

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ

Dampfen und Recht –

Leitfaden für den Vertrieb von E-Zigaretten und Zubehör

von Sarah Op den Camp

Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht
LIEB.Rechtsanwälte, Erlangen

Stand: Oktober 2017

I. Rechte und Pflichten nach dem Tabakerzeugnisgesetz (TabakerzG)

Bereits mit dem Tabakerzeugnisgesetz (TabakerzG) wurden einige Einschränkungen für den Verkauf von Tabakprodukten, insbesondere jedoch auch E-Zigaretten und Liquids vorgenommen.

1.

In § 13 Abs. 2 TabakerzG wurde das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft ermächtigt, Rechtsverordnungen zu erlassen, die die Verwendung bestimmter Inhaltsstoffe verbietet oder beschränkt. Dieser Ermächtigung kam das Bundesministerium mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der Tabakverordnung Inhaltsstoffe nach. Es wurde eine sogenannte Verbotsliste erstellt. Hierin gelistete Substanzen dürfen nun nicht mehr in elektronischen Zigaretten und / oder Nachfüllbehältern enthalten sein.

2.

Nach dem TabakerzG dürfen E-Zigaretten und Liquids weiter in den Verkehr gebracht werden, allerdings müssen sie bestimmte Kriterien erfüllen:

- Maximal 20 mg/ml Nikotin in E-Liquids und Basen (§ 14 Abs. 1 TabakerzG)
- Maximale Flaschengröße 10 ml für Liquids mit Nikotin und nikotinhaltigen Basen (§ 14 Abs. 1 TabakerzG)
- Inhaltsstoffe von hoher Reinheit (§ 13 Abs. 1 TabakerzG)
- Außer Nikotin nur Verwendung von Inhaltsstoffen, die in erhitzter und unerhitzter Form kein Risiko für die menschliche Gesundheit darstellen (§ 13 Abs. 1 TabakerzG)
- E-Zigaretten und Behälter müssen kinder- und manipulationssicher, sowie bruch- und auslaufsicher sein, im Ergebnis also über einen sicheren Schließmechanismus verfügen (§ 14 Abs. 3 TabakerzG)
- E-Zigaretten müssen die Nikotindosis gleichmäßig abgeben (§ 14 Abs. 2 TabakerzG)
- E-Zigaretten und Nachfüllbehälter müssen mit einem Beipackzettel versehen sein, der eine Gebrauchsanleitung und Informationen über gesundheitliche Auswirkungen, sowie Kontaktdaten enthält
- Elektronische Einwegzigaretten oder Einwegkartuschen dürfen ein Volumen von höchstens 2 ml nicht übersteigen

Komplett verboten sind nun E-Zigaretten und Nachfüllbehälter, die einen Inhaltsstoff der Verbotsliste (gleich in welcher Menge) beinhalten. E-Zigaretten und Nachfüllbehälter ohne diese Inhaltsstoffe sind weiter erlaubt, sofern sie die oben aufgelisteten Punkte erfüllen.

Auch die Werbung mit Tabakerzeugnissen ist streng limitiert:

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 (betrifft nur Tabakerzeugnisse im Sinne der §§ 2 Nr. 1, 21 Abs. 1 TabakerzG).

3.

Nach § 34 Abs. 1 Nr. 7 TabakerzG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer entgegen § 13 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 13 Abs. 2 (darunter fällt die Tabakerzeugnisverordnung!) vorsätzlich eine elektronische Zigarette oder einen Nachfüllbehälter in den Verkehr bringt (Straftatbestand, nicht lediglich Ordnungswidrigkeit!). Bei fahrlässigem Handeln handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit nach § 35 Abs. 1 TabakerzG, hier kommen Geldbußen in Betracht (bis € 30.000 pro Verstoß). Bei einer GmbH ist hier auch der Geschäftsführer betroffen, die Sanktionen sind somit ernst zu nehmen.

II. Wettbewerbsrecht/aktuelle Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof (BGH – I ZR 117/16, Urteil vom 05.10.2017) hatte sich aktuell mit der Rechtsfrage zu beschäftigen, ob ein Tabakhersteller auf der Startseite seines Internetauftritts mit einer Abbildung, die vier gut gelaunte, lässig anmutende Personen zeigt, die Tabakerzeugnisse konsumieren, werben darf oder ob in dieser Abbildung eine unzulässige Tabakwerbung zu sehen ist, die als „in Diensten der Informationsgesellschaft“ i. S. v. § 21a Abs. 4, Abs. 1 Nr. 3 VTabakG i.V. m. Art. 2 lit. d) RL 2003/33/EG, Art. 1 Abs. 2 RL 98/34/EG zu qualifizieren ist.

Nach den maßgeblichen unionsrechtlichen Bestimmungen ist „Dienst der Informationsgesellschaft“ jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Der Begriff soll nach Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/31/EG auch Dienste erfassen, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen, wie etwa Online-Informationendienste oder kommerzielle Kommunikation. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 4. Mai 2017 – [C-339/15](#) – Luc Vandenborgh) folgt daraus, dass die Website eines Unternehmens, auf der für dessen Produkte oder Dienstleistungen geworben wird, einen Dienst der Informationsgesellschaft darstellt.

Fazit:

Da nur die Werbung verboten ist, die sich an die breite Öffentlichkeit wendet, bleibt die Werbung in Magazinen und Zeitschriften, die sich nicht an die breite Öffentlichkeit wenden, zulässig. Eine weltweit abrufbare Internetseite erfüllt diese Anforderung indessen nicht, sodass die Werbung unzulässig ist. Tabakhersteller haben daher einen strikt neutralen Internetauftritt zu wählen, da sie anderenfalls gegen das Werbeverbot verstoßen.

III. Kooperation mit Influencern

Die Werbung mit Tabakerzeugnissen ist wie oben ausgeführt nur in sehr engen Grenzen überhaupt möglich. Oft bedienen sich Hersteller und Händler daher sogenannter Influencern; das Sponsoring ist lediglich grenzüberschreitend verboten, hier kommt es auf die konkrete Vertragsgestaltung an.

Für Aufsehen sorgte jüngst ein Urteil zum Thema Influencer-Werbung: Ein Instagrammer hatte für Produkte der Drogeriekette Rossmann geworben und dabei lediglich den Hashtag „#ad“ zur Kennzeichnung des Beitrags als Werbung verwendet. Insgesamt waren dem Beitrag sechs Hashtags beigefügt.

Daraufhin mahnte ein Verbraucherschutzverein Rossmann wegen unzureichender werblicher Kennzeichnung des Beitrags ab.

Rossmann gab keine Unterlassungserklärung ab, sodass der Fall schließlich vor Gericht landete. In der Vorinstanz entschied das LG Hannover noch, der kommerzielle Zweck des Beitrags habe nicht gekennzeichnet werden müssen, weil er sich schon aus den Umständen ergebe (Az.: 23 O 5/17). Das sah das OLG Celle nun anders.

Der Ansicht des OLG Celle zufolge verstößt der konkrete Beitrag gegen § 5a Abs. 6 UWG. Denn bei dem Post handele es sich um eine geschäftliche Handlung. Sein kommerzieller Zweck sei dabei jedoch nicht ausreichend kenntlich gemacht worden. Auch ergebe sich der kommerzielle Zweck – entgegen der Ansicht des LG Hannover – nicht aus den sonstigen Umständen des Posts.

Ob der Hashtag „#ad“ *grundsätzlich* den Anforderungen einer ausreichenden Kennzeichnung standhält, wurde vom OLG Celle nicht entschieden. Jedenfalls im konkreten Rossmann-Fall genügte er den Anforderungen an eine Kennzeichnung nicht.

Aus diesem Grund kann kein pauschales Urteil erfolgen, welche Art der Kennzeichnung im Einzelfall den gesetzlichen Anforderungen genügt. Dies führt dazu, dass der Vertragsgestaltung in Influencer-Verträgen eine besondere Bedeutung für Unternehmen zukommt.

Fazit:

Der Influencer muss umfassend verpflichtet werden, sich an geltendes Recht zu halten und seine Beiträge entsprechend zu kennzeichnen. Für den Fall der Nichteinhaltung muss sich das werbende Unternehmen entsprechende rechtliche Schritte vorbehalten, da dieses von Wettbewerbern oder Verbraucherschutzvereinen abgemahnt werden kann, auch wenn die Rechtsverstöße vom Influencer verursacht wurden. Dies gilt umso mehr im sensiblen Bereich des TabakerzG.

Sarah Op den Camp
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

■ ERLANGEN

Apothekergasse 2
91054 Erlangen
Fon +49 (0)9131 6300-73
Fax +49 (0)9131 6300-777

■ NÜRNBERG

Bucher Straße 21
90419 Nürnberg
Fon +49 (0)911 217909-0
Fax +49 (0)911 217909-99

■ WWW

info@lieb-online.com
www.lieb-online.com

© 2013