

Der Regierungsrat des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

GRG Nr.	20	EA 18	57
---------	----	-------	----

Frauenfeld, 3. November 2020

623

Einfache Anfrage von Ueli Fisch vom 9. September 2020 „Unternimmt der Kanton genug, um Patienten vor falschen Heilmitteln zu schützen?“

Beantwortung

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Einfache Anfrage bezieht sich auf einen Bericht der Thurgauer Zeitung vom 23. Juli 2020, der den Entscheid des Bundesgerichts zu einem Revisionsgesuch der Firma Alpinamed (Urteil BGer 2F_8/2020 vom 19. Juni 2020) gegen einen Entscheid des Thurgauer Kantonschemikers vom 16. Februar 2018 zum Inhalt hat. Der Fall war auch Gegenstand eines weiteren Zeitungsartikels, der am 24. Juli 2020 in der Thurgauer Zeitung erschienen ist. In diesem wird Bezug genommen auf den mittels Revisionsgesuch angefochtenen Entscheid des Bundesgerichts (Urteil BGer 2C_162/2019 vom 26. Februar 2020). In der Sache ging es um das Nahrungsergänzungsmittel „Arthro“, das eine unzulässige Heilsanpreisung vornahm, die anschliessend vom Kantonschemiker unterbunden worden ist. Das Nahrungsergänzungsmittel suggerierte mit dem Produktnamen „Arthro“ und einer auf der Verpackung abgebildeten Gliederpuppe mit Gelenken in roter Farbe und einer Haltung, die auf sehr starke Rückenschmerzen hindeutet, dass es gegen Arthrose oder andere Rheumaformen wirkt. Dies war eine Verletzung des Täuschungsverbots nach Art. 12 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LVG; SR 817.02).

Frage 1

Es kann beim Konsum des Produkts nicht per se von einer Gefährdung der Gesundheit ausgegangen werden. Die Gesundheit einer kranken Person kann allerdings geschädigt werden, wenn sie ihren krankhaften Zustand nicht medizinisch fachgerecht diagnostizieren und sich nicht behandeln lässt, weil sie einem Nahrungsergänzungsmittel heilende Wirkung zuschreibt. Mittelbar kann also ein unrechtmässig als heilend angepriesenes Produkt die Gesundheit von Personen schädigen, wenn diese sich auf das vermeintlich

heilende Produkt verlassen und deswegen kein tatsächlich wirksames Heilmittel einnehmen.

Im genannten Verfahren ging es um die Anpreisung eines Lebensmittels als Heilmittel, was das Täuschungsverbot nach Art. 12 LGV verletzt. Die ausdrückliche Nennung der „Hinweise, die einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder die den Eindruck entstehen lassen, dass solche Eigenschaften vorhanden sind“ sowie der „Aufmachungen irgendwelcher Art, die einem Lebensmittel den Anschein eines Heilmittels geben“ in Art. 12 LGV als täuschende Angaben haben zum Ziel, erkrankte Patientinnen und Patienten mit einer Heilungserwartung vor der Verwendung solcher Produkte als Heilmittel zu schützen. Aus diesem Grund bedürfen Heilmittel, im Gegensatz zu Lebensmitteln oder Nahrungsergänzungsmitteln, einer spezifischen Zulassung durch Swissmedic mit klinischen Studien und Wirkungsnachweis.

Frage 2

Der Kanton leitet Schritte zur Unterbindung solcher schädlicher Geschäftspraktiken umgehend ein, ist dabei aber an rechtsstaatliche Grundsätze gebunden. Kenntnis erhält er aufgrund der Lebensmittelkontrolle, die risikobasiert erfolgt und deren Frequenzen durch den Bund vorgegeben sind. Diese Lebensmittelkontrollen haben hohe Priorität im Lebensmittelinspektorat, und das kantonale Laboratorium (KLF) reagiert dementsprechend schnell. Im vorliegenden Fall wurde das Produkt anlässlich einer Inspektion in einer Thurgauer Apotheke Anfang 2018 erstmals bemerkt. Bereits Mitte Februar 2018 verfügte das KLF gestützt auf Art. 34 des Lebensmittelgesetzes (LMG; SR 817.0), dass das Produkt und das Werbematerial von der Alpinamed AG per sofort nicht mehr in dieser Form ausgeliefert werden darf und dass die Einträge zu diesem Produkt auf den Webseiten der Firma per 28. Februar 2018 zu löschen sind. Mit diesem Vorgehen werden potenziell schädigende Produkte rasch aus dem Verkehr gezogen.

Die meisten Firmen akzeptieren solche Entscheide des KLF. Möglich ist jedoch, dass solche Entscheide aufgrund der in Art. 29a und Art. 30 der Bundesverfassung (BV; SR 101) garantierten Rechtsweggarantie sowie dem Recht auf eine Beurteilung durch ein Gericht mit Rechtsmittel angefochten werden. In diesem Fall entfaltet der Entscheid des KLF in der Regel erst Rechtswirkung nach Abschluss des Rechtsverfahrens. Ausnahme davon bildet der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels im Entscheid, der allerdings nur aus besonderen Gründen erfolgen kann. Im vorliegenden Fall wurde der Rechtsmittelweg durch das Unternehmen bis ans Bundesgericht voll ausgeschöpft. Dies führte dazu, dass das Produkt in der beanstandeten Form für die Dauer des rund zweijährigen Rechtsverfahrens weiterhin in Verkehr gebracht werden konnte. Der Umstand, dass eine Firma die Zeit nutzt, die ein Verfahren durch alle Instanzen beansprucht, um das Produkt weiterhin zu verkaufen, ist in der Tat stossend. Für eine Firma kann dieses Vorgehen allerdings sinnvoll sein, wenn der mit der nicht rechtmässigen Produkthanpreisung erwirtschaftete zusätzliche Gewinn die Kosten für eine anwaltliche Vertretung übersteigt – je nach Umsatz und Gewinnmarge des Produkts ist dies offensichtlich bisweilen der Fall.

Frage 3

Das KLF konnte das Produkt nicht umgehend vom Markt nehmen, weil dafür eine gesetzliche Grundlage fehlte: Gemäss Art. 36 Abs. 1 LMG stellen die Vollzugsbehörden beanstandete Produkte sicher, wenn dies für den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten oder Dritter erforderlich ist. In diesen Fällen könnte einem Rechtsmittel gegen die Sicherstellung die aufschiebende Wirkung entzogen werden, weil nur so der Schutz sichergestellt werden könnte. Vorliegend geht es um ein Produkt, das zwar fälschlicherweise mit einer heilenden Wirkung angepriesen worden ist, das aber nicht gesundheitsgefährdend ist. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1 LMG nicht gegeben. Das Rechtsmittel der Anbieterin hatte deshalb aufschiebende Wirkung, weshalb sie das Produkt während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens weiter vertreiben konnte. Das Vorgehen der KLF ist vom Bundesgericht geschützt worden: Dieses hat in seiner Verfügung vom 5. März 2019 der bei ihm hängigen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung durch das KLF hätte somit keinen Bestand gehabt. Das KLF hat daher in der Regel keine Möglichkeit, Produkte mit nicht zulässigen Heilanzeigen, die nicht gesundheitsgefährdend sind, umgehend vom Markt zu nehmen.

Frage 4

Nach Art. 56 LMG gilt die Schweigepflicht für Personen, die mit dem Vollzug des LMG beauftragt sind. Daher können keine konkreten Auskünfte zu weiteren Fällen dieser oder anderer Firmen erteilt werden. Allgemein lässt sich aber festhalten, dass es in der Vergangenheit und Gegenwart diverse Fälle gab, die auf eine Verletzung des Täuschungsschutzes nach Art. 18 LMG und Art. 12 LGV zurückgehen. Die meisten Firmen akzeptieren die Entscheide des KLF. Einzelne Firmen nutzen den Rechtsmittelweg hingegen systematisch und verlangen eine gerichtliche Beurteilung, die ihnen zusteht, aber entsprechende Zeit benötigt.

Frage 5

Den Gewinn oder den Umsatz durch die Lebensmittelkontrolle einzuziehen, ist nicht möglich. Das Lebensmittelrecht sieht keine generellen finanziellen Forderungen im Fall von Beanstandungen vor. Der einzige Weg dazu wäre, gestützt auf Art. 70 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) Strafanzeige zu erstatten und den unrechtmässig erzielten Gewinn einzuziehen. Dazu muss aber zuerst eine Straftat nachgewiesen werden und eine Verurteilung erfolgen, was stets mit hohem Aufwand und finanziellem Risiko verbunden ist. Ein Strafverfahren ist daher in der Regel unzweckmässig.

Frage 6

Art. 37 LMG regelt die auf das Lebensmittelrecht bezogenen strafrechtlichen Schritte. In leichten Fällen kann auf eine Strafanzeige verzichtet werden, so wie im eingangs genannten Fall. Die Anfechtung der behördlichen und gerichtlichen Entscheide und das Ausnutzen aller möglichen Rechtsmittel kann für sich alleine nicht als strafrechtlich relevant beurteilt werden. Sollte allerdings eine wiederholte, systematische und damit vorsätzliche Täuschung festgestellt werden, wäre eine strafbare Widerhandlung gegen das Lebensmittelrecht anzunehmen. In diesem Fall würde der Kanton Strafanzeige erheben.

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber