretieren. Damit gelangt dieser subsidiär dann zur Anwendung, wenn der Bestimmungszweck eines Produktes nicht die Unterstellung unter eine andere Produktkategorie zur Folge hat. Diesbezüglich zu beachten ist, dass es sich bei Gebrauchsgegenständen für den Humankontakt zwar um eine eigenständige Produktkategorie, jedoch gleichzeitig auch um einen subsidiären Auffangbegriff für Gebrauchsgegenstände handelt, weswegen Kaugummi trotz Subsidiarität der Positivliste nicht als Gebrauchsgegenstände für den Humankontakt qualifizieren können.

4. Negativliste

[44] In Art. 4 Abs. 3 LMG nimmt der Gesetzgeber mittels Negativliste eine Reihe von Produkten explizit vom Lebensmittelbegriff aus. Es handelt sich dabei einerseits um eine Reihe von Produkten und Erzeugnissen, die klarerweise keine Lebensmittel sind, aber zusammen mit solchen oder ähnlich wie diese aufgenommen werden könnten, beispielsweise Rückstände und Kontaminanten (Art. 4 Abs. 3 lit. h LMG), sowie andererseits Produkte, die ohne Negativliste, gestützt auf den Grundtatbestand unter Umständen als Lebensmittel qualifizieren würden, beispielsweise Futtermittel (Art. 4 Abs. 3 lit. a LMG). Die explizite Aufnahme kosmetischer Mittel in die Negativliste (Art. 4 Abs. 3 lit. e LMG) zeigt darüber hinaus, dass sich der Gesetzgeber durchaus der Problematik bewusst war, dass Lebensmittel und Kosmetika in der Praxis gewisse Ähnlichkeiten aufweisen und damit zu Abgrenzungsproblemen führen können. Zu denken ist an das eingangs genannte Beispiel von pflanzlichen Ölen, welche sowohl als Körperöle und damit als Kosmetika sowie auch als Bratöle und damit als Lebensmittel verwendet werden können.

[45] Folgende Produkte und Erzeugnisse qualifizieren gemäss der Negativliste nach Art. 4 Abs. 3 LMG nicht als Lebensmittel:

- **Futtermittel:** Obwohl Futtermittel vom Menschen eingenommen werden können, sind sie keine Lebensmittel und fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Futtermittelverordnung (FMV; SR 916.307). Gewisse Produkte können jedoch unter beide Kategorien fallen. Zu denken ist beispielsweise an Karotten, Kartoffeln oder Salat, deren Klassifizierung ausschliesslich von der Anpreisung abhängt.²⁶
- **Lebende Tiere, soweit sie nicht für das Inverkehrbringen zum menschlichen Konsum hergerichtet worden sind:** Lebende Nutztiere gelten auch dann nicht als Lebensmittel, wenn sie kurz- oder mittelfristig für den menschlichen Konsum bestimmt sind. Davon ausgenommen sind Tiere die *unmittelbar* zum Konsum bestimmt sind und roh gegessen wer-

²⁵ Eidgenössisches Departement des Inneren EDI, Erläuterungen zur Verordnung des EDI über kosmetische Mittel (VKos), S. 4 (abrufbar unter: <https://www.blv.admin.ch/dam/blv/de/dokumente/lebensmittel-und-ernaehrung/rechts-und-vollzugsgrundlagen/lebensmittelrecht2017/erlaeuterung-verordnung-kosmetika.pdf.download.pdf/erlaeuterung-verordnung-kosmetika.pdf>, zuletzt besucht am 28. Februar 2022).

²⁶ Botschaft LMG 2011, S. 5598 (FN 2).

den (bspw. Austern) oder lebend verkauft und anschliessend im Kochwasser getötet werden (bspw. Hummer und Muscheln).²⁷

- **Pflanzen vor dem Ernten:** Wie Tiere vor dem Schlachten, gelten auch Pflanzen vor der Ernte nicht als Lebensmittel. Die Produktion ist dennoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft (vgl. Art. 8 LMG).²⁸
- **Arzneimittel:** Grundsätzlich werden Stoffe und Erzeugnisse, welche unter die Heilmittelgesetzgebung fallen, nicht vom LMG erfasst und *vice versa*. Zusage der Botschaft zum HMG können Anbieter daher bestimmen, ob sie ein Produkt als Lebensmittel oder als Heilmittel auf den Markt bringen, wobei dieser Grundsatz aus gesundheitspolizeilichen Gründen in der Rechtsprechung eingeschränkt wurde.²⁹
- **Kosmetische Mittel:** Diese gelten gemäss Lebensmittelgesetz als Gebrauchsgegenstände und werden entsprechend in Art. 15 ff. LMG und Art. 45 ff. LGV geregelt.
- **Tabak und Tabakerzeugnisse:** Unter dem alten Lebensmittelgesetz qualifizierten Tabak und andere Raucherwaren als Genussmittel und damit als Lebensmittel.³⁰ Mit der Revision des Lebensmittelgesetzes entfiel die Kategorie der Genussmittel und die Erarbeitung eines Tabakproduktegesetzes wurde angestossen, welches die wichtigsten Punkte der geltenden Tabakverordnung auf Gesetzesstufe überführen soll. Damit für Tabakprodukte in der Zwischenzeit die Regulierung nicht entfällt, sieht das Lebensmittelgesetz übergangsmässig die Anwendung einzelner Bestimmungen dennoch vor (Art. 73 LMG).
- **Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe:** Diese Stoffe werden im Betäubungsmittelgesetz (BetmG; SR 812.121) geregelt.
- **Rückstände und Kontaminanten:** Obschon solche Stoffe mit Lebensmitteln aufgenommen werden können, qualifizieren sie nicht als Lebensmittel, da das Gesetz die Vermeidung der Aufnahme gerade (in qualifiziertem Ausmass) gerade verhindern möchte.³¹ Soweit ersichtlich wird der Terminus *Rückstände* bislang in der Rechtsprechung nicht definiert. Gemäss ANNEMARIE LAGGER lässt sich aus der Lebensmittelverordnung herleiten, dass Rückstände Stoffe sind, «welche entweder absichtlich hinzugefügt wurden, indes nicht mehr vollständig – uns insofern unbeabsichtigt – entfernt werden können, oder gänzlich unbeabsichtigt in das Lebensmittel gelangten.»³²

[46] Die nicht als Lebensmittel qualifizierenden Produkte und Erzeugnisse werden, wie erläutert, in zusätzlichen, separaten Erlassen oder aber im Rahmen eigenständiger Vorschriften geregelt, so beispielsweise im HMG, im BetmG oder über das Gebrauchsgegenständerecht gemäss LMG. Die lebensmittelrechtlichen Vorschriften im engeren Sinne (d.h. Vorschriften für Lebensmittel ohne Anwendung auf Gebrauchsgegenstände) sind folglich auf diese Produkte nicht anwendbar.

²⁷ Botschaft LMG 2011, S. 5599 (FN 2); betreffend als Lebensmittel qualifizierende lebende Tiere sind die Bestimmungen der Tierschutzverordnung (TSchV; SR 455.1) zu beachten.

²⁸ Botschaft LMG 2011, S. 5599 (FN 2).

²⁹ Vgl. LAGGER, N 8 (FN 6).

³⁰ Vgl. zum Lebensmittelbegriff nach aLMG Kapitel III.A.

³¹ Vgl. Botschaft LMG 2011, S. 5599 f. (FN 2).

³² Vgl. LAGGER, N 8 (FN 6).

IV. Begriff des Gebrauchsgegenstandes

[47] Anders als die Lebensmittel werden die Gebrauchsgegenstände im Lebensmittelgesetz nicht im Sinne einer generell-abstrakten Definition definiert. Vielmehr beschränkt sich die Definition auf eine kasuistische Aufzählung verschiedener Produkte, welche gemäss Gesetz als Gebrauchsgegenstände qualifizieren.

[48] Auch aus den Materialien zum LMG ergibt sich keine generell-abstrakte Definition für die Gebrauchsgegenstände. Mangels Definition bildet daher einzig die verfassungsrechtliche Norm mit der Aussage «Gegenstände, welche die Gesundheit gefährden können» (Art. 118 Abs. 2 lit. a BV), den rechtlichen Rahmen.³³ Betrachtet man die in Art. 5 LMG enthaltene Aufzählung, so wird ersichtlich, dass eine allgemeingültige Definition der Gebrauchsgegenstände kaum möglich sein dürfte. Die Aufzählung und die damit einhergehenden Gemeinsamkeiten der genannten Produkte und Erzeugnisse lässt indes den Schluss zu, dass Gebrauchsgegenstände – im Unterschied zu Lebensmitteln – keinen ernährungsspezifischen Zweck verfolgen.

[49] Art. 5 LMG unterscheidet betreffend Gebrauchsgegenstände die nachfolgenden Produktgruppen:

- Bedarfsgegenstände (lit. a);
- Kosmetische Mittel und andere Gegenstände, Stoffe und Zubereitungen, die nach ihrer Bestimmung äusserlich mit dem Körper, mit den Zähnen oder den Schleimhäuten in Berührung kommen (lit. b);
- Utensilien und Farben für Tätowierungen und Permanent-Make-up (lit. c);
- Kleidungsstücke, Textilien und andere Gegenstände, die nach ihrer Bestimmung mit dem Körper in Berührung kommen (lit. d);
- Spielzeug und andere Gegenstände, die für den Gebrauch durch Kinder bestimmt sind (lit. e);
- Kerzen, Streichhölzer, Feuerzeuge und Scherzartikel (lit. f);
- Aerosolpackungen, die Lebensmittel und andere Gebrauchsgegenstände enthalten (lit. g);
- Gegenstände und Materialien, die zur Ausstattung und Auskleidung von Wohnräumen bestimmt sind, soweit sie nicht anderen produktespezifischen Gesetzgebungen unterstellt sind (lit. h);
- Wasser, das dazu bestimmt ist, in Anlagen, die der Allgemeinheit oder einem berechtigten, nicht ausschliesslich privaten Personenkreis zugänglich sind, mit dem menschlichen Körper in Kontakt zu kommen, und das nicht dazu bestimmt ist, getrunken zu werden, wie namentlich das Dusch- und Badewasser in Spitälern, Pflegeheimen oder Hotels (lit. i).

[50] Mit Blick auf vorliegenden Beitrag sind aufgrund ihrer potenziellen Nähe zu den Lebensmitteln insbesondere die kosmetischen Mittel und andere Gegenstände, Stoffe und Zubereitungen, die nach ihrer Bestimmung äusserlich mit dem Körper, mit den Zähnen oder den Schleimhäuten in Berührung kommen (sog. *Gegenstände für den Humankontakt*) von besonderem Interesse (vgl. Art. 5 lit. b LMG).

³³ Vgl. LAGGER, N 8 (FN 6).

A. Begriff der kosmetischen Mittel

[51] Art. 53 Abs. 1 LGV definiert kosmetische Mittel als Stoffe oder Zubereitungen, die dazu bestimmt sind, äusserlich mit bestimmten Teilen des menschlichen Körpers wie der Haut, dem Behaarungssystem, den Nägeln, den Lippen oder äusserlichen intimen Regionen oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen, und zwar zu dem ausschliesslichen oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern, sie zu schützen, sie in gutem Zustand zu halten oder den Körpergeruch zu beeinflussen. Die Definition für Kosmetika wurde ebenfalls aus dem Unionsrecht übernommen.³⁴

[52] Nicht als kosmetische Mittel gelten Stoffe oder Zubereitungen, die dazu bestimmt sind, eingenommen, eingeatmet, injiziert oder in den menschlichen Körper implantiert zu werden (Art. 53 Abs. 2 LGV).

[53] Betrachtet man die vorgenannte Definition der Kosmetika, so ist die Nähe und potenzielle Überschneidung mit Lebensmittel augenscheinlich. So qualifiziert beispielsweise ein Kaugummi gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. b LMG von Gesetzes wegen als Lebensmittel. Gleichzeitig nutzen täglich unzählige Konsumentinnen und Konsumenten in Ergänzung zur täglichen Zahnhygiene Zahnpflegekaugummi, welche hierbei nicht nur einen Zahnpflegeeffekt verfolgen, sondern oftmals auch für die Atemerfrischung verwendet werden können. Beide Zwecke deuten typischerweise auf ein Kosmetikprodukt hin. Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) führt sodann auch aus, dass Zahn- und Mundpflegekaugummi durchaus als kosmetische Mittel und damit *nicht* als Lebensmittel qualifizieren, wenn ihr Verwendungszweck der Definition eines kosmetischen Mittels entspricht.³⁵ Auch für das Unionsrecht führt der Gesetzgeber aus, dass die Feststellung, ob ein Erzeugnis ein kosmetisches Mittel ist, auf der Grundlage einer Einzelfallbewertung unter Berücksichtigung aller Merkmale des Erzeugnisses getroffen werden müsse.³⁶

[54] Daraus ergeben sich folgende Voraussetzungen für die Qualifikation eines Produktes als Kosmetikum respektive Gebrauchsgegenstand für den Humankontakt:

- Äusserliche Anwendung an bzw. auf bestimmten Teilen des menschlichen Körpers;
- Überwiegender Pflegezweck (Reinigen, Parfümieren, Verändern des Aussehens, Schützen, in gutem Zustand Halten, Beeinflussen des Körpergeruchs); und
- Fehlende Zweckbestimmung zur Einnahme, Einatmung, Injektion oder Implantierung.

1. Äusserliche Anwendung an bzw. auf bestimmten Teilen des menschlichen Körpers

[55] Gemäss Art. 5 lit. b LMG und Art. 53 Abs. 1 LGV sind kosmetische Mittel Stoffe oder Zubereitungen, die dazu bestimmt sind, äusserlich mit Teilen des menschlichen Körpers, mit den äusseren intimen Regionen oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen. Eine äusserliche Anwendung im Sinne von Art. 5 lit. b LMG umfasst demzufolge eine Anwendung auf der gesamten Körperoberfläche eines Menschen, inklusive der Mundhöhle.

³⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel.

³⁵ EDI, Erläuterung zur Verordnung des EDI über kosmetische Mittel (VKos), S. 4.

³⁶ Vgl. Erwägung 7 der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel.

Nur wenn ein Produkt überhaupt eine solche äusserliche Anwendung vorsieht, kommt eine Qualifikation als Kosmetikum in Frage. Analog den Lebensmitteln ist auch hierbei auf den expliziten – respektive allenfalls impliziten Zweck – abzustellen und nicht auf die reine (physikalische) Möglichkeit, ein Produkt äusserlich auf bzw. an bestimmten Teilen menschlichen Körpers anzuwenden.

[56] Typische Produkte mit einem äusserlichen Anwendungszweck sind beispielsweise Gesichtscremes, Körperöle oder Haarpflegemittel. Ebenfalls erfasst sind beispielsweise Zahnpasten oder Mundspülungen, da diese Produkte typischerweise (und in der Regel auch so vorgesehen) in der Mundhöhle zur Anwendung gelangen.

2. Überwiegender Pflegezweck

[57] Mit der Aufzählung in Art. 53 Abs. 1 LGV impliziert der Verordnungsgeber sodann, dass den Kosmetikprodukten ein ausschliesslicher oder überwiegender Pflegezweck zugrunde liegt. Zur Frage, welcher pflegende Effekt erforderlich ist, finden sich weder im Gesetz, der Verordnung noch in den Materialien Anhaltspunkte. Es muss demnach davon ausgegangen werden, dass jeder Pflegezweck den Anforderungen zu genügen vermag, mag er auch noch so klein sein.

[58] Dies dürfte insbesondere die zuständigen Behörden in Einzelfällen vor schwierige Abgrenzungsfragen stellen, insbesondere mit Blick auf mögliche Falschdeklarationen von Produzenten, um Regulierungsvorschriften zu umgehen. So dürfte reines, in Plastikflaschen abgefülltes Wasser zwar grundsätzlich einen – wenn auch äusserst geringen – Pflegezweck auf die Zähne haben, eine Qualifikation als Kosmetika erscheint jedoch offensichtlich zumindest fraglich.

[59] Mit Blick auf den Umstand, dass die Gesetz- und Verordnungsgeber keinen bestimmten Grad des Pflegezweckes vorgesehen haben und ein solcher entsprechend auch nicht gefordert werden darf, wäre u.E. das vorgenannte Problem über den Anwendungszweck zu lösen. So impliziert reines, in Plastikflaschen abgefülltes Wasser beim durchschnittlichen Konsumenten typischerweise einen Einnahmezweck im Sinne von Trinken. Anders sieht es beispielsweise bei einem Körper-Öl aus, welches ausschliesslich aus Olivenöl besteht, jedoch in einer für Kosmetikprodukte typisch gestalteten Verpackung abgegeben wird. Zwar wird der durchschnittliche Konsument Olivenöl in der Regel mit Lebensmittel assoziieren und diesem möglicherweise einen (impliziten) Einnahmezweck zumessen, eine kosmetiktypische Verpackung sowie ein expliziter Anwendungszweck – im vorgenannten Beispiel «Körper-Öl» – vermag diesen impliziten Verwendungszweck aber begriffsdefinitorisch zu verdrängen.

3. Zweckbestimmung

[60] Im Sinne einer Negativliste umschreibt Art. 53 Abs. 2 LGV vier Aufnahmearten in den menschlichen Körper, welche eine Qualifikation von Stoffen und Zubereitungen als Kosmetika *nicht* zulassen. Es handelt sich dabei um Einnahme, Einatmen, Injektion und Implantation in den menschlichen Körper. Eine Einnahme in vorgenanntem Sinne meint die Aufnahme in den menschlichen Magen/Darm-Trakt. Dies ergibt sich auch aus der Botschaft zum LMG, gemäss

welcher Zahnpasta, die in den Mund aufgenommen und nach Gebrauch jedoch (üblicherweise) wieder ausgespuckt wird, als Kosmetikum und nicht als Lebensmittel zu qualifizieren ist.³⁷

[61] Bei der Zweckbestimmung ist – vergleichbar wie bei Lebensmitteln – auf die explizite respektive implizite Verwendung abzustellen und nicht auf die reine Möglichkeit des Einatmens, der Einnahme, Injektion oder Implantation. So kann Zahnpasta zwar grundsätzlich eingenommen werden – bei einzelnen Produkten eventuell sogar begünstigt durch die Zugabe von Farb- und/oder Aromastoffen –, eine normalverständige Konsumentin oder Konsument dürfte dies in der Regel jedoch gerade nicht tun. Daraus ergibt sich, dass für die Beurteilung eines allfälligen impliziten Verwendungszwecks die Perspektive eines normalverständigen Konsumenten anzulegen ist.

[62] Erst wenn ein Produkt im Rahmen einer Gesamtbetrachtung von einem durchschnittlich verständigen Konsumenten aufgrund der Aufmachung und der angegebenen Verwendung eingenommen, eingeatmet, injiziert oder implantiert werden könnte bzw. würde, entfällt der kosmetische Charakter und somit eine Unterstellung unter das Kosmetikrecht.

B. Gegenstände für den Humankontakt

[63] Der Terminus «Gegenstände für den Humankontakt» findet sich im LMG so nicht, sondern ergibt sich vielmehr aus der Verordnung des EDI über Gegenstände für den Schleimhaut-, Haut- und Haarkontakt sowie über Kerzen, Streichhölzer, Feuerzeuge und Scherzartikel vom 23. November 2005 (Verordnung über Gegenstände für den Humankontakt; SR 817.023.41).

[64] Es handelt sich hierbei – wie bereits erwähnt – weniger um eine eigenständige Produktkategorie als vielmehr um einen Auffangtatbestand für unterschiedlichste Produkte und Erzeugnisse. So umfassen Gebrauchsgegenstände für den Schleimhaut-, Haut- und Haarkontakt gemäss Art. 1 lit. a der Verordnung u.a. Tätowierfarben (Ziff. 2), afokale (brennpunktlose) kosmetische Kontaktlinsen (Ziff. 4) bis hin zu Kordeln und Zugbändern an Kinderbekleidung (Ziff. 8). Trotz dieser Diversität handelt es sich bei den Gebrauchsgegenständen für den Humankontakt um eine eigenständige rechtliche Produktklasse (mit Subsidiärcharakter).

[65] Der Auffangcharakter dieser Bestimmungen zeigt sich darin, dass beispielsweise E-Zigaretten, mangels gegenwärtigen Bestehens einer anderen einschlägigen Produktkategorie, momentan als Gegenstände für den Humankontakt qualifizieren.³⁸

V. Fazit

[66] Mit Blick auf die eingangs erwähnte Problematik betreffend Abgrenzung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen lässt sich festhalten, dass ein Produkt oder Erzeugnis, um als Lebensmittel zu qualifizieren, eine generelle Aufnahmefunktion sowie ein expliziter oder impliziter Aufnahmезweck aufweisen muss.

[67] Wohnt einem Produkt ein genereller Aufnahmезweck inne und weist es, darüber hinausgehend, einen expliziten, respektive im Sinne einer Alternativvoraussetzung, einen impliziten

³⁷ Botschaft LMG 2011, S. 5599 (FN 2).

³⁸ Vgl. zum Ganzen DONAUER/WEBER/MÜHLEBACH (FN 5).

Aufnahmезweck auf, so qualifiziert das Produkt grundsätzlich als Lebensmittel. Können die entsprechenden Kriterien nicht kumulativ bejaht werden, so könnte allenfalls ein anderer Begriff einer zur Verfügung stehenden Produktklasse, so etwa der Begriff des Gebrauchsgegenstands, vorliegen. Hinsichtlich des Aufnahmезwecks ist – gerade mit Blick auf die Wahrnehmung des Gesundheitsschutzes, welchen das Lebensmittelrecht schwerpunktmässig verfolgt – eine Gesamtbeurteilung des in Frage stehenden Produktes vorzunehmen. Zu denken ist nebst der Bezeichnung und den Inhaltsstoffen auch an die Aufmachung des Produktes, die Verpackung, die Bewerbung aber sowie auch die Auslage des Produktes in einem Verkaufsgeschäft respektive im Onlineshop.

[68] Gleichermassen müssen nebst den Begriffselementen für Lebensmittel auch weitere Begriffsbestimmungen wie etwa diejenigen des kosmetischen Mittels berücksichtigt werden. Weist demnach ein Produkt hauptgegenständlich einen kosmetischen Pflegeeffekt auf, so kann entgegen der positivrechtlich verankerten Vermutung nach Art. 4 Abs. 2 LMG dennoch von einem kosmetischen Mittel ausgegangen werden; dieser Mechanismus wurde gerade für das Erzeugnis «Kaugummi» illustrativ dargestellt.

[69] Ob demnach ein Produkt bzw. ein Erzeugnis als Lebensmittel oder als Gebrauchsgegenstand zu qualifizieren ist, ist letztlich für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen. Es gilt jedoch allgemein festzuhalten, dass diese Abgrenzung gerade vor dem Hintergrund der praktischen Auswirkungen auf die Hersteller und Händler von solchen Produkten sowie vor allem mit Blick auf den Gesundheitsschutz der Konsumentinnen und Konsumenten nicht leichtfertig vorgenommen werden darf.

Dr. iur. DANIEL DONAUER, LL.M. (*UW, Health Law*), CAS (*UZH, Medicine Law*) ist Rechtsanwalt in Zürich. Er praktiziert überwiegend in den Bereichen Life Sciences & Healthcare, Intellectual Property sowie Litigation. Sein besonderer Fokus liegt in der Rechtsberatung zu Anliegen betreffend Konsumgüterimplementierung (Arzneimittel, Medizinprodukte, Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände/Kosmetik, Alkohol- und Tabakwaren, etc.) sowie Werberecht für die benannten Erzeugnisse.

DOMINIQUE HABLÜTZEL, MLaw, ist Substitut in Zürich.