

Handel mit nikotinhaltigen E-Zigaretten ist strafbar, EU-Tabakrichtlinie mehrfach bestätigt

Karlsruhe & Luxemburg/Stadt (mm) **Der Handel mit Flüssigkeiten für E-Zigaretten, die Nikotin enthalten, ist laut Bundesgerichtshof (BGH) derzeit in Deutschland strafbar. Allerdings wird die Rechtslage gerade geändert. Bis Ende Mai musste eine europäische Richtlinie aus dem Jahr 2014 in nationales Recht umgesetzt werden. Der Europäische Gerichtshof bestätigte, dass diese Richtlinie über Tabakerzeugnisse gültig ist. Auch die deutschen Verfassungsrichter lehnten es ab, den Vollzug außer Kraft zu setzen.** (Az: 2 StR 525/13 und C-358/14, C-477/14, C-547/14, 1 BvR 895/16)

Das Landgericht Frankfurt am Main hatte einen Händler zu einer Geldstrafe von neunzig Tagessätzen zu je neunzig Euro verurteilt wegen gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind. Zudem hat es die sichergestellten nikotinhaltigen Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten eingezogen - Urteil vom 17.06.2013 - 5/26 KLs 13/12 8920 Js 236334/11.

Nach den Feststellungen des Landgerichts vertrieb der Angeklagte seit Ende des Jahres 2008 elektronische Zigaretten (E-Zigaretten) und die dazugehörigen Verbrauchsstoffe (Liquids), die er über Zwischenhändler aus China und den Niederlanden bezog. Im Februar 2012 wurden bei dem Händler etwa 15.000 nikotinhaltige Liquids sichergestellt, die zum Verkauf bestimmt waren. Das Landgericht hat die von dem Angeklagten vertriebenen Verbrauchsstoffe für E-Zigaretten als Tabakprodukte im Sinne des § 3 Abs. 1 Vorläufiges Tabakgesetz (VTabakG) eingestuft. Da der Angeklagte über keine Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen verfügte und die sichergestellten Liquids die Stoffe Glycerin, Propylenglycol und Ethanol enthielten, welche für die Herstellung von Tabakerzeugnissen nicht (allgemein) zugelassen sind, hat das Landgericht den Straftatbestand des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG als erfüllt angesehen.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision des Angeklagten als unbegründet verworfen. Das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main ist damit rechtskräftig. Nach der Entscheidung des Senats stellen die angebotenen Verbrauchsstoffe zwar keine Arzneimittel dar, weil sie unabhängig von einem therapeutischen Nutzen für die Rauchentwöhnung gesundheitsschädlich sind und der Angeklagte die Verbrauchsstoffe auch nicht als Mittel zur Rauchentwöhnung vertrieben hat. Bei den Verbrauchsstoffen, die aus Rohtabak gewonnenes Nikotin in unterschiedlichen Konzentrationen enthielten, handelt es sich jedoch um Tabakerzeugnisse zum anderweitigen oralen Gebrauch (§ 3 Abs. 1 VTabakG). Nach Ansicht der Richter ist weder nach dem Wortlaut des Gesetzes noch nach seinem Zweck ersichtlich, dass ein „anderweitiger oraler Gebrauch“ nur vorliegen soll, wenn Nikotin, wie bei Snustabak, ausschließlich über die Mundschleimhäute in den Kreislauf der Körperflüssigkeiten aufgenommen wird. Für solche Tabakerzeugnisse ist nach geltendem Recht die Beimischung bestimmter Stoffe untersagt. Laut BGH ist deshalb auch der Handel mit den Liquids für E-Zigaretten strafbar - denn diese Flüssigkeiten enthalten in der Regel solche Beimischungen wie Ethanol, Glycerin und oft auch verschiedene Aromastoffe.

Nach Ansicht des 2. Strafsenats ist die Strafvorschrift des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG verfassungskonform. Der Straftatbestand ist im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend bestimmt. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) wird durch den gesetzgeberischen Zweck, die Gesundheit der Verbraucher zu schützen und einen Fehlgebrauch durch Minderjährige zu verhindern, gerechtfertigt. Damit bestehen zugleich sachliche Gründe für eine im Vergleich zu Tabakzigaretten abweichende rechtliche Behandlung von Verbrauchsstoffen, die zur Verwendung in E-Zigaretten bestimmt sind. Der Straftatbestand verstößt daher auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

Liquids, die aus Rohtabak erzeugtes Nikotin enthalten, wurden nun dennoch als Tabakerzeugnis eingestuft. Es kommt nach Ansicht der Karlsruher Richter nicht darauf an, dass bei der Nutzung von E-Zigaretten kein Verbrennungsvorgang stattfindet und kein Rauch eingeatmet wird.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.12.2015 ist rechtskräftig.

Unterdessen hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die neue Richtlinie der EU über Tabakerzeugnisse gültig ist. Sowohl die weitreichende Vereinheitlichung der Packungen als auch das zukünftige Verbot von mit Menthol versetzten Zigaretten in der Union und die Sonderregelung für elektronische Zigaretten sind rechtmäßig.

Ziel der neuen Richtlinie von 2014 über Tabakerzeugnisse ist es, ausgehend von einem hohen Schutz der menschlichen Gesundheit das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse zu erleichtern und dabei die Verpflichtungen der EU aus dem Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs einzuhalten. Die Richtlinie sieht u.a. ein ab dem 20.05.2020 geltendes Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen mit einem charakteristischen Aroma und die Vereinheitlichung der Etikettierung und der Verpackung von Tabakerzeugnissen vor. Dieses Verbot wird für Tabakerzeugnisse mit einem besonderen charakteristischen Aroma gelten, deren unionsweite Verkaufsmengen 3 Prozent oder mehr einer bestimmten Erzeugniskategorie ausmachen. Die Richtlinie führt zudem eine Sonderregelung für elektronische Zigaretten ein.

Der Mitgliedsstaat Polen beanstandete mit Unterstützung durch Rumänien das Verbot von mit Menthol versetzten Zigaretten (C-358/14). In zwei weiteren Rechtssachen (C-477/14 und C-547/14) hat der High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), den EuGH zur Gültigkeit einer Reihe von Bestimmungen der Richtlinie über Tabakerzeugnisse befragt. Der EuGH hat die Klage Polens abgewiesen und die Gültigkeit der Richtlinienbestimmungen, die er geprüft hat, bestätigt.

Hinsichtlich des Verbots von mit Menthol versetzten Zigaretten sei festzustellen, dass die Tabakerzeugnisse mit einem charakteristischen Aroma - sei es Menthol oder ein anderes Aroma - ähnliche objektive Eigenschaften aufweisen und ähnliche Auswirkungen auf den erstmaligen Tabakkonsum und die Aufrechterhaltung des Tabakgebrauchs haben. Menthol soll durch sein angenehmes Aroma die Tabakerzeugnisse attraktiver für die Verbraucher machen, und die Verringerung der Attraktivität dieser Erzeugnisse könne dazu beitragen, die Prävalenz des Tabakkonsums und die Abhängigkeit sowohl unter neuen als auch unter kontinuierlichen Rauchern zu reduzieren.

Bei Erlass der Richtlinie bestanden erhebliche Unterschiede zwischen den Regelungen der Mitgliedsstaaten, da einige von ihnen verschiedene Listen zulässiger oder verbotener Aromen erstellt hatten, während andere keine besonderen Vorschriften hierzu erlassen hatten. Durch das Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen mit einem charakteristischen Aroma beuge die Richtlinie einer solchen heterogenen Entwicklung der Regelungen der Mitgliedsstaaten vor. Daher erleichtere ein solches Verbot das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und sei zugleich geeignet, einen hohen Schutz der menschlichen Gesundheit, besonders für junge Menschen, sicherzustellen. Der Unionsgesetzgeber habe in Ausübung seines weiten Ermessens ein solches Verbot verhängen dürfen, da die von Polen befürworteten Maßnahmen nicht als gleich geeignet erscheinen, das verfolgte Ziel zu erreichen. Denn die Attraktivität dieser Erzeugnisse könne weder verringert werden durch die Anhebung der Altersgrenze für den zulässigen Konsum nur für Tabakerzeugnisse mit einem charakteristischen Aroma noch durch das Verbot des grenzüberschreitenden Verkaufs von Tabakerzeugnissen oder die Anbringung eines gesundheitsbezogenen Warnhinweises auf der Etikettierung, dass Tabakerzeugnisse mit einem charakteristischen Aroma genauso gesundheitsschädlich seien wie die anderen Tabakerzeugnisse; somit ließe sich durch solche Maßnahmen auch nicht verhindern, dass Personen, die die festgelegte Altersgrenze überschreiten, in den Tabakkonsum einsteigen. Ein solches Verbot verstoße nicht gegen den Subsidiaritätsgrundsatz.

Betreffend die Vereinheitlichung der Etikettierung und der Verpackung von Tabakerzeugnissen, sei zunächst klarzustellen, dass die Mitgliedsstaaten weitere Anforderungen nur in Bezug auf Aspekte der Verpackung von Tabakerzeugnissen beibehalten oder einführen könnten, die durch diese Richtlinie nicht harmonisiert seien. Das Verbot, auf der Kennzeichnung der Packung, der Außenverpackung und dem Tabakerzeugnis selbst Elemente oder Merkmale anzubringen, die geeignet seien, ein Tabakerzeugnis zu bewerben oder zu dessen Konsum anzuregen, selbst wenn diese Elemente oder Merkmale inhaltlich zutreffen, sei zum einen geeignet, die Verbraucher vor den mit dem Tabakgebrauch verbundenen Gefahren zu schützen, und gehe zum anderen nicht über die Grenzen dessen hinaus, was zur

Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich sei. Zudem seien die Regeln, die im Wesentlichen die Unversehrtheit der gesundheitsbezogenen Warnhinweise nach Öffnung der Packung, die Platzierung und die Mindestmaße der gesundheitsbezogenen Warnhinweise sowie die Form von Zigarettenpackungen und die Mindestzahl von Zigaretten pro Packung betreffen, verhältnismäßig.

Außerdem habe der Unionsgesetzgeber dadurch, dass er vorgesehen habe, dass jede Packung und jede Außenverpackung gesundheitsbezogene Warnhinweise trage, die aus einem textlichen Warnhinweis und einer Farbfotografie bestehen und 65 Prozent der äußeren Vorder- und der äußeren Rückseite der Packung einnehmen, nicht die Grenzen dessen überschritten, was geeignet und erforderlich sei.

Was die Sonderregelung für elektronische Zigaretten betreffe, die u.a. eine Verpflichtung der Hersteller und Importeure vorsehe, jedes Produkt, das sie auf den Markt bringen wollen, bei den nationalen Behörden anzumelden (kombiniert mit einer sechsmonatigen Stillhaltepflicht), besondere Warnhinweise, einen zulässigen Höchstgehalt an Nikotin von 20 mg/ml, eine Verpflichtung, einen Beipackzettel beizufügen, ein besonderes Verbot von Werbung und Sponsoring sowie Verpflichtungen zur Erstattung jährlicher Berichte, so sei darauf hinzuweisen, dass elektronische Zigaretten andere objektive Merkmale aufweisen als Tabakerzeugnisse. Daher habe der Unionsgesetzgeber dadurch, dass er für elektronische Zigaretten eine andere und im Übrigen weniger strenge rechtliche Regelung als für Tabakerzeugnisse vorgesehen habe, nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen.

Zudem seien angesichts des wachsenden Marktes für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter die nationalen Vorschriften über die Anforderungen, denen diese Produkte entsprechen müssten, ohne eine unionsweite Harmonisierung von Natur aus geeignet, den freien Warenverkehr zu behindern. Indem die Richtlinie es den Mitgliedsstaaten erlaube, den grenzüberschreitenden Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern im Fernabsatz zu verbieten, und den Mitgliedsstaaten, die ihn nicht verbieten, bestimmte gemeinsame Regelungen aufgeben, ermögliche sie es den Mitgliedstaaten, eine Umgehung der Konformitätsvorschriften zu verhindern.

Aufgrund der erwiesenen und potenziellen Risiken des Gebrauchs von elektronischen Zigaretten sei der Unionsgesetzgeber veranlasst gewesen, entsprechend den Anforderungen, die sich aus dem Vorsorgeprinzip ergeben, tätig zu werden. Insoweit sei die Anmeldepflicht für elektronische Zigaretten nicht offensichtlich ungeeignet bzw. gehe nicht offensichtlich über das hinaus, was zur Erreichung des vom Unionsgesetzgeber angestrebten Ziels erforderlich sei. Darüber sei das Argument zurückzuweisen, die Verpflichtung der Hersteller und Importeure von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern, den zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten jährlich bestimmte Informationen vorzulegen, die es diesen ermöglichen, die Entwicklung des Markts zu überwachen, verstoße gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit. Ebenso wenig habe der Gesetzgeber mit der Festlegung des zulässigen Höchstgehalts der Flüssigkeit elektronischer Zigaretten an Nikotin auf 20 mg/ml willkürlich gehandelt oder offensichtlich die Grenzen dessen überschritten, was zur Erreichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels geeignet und erforderlich gewesen sei.

Es sei auch nicht unverhältnismäßig, für Packungen mit elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehälter einen gesonderten Beipackzettel vorzuschreiben oder Werbung und Sponsoring für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter im Wesentlichen zu verbieten. Außerdem berühre das den Wirtschaftsteilnehmern auferlegte Verbot, ihre Produkte zu bewerben, nicht den Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit und des Eigentumsrechts, die durch die Charta der Grundrechte der Union anerkannt seien.

Die Sonderregelung für elektronische Zigaretten verstoße ebenfalls nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip.

Die Entscheidungen des EuGHs vom 04.05.2016 sind rechtskräftig.

Pünktlich zum Inkrafttreten des Tabakerzeugnisgesetzes am 20.05.2016 hat das Bundesverfassungsgericht einen Eilantrag gegen die EU-Tabakrichtlinie abgewiesen. Auch die Verfassungsrichter erlauben damit Tabak-Nudging (ein ergänzendes Instrument in der ökologisch orientierten Verbraucherpolitik zur Förderung nachhaltigen Konsumverhaltens).