

Kommentar zu: Urteil: [C-7634/2015](#) vom 24. April 2018
Sachgebiet: Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Gericht: Bundesverwaltungsgericht
Spruchkörper: Abteilung III
dRSK-Rechtsgebiet: Gesundheitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Nikotinhaltige E-Zigaretten im schweizerischen Recht

Die Zulässigkeit des Handels von E-Zigaretten im Rahmen des Cassis-de-Dijon Prinzips

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Celine Herrmann, Stefanie Mühlebach

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Michael Waldner

VISCHER

Seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2018 können nikotinhaltige E-Zigaretten aus der Europäischen Union gestützt auf das sog. Cassis-de-Dijon-Prinzip in der Schweiz in Verkehr gebracht werden. Vorausgesetzt ist, dass die Produkte die technischen Anforderungen eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates erfüllen und in einem EU oder EWR-Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr sind.

Sachverhalt

[1] Die A. mit Sitz in B. bezweckt gemäss Handelsregister den Handel mit Waren aller Art sowie den Erwerb und die Verwertung von Lizenzen. Sie ist Herstellerin von elektronischen Zigaretten (auch elektrische Zigaretten oder E-Zigaretten genannt) und Nachfüllflüssigkeiten, den sog. Liquids. Bei den Liquids handelt es sich um Flüssigkeiten, die zum Befüllen von elektronischen Zigaretten verwendet werden. Die Flüssigkeit wird im Gerät erhitzt. Über das Mundstück kann der dabei entstehende Dampf von Konsumenten inhaliert werden. Ein Verbrennungsprozess findet dabei nicht statt.

[2] Im Rahmen eines Marktüberwachungsverfahrens untersuchte das Kantonale Laboratorium C. eine bei der A. am 22. September 2015 erhobene Probe der nikotinhaltigen Nachfüllflüssigkeit für elektronische Zigaretten [...]. Es teilte am 1. Oktober 2015 der A. mit, dass das Produkt als Gebrauchsgegenstand beurteilt werde und daher gestützt auf Art. 37 Abs. 3 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 ([LGV](#)) in der Schweiz nicht verkehrsfähig sei, da es Nikotin enthalte. Im Anschluss an die Stellungnahme der A. vom 27. Oktober 2015 stellte das Kantonale Laboratorium C. am 3. November 2015 dem Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV oder Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass einer Allgemeinverfügung.

[3] Das BLV prüfte den Antrag des Kantonalen Laboratoriums C. und erwog mit Allgemeinverfügung vom 12. November 2015, dass die kommerzielle Einfuhr und das Inverkehrbringen von nach ausländischen Vorschriften hergestellten, nikotinhaltigen elektrischen Zigaretten, elektronischen Zigaretten, E-Zigaretten in der Schweiz zu verbieten sei, da diese die Gesundheit von Menschen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 lit. b [THG](#) gefährde [...].

[4] Am 26. November 2015 erhob die anwaltlich vertretene A. (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Anordnung vom 12. November 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte (unter anderem), die Allgemeinverfügung des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen zu elektrischen Zigaretten, elektronischen Zigaretten, E-Zigaretten gestützt auf Art. 20 Abs. 5 THG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 lit. a und Abs. 7 THG vom 12. November 2015 sei aufzuheben.

[5] Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, mit der Allgemeinverfügung vom 12. November 2015 sei ihr das Inverkehrbringen des nikotinhaltigen Liquids D. untersagt worden. Die Vorinstanz verkenne, dass gemäss Art. 16a Abs. 1 lit. a und b THG Produkte in der Schweiz in Verkehr gebracht werden dürften, wenn diese den technischen Vorschriften der EU bzw. den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaates der EU/EWR entsprechen und im EU/EWR-Mitgliedstaat nach lit. a rechtmässig in Verkehr seien. D. würde den technischen Vorschriften des niederländischen Beschlusses vom 24. November 2014 und folglich den Anforderungen gemäss Art. 16a Abs. 1 lit. a THG entsprechen. Der Vertrieb des Liquids D. in den Niederlanden erfolge durch die E., welche das Produkt an die G. verkaufe, die es ihrerseits im Grosshandel vertreibe. Der Einzelverkauf an die Endkonsumenten in den Niederlanden erfolge über die Detailhändlerin H. Der Nachweis gemäss Art. 16a Abs. 1 lit. b THG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. b THG sei damit erbracht. Weiter wurde vorgebracht, vom Liquid D. gehe keine Gesundheitsgefährdung aus. Schliesslich wurde festgehalten, der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei unverhältnismässig und wiederherzustellen.

[6] In ihrer Vernehmlassung vom 15. Februar 2015 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie zusammenfassend aus, selbst wenn es sich bei nikotinhaltigen E-Zigaretten um deutlich weniger schädliche Produkte als Tabakprodukte handle, seien diese problematisch, würden vermutlich schnell abhängig machen und Gefahren für das Umfeld der Konsumentinnen und Konsumenten (insbesondere für Kleinkinder) mit sich bringen. Aufgrund dieser Risiken sei aus Sicht des Gesundheitsschutzes die Abgabe zu regeln, die Werbung einzuschränken und der Passivrauchschutz zu etablieren, bevor diese frei vermarktet werden dürften.

Erwägungen

[7] Hinsichtlich dem auf E-Zigaretten und deren Nachfüllkartuschen anwendbaren Recht erwog das Bundesverwaltungsgericht im Urteil [C-7143/2010](#) vom 24. August 2012, Erwägung 3, dass E-Zigaretten und deren Nachfüllkartuschen nicht als Tabak- oder andere Raucherwaren im Sinne von Art. 2 lit. e der Verordnung vom 27. Oktober 2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen ([TabV](#)) betrachtet werden können, da sie einerseits keinen Tabak enthalten und andererseits kein eigentlicher Verbrennungsprozess stattfindet, womit die Inhaltsstoffe nicht geraucht, sondern inhaliert werden. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass E-Zigaretten und deren Nachfüllkartuschen mit Nikotin, welche nicht als Heilmittel angepriesen werden, unter Art. 5 [LMG](#) zu subsumieren sind, da es sich um Gegenstände handelt, die bei bestimmungsgemäsem oder üblicherweise zu erwartendem Gebrauch mit der Haut und den Schleimhäuten des Mundes in Berührung gelangen (E. 1.2.2).

[8] Gemäss Bundesverwaltungsgericht waren im vorliegenden Fall die folgenden Gesetze und Verordnungen anwendbar: das LMG in der Fassung vom 1. Oktober 2015, die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 in der Fassung vom 1. Juli 2014, das THG in der Fassung vom 1. Juli 2010 und die Verordnung über das Inverkehrbringen von nach ausländischen technischen Vorschriften hergestellten Produkten und über deren Überwachung auf dem Markt vom 19. Mai 2010 ([VIPaV](#)) in der Fassung vom 1. Oktober 2015. [...] (E. 1.2.4).

[9] Anfechtungsobjekt vor Bundesverwaltungsgericht war vorliegend die Anordnung des BLV vom 12. November 2015, wonach elektrische Zigaretten, elektronische Zigaretten, E-Zigaretten, welche die Voraussetzungen nach Art. 16a Abs. 1 THG erfüllen, nicht für Dritte bereitgestellt, an Dritte abgegeben oder zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken eingeführt werden dürfen, wenn sie den Anforderungen nach Art. 37 Abs. 3 LGV nicht entsprechen (E. 1.4.1).

[10] Nach Lehre und Rechtsprechung stellen Allgemeinverfügungen als generell-konkrete Hoheitsakte Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 [VwVG](#) dar mit der Besonderheit, dass anstatt eines oder mehrerer

Verfügungsadressaten eine unbestimmte Zahl von Adressaten angesprochen wird. Der offene Adressatenkreis ändert jedoch nichts am Charakter der Allgemeinverfügung als Einzelakt, weil damit ein konkreter Sachverhalt geregelt wird und das Element im Einzelfall gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG durch den Sachverhalt bestimmt wird. Allgemeinverfügungen, welche ohne weitere Konkretisierung unmittelbar zwangsweise durchgesetzt werden können, werden in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit den Verfügungen gleichgestellt [...] (E. 1.4.2).

[11] Die Anordnung des BLV vom 12. November 2015 ist als Allgemeinverfügung betitelt, enthält eine Begründung und ist mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, womit sie die formalen Verfügungsmerkmale enthält, was jedoch für deren Qualifizierung nicht ausreicht [...]. Sie richtet sich zudem an einen unbestimmten Adressatenkreis, nämlich sämtliche Hersteller, Importeure und Vertreiber von elektronischen Zigaretten und ist ohne weitere Konkretisierung unmittelbar durchsetzbar. Zudem war das BLV gestützt auf Art. 20 Abs. 5 THG i.V.m. Art. 19 Abs. 7 THG spezialgesetzlich ermächtigt, aufgrund des Marktüberwachungsverfahrens und des Gesuchs nach Art. 14 VIPaV des Kantonalen Laboratoriums C. vom 3. November 2015 eine Allgemeinverfügung zu erlassen. Bei der Anordnung des BLV handelt es sich somit um eine Allgemeinverfügung (E. 1.4.3).

[12] Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Verfahren die Rechtmässigkeit der Allgemeinverfügung bestritten. Obwohl die Allgemeinverfügung grundsätzlich wie ein Einzelakt zu behandeln ist, muss sie wie ein Rechtssatz akzessorisch auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden können, sofern – wie hier – der Adressatenkreis wie bei Rechtssätzen offen und unbestimmt ist [...]. Das Bundesverwaltungsgericht prüfte vorfrageweise die Rechtmässigkeit der angefochtenen Allgemeinverfügung, insbesondere ob die Vorinstanz sich bei der Formulierung ihrer Anordnung an das für Allgemeinverfügungen geltende Bestimmtheitsgebot gehalten hat (E. 2).

[13] Liegt wie hier ein offener, unbestimmter Adressatenkreis vor, kann die Anordnung entweder eine Allgemeinverfügung oder ein Rechtssatz sein. Ein Rechtssatz zielt als generell-abstrakte Anordnung auf die Regelung unbestimmt vieler Fälle ab. Hingegen regelt die generell-konkrete Allgemeinverfügung eine bestimmte Situation und stellt damit einen Einzelakt dar. Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt gestaltet sich mitunter schwierig (E. 3).

[14] Die Unterscheidung zwischen generellen und individuellen Anordnungen erfolgt über die Bestimmtheit des Adressatenkreises [...]. Entscheidend für die Unterscheidung zwischen Rechtssatz und Allgemeinverfügung ist gemäss Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht der Adressatenkreis, weisen sie doch beide einen grösseren, nicht individuell bestimmten, offenen Adressatenkreis auf, sondern die Qualifikation der Anordnung als konkret oder abstrakt. Der Begriff «abstrakt» bzw. «konkret» bezieht sich dabei auf das Anordnungsobjekt [...] (E. 3.1).

[15] Die eindeutige Umschreibung des Gegenstandes der Anordnung bildet Essentiale eines jeden Hoheitsaktes. Dieser eignet sich daher als Grundlage für die Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Anordnungen (E. 3.1). Das Kantonale Laboratorium C. ersuchte aufgrund der konkreten Untersuchung des nikotinhaligen Liquids D. des Herstellers A. das BLV um den Erlass einer Allgemeinverfügung. Der Antrag des Kantonalen Laboratoriums C. enthielt einen konkreten Gegenstand «E-Liquid für E-Zigaretten mit 9 mg Nikotin» und zielte auf die Regelung eines konkreten Sachverhalts ab. Bei der Qualifizierung einer Anordnung als abstrakt oder konkret ist jedoch die Bestimmtheit des Ereignisses, welches der Anordnung zugrunde lag, nicht von Bedeutung. Der Anlass zum Erlass eines Hoheitsaktes ist anordnungsextern und bleibt als solcher ohne Einfluss auf die Qualifizierung (E. 3.2). Massnahmen der Marktüberwachung erfolgen gemäss Art. 19 Abs. 7 THG als Allgemeinverfügung, sofern dies zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen nach Art. 4 Abs. 4 lit. a–e THG erforderlich ist und nicht als Individualverfügung. Das BLV erachtete aufgrund der Meldung des Kantonalen Laboratoriums C. eine Gefährdung der Gesundheit von Menschen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 lit. b THG als gegeben und erliess daher keine Individualverfügung betreffend D. gegenüber der Beschwerdeführerin, sondern die vorliegend angefochtene Allgemeinverfügung (E. 3.3).

[16] Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, dass entgegen dem Antrag des Kantonalen Laboratoriums C. das BLV in seiner Allgemeinverfügung als Anordnungsgegenstand nicht die Liquids für elektronische Zigaretten nannte, sondern nikotinhaltige E-Zigaretten, elektronische Zigaretten und elektrische Zigaretten. Gemäss dem Wortlaut der Anordnung umfasst das Importverbot somit elektronische Zigaretten, welche mit Flüssigkeiten nachfüllbar sind, elektronische Zigaretten mit Kartuschen, zusammensetzbare elektronische Zigaretten, Einwegzigaretten und alle

zukünftigen nikotinhaltigen E-Zigaretten. Die Liquids für elektronische Zigaretten sind im Wortlaut der Anordnung nicht enthalten, womit sich die Frage stellt, ob Liquids für elektronische Zigaretten überhaupt von der Allgemeinverfügung erfasst sind (E. 3.4.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Verfügungen nicht nach ihrem Wortlaut zu verstehen, sondern es ist – vorbehaltlich der Problematik des Vertrauensschutzes – nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Gehalt zu fragen [...] (E. 3.4.2). Die Vorinstanz stützte ihre Allgemeinverfügung gemäss Erwägungen unter anderem auf den Antrag des Kantonalen Laboratoriums C., der auf den Erlass einer Allgemeinverfügung betreffend Liquids für elektronische Zigaretten abzielte. Zudem war das Liquid D. Anlass für den Erlass der Allgemeinverfügung. Weiter wird einer elektronischen Zigarette durch die darin enthaltene Flüssigkeit Nikotin zugesetzt, so dass es sowohl elektronische Zigaretten mit als auch ohne Nikotin gibt. Folglich gibt es Liquids für elektronische Zigaretten mit und ohne Nikotin. Ferner erwähnte die Vorinstanz die [Richtlinie 2014/40/EU](#), welche sowohl Regeln für elektronische Zigaretten als auch für Nachfüllbehälter für elektronische Zigaretten enthält. Ausserdem betrachtet sie gestützt auf das [Informationsschreiben Nr. 146](#) des Bundesamtes für Gesundheit Verdampfer und Liquid als funktionelle Einheit und benennt beides zusammen E-Zigarette oder elektronische Zigarette (E. 3.4.3). Die Vorinstanz habe mit der Allgemeinverfügung nicht nur gemäss dem Wortlaut das Inverkehrbringen von elektronischen Zigaretten (elektrischen Zigaretten, E-Zigaretten) regeln wollen, sondern auch dasjenige von deren Nachfüllbehältern (Liquids) (E. 3.4.4).

[17] Anschliessend prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob das Anordnungsobjekt «elektrische Zigarette, elektronische Zigarette, E-Zigarette» hinreichend bestimmt ist. Beim Begriff «E-Zigarette» (elektrische Zigarette, elektronische Zigarette) handle es sich somit um einen Sammelbegriff für sämtliche Modelle von elektronischen Zigaretten (elektronische Zigaretten mit Nachfüllflüssigkeit, elektronische Zigaretten mit Kartuschen, zusammensetzbare elektronische Zigaretten, Einwegzigaretten und weitere, auch zukünftige Modelle [vgl. E. 3.4.1 hiervor]). Das BLV weitete den Anordnungsgegenstand damit über die E-Liquids aus und verwendete den Sammelbegriff «E-Zigaretten» (elektrische Zigaretten, elektronische Zigaretten) (E. 3.5.1).

[18] Anordnungen, die Sachen zum Gegenstand (Anordnungsobjekt) haben, seien immer dann konkret, wenn die fraglichen Sachen individuell bestimmt sind. Das Anordnungsobjekt sei individuell bestimmt, wenn es namentlich bezeichnet oder unmissverständlich durch Umschreibung individualisiert ist. Sind die das Anordnungsobjekt bildenden Sachen oder Personen nicht individuell, sondern kollektiv bestimmt, dann sei die Anordnung abstrakt. Ist das Anordnungsobjekt nicht individuell bestimmt, sondern nur der Gattung nach bezeichnet, sei die Anordnung ebenfalls abstrakt, da sie nicht mit ausschliesslicher Gültigkeit für individuell bestimmte Sachverhalte, sondern im Hinblick auf die Kategorie erlassen wurde. Besteht wegen der Offenheit des Anordnungsobjektes die Möglichkeit, dass in Zukunft weitere Fälle erfasst werden, sei die Anordnung abstrakt. Als Sachen sind auch Sachgruppen zu behandeln. Eine Sachgruppe ist die eine individuelle Einheit bildende zusammengehörige Gruppe von Sachen. Sachgruppen bilden insbesondere die durch eine Marke oder auf ähnliche Weise identifizierte Massengüter des täglichen Lebens. Wird eine Einheit bildende Sachgruppe wie einzelne Sachen behandelt, so bedeute dies, dass eine Anordnung auch dann als konkret zu qualifizieren ist, wenn sie eine individuell bestimmte Sachgruppe zum Anordnungsobjekt hat [...] (E. 3.5.2).

[19] Demnach kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass es sich beim Begriff «E-Zigarette» (elektrische Zigarette, elektronische Zigarette) nicht um eine Sachgruppe handle, da es sich nicht um eine individuelle Einheit bildende Gruppe von Sachen handelt, sondern um eine Sammelbezeichnung, die sämtliche Modelle von E-Zigaretten (elektrische Zigarette, elektronische Zigarette) umfasst, inklusive deren separat vermarkteten Kartuschen und Nachfüllbehälter (Liquids). Die Anordnung umfasst zudem nicht nur sich bereits auf dem Markt befindende E-Zigaretten, sondern auch zukünftige Modelle, womit das Anordnungsobjekt offen ist. Das BLV abstrahierte von der ursprünglichen Produktkategorie «Liquids mit 9 mg Nikotin» bzw. «Liquids für E-Zigaretten» und wählte eine offene Formulierung, womit es das Anordnungsobjekt erheblich ausweitete. Das Anordnungsobjekt «E-Zigarette» (elektrische Zigarette, elektronische Zigarette) sei nicht individuell bestimmt und damit nicht konkret, sondern abstrakt (E. 3.5.3).

[20] Daraus folgerte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Anordnung des BLV einen offenen Adressatenkreis und ein abstraktes Anordnungsobjekt aufweise, womit die Anordnung generell-abstrakt statt generell-konkret wurde, so dass sie inhaltlich zu einem Erlass statt zu einer Allgemeinverfügung wurde. Aus diesem Grund

qualifizierte sie die angefochtene Allgemeinverfügung als fehlerhafte Verfügung. Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern wie hier bloss anfechtbar. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel einer Verfügung oder eines Entscheids führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit, wenn sie gravierend sind [...]. Aufgrund der Fehlerhaftigkeit hob das Bundesverwaltungsgericht die Allgemeinverfügung auf (E. 3.6).

[21] Die Beschwerde wurde durch das Bundesverwaltungsgericht demnach gutgeheissen und die angefochtene Allgemeinverfügung vom 12. November 2015 aufgehoben (1. im Dispositiv).

Kommentar

[22] Das Bundesverwaltungsgericht hob mit vorliegendem Entscheid eine im Jahre 2015 vom Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) erlassene Allgemeinverfügung auf, mittels welcher ein allgemeines Verbot für die kommerzielle Einfuhr von nikotinhaltigen E-Zigaretten erlassen wurde – dies, obwohl solche E-Zigaretten im europäischen Umland (in der EU bzw. den jeweiligen Mitgliedstaaten) rechtmässig hergestellt und dort vertrieben werden konnten (vgl. E. 1.2.2).

[23] Es ist zu betonen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in der Vergangenheit mit der Thematik von nikotinhaltigen E-Zigaretten bereits auseinandergesetzt hat und das allgemeine Verbot für die kommerzielle Einfuhr implizit bejahte. Bereits bevor die strittige Allgemeinverfügung durch das BLV erlassen wurde, hatte sich das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2012 zur Einfuhr von E-Zigaretten geäußert und die Beschwerde gegen eine Verfügung zur Rückweisung einer Sendung mit 500 Kartuschen für E-Zigaretten mit flüssigem Nikotin abgewiesen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [C-7143/2010](#) vom 24. August 2012). Basierend auf dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei eine Höchstmenge von 150 Kartuschen, wie im Informationsschreiben Nr. 146 festgelegt, für den Eigengebrauch nicht zu beanstanden, da dies im Gegensatz zu einem kompletten Verbot die Einfuhr grundsätzlich zulasse. Zusätzlich trage dies dem Umstand Rechnung, dass für diese Produkte grundsätzlich ein Einfuhrverbot gelte. Daneben wurde im Jahr 2015 gegen die Allgemeinverfügung vom 12. November 2015 eine Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht eingereicht, wobei dieses entschied, dass Anwender von E-Zigaretten kein schutzwürdiges Interesse hätten, nikotinhaltige E-Zigaretten in der Schweiz erwerben zu können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [C-8190/2015](#) vom 22. März 2016). Das Bundesverwaltungsgericht rechtfertigte seinen Entscheid mit dem fehlenden direkten Interesse der Nutzer von E-Zigaretten.

[24] Obwohl die Beschwerdeführerin (u. E. nachvollziehbare) materielle Einwände basierend auf dem Cassis-de-Dijon-Prinzip hervorbringen konnte (bzw. hätte vorbringen können), musste sich das Bundesverwaltungsgericht nach seiner eigenen Meinung aufgrund formeller Mängel der Allgemeinverfügung zur Thematik nicht äussern. Vielmehr fokussierte es sich auf die Abgrenzung von Rechtssatz (generell-abstrakt) und Allgemeinverfügung (generell-konkret). Das Bundesverwaltungsgericht kam entsprechend zum Schluss, dass mit der Allgemeinverfügung über ein nicht hinreichend bestimmtes Anordnungsobjekt entschieden wurde. So habe das BLV in seiner Allgemeinverfügung nicht nur E-Zigaretten erfasst, sondern auch die dazugehörigen Liquids (sog. Nachfüllkartuschen) sowie weitere Modelle und Abwandlungen von E-Zigaretten. Aufgrund dieser generellen Ausdehnung des Anordnungsobjekts erachtete das Bundesverwaltungsgericht die Allgemeinverfügung als Rechtssatz und hob die Verfügung im Ergebnis aufgrund von Fehlerhaftigkeit auf (vgl. E. 3.6). Eine Auseinandersetzung mit dem Cassis-de-Dijon-Prinzip blieb hingegen aus.

[25] Obwohl damit prinzipiell nicht zwingend eine Entscheidung für die generelle Zulässigkeit von E-Zigaretten bzw. der Zulässigkeit des Handels und Vertriebs in der Schweiz begründet wurde, ist durch die Aufhebung der Allgemeinverfügung gerade diese rechtspraktische Wirkung eingetreten: Solange nämlich eine diesbezügliche Allgemeinverfügung fehlt, ist der Handel und das Inverkehrbringen von E-Zigaretten und nikotinhaltigen Nachfüllkartuschen in der Schweiz als zulässig zu erachten. Eine neuerliche Allgemeinverfügung scheint gemäss einer Veröffentlichung des BLV derzeit nicht geplant und es werden die aktuellen gesetzgeberischen Entwicklungen im Rahmen des Tabakproduktegesetzes abgewartet. Vorausgesetzt ist allerdings, dass beim Inverkehrbringen von E-Zigaretten und Zusätzen das sog. *Cassis-de-Dijon-Prinzip* eingehalten wird.

[26] Das Cassis-de-Dijon-Prinzip gründet auf einem Entscheid des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und stammt aus dem Jahre 1979. Streitgegenstand war damals die Vermarktung eines französischen Likörs mit dem

Namen *Cassis de Dijon*, dessen Vertrieb in Deutschland anfangs durch die zuständigen Behörden untersagt wurde. Als Begründung wurde angeführt, der Alkoholgehalt entspreche nicht den deutschen Vorschriften. Nachdem Rewe (die Importeurin) vor dem EuGH klagte, hob der EuGH das Verbot auf und hielt fest, dass nationale Regelungen den freien Warenverkehr nur aus ganz bestimmten Gründen (z.B. Schutz der öffentlichen Gesundheit) behindern dürfen. Die daraus resultierende Rechtsprechung und Praxis wird seither im europäischen Raum unter dem *Cassis-de-Dijon-Prinzip* abgehandelt.

[27] Nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist im Oktober 2009 trat in der Schweiz das revidierte Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995 in Kraft. Der Kern der Revision betraf zum damaligen Zeitpunkt insbesondere die Einführung des sog. *Cassis-de-Dijon-Prinzips*. Dieses Prinzip ist seither in Art. 16a Abs. 1 THG verankert und besagt, dass ausländische Produkte in der Schweiz rechtmässig in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie einerseits den technischen Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und, bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG, den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaats der EG oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) entsprechen und andererseits im betreffenden EG- oder EWR-Mitgliedstaat (vgl. Art. 16a Abs. 1 lit. a THG) rechtmässig in Verkehr sind (Art. 16a Abs. 1 lit. a und b THG). Damit hat die Schweiz im Rahmen eines autonomen Nachvollzugs das *Cassis-de-Dijon-Prinzip* ins Landesrecht implementiert und damit die bilateralen Abkommen in Bezug auf den freien Warenverkehr umgesetzt. In Art. 16a Abs. 2 wird das *Cassis-de-Dijon-Prinzip* negativ festgelegt durch die explizite Auflistung von Produkten und Produktgruppen, für welche das Prinzip nicht gilt (ZIRLICK/STADELHOFER, in: Orell Füssli Kommentar, Zürich 2011, Art. 16a THG N 5). E-Zigaretten werden zwar aktuell noch in der Negativliste des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) erwähnt aufgrund einer Ausnahme in Form einer Allgemeinverfügung ([Ausnahmen vom «Cassis- de-Dijon-Prinzip»](#), Webseite zuletzt besucht am 22. August 2018), dürfen jedoch nun basierend auf dem hier erörterten Bundesverwaltungsgerichtsentscheid unter dem *Cassis-de-Dijon-Prinzip* in die Schweiz eingeführt werden, da die betreffende Allgemeinverfügung aufgehoben wurde. Demnach werden E-Zigaretten inklusive der Nachfüllkartuschen und Liquids momentan als Gebrauchsgegenstände qualifiziert und fallen in den Geltungsbereich des Lebensmittelrechts (LMG und LGV). Zukünftig dürfte sich dies wohl ändern, da E-Zigaretten im neuen Tabakproduktegesetz mit Tabakprodukten gleichgesetzt werden sollen und dann denselben Einschränkungen unterliegen werden wie herkömmliche Zigaretten.

[28] Aktuell bedeutet die Qualifikation von E-Zigaretten als Gebrauchsgegenstände, dass für diese keine Altersbegrenzungen bestehen und diese somit auch an Minderjährige abgegeben werden dürfen. Des Weiteren bestehen auch keine Einschränkungen im Hinblick auf die Werbung für E-Zigaretten sowie das «Vapen» in öffentlich zugänglichen Räumen, weil E-Zigaretten nicht unter das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen fallen. Allerdings können E-Zigaretten im Rahmen von Hausordnungen untersagt werden, wie dies beispielsweise die SBB und die SWISS gemacht haben.

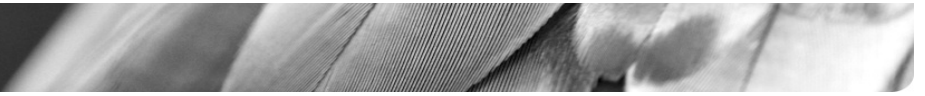
[29] Es dürfte noch einige Zeit dauern, bis das neue Tabakproduktegesetz in Kraft treten wird. Diesbezüglich wird sich zeigen, ob die Industrie von sich aus bereit ist, auf die Abgabe von E-Zigaretten an Minderjährige zu verzichten und das aktuell im Entwurf enthaltene Verbot einzuhalten. Es ist allerdings gut möglich, dass die aktuelle Gesetzeslücke (zumindest temporär) zu einem regelrechten Boom bei Jugendlichen führen könnte.

DANIEL DONAUER, MLaw, ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich.

CELINE HERRMANN, MLaw, ist Rechtsanwältin bei Walder Wyss am Standort Zürich.

STEFANIE MÜHLEBACH, M.A. HSG, ist Substitutin bei Walder Wyss am Standort Zürich.

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Celine Herrmann / Stefanie Mühlebach, Nikotinhalte E-Zigaretten im schweizerischen Recht, in: dRSK, publiziert am 30. August 2018



Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch