

von Rechtsanwalt **Phil Salewski**

Handlungsanleitung: Der Verkauf von E-Zigaretten und Liquids (Update)

Die Eindämmung des Tabakkonsums sowie die Gefahrensensibilisierung in Bezug auf das Rauchen sind bereits seit Jahrzehnten Gegenstand nationaler und europäischer gesetzgeberischer Bestrebungen. Neue, den Tabakmarkt revolutionierende Entwicklungen wie die E-Zigarette mit ihren dazugehörigen Liquids haben hierbei den Gesetzgeber dazu gezwungen, Anpassungen und Ausdehnungen bestehender Regularien vorzunehmen. In der Phase der Gesetzesanpassung hat es zeitweise auf diesem Gebiet gravierende Rechtsunsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten gegeben. Mit Inkrafttreten des neuen Tabakerzeugnisgesetzes (TabakerzG) und der neuen Tabakerzeugnisverordnung (TabakerzV) zum 20. Mai 2016 ist die Rechtslage jedoch klarer geworden. Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick dazu geben, was nach den neuen Vorschriften für den rechtssicheren Verkauf von E-Zigaretten und Liquids zu beachten ist.

A. Überblick: die E-Zigaretten und das Tabakrecht

I. Vor 2016: Lückenhafte, veraltete Gesetzgebung für E-Zigaretten und Liquids

Die in Deutschland vor 2016 geltenden Tabakgesetze sahen keine speziellen Regelungen für den Vertrieb von elektronischen Zigaretten und den dazugehörigen Füllflüssigkeiten vor und ließen im Zuge dessen insbesondere speziellen Anforderungen an die Produktsicherheit und die Funktionsüberwachung missen.

Obwohl das ursprünglich bereits im Jahre 1974 erlassene Gesetz und die anknüpfende Tabakverordnung aus dem Jahr 1977 auf Grundlage späterer europäischer Richtlinien und festgestellter Änderungen des Konsumverhaltens der Verbraucher diverse Male modifiziert wurden und so an den jeweiligen Entwicklungsstatus angepasst werden sollten, stellte insbesondere der Marktstart der E-Zigaretten mit dazugehörigen Liquids den Gesetzgeber und die Rechtsanwender vor erhebliche Probleme.

Die neuartige Technologie nämlich, durch welche auf Knopfdruck eine chemische Flüssigkeit, der liquide Verbrauchsstoff (englisch: „liquid“), durch einen elektrisch beheizten Wendel zum Verdampfen gebracht wird und so einen inhalationsfähigen Nassdampf erzeugt, wich von sämtlichen bisher bekannten Arten des Nikotinkonsums unweigerlich ab. Die Folge war, dass keine der bis dato geltenden gesetzlichen Regularien zur rechtlichen Kontrolle des Vertriebs unmittelbar herangezogen werden konnten.

Zum einen nämlich ging das deutsche Tabakrecht in seinen Bestimmungen stets von einer Aufnahme von Tabakerzeugnissen durch Rauchen, Kauen oder Schnupfen, nicht aber durch die Inhalation von Wasserdampf aus, zum anderen schwebte dem Gesetzgeber beim Erlass der Vorschriften stets eine

untrennbare Einheit von Wirkstoff und Transportmedium vor.

Schnell erkannte man bei E-Zigaretten insofern zwar das rechtspolitische Bedürfnis, diese aus Präventionszwecken, vor allem unter dem Ziel der Limitierung des Konsums und der Reduzierung der Attraktivität zur Vermeidung von Gesundheitsschäden, denselben Rechtsvorschriften zu unterwerfen, die auch für die althergebrachten nikotinhaltigen Genussmittel galten.

Strittig war aber bereits das Verhältnis zwischen der bloßen technischen Vorrichtung des E-Zigarettengehäuses und den eigentlichen schadstoffbeinhaltenden, austauschbaren Liquids. Das bloß funktionelle Instrument der unbefüllten E-Zigarette war zumindest in Form der wiederauffüllbaren Modelle unter die gesetzlichen Verbots- und Auflagenatbestände nicht zu subsumieren, weil es erst in Kombination mit dem separaten Wirkstoff die gesetzlich für prekär erklärte Gesundheitsschädigung zu bewirken geeignet war.

Darüber hinaus wurde heftig diskutiert, ob insofern zumindest die Verbrauchsstoffe (die Liquids) in ihrer Zusammensetzung überhaupt als rechtspflichtauslösende „Tabakerzeugnisse“ im Sinne des Tabakgesetzes angesehen werden konnten oder nicht vielmehr als Medizinprodukte eingestuft werden mussten, die wiederum anderen wirtschaftlichen Beschränkungen unterliegen.

II. Handlungsbedarf zuerst vom europäischen Gesetzgeber erkannt

In Anbetracht der neuartigen Entwicklungen des Tabakmarkts veranlassten vor allem die mangelnde Einheitlichkeit und bestehende Regelungslücken den europäischen Gesetzgeber schließlich zur Ausarbeitung und nachfolgenden Verabschiedung der Tabakprodukte-Richtlinie (RL 2014/40/EU) vom 29.04.2014. Diese zielt neben neuartigen Zusatzstoffverboten, erweiterten Kennzeichnungs- und Überwachungspflichten und Werbebeschränkungen zum ersten Mal auch auf die europaweite Harmonisierung der Vorschriften über den Verkauf von E-Zigaretten und Liquids ab.

Diese Richtlinie musste **bis zum 20.05.2016** ihrem Ziel nach in das nationale Recht der Mitgliedsstaaten umgesetzt werden.

III. Umsetzung in nationales Recht

In Umsetzung der europäischen Richtlinie traten am 20. Mai 2016 das Tabakerzeugnisgesetz und die neue Tabakerzeugnisverordnung in Kraft. Darin werden nun erstmalig neben herkömmlichen Tabakerzeugnissen auch elektronische Zigaretten und Liquids erfasst und gesetzlichen Bestimmungen eindeutig zugeführt. Die neuen Regelungen umfassen insbesondere besondere Zulassungs- und Mitteilungsverfahren und Registrierungspflichten, spezielle Kennzeichnungs- und Informationspflichten sowie Werbeverbote.

B. Der Verkauf von E-Zigaretten und Liquids

Der gewerbsmäßige Vertrieb nikotinhaltiger Liquids, welchen der BGH mit Urteil vom 23.12.2015 (Az. 2 StR 525/13) auf Grundlage des geltenden Rechts (fehlerhaft) unter ein generelles Verbot stellte, wurde mit Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes endgültig legalisiert.

Nach § 2 Nr. 2 i.V.m Nr. 1 TabakerzG gelten elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter als zu Tabakerzeugnissen „verwandte Erzeugnisse“ und fallen somit unproblematisch in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Die §§ 13 – 16 TabakerzG treffen zu dieser Produktart nun spezielle Regelungen, während die §§ 18 – 23 TabakerzG sowohl auf Tabakerzeugnisse als auch auf die E-Zigaretten und Liquids anwendbar sind.

Allerdings unterliegt die Zulässigkeit jeglicher Handelstätigkeiten bestimmten Voraussetzungen, die zum einen die Beschaffenheit der zur Evaporation geeigneten Flüssigkeiten betreffen und zum anderen in der Einhaltung besonderer Warnpflichten bestehen.

I. Nikotinhaltige Liquids

1.) Allgemeine Pflichten

Gemäß § 16 TabakerzG haben Hersteller, Importeur und Händler im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Vorkehrungen und Maßnahmen zur Vermeidung von Risiken zu treffen.

Diese Maßnahmen müssen den Produkteigenschaften angemessen sein und reichen von der Rücknahme über angemessene und wirksame Warnungen bis zum Rückruf. Hierfür müssen sie abhängig vom Grad des Risikos Stichproben durchzuführen.

Auch haben sie Beschwerden über in den Verkehr gebrachte E-Zigaretten und Liquids zu prüfen und andere Wirtschaftsteilnehmer und Inhaber erster Verkaufsstellen über weitere Maßnahmen zu unterrichten.

Zudem treffen sie besondere Informationspflichten, sobald ihnen ein Risiko für die Sicherheit und Gesundheit von Personen im Zusammenhang mit den von ihnen verkauften Produkten bekannt wird oder die Marktüberwachungsbehörde weitere Informationen anfordert.

Wichtig: Zu beachten ist hierbei insbesondere, dass das Pflichtprogramm nicht nur Hersteller, sondern auch alle Händler, ob im stationären oder im Online-Handel tätig, gleichermaßen bindet.

Hersteller und Importeure treffen nach §§ 24, 25 TabakerzV zudem spezifische Mitteilungs- und Informationspflichten an die zuständigen Behörden.

2.) Substanzliche und inhaltliche Zulässigkeitsvoraussetzungen

In Umsetzung von Art. 20 Absatz 3 lit. a – e der RL 2014/40/EU treffen das Tabakerzeugnisgesetz und die Tabakerzeugnisverordnung Regelungen über Inhalts- und Zusatzstoffe von E-Zigaretten und deren Nachfüllbehältern.

So dürfen elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter nur in den Verkehr gebracht werden, wenn

- sie keinen der in Anlage 2 der TabakerzV aufgeführten Inhaltsstoffe enthalten (§ 13 TabakerzG i.V.m. § 28 TabakerzV)
- bei der Herstellung der zu verdampfenden Flüssigkeit nur Inhaltsstoffe von hoher Reinheit verwendet werden, wobei bis auf technisch unvermeidbare Spuren keine anderen Stoffe als diese reinen Inhaltsstoffe enthalten sein dürfen,
- bei der Herstellung der zu verdampfenden Flüssigkeit außer Nikotin nur Inhaltsstoffe verwendet werden, die in erhitzter Form kein Risiko für die menschliche Gesundheit darstellen (§ 13 TabakerzG), und
- die nikotinhaltige, zu verdampfende Flüssigkeit einen Nikotiningehalt von höchstens 20 Milligramm pro Milliliter hat (§ 14 TabakerzG)

3.) Produktgestalterische Zulässigkeitsvoraussetzungen

Das Tabakerzeugnisgesetz stellt in Zusammenhang mit der korrespondierenden Rechtsverordnung zugleich Anforderungen an die Produktgestaltung der Liquid-Behältnisse auf, bei deren Missachtung der Vertrieb zu untersagen ist.

Nach § 14 TabakerzG wird die Beschaffenheit von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern geregelt.

E-Zigaretten und Nachfüllbehälter dürfen nur in den Verkehr gebracht werden, wenn

- Nachfüllbehälter ein Volumen von höchstens 10 Millimetern haben,
- elektronische Einwegzigaretten oder Einwegkartuschen ein Volumen von höchstens 2 Millimetern haben
- die Nikotindosis bei elektronischen Zigaretten unter normalen Gebrauchsbedingungen auf einem gleichmäßigen Niveau abgegeben wird

Sichergestellt muss dabei insbesondere werden, dass die Behältnisse

- kinder- und manipulationssicher sowie
- bruch- und auslaufsicher sind und
- über einen Mechanismus für eine auslauffreie Nachfüllung verfügen (der Nachfüllmechanismus hat den Anforderungen gemäß Art. 2 Abs. 1 des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/586 zu genügen)

4.) Beipackzettel, Kennzeichnung und Verpackung

Zusätzlich unterliegt der Vertrieb von nikotinhaltigen Liquids speziellen Hinweis- und Kennzeichnungspflichten, deren Verstoß ein Marktbereitstellungsverbot nach sich ziehen kann.

Elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter dürfen nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einem Beipackzettel versehen sind, der eine Gebrauchsanleitung und Informationen über gesundheitliche Auswirkungen sowie Kontaktdaten enthält.

Der Beipackzettel muss die Überschrift „Gebrauchsinformationen“ tragen, in deutscher Sprache verfasst, allgemein verständlich und gut lesbar sein und Folgendes enthalten:

- Gebrauchs- und Aufbewahrungsanleitungen,
- Gegenanzeigen,
- Warnhinweise für diejenigen Verbrauchergruppen, die bei der Verwendung der elektronischen Zigarette oder des Nachfüllbehälters stärker gefährdet sind als andere, einschließlich eines Hinweises, dass das Erzeugnis nicht für Nichtraucher empfohlen wird, und dass die Abgabe an sowie die Verwendung durch Kinder und Jugendliche untersagt sind,
- Angaben zu möglichen nachteiligen Auswirkungen auf die Gesundheit,
- Angaben zur suchterzeugenden Wirkung,
- Angaben zu toxikologischen Daten,
- den Namen, die Anschrift und die elektronischen Kontaktdaten des Herstellers, Importeurs oder einer vom Hersteller oder Importeur zu bestimmenden, in der Europäischen Union ansässigen verantwortlichen juristischen oder natürlichen Person und
- die in Artikel 2 Absatz 2 des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/586 der Kommission vom 14. April 2016 zu den technischen Normen für den Nachfüllmechanismus elektronischer Zigaretten (ABl. L 101 vom 16.4.2016, S. 15) genannten Informationen.

Zudem muss die Packung und Außenverpackung mit einem **gesundheitsbezogenen Warnhinweis** versehen sein. Dieser muss lauten:

“

Dieses Tabakerzeugnis schädigt Ihre Gesundheit und macht süchtig.

”

Der Hinweis muss auf den zwei größten Flächen der Packung und der Außenverpackung angebracht werden und jeweils 30 Prozent dieser Fläche einnehmen. Der Warnhinweis muss parallel zum Haupttext ausgerichtet werden und in der Schriftart Helvetika fett, schwarz auf weißem Hintergrund, zentriert und bei quaderförmigen Packungen und Außenverpackungen parallel zur Seitenkante aufgedruckt werden.

Gemäß § 27 Abs. 1 TabakerzV sind Hersteller und Importeure von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern vor dem Inverkehrbringen zudem zur Aufbringung einer Liste auf Packungen und Außenverpackungen von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern verpflichtet.

Die Liste muss folgende Angaben enthalten:

- alle Inhaltsstoffe in absteigender Reihenfolge ihres Gewichtsanteils,
- den Nikotingehalt und die Nikotinabgabe pro Dosis,
- einen Hinweis, aus dem das Los zu ersehen ist, zu dem die elektronische Zigarette oder der Nachfüllbehälter gehört, und
- den Hinweis, dass das Erzeugnis nicht in die Hände von Kindern und Jugendlichen gelangen darf.

5.) Werbeverbote

Mit der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht wurden gleichsam weitreichende Werbeverbote für nikotinhaltige Liquids eingeführt, deren Nichteinhaltung in eigenständigen Straftatbeständen mit Freiheits- und Geldstrafen bedroht wird.

Untersagt sind folgende Werbeformen:

- Pressewerbung und Werbung in sonstigen Printerezeugnissen
- Hörfunk-/Radiowerbung
- Werbung in den Diensten der Informationsgesellschaft, also insbesondere in Internet und Fernsehen
- Sponsoringwerbung mit grenzüberschreitender Wirkung zur Förderung des Absatzes von Liquids im Rahmen von Hörfunksendungen oder auf Veranstaltungen sowie in sonstigen Medien der audiovisuellen Kommunikation (Fernsehen, video-on-demand)
- sonstige Werbung, die geeignet ist, Minderjährige zum Konsum zu veranlassen, oder aus welcher sich der Eindruck ergibt, dass der Konsum des Produktes nachahmungswert, gesundheitlich unbedenklich oder gar förderlich sei oder dass die jeweiligen Inhaltsstoffe natürlich oder naturrein seien

Vom Werbeverbot betroffen ist damit **jede erdenkliche Form der Onlinewerbung gegenüber dem Verbraucher.**

Das Verbot gilt demnach für Facebook-Fanpages oder Tweets genauso wie z.B. für Bannerwerbung auf eigenen oder auf fremden Seiten, AdWords-Werbung, Content-Marketing oder die Produktplatzierung in Preissuchmaschinen. Es ist außerdem davon auszugehen, dass auch Online-Newsletter dem Werbeverbot unterfallen.

Eine Ausnahme vom Werbeverbot sieht das Gesetz nur für Werbung gegenüber Fachpublikum – also z.B. vom Hersteller gegenüber Händlern - vor.

Nicht verboten ist derzeit das Werben für E-Zigaretten gegenüber Verbrauchern auf Außenwerbung und im Kino nach 18h.

Allerdings ist zu beachten, dass auch diesbezüglich Einschränkungen vorgesehen sind. Das BAMF plant eine Ausdehnung des Werbeverbots auf Plakate und Kinofilme, die keine Jugendfreigabe besitzen, bisher haben es die betreffenden Gesetzentwürfe jedoch nie zur Abstimmung ins Parlament geschafft.

Verkauf: ja; Werbung: nein – wo liegt die Grenze im Online-Handel?

Von „Diensten der Informationsgesellschaft“ ist jegliche gewerbliche Ausprägung des Internets umfasst. Darunter fallen auch Internetseiten und Online-Shops, die zu Absatzförderungszwecken betrieben werden, sodass auch für diese das Werbeverbot gilt.

Fraglich in diesem Zusammenhang ist, ob auch bloße Produktbeschreibungen in Onlineshops als Werbung anzusehen und damit verboten sind.

Das OLG Karlsruhe hatte diese Frage für ein aus der Tabakwerbe-Richtlinie stammendes Werbeverbot für Tabakerzeugnisse zu entscheiden und ist davon ausgegangen, dass das Verbot an Verkaufsstellen nicht gelte (OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.10.2007, 19 U 184/06). Unter Verkaufsstellen fallen nach Ansicht des Gerichts sowohl der stationäre Handel als auch virtuelle Läden in Form von Online-Shops.

Verboten werden soll damit lediglich die Werbung für Tabakerzeugnisse, nicht aber deren Verkauf. Es ist davon auszugehen, dass die gleichen Grundsätze auch für E-Zigaretten und deren Nachfüllbehälter gelten.

II. Nikotinfreie Liquids

Während die Tabakprodukterichtlinie 2014/40/EU, auf welcher das Tabakerzeugnisgesetz fußt, bei nikotinhaltigen Liquids umfangreiche Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Marktbereitstellung aufstellt und gleichzeitig Marktüberwachungspflichten und Werbeverbote etabliert, sind nikotinfreie Liquids bereits aus dem Regelungsbereich des Rechtsaktes ausgeklammert.

Insofern unterstellt die Richtlinie, welche die Liquids grundsätzlich als „Nachfüllbehälter“ bezeichnet, in ihrem Definitionskatalog nach Art.2 Nr. 17 nämlich nur solche Behältnisse dem Anwendungsbereich der Restriktionen, welche nikotinhaltige Flüssigkeiten enthalten, die wiederum zum Nachfüllen einer elektronischen Zigarette verwendet werden können.

Auch von dem nationalen Tabakerzeugnisrecht sind die nikotinfreien Liquids ausgenommen. Die oben ausgeführten Voraussetzungen gelten für diese daher nicht. Zu beachten sind jedoch die Vorschriften des Produktsicherheitsgesetz sowie die Bestimmungen des Chemikalienrechts.

Auch ist für Händler, die nikotinfreie Liquids und E-Zigaretten in andere europäische Mitgliedstaaten verkaufen, Vorsicht geboten, da hier im Gegensatz zu den nikotinhaltigen Produkten die Regelungen nicht einheitlich sind.

III. Besondere jugendschutzrechtliche Bestimmungen für alle Liquids und E-Zigaretten

In Ergänzung der Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinienregeln zu stofflicher Zusammensetzung, Kennzeichnung, Warnung, Überwachung und Bewerbung von E-Zigaretten und Liquids hat die Bundesregierung die fortschreitende Marktdurchdringung der neuartigen Erzeugnisse auch zu einem jugendschutzrechtlichen Anliegen erklärt.

1.) Erweiterung von §10 JuSchG

So trat am 1. April 2016 das Gesetz zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor E-Zigaretten und Shishas in Kraft. Dieses änderte und erweiterte § 10 JuSchG und § 28 JuSchG.

Im Zuge dessen wurden Händlern sowohl online, als auch offline zur effektiven Abgabenüberwachung gegenüber Minderjährigen weitgehende Kontrollpflichten auch bei E-Zigaretten und Liquids auferlegt. Demnach dürfen Tabakwaren und andere nikotinhaltige Erzeugnisse und deren Behältnisse an Kinder und Jugendliche weder im Versandhandel angeboten noch abgegeben werden.

Bemerkenswert ist hierbei, dass die neuen jugendschutzrechtlichen Bestimmungen eine Differenzierung zwischen nikotinhaltigen und nikotinfreien Liquids gerade nicht vorsehen und ihren Anwendungsbereich im Übrigen auch auf sämtliche Formen der E-Zigaretten erstrecken.

Ziel der Gesetzesänderung war es, einen möglichst weitreichenden Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren der Inhalation gesundheitsschädlicher Stoffe zu erreichen und der Verharmlosung des E-Zigarettenkonsums entgegenzuwirken. Insbesondere vor dem Hintergrund der herabgesetzten Konsumhemmschwelle gegenüber nicht nikotinhaltigen Flüssigkeiten hält es die Bundesregierung für gerechtfertigt, im Bereich des Jugendschutzes das Abgabeverbot auf sämtliche Formen von E-Zigaretten und Liquids zu erstrecken.

Entgegen dem Wortlaut, der ausdrücklich nur den Versandhandel erwähnt, ergibt sich aus der begleitenden Gesetzgebung eine Gleichstellung von stationärem Handel und dem Versandgewerbe dergestalt, dass die neuen Vorschriften den gesamten Handel binden.

2.) Pflichterweiterung der Prüfsysteme in Online-Shops

Um die Einhaltung der Abgabeverbote in Bezug auf **sämtliche Liquids und E-Zigaretten** unabhängig von einem etwaigen Nikotingehalt zu gewährleisten, ist insbesondere der Online-Handel zur Erweiterung der bestehenden Prüfsysteme in den Shops verpflichtet um Barrieren für minderjährige Käufer bei den einschlägigen Produkten zu errichten.

Weil jedoch die Abgabe an den Minderjährigen im Sinne einer tatsächlichen Besitzverschaffung untersagt wird, darf in gleichem Maße wie beim Vertragsabschluss die konkrete Lieferung an den Empfänger nach erfolgreicher Bestellung ebenfalls erst dann erfolgen, wenn dessen Volljährigkeit hinreichend sichergestellt ist.

Wie Sie zu den Anforderungen an den rechtssicheren Versand von Artikeln mit Altersbeschränkung weitere Informationen benötigen, lesen Sie [diesen Beitrag der IT-Recht Kanzlei](#).

C. Fazit

Durch das Inkrafttreten der nationalen Bestimmungen zu Tabakerzeugnisse hat sich der Rauch um den Verkauf von E-Zigaretten und Nachfüllbehältern größtenteils verzogen und es herrscht nunmehr Rechtssicherheit und Transparenz bezüglich der gesetzlichen Vorgaben. Auch ist damit das Urteil des BGH hinfällig, das den Vertrieb von nikotinhaltigen Liquids zeitweise sogar illegal werden ließ.

Im Einklang mit der Richtlinie wurde der kurzzeitig verbotene Liquid-Handel durch das Gesetz grundlegend und unter bestimmten substanzlichen Anforderungen und gestalterischen sowie informatorischen Zulässigkeitsvoraussetzungen wieder legalisiert. Zudem wurde das VTabakG, auf dessen Grundlage das strittige Urteil erging, vollständig aufgehoben.

Händler haben nun jedoch eine Vielzahl von Vorgaben insbesondere hinsichtlich der Inhaltsstoffe, Verpackung, Beipackzettel, Werbeverbote und Vorschriften über den Jugendschutz zu beachten.

Autor:

RA Phil Salewski

Rechtsanwalt