

Duschgel oder Lebensmittel? - Richter sahen Verwechslungsgefahr!

München (mm) **Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat eine behördliche Untersagungsverfügung bezüglich Duschgels bestätigt, die (auch) in ihrem Aussehen und ihrer Duftnote an Lebensmittel erinnern und in einer trinkflaschenähnlichen Verpackung vertrieben werden. Die in Italien hergestellten Dusch- und Badegels mit den Geschmacksrichtungen „Erdbeere“, „Schokolade“ und „Creme Caramel“ dürfen wegen möglicher Verwechslung mit Milchshakes in der Bundesrepublik Deutschland nicht in den Verkehr gebracht werden.** (Az.: 9 CS 11.4)

Nach den gutachtlichen Feststellungen sächsischer und bayerischer Untersuchungsämter aus dem Jahr 2010 handelte es sich bei beprobten Dusch- und Badegels (Badeschaum) eines deutschen Händlers um mit Lebensmitteln verwechselbare Produkte im Sinne des § 3 Nr. 9 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB). Diese sind zwar keine Lebensmittel, könnten aber aufgrund ihrer gesamten Aufmachung (Aussehen, Form, Geruch) von Verbrauchern, insbesondere von kleineren Kindern und älteren Personen, mit Lebensmitteln verwechselt werden.

Die für den Händler zuständige bayerische Kreisverwaltungsbehörde verbot aufgrund dieser Gutachten sofort das Inverkehrbringen der genannten Erzeugnisse. Die Anordnungen stützten sich auf § 39 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 LFGB. Das Vertriebsverbot war bereits aufgrund § 39 Abs. 7 Nr. 3 LFGB kraft Gesetzes sofort vollziehbar. Es bedurfte daher keiner gesonderten behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit.

Mit einem Antrag auf Gewährung des vorläufigen Rechtsschutzes begehrte der Händler beim Verwaltungsgericht, die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Verfügung des Landratsamtes.

Dies lehnte das angerufene Gericht ab, da nach Prüfung der Verwaltungsrichter die Klage wahrscheinlich erfolglos geblieben wäre. Mit der gegen diese Entscheidung gerichteten Beschwerde befasste sich im April 2012 der Bayerische Verwaltungsgerichtshof. Zur Begründung wurde seitens des Händlers insbesondere vorgetragen, dass diese Entscheidung nicht hinreichend die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit beachtet hat. Aber auch in der Sache selbst habe das Verwaltungsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Nr. 9 LFGB zu Unrecht bejaht. Dies sollte anhand eines Gutachtens eines österreichischen Labors belegt werden. Dem Gutachten war zu entnehmen, dass Produkte in der gleichen Aufmachung, die auch in Deutschland im Verkehr gewesen sei, in Österreich als verkehrsfähig angesehen wurden. Die beanstandeten Produkte waren demnach seit fast fünf Jahren in mehreren Mitgliedstaaten der EU beanstandungslos auf dem Markt, ohne dass es jemals zu Verwechslungen mit Lebensmitteln gekommen sei. Im Hinblick darauf konnte nicht mehr davon gesprochen werden, dass das Tatbestandsmerkmal „vorhersehbar“ des § 3 Nr. 9 LFGB erfüllt sei. Im Übrigen käme es bei der Frage, ob ein Produkt mit Lebensmitteln verwechselbar sei, auf die allgemeine Verkehrsauffassung an. Diese umfasse die Einschätzung aller an dem Verkehr mit dem betreffenden Lebensmittel beteiligten Kreise, also der Hersteller, der Händler und der Verbraucher. Die persönliche Bewertung durch die im konkreten Fall tätig gewordenen Gutachter (Lebensmittelchemikerin, Chemierat) sei nach Meinung des Händlers für die Verkehrsauffassung nicht maßgebend. Die Gefahren beim Verschlucken des Inhalts der streitgegenständlichen Produkte seien schließlich entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht genauso groß wie die Gefahren, die beim Verschlucken von Reinigungs- und Spülmitteln entstehen könnten.

Der Verwaltungsgerichtshof bestätigte die Auffassung des Verwaltungsgerichtes. Aus den Bescheidgründen sowie den gutachtlichen Feststellungen, die Bestandteil der Anordnung waren, ergaben sich mit hinreichender Klarheit die Anlassgründe für das auf § 5 Abs. 2 Nr. 2 LFGB gestützte Verbot und welche Änderungen vorgenommen werden müssten, um die beanstandeten Produkte wieder in den Verkehr bringen zu können. Da mehrere Alternativen bestanden, um eine Verwechslungsgefahr mit Lebensmitteln und/oder die Möglichkeit, die Produkte zum Mund zu führen und deren Inhalt zu schlucken, auszuschließen, wurde es ebenso nicht beanstandet, dass die Behörde dem Händler keine konkrete Produktumgestaltung vorgeschrieben hat. Vielmehr wurde es diesem überlassen, welche der möglichen Produktmodifizierungen (z.B. Änderung von Flaschenart, -form oder -verschluss; geänderte Etikettierung; Änderung des Produktaussehens oder -geruchs, Zusatz von Bitterstoffen) zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen genutzt werden sollen. Das strittige Verbot erfasste nämlich nicht den

Vertrieb der Produkte in geänderter, den einschlägigen Vorschriften entsprechender Verpackung und Kennzeichnung.

Es wurde dem Händler zwar zugestanden, dass die beanstandeten Produkte seit fast fünf Jahren in mehreren Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ohne behördliche Beanstandungen auf dem Markt sind, ohne dass es jemals zu Verwechslungen mit Lebensmitteln und darauf zurückzuführende Gesundheitsschädigungen gekommen ist. Gleichwohl sei nach Begründung der Richter jedoch vorhersehbar, dass es zu einer Verwechslung kommen könne. Vorhersehbar sei jeder Gebrauch, der so häufig vorkommt, dass mit diesem gerechnet werden müsse. Dies sei bei der Ähnlichkeit mit einem Milchshake bei Kindern, durch in ihrer Wahrnehmung beeinträchtigte Menschen (z.B. sehbehinderte, demente oder alkoholisierte) Personen oder bei schlechten Lichtverhältnissen der Fall. Für die Verwechselbarkeit sei auf das Erkennen kleiner und kleinster Kinder abzustellen. Daher sei es unerheblich, ob auf der Flasche vor dem Verzehr gewarnt wird, weil Kinder dies nicht lesen, geschweige denn, ihren Sinngehalt erfassen könnten. Gleiches gelte für verwirrte ältere Menschen. Die Verwechslungsgefahr mit einem Lebensmittel liegt auf der Hand, wobei der vermeintliche Genuss gefährlich enden kann. Durch den Gehalt an waschaktiven Substanzen (Tenside wie Natriumlaurethsulfat u.a.) ist bei den Badegels mit einem Aufschäumen zu rechnen. In der Folge könne es durch den resultierenden Husten- und Würgereiz oder nach Erbrechen des bereits verschluckten Materials zur Aspiration des Schaums und der im Mund befindlichen Flüssigkeit in die Lunge kommen. Die Aspiration von Tensiden sei bekannt dafür „chemische Lungenentzündungen“ auszulösen, die im ungünstigsten Fall einen lebensbedrohlichen oder sogar tödlichen Verlauf nehmen könnten. Eine dem Begriff Schwellendosis entsprechende Aufnahmemenge des Badegels, bei deren Unterschreitung der beschriebene Ablauf ausgeschlossen werden könnte, war weder verfügbar und auch nicht leicht ableitbar. Aus diesem Grund ist es nach deutschem Recht verboten, mit Lebensmitteln verwechselbare Produkte in den Verkehr zu bringen, sofern eine Verwechslung "vorhersehbar" ist. Ein im Verwaltungsverfahren vorgelegtes Gutachten, welches vom Händler beauftragt worden war, konnte diese toxikologische Aussage nicht ernsthaft in Frage stellen. Darin wurde von zweifelhaften Annahmen ausgegangen, so etwa der Annahme, dass - wenn überhaupt - nur wenige Tropfen des beanstandeten Produkts in den Mund gelangten und ein Trinken als nicht wahrscheinlich angenommen werden könne. Die weitere Aussage des Gutachters „Auch ältere verwirrte Personen in einem schlechten Allgemeinzustand verfügen noch über einen intakten Geschmackssinn, so dass sie eine abstoßend schmeckende Flüssigkeit nicht trinken würden,...“, steht im offenen Widerspruch zur Einschätzung des Bundesinstituts für Risikobewertung. Dieses weist in seinem Merkblatt „Hinweis für Pflegekräfte und Reinigungskräfte“ betreffend die Vermeidung von Vergiftungsfällen bei älteren oder verwirrten Menschen ausdrücklich darauf hin, dass ältere und verwirrte Menschen „sich durch versehentliches Trinken von Duschgel, Shampoos, Schaumbad, Reinigungs- und Desinfektionsmitteln gesundheitlichen Schaden zufügen“ können und es gelegentlich zu schweren Vergiftungen bis hin zu Todesfällen kommen kann. Als eine Ursache dieser Vergiftungen nennt das Bundesinstitut dabei u.a., dass ältere Menschen häufig einen reduzierten Geruchs- und Geschmackssinn haben und deshalb schlecht feststellen können, ob sie etwas Genießbares essen oder trinken.

In der weiteren Begründung heißt es, dass unter Umständen schon die Verwendung eines anderen Flaschenverschlusses, einer engeren Flaschenöffnung oder der Zusatz eines Bitterstoffes eine andere Beurteilung bezüglich der Verkehrsfähigkeit der Dusch- und Badegels mit den Geschmacksrichtungen „Erdbeere“, „Schokolade“ und „Creme Caramel“ haben könnte.

Der Beschluss vom 16.04.2012 ist rechtskräftig.