



## **Abschreibungsentscheid vom 24. April 2018**

---

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),  
Richter Christoph Rohrer, Richter Vito Valenti  
Gerichtsschreiberin Karin Wagner.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Dr. iur. Karola Krell Zbinden, Rechtsanwältin,  
Markwalder Emmenegger, Worbstrasse 52, Postfach 160,  
3074 Muri b. Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwe-  
sen BLV**, Schwarzenburgstrasse 155, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Lebensmittel, Handel mit elektrischen, elektronischen und  
E-Zigaretten; Allgemeinverfügung BLV vom 12. November  
2015.

**Sachverhalt:****A.**

Die A. \_\_\_\_\_, mit Sitz in B. \_\_\_\_\_, bezweckt gemäss Handelsregister den Handel mit Waren aller Art und kann Patente, Lizenzen und Herstellerverfahren erwerben, entwickeln, verwalten und verwerten (vgl. [https://www.zefix.ch/de/search/entity/list/firm/\[...\]](https://www.zefix.ch/de/search/entity/list/firm/[...])). Gemäss eigenen Angaben vertreibt sie seit 4 Jahren in einem Fachgeschäft in B. \_\_\_\_\_ sowie über die Internetseite [www.\[...\].ch](http://www.[...].ch) elektronische Zigaretten und Liquids. Zum Verkaufssortiment gehören auch nikotinhaltige Liquids, die von C. \_\_\_\_\_ in Deutschland hergestellt werden (vgl. Beschwerde S. 3 und 16, BVGer act. 1). Bei den Liquids handelt es sich um Flüssigkeiten, die zum Befüllen von elektronischen Zigaretten verwendet werden. Die Flüssigkeit wird im Gerät erhitzt. Über das Mundstück kann der dabei entstehende Dampf vom Konsumenten inhaliert werden. Ein Verbrennungsprozess findet dabei *nicht* statt.

**B.**

Mit Allgemeinverfügung vom 12. November 2015 erwog das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (*im Folgenden auch*: BLV oder Vorinstanz), gestützt auf das Gesuch des Kantonalen Laboratoriums D. \_\_\_\_\_ vom 3. November 2015 (Vorakten 4), dass die kommerzielle Einfuhr und das Inverkehrbringen von nikotinhaltigen elektrischen Zigaretten, elektronischen Zigaretten, E-Zigaretten nach ausländischen technischen Vorschriften in der Schweiz zu verbieten sei, da diese die Gesundheit von Menschen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 Bst. b THG gefährde. Als Massnahme verfügte das BLV, elektrische Zigaretten, elektronische Zigaretten, E-Zigaretten, welche die Voraussetzungen nach Art. 16a Abs. 1 THG erfüllen, dürfen nicht für Dritte bereitgestellt, an Dritte abgegeben oder zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken eingeführt werden, wenn sie den Anforderungen nach Art. 37 Abs. 3 LVG nicht entsprechen. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Allgemeinverfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

**C.**

Am 9. Dezember 2015 (BVGer act. 1) erhob die anwaltlich vertretene A. \_\_\_\_\_ (*im Folgenden*: Beschwerdeführerin) gegen die Anordnung des BLV vom 12. November 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, 1) die Allgemeinverfügung des BLV vom 12. November 2015 sei aufzuheben; 2) die entzogene aufschiebende Wirkung dieser Beschwerde sei ohne Verzug

wiederherzustellen; 3) es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nikotinhaltige E-Liquids für E-Zigaretten, die als Chemikalien eingestuft würden und gekennzeichnet seien, gemäss Art. 16a Abs. 1 und 2 THG, Art. 2 Bst. a Ziffer 3 VIPaV in der Schweiz in Verkehr bringen dürfe.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin sinngemäss aus, für das Inverkehrbringen eines Produkts nach dem Cassis-de-Dijon-Prinzip reiche es aus, dass es den technischen Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft und bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG (recte heute EU), den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaates der EG (recte heute EU) oder des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) entspreche. Bis zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/40/EU bestehe in der EU kein harmonisiertes Recht betreffend die Anforderungen an elektronische Zigaretten und Nachfüllflüssigkeiten. Diese Richtlinie sehe die grundsätzliche Zulässigkeit von nikotinhaltigen elektronischen Zigaretten vor. Mit der Allgemeinverfügung solle vor allem die Abgabe von nikotinhalten E-Liquids verboten werden. In der Allgemeinverfügung werde aber an keiner Stelle auf diese E-Liquids Bezug genommen. Es bleibe dabei unklar, ob die E-Liquids, sofern diese als solche in Verkehr gebracht würden, von der Allgemeinverfügung überhaupt erfasst seien. Im EU-Recht gebe es die Kategorie der Gegenstände für den Schleimhautkontakt wie in Art. 37 LGV nicht, vielmehr würden E-Liquids als Chemikalien und nicht als Gebrauchsgegenstände in Verkehr gebracht. Die E-Liquids müssten daher als Chemikalien bewertet werden. Es liege eine Überschreitung des Ermessens vor, da das totale Verbot des Inverkehrbringens von E-Zigaretten, denen Nikotin zugesetzt werde, für den Schutz der Gesundheit der Menschen nicht erforderlich sei, allenfalls seien geeignete Vorsorgemassnahmen gerechtfertigt. Die Allgemeinverfügung beruhe auf einer unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und sei unverhältnismässig. Zudem sei die Wirtschaftsfreiheit verletzt.

#### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 14. Januar 2016 (BVGer act. 7) wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgewiesen. Auf die dagegen erhobene Beschwerde vom 10. Februar 2016 (BVGer act. 11) trat das Bundesgericht mit Urteil vom 11. Februar 2016 (BVGer act. 13) nicht ein.

**E.**

Der mit Zwischenverfügung vom 15. Dezember 2015 (BVGer act. 2) eingeforderte Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- ging am 16. Dezember 2015 bei der Gerichtskasse ein (BVGer act. 5).

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 15. Februar 2015 (recte 2016, BVGer act. 12) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie zusammenfassend aus, selbst wenn es sich bei nikotinhaltingen E-Zigaretten um deutlich weniger schädliche Produkte als Tabakprodukte handle, seien diese problematisch, würden vermutlich schnell abhängig machen und Gefahren für das Umfeld der Konsumentinnen und Konsumenten (insbesondere für Kleinkinder) mit sich bringen. Aufgrund dieser Risiken sei aus Sicht des Gesundheitsschutzes die Abgabe zu regeln, die Werbung einzuschränken und der Passivrauchschutz zu etablieren, bevor diese frei vermarktet werden dürften.

**G.**

Replikweise hielt die Beschwerdeführerin am 12. April 2016 (BVGer act. 15) an ihren Rechtsbegehren und deren Begründung fest und nahm einlässlich zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung.

**H.**

Duplikweise bestätigte die Vorinstanz am 10. Mai 2016 (BVGer act. 17) ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde und dessen Begründung und äusserte sich zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin.

**I.**

Mit Instruktionsverfügung vom 25. Mai 2016 (BVGer act. 18) wurde der Schriftenwechsel geschlossen.

**J.**

Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtschriften der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**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 hier nach).

### **1.2**

**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).

**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.

### **1.2.3**

**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.

**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.

**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.

**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](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).

**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).

**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 Sreuli/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).

**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.

**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.

**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 Umfanges 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.

## **1.4**

**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).

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

**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.

## **1.5**

**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 Beschwerde), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. b und c, sogenannte materielle Beschwerde).

**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 BVGer 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.

**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).

**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.

## **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.

## **3.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteient-schädigung.

**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 Hauptbe-

gehen 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).

**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).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Beschwerdeverfahren ist infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin ist

der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteienschädigung von Fr. 7'000.- (inklusive Auslagen) zugesprochen, die von der Vorinstanz zu leisten ist.

**4.**

Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweismittel sind durch die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zu vernichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. BBL 2015 7788; Gerichtsurkunde; Beilage: zwei Beweismittel)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Stufetti

Karin Wagner

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren

Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: