

BVGer C-7997/2015 vom 24. April 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-04-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7997_2015

FR: TAF C-7997/2015 du 24 avril 2018

IT: TAF C-7997/2015 del 24 aprile 2018

Regeste

Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

Erwägungen

E. 1.1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 2 Abs. 4 VwVG; Art. 37 VGG) und Spezialgesetze, wie vorliegend das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51) und das Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0) keine anderen Regelungen enthalten (näheres zur Frage, ob vorliegend Lebensmittel- oder Chemikalienrecht anwendbar ist vgl. E. 1.2 hiernach).

E. 1.2.1

Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen materiell-rechtlichen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3; BGE 132 V 215 E. 3.1.1; BGE 134 V 315 E. 1.2) und weil ferner das Gericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier 12. November 2015) abstellt, sind im vorliegenden Fall die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden materiell-rechtlichen Bestimmungen anwendbar (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1; BGE 131 V 243 E. 2.1).

E. 1.2.2

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 betrachtet werden können, da sie einerseits keinen Tabak enthalten und andererseits kein eigentlicher Verbrennungsprozess stattfindet, womit die Inhaltstoffe 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. 1.2.3.1

Die Beschwerdeführerin machte beschwerdeweise geltend, bei E-Zigaretten sei nicht das Lebensmittelrecht, sondern das Chemikalienrecht anwendbar. Ihren Standpunkt begründet sie dahingehend, als im EU-Recht es die Kategorie der Gegenstände für den Schleimhautkontakt gar nicht gebe. Dort würden Liquids für elektronische Zigaretten als Chemikalien und nicht als Gebrauchsgegenstände in Verkehr gebracht (vgl. Beschwerde Rn. 29 BVGer act. 1). Andererseits bringt sie selber vor, nikotinhaltige elektronische Zigaretten und deren Liquids seien Genussmittel (vgl. Beschwerde Rn. 31 BVGer act. 1). Nachfolgend ist daher die Abgrenzung zum Chemikalienrecht, zu welcher das Bundesverwaltungsgericht im besagten Urteil nicht zu befinden hatte, näher zu prüfen.

E. 1.2.3.2

Dem Durchführungsbeschluss EU 2015/744 der Kommission vom 8. Mai 2015 ist zu entnehmen (vgl. Amtsblatt der Europäischen Union, L 118 vom 9. Mai 2015), dass in der EU auf nikotinhaltige elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter bis zur Umsetzung 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 in den EU-Mitgliedstaaten die Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über die Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung von Stoffen und Gemischen anwendbar war, wobei den Mitgliedstaaten freigestellt war, bereits vor dem 20. Mai 2016 die Richtlinie 2014/40/EU umzusetzen und im Hinblick darauf spezifischere Bestimmungen vorzusehen. Aus dem Durchführungsbeschluss ergibt sich zudem, dass die Richtlinie 2014/40/EU der Verordnung Nr. 1272/2008 vorgeht und damit in der EU die Kennzeichnung von elektronischen Zigaretten und deren Liquids nach der Richtlinie 2014/40/EU erfolgt und nicht wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht nach der Verordnung Nr. 1272/2008. Somit werden elektronische Zigaretten und deren Liquids in der EU nicht als Chemikalien behandelt, sondern als ein mit Tabakerzeugnissen verwandtes Erzeugnis.

E. 1.2.3.3

In Deutschland, von wo die Beschwerdeführerin ihre Produkte bezieht, wurden elektronische Zigaretten und deren Liquids als Genussmittel eingestuft (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Köln, 7 K 3169/11 vom 20. März 2012 Rn. 105; Urteil des Bundesgerichtshofs 2 StR 525/13 vom 23. Dezember 2015 Rn. 24; Urteile des Deutschen Bundesverwaltungsgerichts 3C 25.13 vom 20. November 2014). Seit dem 20. Mai 2016 gilt in Deutschland für elektronische Zigaretten das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse vom 4. April 2016 (Tabakerzeugnisgesetz - TabakerzG; BGBl. I S. 569). Das Deutsche Tabakerzeugnisgesetz wurde in Umsetzung der EU Richtlinie 2014/40/EU erlassen, welche sowohl auf herkömmliche Zigaretten als auch auf elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter für elektronische Zigaretten anwendbar ist.

E. 1.2.3.4

Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU und ist damit auch nicht verpflichtet die EU Richtlinie 2014/40/EU umzusetzen. Um Handelshemmnisse zu vermeiden ist am 1. Mai 2017 das neue Lebensmittelgesetz in Kraft getreten, welches den Lebensmittelbegriff der EU übernimmt, womit Lebensmittel nicht mehr in Nahrungs- und Genussmittel unterteilt

werden und damit neu Tabakerzeugnisse vom Anwendungsbereich des Lebensmittelrechts ausgenommen sind (vgl. Botschaft vom 25. Mai 2011 zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände BBl 2011 5571 5585). Das neue Lebensmittelgesetz sieht in Art. 73 LMG (in der Fassung vom 1. Mai 2017) als Übergangsbestimmung vor, dass für Tabak und andere Raucherwaren sowie für Tabakerzeugnisse bis zum Erlass eines entsprechenden besonderen Bundesgesetzes längstens jedoch vier Jahre nach Inkrafttreten des LMG, die Artikel 2-4, 6, 10, 12, 13, 15, 18, 20-25, 27-34, 36-43, 44, 45 und 47-57 LMG in der Fassung vor dem Inkrafttreten des neuen Lebensmittelgesetzes anwendbar sind. Ein Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten ist in Erarbeitung (vgl. Erläuternder Bericht des BAG von Dezember 2017 zum Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten [Tabakproduktegesetz; TabPG; https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2918/5_TabPG_Vn_Erl.-Bericht_final_de.pdf] mit dem Hinweis, dass die Übergangsfrist nicht eingehalten werden könne).

E. 1.2.3.5

Wie das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2010/50 Erwägung 5 feststellte, ist aus gesundheitlicher Sicht die Unterstellung eines Produktes unter eine bestimmte Gesetzgebung (insbesondere das Chemikalienrecht, das Heilmittelrecht oder das Lebensmittelrecht) von grosser Bedeutung, da für das Inverkehrbringen und die Marktüberwachung je nach anwendbarem Recht unterschiedliche Anforderungen gelten und nur mit einer korrekten Einteilung sichergestellt werden kann, dass Anwender und Verbraucher vor ungenügend geprüften Produkten geschützt werden. Ein Produkt kann in der Regel nur einer der erwähnten Produktkategorie angehören und der diesbezüglichen Gesetzgebung unterstehen (vgl. BVGE 2010/50 E. 5 m.H.a. Rechtsprechung und Literatur). Weiter erwog das Bundesverwaltungsgericht chemische Stoffe und Zubereitungen hätten häufig unterschiedlichste Verwendungszwecke und/oder Wirkungen (z.B. in den Bereichen Lebensmittel oder Arzneimittel) und könnten grundsätzlich auch in den Regelungsbereich anderer Spezialgesetze fallen. Gemäss Art. 2 Abs. 4 Bst. a ChemG könne der Verordnungsgeber daher Ausnahmen vom Geltungsbereich der Chemikaliengesetzgebung für jene Produkte vorsehen, bei denen der Schutz des Lebens und der Gesundheit vor schädlichen Einwirkungen durch Stoffe und Zubereitungen durch andere Spezialgesetze bereits hinreichend sichergestellt sei. Dies solle insbesondere bei folgenden, für den Endverbraucher oder die Endverbraucherin bestimmten Stoffen und Zubereitungen in Form von Fertigerzeugnissen möglich sein: Futtermittel, Lebensmittel (Nahrungs- und Genussmittel), Human- und Tierarzneimittel, Medizinprodukte, Körperpflegemittel und Kosmetika (vgl. BVGE 2010/50 E. 5.1. m.H.a. die Botschaft des Bundesrates zum ChemG, BBl 2000 742 ff., 746 f.). Die Abgrenzungsregeln würden sich nicht in der Chemikalien-, sondern in der jeweiligen Spezialgesetzgebung finden (vgl. BVGE 2010/50 E. 5.2).

E. 1.2.3.6

Vorliegend ist somit nach den Vorschriften des LMG, welches im Verfügungszeitpunkt 12. November 2015 Geltung hatte (vgl. E. 1.2.1 und E. 1.2.2 hiervor), zu prüfen, ob es sich bei den zu beurteilenden Produkten um Gegenstände handelt, welche unter das Lebensmittelrecht fallen. Ist dies nicht der Fall, so unterstehen sie der Chemikaliengesetzgebung. Das Chemikalienrecht ist folglich in dem Sinne eine Auffanggesetzgebung, als dass Stoffe und Zubereitungen, die nicht in den Geltungsbereich einer anderen Produktgesetzgebung fallen (z.B. Lebensmittelgesetzgebung), subsidiär vom Chemikalienrecht geregelt werden (vgl. Christoph Streuli in Streuli/Kappes/Näf/von Arx

[Hrsg.], Leitfaden zum Chemikalienrecht, unter Berücksichtigung anderer Rechtsgebiete mit Bezug zum Chemikalienrecht, 2. Auflage, Bern, Neftenbach und Zürich 2013, S. 15).

E. 1.2.3.7

Im Zeitpunkt der Anordnung galten E-Zigaretten (elektronische Zigaretten) und Liquids für E-Zigaretten als Gebrauchsgegenstände im Sinne von Art. 5 Bst. b LMG (vgl. Urteil des BVGer C-7143/2010 vom 24. August 2012 E. 3.1.2). Als Genussmittel im Sinne von Art. 3 Abs. 3 LMG konnten sie damals nicht eingestuft werden, da Art. 3 Abs. 3 LMG "und andere Raucherwaren" erwähnt, jedoch E-Zigaretten nicht geraucht, sondern gedampft werden (vgl. Urteil BVGer C-7143/2010 E. 3.1.1 und E. 3.1.2; Urteil des BVGer C-7634/2015 vom 24. April 2018). Da das Chemikalienrecht wie erwähnt subsidiär anwendbar ist (vgl. E. 1.2.3.6 hiervor) und E-Zigaretten sowie deren Liquids im Zeitpunkt der angefochtenen Anordnung unter das Lebensmittelrecht fielen, findet das Chemikalienrecht vorliegend keine Anwendung.

E. 1.2.4

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die folgenden Gesetze und Verordnungen anwendbar sind: das LMG in der Fassung vom 1. Oktober 2015, die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02) 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; SR 946.513.8) in der Fassung vom 1. Oktober 2015. Noch keine Anwendung finden die Änderungen per 1. Mai 2017 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse, das Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände in der Fassung vom 1. Mai 2017, die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016 in der Fassung vom 2. Mai 2017 und die Änderungen per 1. Mai 2017 der Verordnung über das Inverkehrbringen von nach ausländischen technischen Vorschriften hergestellten Produkten und über deren Überwachung auf dem Markt vom 19. Mai 2010.

E. 1.3

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht - unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen - Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG erlassen wurden. Als Verfügungen nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (Bst. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten (Bst. b) oder die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c) zum Gegenstand haben.

E. 1.4.1

Anfechtungsobjekt ist 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. Diese Anordnung ist als anfechtbare Allgemeinverfügung zu betrachten (vgl. Urteil des BVGer

C-7634/2015 vom 24. April 2018).

E. 1.4.2

Gemäss Art. 20a THG kann gegen Verfügungen der Vollzugsorgane der Marktüberwachung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht geführt werden.

E. 1.4.3

Das BLV ist eine Behörde gemäss Art. 33 VGG und somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme hinsichtlich dem Sachgebiet im Sinne von Art. 32 VGG ist vorliegend nicht gegeben, womit das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

E. 1.5.1

Zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht ist laut Art. 48 Abs. 1 VwVG legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a sogenannte formelle Beschwer), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. b und c, sogenannte materielle Beschwer).

E. 1.5.2

Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Sie hatte keine Möglichkeit am vorinstanzlichen Marktüberwachungsverfahren teilzunehmen. Als Vertreiberin von elektronischen Zigaretten und nikotinhaltigen Nachfüllflüssigkeiten ist sie besonders berührt und hatte bei Beschwerdeeinreichung ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Anordnung, so dass sie zur Beschwerde legitimiert war (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG; Abschreibungsentscheid des BVer C-529/2011 vom 23. August 2013 E. 2.1). Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, waren sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt, und es war auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

E. 1.5.3

Im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG ist ein Interesse schutzwürdig, wenn die Beschwerdeführerin nicht bloss beim Einreichen der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles, praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (vgl. BGE 136 III 497 E. 1.1; BGE 111 Ib 56 E. 2a). Liegt das praktische Interesse im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vor, fällt es aber im Verlaufe des Verfahrens dahin, ist die Beschwerde als gegenstandslos (erledigt) abzuschreiben (vgl. BGE 137 I 161 E. 4.3.2; BGE 118 Ia 488 E. 1a; BGE 118 Ib 1 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 9C_502/2012 vom 11. Juli 2012 und 2C_10/2009 und 2C_25/2009 vom 5. Februar 2009 E. 2).

E. 1.5.4

Mit Urteil C-7634/2015 vom 24. April 2018 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass die Allgemeinverfügung vom 12. November 2015 aufzuheben sei. Aufgrund dieses Entscheids ist für die Beschwerdeführerin kein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse an einer materiellen Beurteilung der Beschwerde mehr gegeben und das Beschwerdeverfahren kann als gegenstandslos abgeschrieben werden. Es liegt auch keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vor, welche allenfalls einen Verzicht auf das aktuelle Interesse und damit eine materielle Prüfung rechtfertigen würde (vgl. BGE 138 II

42 E. 1.3; BGE 131 II 670 E. 1.2; BGE 116 Ia 359 E. 2b; BGE 128 II 34 E. 1.b m.H.). Zudem entfällt mit Aufhebung der Allgemeinverfügung auch das Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin. Auf deren Feststellungsbegehren (Antrag 3) ist daher nicht weiter einzugehen.

E. 2

Die von der Beschwerdeführerin als Beweismittel dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Liquids sind durch die Vorinstanz fachgerecht zu vernichten, da der Verkehrsfluss durch Lagerung unterbrochen wurde und das Verbrauchsdatum abgelaufen ist.

E. 3

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

E. 3.1

Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 Satz 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend wurde die Gegenstandslosigkeit ohne Zutun der Parteien durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7634/2015 vom 24. April 2018 herbeigeführt. Hätte das Bundesverwaltungsgericht die Allgemeinverfügung nicht bereits im Verfahren C-7634/2015 aufgehoben, wäre die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptbegehren durchgedrungen und hätte dementsprechend obsiegt. Der Beschwerdeführerin sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 3.2

Wird ein Verfahren gegenstandslos, so prüft das Gericht, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Für die Festsetzung der Parteientschädigung gilt Art. 5 VGKE sinngemäss (Art. 15 VGKE). Wie erwähnt, wurde die Gegenstandslosigkeit vorliegend von keiner Partei verursacht. Die Beschwerdeführerin wäre mit ihrem Hauptbegehren durchgedrungen, wenn das Bundesverwaltungsgericht nicht bereits im Urteil C-7634/2015 über die Aufhebung der Allgemeinverfügung des BLV entschieden hätte, weshalb die Vorinstanz der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten hat. Die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Das Anwaltshonorar ist nach dem notwendigen Zeitaufwand der Vertreterin zu bemessen (Art. 10 Abs. 1 VGKE). Die Vertreterin der Beschwerdeführerin reichte am 9. Dezember 2015 (BVGer act. 1 Beilage 6) eine Kostennote für ihre Aufwände bis und mit Ausarbeitung der 18-seitigen Beschwerdeschrift in der Höhe von Fr. 5'896.80 ein. Für die weiteren Aufwendungen (9-seitige Replik und Schreiben vom 15. September 2016) liegt keine Kostennote vor. Mangels hinreichender Kostennote ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten zu bestimmen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache, der Komplexität und des Umfangs des vorliegenden Falles erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine

Parteientschädigung von Fr. 7'000.- (inklusive Auslagen) für angemessen (Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

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