

BVGer C-7143/2010 vom 24. August 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7143_2010

FR: TAF C-7143/2010 du 24 août 2012

IT: TAF C-7143/2010 del 24 agosto 2012

Regeste

Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

Erwägungen

E. 3

Vorliegend ist strittig und durch das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz die Einfuhr von E-Zigaretten respektive den entsprechenden Nachfüllkartuschen durch den Beschwerdeführer zu Recht verweigert hat.

E. 3.1

Vorab ist zu prüfen, welches die anwendbaren, einschlägigen materiellen Gesetzesbestimmungen sind.

E. 3.1.1

Das Gesetz erfasst gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG, SR 817.0) das Herstellen, Behandeln, Lagern, Transportieren und Abgeben von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (lit. a), das Kennzeichnen und Anpreisen von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (lit. b) und die Einfuhr, Durchfuhr und Ausfuhr von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (lit. c). Gemäss Art. 3 Abs. 1 LMG gehören sowohl Nahrungs- als auch Genussmittel definitionsgemäss zu den Lebensmitteln. Nahrungsmittel sind Erzeugnisse, die dem Aufbau oder dem Unterhalt des menschlichen Körpers dienen und nicht als Heilmittel angepriesen werden (Art. 3 Abs. 2 LMG). Genussmittel sind alkoholische Getränke sowie Tabak und andere Raucherwaren (Art. 3 Abs. 3 LMG).

E. 3.1.2

Gemäss Art. 2 lit. e der gestützt auf das LMG erlassenen Verordnung vom 27. Oktober 2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV, SR 817.06) ist ein Tabakersatzstoff ein zum Rauchen bestimmter Stoff mit Ausnahme von Tabak. Da bei den E-Zigaretten die Inhaltsstoffe inhaliert werden und kein eigentlicher Verbrennungsprozess stattfindet, können jene nicht den "anderen Raucherwaren" zugeordnet werden. Rechtlich gesehen fallen die E-Zigaretten daher in den Anwendungsbereich des LMG, nämlich unter Art. 5, welcher besagt, dass Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände (Gebrauchsgegenstände) im Sinne dieses Gesetzes Gegenstände sind, die nicht als Heilmittel angepriesen werden und unter eine der folgenden Produktkategorien fallen: (...) Körperpflegemittel und Kosmetika sowie Gegenstände, die nach ihrer Bestimmung mit den Schleimhäuten des Mundes in Berührung kommen (lit. b). Gegenstände, die bei bestimmungsgemässen oder üblicherweise zu erwartendem Gebrauch mit der Haut, den Haaren oder den Schleimhäuten des Mundes oder der äusseren

Genitalregionen in Berührung gelangen (Kleidungsstücke, Schmuck, Perücken, Zahnbürsten, Zahnstocher, Zahnseide, Bestecke, Windeln, Nuggis usw.) dürfen Zusatzstoffe nur in Mengen abgeben, die gesundheitlich unbedenklich sind (Art. 37 Abs. 1 LGV). Verboten ist der Zusatz von Substanzen, welche den Erzeugnissen pharmakologische Wirkungen verleihen, wie Nikotin oder Desinfektionsmittel (Art. 37 Abs. 3 LGV). Gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a LMG gilt das Gesetz für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, die für den Eigengebrauch bestimmt sind, nicht.

E. 3.1.3

Gestützt auf Art. 69 Abs. 1 lit. b der Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung (nachfolgend: Vollzugsverordnung EDI, SR 817.025.21) können die Zollämter beanstandete Waren zurückweisen, wenn die festgestellten Mängel nicht behoben werden können (Ziff. 1) und die beanstandeten Waren nicht gesundheitsschädlich sind (Ziff. 2).

E. 3.2

Den obgenannten Bestimmungen ist zu entnehmen, dass auf die E-Zigaretten nicht die Bestimmungen für Tabak und andere Raucherwaren, sondern grundsätzlich die Bestimmungen für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände anzuwenden sind, da es sich bei den E-Zigaretten um Gegenstände handelt, die bei bestimmungsgemäsem oder üblicherweise zu erwartendem Gebrauch mit der Haut und den Schleimhäuten des Mundes in Berührung gelangen. Dies gilt allerdings nur, sofern sie nicht als Heilmittel angepriesen werden. Das Bundesgericht hat im Urteil 2A.565/2000 vom 8. Mai 2001 E. 4b/bb bezüglich der Abgrenzung von Lebens- und Arzneimitteln allerdings festgehalten, dass eine rein subjektive Betrachtungsweise, welche ausschliesslich auf die Anpreisung durch den Anbieter abstelle und damit auf von der Natur des Produktes gänzlich unabhängigen Überlegungen beruhen könne, den von der Gesetzgebung verfolgten Interessen allein nicht hinreichend gerecht werde. So sind bei der Qualifikation eines Produktes in erster Linie (unter Miteinbezug internationaler Normen und ausländischer Gesetzgebungen) dessen Zusammensetzung, die damit verbundenen Produkteigenschaften und sein eigentlicher Zweck beziehungsweise das Einsatzgebiet, welches sich auch aus der Verkehrsauffassung der Konsumenten ergibt, zu berücksichtigen (BVGE 2010/50 E. 6.3.1). Das BAG und die Swissmedic gehen in ihren Stellungnahmen davon aus, dass es sich bei den vorliegenden Filterkartuschen nicht um ein Arzneimittel handle, da weder auf der Verpackung noch auf dem Produkt selbst Heilanpreisungen gemacht worden seien. Zudem sei es bei E-Zigaretten, die zur Raucherentwöhnung dienen, üblich, dass Kartuschen mit unterschiedlichem Nikotingehalt geliefert würden, damit eine stetige Reduktion des Nikotins bis zur Nikotinfreiheit erreicht werden könne; dies sei jedoch vorliegend nicht der Fall. Dem BAG und der Swissmedic ist zuzustimmen, dass vorliegend weder den Kartuschen noch der Verpackung eine Heilanpreisung zu entnehmen ist; eine Packungsbeilage ist nicht vorhanden. Ferner beeinhaltet die einzelnen Schachteln - wie in den beiden obgenannten Stellungnahmen zutreffend festgestellt - Kartuschen, die alle denselben Nikotingehalt aufweisen. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass ein Konsument die E-Zigaretten respektive die Nachfüllkartuschen trotzdem zur Reduktion seines Zigarettenkonsums verwendet, aber das ist unbeachtlich, da jedenfalls weder eine Heilanpreisung noch von Seiten des Herstellers/Vertreibers eine eigentliche Zweckbestimmung zur Reduktion des Zigarettenkonsums vorliegt. In diesem Zusammenhang ist ferner auf die jüngste Rechtsprechung in Deutschland hinzuweisen: Das Verwaltungsgericht Köln hat mit Urteil 7

K 3169/11 vom 2. April 2012 (vgl. PharmR 5/2012 S. 223 ff.; so auch das Urteil des OVG Magdeburg 3M 129/12 vom 5. Juni 2012 [PharmR 7/2012 S. 298 ff.]) unter Berücksichtigung des europäischen Rechts und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs festgestellt, dass mit Blick auf die Zweifel bezüglich Therapieeignung und dem Fehlen einer entsprechenden Zweckbestimmung, der Inhaltsstoffe sowie der Modalitäten des Gebrauchs davon auszugehen ist, dass es sich bei den E-Zigaretten nicht um Arznei- sondern um Genussmittel handelt. Da in der schweizerischen Rechtsprechung praxismässig die Rechtsprechung der europäischen Gerichte als Auslegungshilfe beigezogen wird (vgl. BVGE 2010/50 E. 6.3), ist auch vorliegend in Übereinstimmung mit der Schlussfolgerung des vorgenannten Urteils sowie den Stellungnahmen des BAG und der Swissmedic davon auszugehen, dass E-Zigaretten und Nachfüllkartuschen mit Nikotin ohne Heilanzeigen nicht als Arzneimittel zu betrachten sind. Die vorliegend von der Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegte Zuordnung zu den Gebrauchsgegenständen ist somit nicht zu beanstanden.

4.1. Gemäss Art. 37 Abs. 3 LGV dürfen Gegenstände, die bei bestimmungsgemäsem oder üblicherweise zu erwartendem Gebrauch mit der Haut und den Schleimhäuten des Mundes in Berührung gelangen, kein Nikotin enthalten. Daraus ist zu schliessen, dass E-Zigaretten mit Nikotin respektive die nikotinhaltigen Filterkartuschen in der Schweiz nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen. Die Einfuhr solcher Produkte ist allerdings gemäss der Ausnahmeregel von Art. 2 Abs. 4 lit. a LMG zulässig, wenn es sich um Produkte für den Eigengebrauch handelt, da auf diese das Gesetz nicht anwendbar ist und somit der Import im Rahmen des Eigengebrauchs erlaubt ist.

4.2. Der Beschwerdeführer macht vorliegend geltend, er benötige die Filterkartuschen für den Eigengebrauch. Da er bis vor ein paar Jahren starker Raucher gewesen sei, benötige er dementsprechend viele Kartuschen. Sein Verbrauch belaufe sich auf fünf bis acht Kartuschen täglich, sodass die importierte Menge von 500 Kartuschen einem Bedarf von zwei bis drei Monaten entspreche. Die Vorinstanz gehe bei der Definition des Eigengebrauchs zwar ebenfalls von einem zulässigen Vorrat für zwei Monate (60 Tage) aus, indes erachte die Vorinstanz gestützt auf das Informationsschreiben Nr. 146 des BAG lediglich eine Menge von 150 Kartuschen als zulässig.

4.3. Die Vorinstanz führte aus, dass man zur Unterbindung des (unzulässigen) gewerbsmässigen Handels dieser Produkte die Einfuhr auf geringe Mengen beschränken müsse. Das BAG gehe gemäss Informationsschreiben Nr. 146 davon aus, dass eine Menge von 150 Kartuschen für ungefähr zwei Monate reiche, da man im Durchschnitt von einem Verbrauch von zwei bis drei Kartuschen täglich ausgehen könne. Die frühere Praxis (40 Kartuschen für 40 Tage) habe man gestützt auf die Erkenntnis, dass diese Menge durchschnittlich nicht einmal für einen Monat reiche, aufgegeben. Die Vorinstanz machte geltend, dass eine zulässige Importmenge von maximal 150 Kartuschen grosszügig bemessen sei, da mit der Bestellung weder ein grosser Aufwand noch grosse Kosten anfallen würden, sodass die Konsumenten nicht darauf angewiesen seien, möglichst grosse Mengen auf einmal bestellen zu können. Den Konsumenten könne zugemutet werden, pro Bestellung nicht mehr als 150 Kartuschen zu kaufen, zumal auch Zigarettenkonsumenten ihren Bedarf wöchentlich einkaufen würden.

4.4. Zu prüfen bleibt somit, ob sich die Vorinstanz zu Recht auf den Standpunkt gestellt hat, die zulässige Importmenge für den Eigengebrauch sei auf 150 Kartuschen zu beschränken.

4.4.1. Vorweg ist festzuhalten, dass weder das Gesetz noch die anwendbaren Verordnungen eine Definition für den Begriff Eigengebrauch enthalten. Auch die Botschaft zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (nachfolgend: Botschaft LMG, BBl 1989 I 893) gibt auf diese Frage keine Antwort. Somit ist grundsätzlich nicht zu

beanstanden, dass die Vorinstanz respektive das BAG ein Informationsschreiben zur Konkretisierung dieses unbestimmten und somit auslegungsbedürftigen Begriffes verfasst hat. Die für die Verwaltung verbindlichen Weisungen und Kreisschreiben sind generelle Dienstanweisungen einer Behörde an die untergeordneten Behörden. Die Verwaltungsweisungen stellen keine Rechtssätze dar und sind daher für den Richter nicht bindend. Sie dienen der gleichmässigen Anwendung des Rechts durch die Verwaltung. Der Richter soll die Weisungen bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen zulassen. Er weicht insoweit davon ab, als die Weisungen mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen oder der Verfassung nicht vereinbar sind (BGE 132 V 200 E. 5.1.2, 117 Ib 225 E. 4b, jeweils mit Hinweisen; vgl. auch Ulrich Häfelin/Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 123 ff.). Das von der Vorinstanz als Auslegungshilfe zur Anwendung gebrachte Informationsschreiben Nr. 146 ist wie eine Verwaltungsweisung zu behandeln, obwohl es sich - streng gesehen - nicht um eine solche handelt. Eine Besonderheit der vorliegenden Verwaltungsweisung liegt nämlich darin, dass sie vom BAG erlassen wurde und von der EZV angewendet wird, obwohl diese keine untergeordnete Behörde des BAG ist. Allerdings handelt es sich bei der EZV immerhin um eine Vollzugsbehörde des LMG (vgl. dazu insbesondere die Art. 62 ff. Vollzugsverordnung EDI). Ob dies ein zulässiges Vorgehen im Rahmen der auf Gesetzes- und Verordnungsebene vorgesehenen Zusammenarbeit der beiden Behörden ist, kann vorliegend offengelassen werden, da vom Gericht in jedem Fall zu prüfen ist, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Gesetzesauslegung - unabhängig davon, worauf sie basiert - im Rahmen des Zulässigen ist und eine dem Einzelfall gerecht werdende und sachgerechte Lösung zulässt.

4.4.2. Der Grundgedanke des LMG besteht insbesondere darin, die Gesundheit der Konsumenten zu schützen und Täuschung zu verhüten (vgl. Art. 1 LMG). Art. 2 Abs. 4 lit. a LMG hat zum Zweck, die strengen Schutzbestimmungen für diejenigen Fälle zu lockern, in welchen namentlich ein Schutz nicht erforderlich ist, da ein Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstand nicht in den Verkehr gelangt, weil das Produkt zum Eigengebrauch eines einzelnen Konsumenten bestimmt ist. Damit aber ausgeschlossen werden kann, dass Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstände, welche für den Eigengebrauch bestimmt sind, dennoch in den Verkehr gelangen, ist es notwendig, die Definition des Eigengebrauchs eng zu fassen. Vorliegend hat das BAG eine mengenmässige Beschränkung mit der Begründung vorgesehen, dass Produkte für den Eigengebrauch nicht in grossen Mengen importiert werden können sollen. Dies ist sachgerecht, weil die Massnahme geeignet und notwendig ist, um ein unzulässiges Inverkehrbringen unattraktiv zu machen und somit zu verhindern. Die Massnahme erscheint grundsätzlich auch verhältnismässig, da sie, im Gegensatz zu einem kompletten Verbot, die Einfuhr - wenn auch in geringen Mengen - grundsätzlich zulässt. Die zugelassene Höchstmenge von 150 Kartuschen ist nicht zu beanstanden, da ein Vorrat, der einem durchschnittlichen Konsument ungefähr zwei Monate reicht, grosszügig bemessen scheint (vgl. die restriktivere Rechtsprechung zum Arzneimittelrecht, welche für den Eigengebrauch lediglich die Einfuhr eines Monatsbedarfs zulässt [Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5894/2010 vom 26. August 2011 E. 5]) und überdies dem Umstand Rechnung trägt, dass für diese Produkte grundsätzlich ein Einfuhrverbot gilt. Die vom Beschwerdeführer vertretene Ansicht, dass sein persönlicher Verbrauch und seine Selbstdeklaration für die Definition von Eigengebrauch massgebend seien, ist abzulehnen, da der Begriff Eigengebrauch in einer vom Einzelfall losgelösten Sichtweise auszulegen

und vom Durchschnittskonsumenten auszugehen ist, weil sich der tatsächliche Verbrauch nicht überprüfen lässt und daher Selbstdeklarationen wenig verlässlich sind. 4.5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die im Informationsschreiben Nr. 146 festgehaltene Praxis der Vorinstanz betreffend Einfuhr von E-Zigaretten nicht zu beanstanden ist und daher die Sendung des Beschwerdeführers zu Recht zurückgewiesen worden ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 5

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

E. 5.1

Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie sind bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert von bis zu Fr. 10'000.-- auf Fr. 200.-- bis Fr. 5'000.-- festzusetzen (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend wurde der Wert der von der Vorinstanz zurückgewiesenen Sendung in der Zolldeklaration auf Euro 400.-- beziffert. Verfahrenskosten in der Höhe des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 500.-- erscheinen daher als angemessen. Die Verfahrenskosten von Fr. 500.-- sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

E. 5.2

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die EZV jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.