

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

Aufgrund eines kürzlich ergangenen Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts dürfen ab sofort nikotinhaltige Liquids für E-Zigaretten sowie E-Zigaretten in der Schweiz verkauft werden. Die Begründung dafür findet sich in der Geltung des sog. Cassis-de-Dijon-Prinzips, gemäss welchem Produkte dann in der Schweiz in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn solche die technischen Anforderungen eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates erfüllen und in der EU bzw. im EWR-Mitgliedstaat rechtmässig im Verkehr sind. Der vorliegende Beitrag untersucht die für E-Zigaretten in der Schweiz geltende Rechtslage sowie anstehende rechtliche Entwicklungen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Handelsrecht

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Celine Weber / Stefanie Mühlebach, Die E-Zigarette im schweizerischen Recht, in: Jusletter 8. Oktober 2018

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtliche Einordnung der E-Zigarette
 - A. Entwicklungen innerhalb der Rechtsprechung
 - B. Das Cassis-de-Dijon-Prinzip
 - 1. Europäische Entwicklungen
 - 2. Schweizerische Implementierung
 - C. Rechtliche Unterstellung der E-Zigarette in der Schweiz
- III. Rechtliche Aspekte betreffend E-Zigaretten
 - A. Qualifikation als Gebrauchsgegenstände
 - B. Kennzeichnung von E-Zigaretten
 - C. Verkauf an Minderjährige
 - D. Zulässigkeit des Gebrauchs in der Öffentlichkeit
 - E. Umwelt- und Recyclinganforderungen
 - F. Werbe- und Marketingvorschriften
- IV. Vorgesehene Rechtsentwicklungen
 - A. Die Planung des Tabakproduktegesetzes
 - B. Auswirkungen auf die E-Zigarette
- V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

[Rz 1] Raucherprodukte unterliegen innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung einer (erstaunderweise) eher dünnen Regulierung. Erwähnt werden solche Produkte immerhin in Art. 73 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG) vom 20. Juni 2014.¹ Demnach gelten für Tabak- und andere Raucherwaren sowie für Tabakerzeugnisse bis zum Erlass eines entsprechenden Bundesgesetzes (welches aktuell in Form des sog. *Tabakproduktegesetzes* geplant, allerdings noch nicht in Kraft ist), längstens jedoch während vier Jahren nach Inkrafttreten des LMG, gewisse im LMG explizit aufgeführte Artikel analog auch für die betreffenden Raucherprodukte.² Ein eigenes Tabakgesetz besteht in der Schweiz hingegen nicht. Für Tabakprodukte findet sich immerhin die Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV) vom 27. Oktober 2004.³ Regelmässig taucht in den Erlassen der Begriff der «Zigarette» auf. Eine Referenz auf die *elektronische Zigarette* hingegen fehlt bis auf einige Rundschreiben und Stellungnahmen des Bundesamtes für Gesundheit bzw. des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen gänzlich. Nachfolgend sind die besondere rechtliche Situation in der Schweiz in Bezug auf die elektronische Zigarette (elektrische Zigarette, E-Zigarette, E-Dampfgeräte etc.) zu untersuchen und damit zusammenhängende rechtliche Aspekte zu präsentieren.

¹ Nachfolgend jeweils abgekürzt mit «LMG».

² Vgl. Art. 73 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 20. Juni 2014 (LMG; SR 817.0), welcher die Art. 2–4, 6, 10, 12, 13, 15, 18, 20–25, 27–34, 44, 45 und 47–57 LMG für Raucherwaren/Tabakerzeugnisse für anwendbar erklärt.

³ Nachfolgend jeweils abgekürzt mit «TabV».

II. Rechtliche Einordnung der E-Zigarette

A. Entwicklungen innerhalb der Rechtsprechung

[Rz 2] Mit Urteil vom 24. April 2018 äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht (immerhin) indirekt zur Thematik der E-Zigarette, indem es sich mit einer vom Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV)⁴ im Jahre 2015 erlassenen Allgemeinverfügung betreffend E-Zigaretten auseinandersetzte.⁵ Gegenstand der damaligen Verfügung war ein kommerzielles Einfuhrverbot für nikotinhaltige E-Zigaretten, die rechtmässig nach den Vorschriften der Europäischen Union (EU) bzw. der jeweiligen Mitgliedstaaten hergestellt wurden. Durch das jüngst ergangene Urteil wurde das allgemeine Verbot aufgehoben und damit der schweizerische Markt für nikotinhaltige E-Zigaretten geöffnet.

[Rz 3] 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.⁶ Damals hielt dieses sinngemäss fest, dass basierend auf dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine Höchstmenge von 150 Kartuschen, wie im Informationsschreiben Nr. 146 festgelegt, für den Eigengebrauch nicht zu beanstanden sei, da dies im Gegensatz zu einem kompletten Verbot die Einfuhr grundsätzlich zuliesse. Zusätzlich trage dies dem Umstand Rechnung, dass für diese Produkte grundsätzlich ein Einfuhrverbot gelte. Nachdem das BLV am 12. November 2015 in allgemeiner Form verfügte und den Handel mit nikotinhaltigen E-Zigaretten vollständig verbot, wurde gegen die betreffende Allgemeinverfügung eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht, wobei dieses entschied, dass Anwender von E-Zigaretten kein schutzwürdiges Interesse hätten, nikotinhaltige E-Zigaretten in der Schweiz erwerben zu können.⁷ Das Bundesverwaltungsgericht rechtfertigte seinen Entscheid mit dem fehlenden direkten Interesse der Nutzer von E-Zigaretten. Der Handel mit E-Zigaretten blieb daher bis zum eingangs erwähnten Entscheid – ebenfalls ergangen durch das Bundesverwaltungsgericht – in der Schweiz unzulässig.

[Rz 4] Mit dem jüngsten Bundesverwaltungsgerichtsentscheid zu dieser Thematik hat sich diese Rechtslage in der Schweiz geändert.⁸ Obwohl mit dem Entscheid nicht direkt eine Entscheidung für die generelle Zulässigkeit von nikotinhaltigen E-Zigaretten bzw. die Zulässigkeit des Handels und Vertriebs in der Schweiz begründet wurde, ist durch die Aufhebung der Allgemeinverfügung des BLV gerade diese rechtspraktische Wirkung eingetreten: Solange eine diesbezügliche Allgemeinverfügung fehlt, ist der Handel und das Inverkehrbringen von E-Zigaretten und nikotinhaltigen Nachfüllkartuschen in der Schweiz als zulässig zu erachten. Zudem scheint eine neuerliche Allgemeinverfügung gemäss einer Veröffentlichung des BLV derzeit nicht geplant; vielmehr werden die aktuellen gesetzgeberischen Entwicklungen im Rahmen des sog. Tabakproduktegesetzes

⁴ Nachfolgend wird bei Referenz auf das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen jeweils die Abkürzung «BLV» verwendet.

⁵ Vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7634/2015 vom 24. April 2018.

⁶ Vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7143/2010 vom 24. August 2012.

⁷ Vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-8190/2015 vom 22. März 2016.

⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7634/2015 vom 24. April 2018.

abgewartet. Voraussetzung dazu ist immerhin, dass beim Inverkehrbringen von E-Zigaretten und entsprechenden Zusätzen das sog. *Cassis-de-Dijon-Prinzip*⁹ eingehalten wird.¹⁰

B. Das Cassis-de-Dijon-Prinzip

1. Europäische Entwicklungen

[Rz 5] Das Cassis-de-Dijon-Prinzip gründet auf einem Entscheid des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)¹¹ und stammt aus dem Jahre 1979.¹² 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.

2. Schweizerische Implementierung

[Rz 6] 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.¹³ Der Kern der Revision betraf zum damaligen Zeitpunkt insbesondere die Einführung des sog. *Cassis-de-Dijon-Prinzips*.¹⁴ 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 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 die bilateralen Abkommen in Bezug auf den freien Warenverkehr umgesetzt.

[Rz 7] In Art. 16a Abs. 2 THG wird das Cassis-de-Dijon-Prinzip durch die explizite Auflistung von Produkten und Produktgruppen, für welche das Prinzip nicht gelten soll, negativ festgelegt.¹⁵ E-Zigaretten werden zwar aktuell noch in der Negativliste des Staatssekretariats für Wirt-

⁹ Eingehend zum Cassis-de-Dijon-Prinzip NICOLAS DIEBOLD/MARTIN LUDIN, Das Cassis de Dijon-Prinzip in Praxis und Politik, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, 2017; ROLAND NORER/ANDREAS WASSERFALLEN, Agrarrecht – Entwicklungen 2010, Bern 2010, S. 21 ff.

¹⁰ S. dazu die Veröffentlichung des BLV betreffend E-Zigaretten vom 6. Juli 2018.

¹¹ Nachfolgend jeweils abgekürzt mit «EuGH».

¹² Vgl. Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) 120/78 vom 20. Februar 1979.

¹³ Nachfolgend jeweils abgekürzt mit «THG».

¹⁴ S. dazu oberhalb.

¹⁵ BEAT ZIERLICH/JULIE-ANTOINETTE STADEL HOFER, in: Matthias Loesch/Rolf H. Weber/Roger Zech (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar VKU, SVKG, Verbe, PEG, UWG, BGBM und THG, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2011 (zit. OFKomm-AUTOR), Art. 16a THG N 5.

schaft (SECO)¹⁶ erwähnt¹⁷ (unter Verweis auf die vom BLV erlassene Allgemeinverfügung), dürfen jedoch neu aufgrund der angesprochenen 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 momentan als Gebrauchsgegenstände qualifiziert und fallen in den Geltungsbereich des Lebensmittelrechts (LMG sowie zugehörige Verordnungen).¹⁸

C. Rechtliche Unterstellung der E-Zigarette in der Schweiz

[Rz 8] Mit Entscheid vom 24. August 2012 erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass E-Zigaretten und deren Nachfüllkartuschen nicht als Tabakprodukt oder Raucherware erachtet werden können, weswegen die TabV keine Anwendung auf E-Zigaretten finde.¹⁹ Es führte seine Ansicht darauf zurück, dass E-Zigaretten einerseits keinen Tabak enthielten und weiter auch kein klassischer Verbrennungsprozess stattfinde, durch welchen die Inhaltsstoffe aus dem Produkt extrahiert würden. Im Endeffekt werde bei E-Zigaretten entsprechend nicht geraucht, sondern Dampf *inhaliert* (engl. als «*vaping*» bezeichnet). Darauf basierend kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass E-Zigaretten und deren nikotinhaltige Nachfüllkartuschen – wenn sie nicht als Heilmittel angepriesen werden²⁰ – unter Art. 5 LMG zu subsumieren und als Gebrauchsgegenstände anzusehen seien.

[Rz 9] Nach Art. 5 lit. b LMG sind *Gebrauchsgegenstände* unter anderem 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. Durch die Unterstellung unter das Lebensmittelrecht sowie die Aufhebung der Allgemeinverfügung des BLV lassen sich die für die E-Zigarette geltenden Regulierungen eruieren und die Marktkonditionen bestimmen. Nachfolgend wird deshalb auf die betreffenden rechtlichen Themen vertieft eingegangen.

III. Rechtliche Aspekte betreffend E-Zigaretten

A. Qualifikation als Gebrauchsgegenstände

[Rz 10] Wie erwähnt qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht E-Zigaretten, welche nicht als Heilmittel angepriesen werden, als Gebrauchsgegenstände i.S.v. Art. 5 lit. b LMG, da es sich dabei um Gegenstände handelt, die bei bestimmungsgemäsem oder üblicherweise zu erwartendem Gebrauch mit der Haut und den Schleimhäuten des Mundes in Berührung gelangen.²¹

¹⁶ Nachfolgend abgekürzt mit «SECO».

¹⁷ Vgl. die Veröffentlichung des SECO vom 4. März 2016.

¹⁸ S. zur rechtlichen Einordnung der E-Zigarette innerhalb des Lebensmittelrechts unterhalb.

¹⁹ Vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7143/2010 vom 24. August 2012, E. 3.

²⁰ Diesfalls würde es sich um ein *Heilmittel/Arzneimittel* gemäss dem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) handeln, was seinerseits eine Bewilligungspflicht durch *Swissmedic* nach sich ziehen würde.

²¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7634/2015 vom 24. April 2018, E. 1.2.2 mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7143/2010 vom 24. August 2012, E. 3.

[Rz 11] Das schweizerische Lebensmittelrecht wurde jüngst einer grundlegenden Revision unterzogen, dessen Änderungen seit dem 1. Mai 2017 in Kraft sind. Für E-Zigaretten sind – nebst dem THG – insbesondere das LMG und die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016 (LGV) von Bedeutung. Art. 61 Abs. 2 LGV hält im Zusammenhang mit Gegenständen für den Schleimhaut-, Haut- oder Haarkontakt zwar fest, dass der Zusatz von Substanzen, die den Erzeugnissen pharmakologische Wirkungen verleihen, wie *Nikotin* oder Desinfektionsmittel, verboten sind. Aufgrund des in Art. 16a THG statuierten *Cassis-de-Dijon-Prinzips* (vgl. dazu oben) können nikotinhaltige E-Zigaretten aber dennoch in der Schweiz in Verkehr gebracht werden, sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen. In der EU ist die Richtlinie 2014/40/EU vom 3. April 2014 über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen einschlägig.²²

[Rz 12] In der Schweiz gilt im Zusammenhang mit Gebrauchsgegenständen der Grundsatz der Selbstkontrolle (Art. 26 ff. LMG i. V. m. Art. 73 ff. LGV). Dies bedeutet, dass Unternehmen, die Gebrauchsgegenstände herstellen, behandeln, lagern, transportieren, in Verkehr bringen oder ein-, aus- oder durchführen, dafür sorgen müssen, dass die gesetzlichen Anforderungen eingehalten werden (Art. 26 Abs. 1 LMG). Dazu gehört insbesondere auch die Bestimmung, wonach nur sichere Gebrauchsgegenstände in Verkehr gebracht werden dürfen (Art. 15 LMG). Zum Zweck der Selbstkontrolle ist für jeden Gebrauchsgegenständebetrieb eine verantwortliche Person mit Geschäftsadresse in der Schweiz zu bezeichnen, d.h. eine natürliche Person, die im Gebrauchsgegenständebetrieb im Auftrag der Betriebs- oder Unternehmensleitung gegenüber den Vollzugsbehörden die Verantwortung für die Sicherheit der Gebrauchsgegenstände trägt (Art. 73 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Ziff. 7 LGV). Die verantwortliche Person sorgt auf allen Herstellungs-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen dafür, dass die Anforderungen des Lebensmittelrechts, die in ihrem Tätigkeitsbereich gelten, erfüllt werden. Sie überprüft sodann die Einhaltung dieser Anforderungen und ergreift erforderlichenfalls umgehend die zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes notwendigen Massnahmen. Zudem sorgt sie dafür, dass nur Gebrauchsgegenstände in Verkehr gebracht werden, die der Lebensmittelgesetzgebung entsprechen. Diese Selbstkontrolle ist in einer dem Sicherheitsrisiko und dem Produktionsumfang angepassten Form zu gewährleisten (Art. 74 Abs. 1 bis 4 LGV). Der Inhalt der Pflicht zur Selbstkontrolle wird sodann in Art. 75 lit. b LGV (Gebrauchsgegenständebetriebe) und Art. 75 lit. c LGV (Betriebe, die mit Gebrauchsgegenständen ausschliesslich Handel betreiben) näher umschrieben. Die verantwortliche Person ist sodann verpflichtet, das Funktionieren der Selbstkontrollmassnahmen durch Probenahmen und Analysen zu überprüfen, wobei die Überprüfung der Selbstkontrollmassnahmen in einer dem Sicherheitsrisiko und dem Produktionsumfang angepassten Form zu erfolgen hat (Art. 81 LGV).

[Rz 13] Stellt die verantwortliche Person eines Betriebs fest oder hat sie Grund zur Annahme, dass die Gebrauchsgegenstände die Gesundheit gefährdet haben oder gefährden können, und stehen die betreffenden Gebrauchsgegenstände nicht mehr unter der unmittelbaren Kontrolle des Betriebs, so muss sie unverzüglich (a.) die zuständige kantonale Vollzugsbehörde informieren, (b.) die erforderlichen Massnahmen treffen, um die betreffenden Produkte vom Markt zu nehmen (Rücknahme) und (c.) falls die Produkte die Konsumenten schon erreicht haben könnten, die Produkte zurückrufen (Rückruf) und die Konsumenten über den Grund des Rückrufs

²² Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG.

informieren (Art. 84 Abs. 1 LGV). Die verantwortliche Person muss in einem solchen Fall mit den Vollzugsbehörden zusammenarbeiten. Diese können verlangen, dass ihnen alle zum Beleg der Konformität mit den rechtlichen Vorgaben relevanten Informationen und Unterlagen zum betreffenden Produkt in einer Amtssprache des Bundes oder in englischer Sprache zur Verfügung gestellt werden (Art. 84 Abs. 3 LGV). Das Selbstkontrollkonzept und die zu dessen Umsetzung ergriffenen Massnahmen sind schriftlich oder durch gleichwertige Verfahren zu dokumentieren (Art. 85 LGV).

B. Kennzeichnung von E-Zigaretten

[Rz 14] Gebrauchsgegenstände sind grundsätzlich so zu kennzeichnen, dass der Gesundheitsschutz und der Schutz vor Täuschungen gewährleistet ist (Art. 16 und 18 LMG). Zur Abgabe an Konsumenten bestimmte Gebrauchsgegenstände müssen einschlägige Informationen aufweisen über die Gefahren, die vom Produkt bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer ausgehen und die ohne entsprechende Warnhinweise nicht unmittelbar erkennbar sind. Die Angaben über Gebrauchsgegenstände müssen angebracht werden (a.) an gut sichtbarer Stelle, (b.) in leicht lesbarer und unverwischbarer Schrift und (c.) in mindestens einer Amtssprache des Bundes (sie können ausnahmsweise in einer anderen Sprache abgefasst sein, wenn die Konsumenten in der Schweiz dadurch genügend und unmissverständlich über den Gebrauchsgegenstand informiert werden; Art. 47 Abs. 1 und 2 LGV).

[Rz 15] Allerdings dürfen E-Zigaretten, die 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 im betreffenden EG- oder EWR-Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr sind, gemäss Art. 16a Abs. 1 THG in der Schweiz in Verkehr gebracht werden, wenn die Kennzeichnung in mindestens eine Amtssprache des Bundes übersetzt wird.

[Rz 16] Strikt verboten sind allerdings Hinweise irgendwelcher Art auf eine krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkung von Gebrauchsgegenständen (z. B. medizinische oder therapeutische Eigenschaften, desinfizierende oder entzündungshemmende Wirkungen; Art. 47 Abs. 3 LGV). Heilanzeigen würden nämlich u.U. dazu führen, dass die Produkte als Arzneimittel i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (HMG) oder als Medizinprodukte i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG qualifiziert würden und nicht als Gebrauchsgegenstände. Arzneimittel sind *«Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen [. . .] Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen [. . .]»*.²³ Medizinprodukte werden sodann definiert als *«Produkte, einschliesslich Instrumente, Apparate, In-vitro-Diagnostika, Software und andere Gegenstände oder Stoffe, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden und deren Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird»*.²⁴ Wird einem Ge-

²³ Hervorhebung wurde hinzugefügt.

²⁴ Hervorhebung wurde hinzugefügt; vgl. auch Art. 2 Abs. 4 lit. d LMG, wonach das LMG nicht für Stoffe und Erzeugnisse gilt, die unter die Heilmittelgesetzgebung fallen.

brauchsgegenstand in der Werbung Heilwirkung zugemessen, so steht einem Einschreiten der Lebensmittelbehörden nichts entgegen.²⁵

C. Verkauf an Minderjährige

[Rz 17] Da E-Zigaretten als Gebrauchsgegenstände i. S. v. Art. 5 lit. b LMG qualifiziert werden, unterliegen sie aktuell keinen rechtlichen Vorgaben zum Jugendschutz. Im Zusammenhang mit der Sicherheit von Gebrauchsgegenständen führt das LMG lediglich aus, dass die besonderen Risiken, die der Gebrauchsgegenstand für bestimmte Gruppen von Konsumenten, namentlich für Kinder und für ältere Menschen, birgt, für die Gewährleistung der Gesundheit der Konsumenten und Dritter zu berücksichtigen sind (Art. 15 Abs. 3 lit. e LMG). Konkrete Bestimmungen zum Jugendschutz fehlen aber.

[Rz 18] Um diese Lücke zu schliessen, bestehen beim BLV derzeit Bestrebungen, zusammen mit Vertretern der E-Zigarettenbranche einen Codex zum Zwecke der (Selbst-)Regulierung einzuführen, welcher das Abgabalter und Werbebeschränkungen zum Gegenstand haben soll. Dieser Codex soll in den kommenden Monaten erarbeitet werden.²⁶ Zusätzlich wurden bereits gewisse Kantone aktiv, um diese Lücke zu schliessen. Schweizweit als erster Kanton wurde das Wallis tätig. Im Rahmen der Revision des Gewerbepolizeigesetzes wurde der vorformulierte Gesetzesvorschlag, das Mindestalter für den Kauf von Tabakprodukten von 16 auf 18 Jahre zu erhöhen, auf E-Zigaretten ausgeweitet.²⁷ Der Rat folgte diesem Vorschlag in der Abstimmung ohne Gegenstimme (Sitzung vom 14. Juni 2018). Diesem Beispiel möchte nun auch Zürich folgen, indem 3 Kantonsräte eine entsprechende Motion lanciert haben.²⁸ Darin fordern sie, dass E-Zigaretten samt Zubehör gleich zu behandeln seien wie herkömmliche Raucherwaren, da sie eine grosse Gefahr bergen, dass Kinder und Jugendliche nikotinabhängig werden. Da die Einführung des neuen Tabakproduktegesetzes erst für das Jahr 2022 erwartet wird, ist es durchaus möglich, dass weitere Kantone ein Verkaufsverbot für Jugendliche einführen.

[Rz 19] Die Einführung von rechtlichen Bestimmungen zum Jugendschutz wird einer der Kernpunkte des neuen Tabakproduktegesetzes sein (vgl. dazu unten).

D. Zulässigkeit des Gebrauchs in der Öffentlichkeit

[Rz 20] Das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen vom 3. Oktober 2008 und die Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen vom 28. Oktober 2009 (PaRV) enthalten Bestimmungen zum

²⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.62/2002 vom 19. Juni 2002, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2A.693/2005 vom 28. August 2006, E. 5.2.

²⁶ Vgl. Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen, E-Zigaretten, <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/gebrauchsgegenstaende/e-zigaretten.html> (alle Websites zuletzt besucht am 25. September 2018).

²⁷ Motion von Alexandre Dubus, Les Verts, Nathalie Creton, Les Verts, un Laurent Rey, PDCB betreffend Verkauf von nikotinhaltenen E-Liquides an Kinder: Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, abrufbar unter <https://parlement.vs.ch/sites/parlement/FR/1/search/Y3JpdGVyaWE9ZXJrYXVmIHZvbiBuaWtvdGluaGFsdGlnZW4gRS1MaXF1aWRlcyBhbiBLaW5kZXI=>.

²⁸ Motion von Beat Monat (EVP, Gossau), Daniel Sommer (EVP, Affoltern am Albis) und Mark Wisskirchen (EVP, Kloten) betreffend Jugendschutz auf E-Zigaretten & Co. ausweiten (KR-Nr. 257/2018), abrufbar unter <http://www.kantonsrat.zh.ch/Dokumente/D2aa13357-02e1-46de-9474-46f5ed35e406/K18257.pdf>.

Schutz vor Passivrauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen und Art. 1 lit. a PaRV).

[Rz 21] E-Zigaretten fallen jedoch nicht unter die genannten Bestimmungen, da sie – wie bereits erwähnt – nicht *geraucht* werden. Allerdings sieht Art. 4 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen vor, dass die Kantone strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen können. Da die Kantone in ihrer Beurteilung souverän sind, können die gesetzlichen Anforderungen von Kanton zu Kanton unterschiedlich sein und es wäre zumindest denkbar, dass Kantone die Zulässigkeit des Gebrauchs von E-Zigaretten in der Öffentlichkeit einschränken.

[Rz 22] Des Weiteren ist es Unternehmen und Privatpersonen möglich, den Gebrauch von E-Zigaretten in ihrer Hausordnung zu untersagen. Dies haben beispielsweise die SBB und die SWISS getan.²⁹ Auch Gastronomen können auf diesem Weg die Nutzung von E-Zigaretten in ihrem Restaurationsbetrieb verbieten. Liegen demnach keine kantonalen Vorschriften und keine Hausordnungen vor, die E-Zigaretten verbieten, so können diese aktuell in sämtlichen Räumlichkeiten verwendet werden.

E. Umwelt- und Recyclinganforderungen

[Rz 23] In der Schweiz gelten besondere Anforderungen an die Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten. Die Entsorgung von Elektrogeräten ist in der Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG) vom 14. Januar 1998 geregelt. Mit dieser Verordnung soll die umweltgerechte Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten sichergestellt werden und es wird eine Rücknahme- und Entsorgungsverpflichtung definiert. Da es sich bei E-Zigaretten um ein elektrisches Gerät handelt, müssen gewisse Umwelt- und Recyclinganforderungen eingehalten werden. Aufgrund dessen darf der Nutzer einer E-Zigarette diese nicht einfach in den Siedlungsabfall werfen, sondern muss ein solches Gerät einem Händler, Hersteller, Importeur, einer öffentlichen Sammlung oder Sammelstelle für Geräte zurückgeben. In der Verordnung werden dementsprechende Pflichten statuiert.

[Rz 24] Nach Art. 4 VREG sind verschiedene Kategorien von rückgabe- und entsorgungspflichtigen Personen statuiert. So müssen beispielsweise Händler die Geräte desjenigen Typs, welchen sie in ihrem Sortiment führen, unentgeltlich zurücknehmen. Die gleiche Verpflichtung gilt für Hersteller und Importeure für von ihnen hergestellte Geräte oder von importierten Marken. Die verpflichteten Personen müssen die Geräte, die sie nicht weiterverwenden, entsorgen und dürfen diese nicht an andere, zur Rücknahme verpflichtete Personen weitergeben. Die entsprechende Umsetzung ist auf zweierlei Weise möglich: Die unterstellten Personen können Dritte mit der Entsorgung der Geräte beauftragen (Art. 5 VREG). Ist die Entsorgung der Geräte nicht durch finanzielle Beiträge an private Unternehmen sichergestellt, so sind die zurückgegebenen Geräte auf eigene Kosten zu entsorgen. Darüber hinaus müssen die Geräte an den Verkaufsstellen gut sichtbar sein und deutlich auf die Rücknahme hingewiesen werden. Schliesslich ist eine Liste mit der Anzahl der verkauften und zurückgegebenen Geräte dauerhaft zu führen und aufzubewahren.

²⁹ Vgl. die «Regelung für die Benutzung der öffentlichen Bereiche des Areals der SBB», und «Häufige Fragen: Sicherheit an Bord» der SWISS, einsehbar unter <https://www.swiss.com/ch/DE/kundensupport/faq-help/sicherheit-an-bord>.

F. Werbe- und Marketingvorschriften

[Rz 25] Da E-Zigaretten als Gebrauchsgegenstände i.S.v. Art. 5 lit. b LMG qualifiziert werden, unterliegen sie aktuell keinen (besonderen) rechtlichen Bestimmungen in Bezug auf Werbung und Marketing. Die Zigarettenindustrie hat im Rahmen der Selbstregulierung zwar eine Vereinbarung betreffend Selbstbeschränkungen in der Werbung erlassen, welche jedoch nicht auf E-Zigaretten anwendbar ist, da sich diese Vereinbarung gemäss Präambel auf Tabakprodukte bezieht.³⁰ Demnach gibt es im Unterschied zu herkömmlichen Zigaretten keine Werbe- und Marketingrestriktionen für E-Zigaretten. Beim BLV bestehen derzeit Bestrebungen in Zusammenarbeit mit Vertretern der E-Zigarettenbranche, einen Codex zum Zwecke der (Selbst-)Regulierung einzuführen, welcher auch Werbebeschränkungen zum Gegenstand haben soll.³¹

[Rz 26] Im Rahmen der Werbung für E-Zigaretten sind jedoch, wie bereits erwähnt, Hinweise irgendwelcher Art auf eine krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkung von E-Zigaretten strikt verboten, da dies u.U. dazu führen würde, dass die Produkte als Arzneimittel i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG oder als Medizinprodukte i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG qualifiziert würden und nicht mehr als Gebrauchsgegenstände.

[Rz 27] Zusätzlich sind die allgemein geltenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, beispielsweise das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 einzuhalten. Demnach ist bei der Werbung für E-Zigaretten etwa jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich (Art. 2 UWG). Ein Anbieter von E-Zigaretten handelt auch unlauter, wenn er über seine E-Zigaretten unrichtige oder irreführende Angaben macht (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG) oder Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andere herbeizuführen (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG).

[Rz 28] Im Gegensatz zu den allgemein gehaltenen bzw. nicht vorhandenen Regeln der Schweiz verfügt die EU bereits über detaillierte Regeln zur Werbung und zum Marketing. In der EU enthält die Richtlinie 2014/40/EU vom 3. April 2014 über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen Bestimmungen zu Sponsoring- und Werbebeschränkungen (in Online-Informationendiensten, Presse, anderen Druckerzeugnissen, Radio und Fernsehen).³² Die Richtlinie fordert einen restriktiven Ansatz in Bezug auf die Werbung für E-Zigaretten und deren Nachfüllbehälter.

³⁰ Vereinbarung zwischen Swiss Cigarette, d. h. British American Tobacco Switzerland SA, JT International AG Dagersellen, Philip Morris SA und der Schweizerischen Lauterkeitskommission betreffend Selbstbeschränkung der Zigarettenindustrie in der Werbung, abrufbar unter <https://www.faire-werbung.ch/dokumentation/>.

³¹ Vgl. . Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen, E-Zigaretten, <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/gebrauchsgegenstaende/e-zigaretten.html>.

³² Vgl. Art. 20 Abs. 5 der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG.

IV. Vorgesehene Rechtsentwicklungen

A. Die Planung des Tabakproduktegesetzes

[Rz 29] Im aktuellen (zweiten) Vorentwurf des Bundesgesetzes über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (Tabakproduktegesetz, TabPG), das wohl frühestens 2022 in Kraft treten wird, sollen E-Zigaretten mit Tabakprodukten gleichgesetzt werden.³³

[Rz 30] Nachdem das Parlament den ersten Entwurf des Bundesrates Ende 2016 an den Bundesrat zurückgewiesen hatte, erarbeitete dieser in der Folge einen zweiten Gesetzesentwurf. Das Parlament hatte folgende Änderungen verlangt:

- Verankerung des Mindestalters 18 für den Erwerb von Tabakprodukten;
- Schaffung einer rechtlichen Grundlage für Testkäufe;
- Verbot von speziell an Minderjährige gerichtete Werbung;
- Überführung der wichtigsten Punkte der Tabakverordnung in das Gesetz (zusätzliche Einschränkungen im Bereich Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring davon ausgenommen; zu streichen sei insbesondere die Pflicht zur Angabe der Aufwendungen für Werbung und Marketing);
- Legalisierung des Handels mit Alternativprodukten wie E-Zigaretten und Snus und spezifische Regelung dieser Produkte.³⁴

[Rz 31] Ende 2017 eröffnete der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren zum zweiten Vorentwurf und rief die Teilnehmenden dazu auf, ihre Stellungnahmen bis zum 23. März 2018 dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) einzureichen.

[Rz 32] Die Überweisung des zweiten Gesetzesentwurfs und der entsprechenden Botschaft an das Parlament sowie die Veröffentlichung der Botschaft ist für Anfang 2019 geplant, während das Ende des Jahres 2020 für die Schlussabstimmung im Parlament anvisiert wird. 2021 würden dann die Durchführungsverordnungen erarbeitet und die öffentliche Vernehmlassung durchgeführt, sodass das Gesetz und die entsprechenden Verordnungen Mitte 2022 in Kraft gesetzt werden könnten.

B. Auswirkungen auf die E-Zigarette

[Rz 33] Mit dem neuen Tabakproduktegesetz sollen E-Zigaretten inskünftig als Tabakprodukte qualifiziert werden und nicht mehr als Gebrauchsgegenstände. Das Gesetz definiert die elektronische Zigarette wie folgt: «Gerät, das ohne Tabak verwendet wird und mit dem Dampf inhaliert werden kann, der durch das Erhitzen einer Flüssigkeit mit oder ohne Nikotin gewonnen wird, sowie Nachfüllflüssigkeiten und Kartuschen für dieses Gerät» (Art. 3 lit. f E-TabPG). Das Tabakproduktegesetz wird demnach auch Bestimmungen zu nikotinfreien elektronischen Zigaretten enthalten (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 17 ff. E-TabPG).

³³ Der zweite Vorentwurf kann unter Bundesamt für Gesundheit, Zweiter Vorentwurf zum Tabakproduktegesetz, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/entwurf-tabakproduktegesetz.html> eingesehen werden.

³⁴ Vgl. dazu Bundesamt für Gesundheit, Zweiter Vorentwurf zum Tabakproduktegesetz, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/entwurf-tabakproduktegesetz.html>.

[Rz 34] E-Zigaretten werden gemäss Tabakproduktegesetz denselben Einschränkungen unterliegen wie gewöhnliche Zigaretten. Die Werbung darf sich demnach nicht speziell an Minderjährige richten und ist u.a. verboten:

- in kostenlosen Zeitungen, Zeitschriften und andern Publikationen, die für Minderjährige zugänglich sind;
- im Internet, ausgenommen auf kostenpflichtigen Internetseiten, die sich nicht speziell an Minderjährige richten, und auf Internetseiten, die nur für Erwachsene zugänglich sind; und
- in Verkaufsstellen, wenn sich die Werbung direkt neben Bonbons, Kaugummis und Süssigkeiten oder in einer Höhe von weniger als 1,20 Metern befindet.

[Rz 35] Sodann wird die Werbung für E-Zigaretten in Radio und Fernsehen gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG) verboten sein (Art. 17 E-TabPG).

[Rz 36] Die Abgabe von Tabakprodukten und von nikotinhaltenen oder nikotinfreien elektronischen Zigaretten an Minderjährige wird verboten sein (Art. 20 Abs. 1 E-TabPG).

[Rz 37] Nikotinhaltige E-Zigaretten werden darüber hinaus den folgenden Warnhinweis aufweisen müssen: *«Dieses Produkt enthält Nikotin, einen Stoff, der stark abhängig macht»*, wobei auch die Werbung mit diesem Warnhinweis versehen sein muss (Art. 13 lit. c und Art. 18 Abs. 1 E-TabPG). Die notwendigen Produktinformationen sind sodann in Art. 16 E-TabPG umschrieben.³⁵ Ausserdem müssen sie kinder- und bruchstabil sein und über einen auslauffreien Mechanismus für die Nachfüllung verfügen (Art. 15 E-TabPG).

[Rz 38] Ebenfalls zu erwähnen ist, dass das Tabakproduktegesetz eine Meldepflicht für E-Zigaretten vor deren Inverkehrbringen vorsieht. Demnach muss, wer Tabakprodukte zum Erhitzen, pflanzliche Rauchprodukte oder nikotinhaltige elektronische Zigaretten herstellt oder einführt, diese zum Zweck der Marktüberwachung dem BAG melden, bevor er oder sie die Produkte in Verkehr bringt (Art. 23 Abs. 1 E-TabPG). Das BAG veröffentlicht die Liste der gemeldeten Produkte im Internet. Bei jeder wesentlichen Änderung des Produkts muss eine neue Meldung erfolgen (Art. 23 Abs. 3 und 5 E-TabPG). Auch trifft die Unternehmen eine Produktbeobachtungspflicht nach dem Bereitstellen auf dem Markt (Art. 26 E-TabPG).

[Rz 39] Schliesslich enthält das Tabakproduktegesetz zur Durchsetzung der genannten Regelungen entsprechende Strafbestimmungen (Art. 42 f. E-TabPG). So wird unter anderem mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich Tabakprodukte oder nikotinhaltige elektronische Zigaretten auf dem Markt bereitstellt, die Zutaten enthalten, die bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden.³⁶

V. Schlussbemerkungen

[Rz 40] Selbst die Raucherprodukte im Allgemeinen unterliegen innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung einer dünnen Regulierung. Da es sich bei E-Zigaretten um Gebrauchsgegenständen

³⁵ Gebrauchs- und Aufbewahrungsanweisungen für das Produkt (lit. a); den Hinweis, dass das Produkt nicht für den Gebrauch durch Minderjährige und Nichtraucher empfohlen wird (lit. b); Kontraindikationen (lit. c); Warnungen für Risikogruppen (lit. d); mögliche schädliche Auswirkungen (lit. e); Suchtpotenzial und Toxizität (lit. f); Kontaktangaben des Herstellers oder Importeurs (lit. g).

³⁶ So z. B. Art. 42 Abs. 1 E-TabPG.

de handelt, mangelt es an einer («raucher»-)spezifischen Regulierung und die allgemeinen Bestimmungen des LMG sind anwendbar. Dementsprechend fehlt es an E-Zigaretten-spezifischen Regeln und die Qualifikation von E-Zigaretten als Gebrauchsgegenstand führt dazu, dass diese keiner Altersbegrenzung unterstehen und somit auch an Minderjährige abgegeben werden dürfen. Ferner bestehen keine Einschränkungen im Hinblick auf die Werbung für E-Zigaretten sowie das Rauchen in öffentlich zugänglichen Räumen, weil E-Zigaretten nicht unter das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen fallen. Allerdings kann die Nutzung von E-Zigaretten im Rahmen von Hausordnungen untersagt werden.

[Rz 41] Zukünftig sollen diese Lücken durch das neue Tabakproduktegesetz geschlossen werden, indem im neuen Tabakproduktegesetz E-Zigaretten als Tabakprodukte qualifiziert werden und dementsprechend denselben Einschränkungen unterliegen wie gewöhnliche Zigaretten. Da dieses sich in Planung befindende Bundesgesetz jedoch erst 2022 in Kraft tritt, ist es möglich, dass temporär kantonale Überbrückungsbestimmungen erlassen werden, um rechtlichen Schutzlücken gezielt begegnen zu können. Es wird sich diesbezüglich zeigen, ob die betreffende E-Zigaretten-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 jedoch gut möglich, dass die aktuelle Gesetzeslücke (zumindest temporär) zu einem regelrechten Boom bei Jugendlichen führen könnte. Die E-Zigaretten können Mittel für den Einstieg in die Nikotinabhängigkeit bilden und letztlich zum herkömmlichen Tabakkonsum führen, da damit der Vorgang des Rauchens nachgeahmt und «normalisiert» wird.

DANIEL DONAUER, MLaw, arbeitet als Rechtsanwalt bei der Walder Wyss AG in Zürich.

CELINE WEBER, MLaw, arbeitet als Rechtsanwältin bei der Walder Wyss AG in Zürich.

STEFANIE MÜHLEBACH, M.A. HSG, arbeitet als Substitutin bei der Walder Wyss AG in Zürich.