

WERBEVERBOT FÜR E-ZIGARETTEN

Information, Übersicht, Einschätzung

Juli 2017

von Joey Hoffmann

Im Januar des vergangenen Jahres habe ich aus einer spontanen Idee heraus vapers.guru gestartet. Bereits nach wenigen Tagen hatte ich - in der damals noch rechtlich völlig anderen Situation - die ersten Anfragen zur Schaltung von Werbung.

Daraus hat sich inzwischen das größte, deutschsprachige Online Magazin zum Thema E-Zigarette entwickelt.

Neben meiner Tätigkeit für vapers.guru bin ich seit circa 16 Jahren in der Mediengestaltung, Beratung und Werbung tätig.

Durch die Verabschiedung des TabakerzG ist eine starke Bewegung in den Markt gekommen. Der sehr junge Markt entwickelt sich rasant, wird aber auch durch wachsende Unternehmen enger.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist es wohl zu verstehen, dass mich inzwischen wöchentlich mehrere Anfragen zur Werbung erreichen. Nicht nur von Interessenten, die Werbung schalten möchten. Sondern auch von kleinen bis mittelständigen Händlern, die sich keinen Anwalt leisten können und entsprechend verunsichert sind. Da das TabakerzG sich in vielen Dingen scheinbar sehr ungenau ausdrückt.

Im Zuge meiner Tätigkeit habe ich nicht nur mit vielen Händlern und Bloggern gesprochen, sondern auch mit verschiedenen Anwälten. Dies waren keine entsprechenden Konsultationen. Dennoch wurde meine Einschätzung geteilt und bestätigt.

Bei weiteren Recherchen zu dem Thema sind mir sehr viele Rechtsauffassungen begegnet. Auch von praktizierenden Anwälten. Ich muss diesen in weiten Teilen widersprechen.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass ich kein Jurist bin. Jedoch habe ich leider den Eindruck, dass einige Anwälte nicht tief genug in die fachliche Materie eingedrungen sind und daher zu falschen Schlüssen gekommen sind.

Ich habe mich daher entschlossen, meine Einschätzung darzulegen. Dies ist selbstverständlich keine Rechtsberatung. Sondern eine Information, wie ich aufgrund der mir vorliegenden Informationen und meiner täglichen Arbeit die Rechtslage beurteile.

WERBUNG FÜR UNTERNEHMEN

Viele Unternehmen sind verunsichert, ob sie überhaupt für sich werben dürfen. Viele schrecken davor zurück. Imagewerbung für ein Unternehmen ist jedoch umso wichtiger, umso enger der Markt wird und umso größer die Unternehmen werden. Ein Unternehmen muss sich am Markt positionieren.

Nach meiner Einschätzung ist die Werbung für Unternehmen vollkommen unproblematisch.

Gesetze, die eine spezielle Definition von Begriffen haben, verfügen über Begriffsbestimmungen. Diese sind Teil des jeweiligen Gesetzes. Für das TabakerzG ist also nicht entscheidend, was generell als Werbung definiert wird, sondern was im TabakerzG als Werbung definiert ist. Der Hinweis dazu findet sich unter den sonstigen Begriffsbestimmungen im § 2, Ziffer 6, des TabakerzG:

„Werbung: jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Erzeugnisses zu fördern“

Der Gesetzgeber spricht hier eindeutig vom Verkauf eines Erzeugnisses. Also eines ganz bestimmten Produktes, im Fall der E-Zigarette entsprechend von einem Verdampfer, einem Liquid (auch nikotinhaltige Base) oder einem Akkuträger.

Imagewerbung wirbt aber nicht für ein Produkt, sondern für den Händler oder Hersteller. Dieser kann auch andere Produkte herstellen oder im Sortiment haben, die nicht unter das TabakerzG fallen. Naheliegender wären Akkus, Aromen, Nachfüllflaschen oder Draht.

Wäre im Umkehrschluss davon also jedes Unternehmen betroffen, das E-Zigaretten herstellt oder anbietet, wären sehr viele branchenfremde Unternehmen ebenfalls betroffen.

Tankstellenketten, Supermarktketten oder Amazon haben ebenfalls Produkte im Angebot, die vom TabakerzG betroffen sind. All diese Unternehmen dürften keinerlei Werbung mehr für sich machen, wenn das Gesetz eine generelle Werbung verbieten würde.

Ganz ähnlich verhält es sich übrigens mit herkömmlichen Tabakprodukten.

Daher kann ich mich der Interpretation nicht anschließen, Werbung für Unternehmen sei generell unzulässig, nur weil sie Produkte im Portfolio haben, die unter das TabakerzG fallen.

Im Weiteren werde ich den Begriff der Werbung auch nur im Sinne des TabakerzG verwenden. Also nur als Werbung für bestimmte Produkte, die unter das Gesetz fallen. (E-Zigaretten, Verdampfer, Akkuträger, Liquids und nikotinhaltige Basen)

WERBUNG IN PRINTMEDIEN

Die Werbung für Elektronische Zigaretten ist in Printmedien generell verboten. Der entsprechende § 19, Abs. 2, ist hier sehr eindeutig:

„Es ist verboten, für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung zu werben.“

Ausgenommen sind hier gedruckte Veröffentlichungen, die speziell für die Branche bestimmt sind. Also Fachmedien im so genannten B2B Bereich (Business to Business).

Ebenfalls ausgenommen sind Printmedien, die im EU Ausland gedruckt und vor allem für den dortigen Markt bestimmt sind. Ein deutscher Händler oder Hersteller darf also ohne weiteres in Publikationen in den USA, China oder England für seine Produkte werben.

WERBUNG IM INTERNET

Gemäß der Interpretation vieler Marktteilnehmer und Anwälte ist die Werbung für Produkte im Internet ebenfalls generell untersagt.

Das würde aber weitergehende Probleme aufwerfen, da die erwähnte Definition von Werbung (§ 2, Ziffer 6, TabakerzG) auch auf Darstellungen einzelner Geräte in Online Shops angewendet werden könnte. Damit wäre der gesamte Online Markt de facto unzulässig, auch im Bereich der klassischen Tabakprodukte.

Dennoch betreiben sehr viele große Hersteller und Händler auch weiterhin ihre Online Shops.

Das TabakerzG sagt hierzu im § 19 Abs 3:

„Absatz 2 gilt für die Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft entsprechend“

Das Gerichtsurteil, das meist als Begründung herangezogen wird

Von Juristen wird hier ein Fall herangezogen, der am 21.04.2016 in zweiter Instanz vom Oberlandesgericht München beurteilt wurde. (6 U 2775/15)

Ein Tabakhändler hatte auf seiner Internetseite vier lächelnde Menschen mit Tabakwaren abgebildet und war dafür abgemahnt worden. Das Gericht befand, dass diese Darstellung unzulässig ist.

Eine derartige Darstellung sei nach den Gesetzen nicht erlaubt, da sie Werbung in **Diensten der Informationsgesellschaft** entsprechen.

Dieser Fall ist meines Erachtens nach aus zwei Gründen nicht als Quelle zutreffend. Denn zum ersten erging dieses Urteil vor dem Inkrafttreten des TabakerzG am 20. Mai 2016. Das Urteil der ersten Instanz des Landgerichts Landshut stammt sogar vom 29.06.2015. (72 O 3510/14)

Dementsprechend war hier also noch das Vorläufige Tabakgesetz (VTabakG) in Kraft, das mit dem TabakerzG seine Gültigkeit verloren hat.

Und zum zweiten wurden hier andere Quellen herangezogen. Die „Dienste im Sinne der Informationsgesellschaft“ wurden hier anders definiert.

Auch wenn die grundsätzliche Formulierung die gleiche ist, wird es doch inzwischen sehr viel genauer definiert.

Am 29. 06.2017 hat der Bundesgerichtshof in dieser Sache verhandelt (I ZR 117/16) Die Verkündung des Urteils wird am 05. Oktober 2017 erwartet.

Hier sollte man aber nicht vergessen, dass dieses Urteil nicht primär definiert, ob eine solche Darstellung im Internet aktuell zulässig ist. Sondern ob die Urteile der vorherigen Instanzen zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung richtig waren. Also gemäß des VTabakG und der damaligen Definition.

DIENTE IM SINNE DER INFORMATIONSGESELLSCHAFT

Das TabakerzG definiert die Dienste im Sinne der Informationsgesellschaft nicht selber, sondern verweist in seinen Begriffsbestimmungen auf eine andere Quelle. (§ 2, Ziffer 8)

„Dienste der Informationsgesellschaft: Dienste im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.“

An dem Titel wird bereits auffallen, dass diese Richtlinie der EU, auf die das TabakerzG sich beruft, erst nach dem Urteil der ersten Instanz durch das Landgericht Landshut in Kraft getreten ist. Daher ist also auch die alte Definition für künftige Urteile nicht mehr als Quelle heranzuziehen.

Unter dem Artikel 1, Abs. 1, b definiert die Richtlinie

„Dienst“ eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.“

Eine Homepage im Internet entspricht unstrittig dem Fernabsatz. Abgesetzt wird hier die Information, Sender und Empfänger müssen nicht körperlich anwesend sein. Auch dass das Internet elektronisch ist, dürfte unstrittig sein.

Aber bisher wurde juristisch offenbar so argumentiert, dass bereits die Eingabe einer URL in den Browser ein „individueller Abruf“ ist.

Unter der neuen Richtlinie findet sich hierzu aber im Anhang I bei den Beispielen eine klare Definition.

„Nicht „auf individuellen Abruf eines Empfängers“ erbrachte Dienste [sind] Dienste, die im Wege einer Übertragung von Daten ohne individuellen Abruf gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Empfängern erbracht werden. (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung)“

Als Beispiele werden hier Fernsehdienste, Hörfunkdienste oder Teletext genannt.

Eine Internetseite stellt eine klassische Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung dar. Der Dienstanbieter stellt eine Internetseite ein, und diese kann beliebig oft gleichzeitig angesehen werden. Es ist dazu auch kein individueller Abruf nötig. Denn jeder Nutzer kann an jedem internetfähigen Gerät diese Seite abrufen. Gegen die Individualität spricht auch, dass technisch dafür keine Anmeldung nötig ist. Die Seite sieht für jeden Nutzer gleich aus. Der Nutzer ist vollkommen anonym.

Meine Interpretation wird meines Erachtens nach auch dadurch gestützt, dass der Absatz 3 des § 19 im TabakerzG nur dem Abs. 2 „angehängt“ ist, in dem es wiederum um Printmedien geht. Der Absatz bezieht sich auf diesen vorherigen.

Viele Pressemedien bieten inzwischen auch Online Abonnements an. Um sie zu nutzen, muss man sich dort mit einem Passwort anmelden. Es ist also individuell. Die Schaltung der Werbung wird auf solchen Seiten gemäß dem Online Verhalten auf den Nutzer zugeschnitten. Hier würde die Werbung sicherlich unter die Definition der Richtlinie fallen.

Ebenso bestimmte Anbieter von Online Email Diensten. Im Interface des Browsers erscheint hier oftmals Werbung, die häufig auf die Internet Gewohnheiten des Nutzers zugeschnitten ist.

Ein weiteres Beispiel wären Anbieter von Filmen, über die man nach entsprechendem Log In mit einem persönlichen Kennwort noch Werbung sieht.

Auf diese Beispiele würde die Definition sehr wohl zutreffen, Werbung in solchen Diensten wäre auch nach meiner Auffassung untersagt.

Erschwerend, aber nicht entscheidend, kommt die Formulierung hinzu, dass diese Dienste „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werden. Das Nutzen einer üblichen Homepage wird dem Anbieter jedoch nicht entgeltlich vergütet.

Nach meiner Beurteilung stellt die Werbung auf Internetseiten, die nicht individuell abgerufen oder zugeschnitten werden, keinen Verstoß gegen das TabakerzG dar.

Ich gehe nicht davon aus, dass es sich hierbei um eine „Gesetzeslücke“ handelt. Sondern dass der Gesetzgeber bzw. die EU die Definition hier den veränderten Gegebenheiten der Kommunikation im Internet angepasst haben. (Stichwort Netz 2.0)

Werbung über bestimmte Dienstleister, die individuell zugeschnittene Werbung gemäß der Gewohnheiten der Nutzer an Internetseiten ausliefern, halte ich für sehr problematisch.

WERBUNG AUF FACEBOOK

Gerade viele kleine Unternehmer und Einzelhändler haben Facebook dazu genutzt, um Werbung für sich zu machen. Und vor allem in diesem Bereich herrscht eine sehr große Verunsicherung.

Es ist sehr einfach und naheliegend, neue Produkte im Angebot auf Facebook einzustellen. Hier muss man jedoch stark unterscheiden. Facebook bietet drei Arten von Seiten an.

Zum Ersten das private Profil, über das jeder Nutzer verfügen muss, um anderweitig auf Facebook aktiv zu sein. Dies ist individualisiert. Nicht nur in seiner Nutzung, sondern auch der Abruf. Ohne Anmeldung bei Facebook kann man das private Profil eines Nutzers nicht voll einsehen.

Zum Zweiten gibt es Gruppen, in denen sich private Profile vernetzen können. Auch dies ist individuell, da der persönliche Account Mitglied einer jeweiligen Gruppen sein muss.

Zum Dritten gibt es dort Seiten (Pages), die keine spezielle Bezeichnung haben. Diese werden vor allem von Unternehmen, aber auch von Personen des öffentlichen Lebens, Künstlern oder Musikbands genutzt.

Die Werbung ist daher ebenso differenziert zu betrachten. Veröffentlicht jemand beispielsweise auf seinem privaten Profil Werbung, so könnte juristisch argumentiert werden, dass dies sehr wohl nur auf individuellen Abruf sichtbar ist. Auch wenn dies ebenfalls unentgeltlich erbracht wird. Ganz ähnlich verhält es sich mit den Gruppen.

Die Verunsicherung der Administratoren vieler Gruppen ist jedoch unbegründet. Viele unterbinden zu Gunsten des Austauschs der Gruppenmitglieder generell die Werbung. Aber selbst wenn sie Werbung zulassen würden, wäre es sehr fraglich, ob sie dafür haftbar gemacht werden können. Denn die Definition für Werbung besagt, dass es sich um „kommerzielle Kommunikation“ handeln muss. (§ 2, Ziffer 6, TabakerzG) Administratoren solcher Gruppen sind aber weder Werbeträger noch Marktteilnehmer.

Auf den Unternehmensseiten ist die Sachlage eine andere.

Denn eine Seite erhält unter den entsprechenden Voraussetzungen nicht nur eine individuelle URL, sondern auch eine personalisierte URL. (www.facebook.com/vapers.guru)

Die Seite ist über die URL abrufbar, ohne sich als Nutzer bei Facebook anzumelden. Zudem ist der Dienst von Facebook ebenfalls unentgeltlich.

Daher ist es meiner Meinung nach vollkommen zulässig, wenn ein Händler oder Hersteller auf seiner Unternehmensseite Produkte einstellt. Denn technisch unterscheiden sie sich nicht von jeder anderen Internetseite.

Diese Einschätzung betrifft nur die juristische Regulierung. Facebook obliegt es selber, hier weitergehende Nutzerregeln zu erlassen. Dies ist derzeit aber nicht der Fall.

VERBOT DES PRODUCT PLACEMENT

Der § 20 des TabakerzG hat ebenfalls für weite Verwirrung gesorgt. In ihm wird die Werbung in „audiovisuellen Mediendiensten“ untersagt. Als Quelle für die Definition ist hier die Richtlinie 2010/13/EU, Art. 1, Abs. 1, Buchstabe h, angegeben.

In dieser Definition werden als Beispiele Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung genannt.

Auch in den vorherigen Definitionen des Artikels ist immer ausdrücklich von „Sendungen“ oder „Medien dienst“ gesprochen.

WERBUNG MIT QUALITATIVEM INHALT

Zur Werbung mit qualitativem Inhalt heißt es im § 21, Abs. 1:

Es ist verboten, im Verkehr mit Tabakerzeugnissen oder in der Werbung dafür werbliche Informationen zu verwenden, [...]

Hier wurde vereinzelt übersehen, dass in dem Paragraphen ausdrücklich von Tabakerzeugnissen gesprochen wird.

E-Zigaretten werden jedoch als „verwandte Erzeugnisse“ benannt, oder klar als „Elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter“ angesprochen. Dies ist hier nicht der Fall.

Ein Hersteller oder Händler darf in seiner Werbung also sehr wohl auch weiterhin darauf verweisen, dass E-Zigaretten beispielsweise ein geringeres Gesundheitsrisiko als Tabak mit sich bringen, natürliche Inhaltsstoffe beinhalten oder ähnliches.

AFFILIATE MARKETING

Gerade im Bereich der E-Zigarette war die Werbform des Affiliate Marketing sehr beliebt.

Affiliate ist keine Werbung, sondern gehört in den Bereich des Marketing. Dennoch kann es der Definition von Werbung entsprechen, wenn es in Verbindung mit werbenden Inhalten platziert wird. Beispielsweise einem redaktionellen Review eines Gerätes, das verbunden ist mit dem Angebot eines Händlers.

Hinzu kommt, dass es sehr viele verschiedene Formen des Affiliate Marketing gibt. (Prozentuale Beteiligung am Absatz, Pay per klick, etc.)

Ob Affiliate zulässig ist, müsste also je nach der Darstellung, der Verlinkung und dem Entgelt juristisch geprüft werden.

SPONSORING

Ebenfalls weite Verunsicherung hat das Verbot des Sponsorings verursacht. Der § 19, Abs. 5 des TabakerzG sagt hierzu:

Es ist verboten, eine Veranstaltung oder Aktivität mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung zu sponsern, den Verkauf von Tabakerzeugnissen, elektronischen Zigaretten oder Nachfüllbehältern zu fördern, wenn

- 1. an der Veranstaltung oder Aktivität mehrere Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind,*
- 2. die Veranstaltung oder Aktivität in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union stattfindet oder*
- 3. die Veranstaltung oder Aktivität eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung hat.*

Auch dies ist sehr weit gefasst und entsprechend zu interpretieren.

Meiner Meinung nach hat der Gesetzgeber hier vor allem an Sportveranstaltungen oder andere Events gedacht. Denn sonst hätte er nicht den Aspekt der Grenzüberschreitung betont.

Beispielsweise haben einige Hersteller bereits Sportmannschaften oder auch Rennsportteams gesponsert. Dies stellt aber nicht eine Aktivität oder Veranstaltung dar.

Das würde zutreffen, wenn ein Hersteller eine Kulturveranstaltung oder ein Sportturnier sponsert. Also die Veranstaltung selber, und nicht eine teilnehmende Mannschaft. Und dann auch nur, wenn es eine grenzüberschreitende Wirkung hat.

ALTERSBESTÄTIGUNG

Viele Händler und Hersteller haben auch in Deutschland ihrer Internetseite eine Altersbestätigung vorgeschaltet. Dies wurde bereits vor der Verabschiedung des TabakerzG von vielen so gehandhabt.

Die Motivation war hier sicher die Demonstration, dass der jeweilige Händler oder Hersteller sich des Jugendschutzes bewusst ist.

Rechtlich ist eine solche Altersbestätigung weder gefordert noch irgendwie relevant.

REVIEWS AUF YOUTUBE

Gerade im Bereich des Dampfens sind Reviews sehr verbreitet. Vor allem auf der Plattform YouTube gibt es sehr viele Nutzer, die einen Kanal zur Besprechung von neuen Geräten nutzen.

Bisher war es gängige Praxis, dass Händler oder Hersteller die zu besprechenden Geräte zur Verfügung gestellt haben, und das entsprechende Angebot verlinkt oder zumindest genannt wurde. Diese Praxis halte ich für problematisch, da hier ein wirtschaftliches Nahverhältnis zu erahnen ist.

Eine Besprechung von Geräten ist grundsätzlich nicht bedenklich, da dies eine redaktionelle Veröffentlichung ist. Auch wenn ein Händler oder Hersteller dafür das zu besprechende Produkt zur Verfügung stellt, ist meiner Auffassung nach das Verbot von Sponsoring oder Werbung dadurch nicht berührt.

Mehr noch, es ist fraglich, ob das bloße Bereitstellen eines Produktes überhaupt ein Entgelten darstellt.

Entscheidend ist auch dafür die Definition von Werbung gemäß § 2, Ziffer 6, TabakerzG. Betreibt der Nutzer dies nicht kommerziell, also gegen entsprechendes Entgelt, so ist es per se keine Werbung im Sinne des Gesetzes.

Eine Erklärung, wie sie von vielen Nutzern ihren Beiträgen vorangestellt wird, halte ich für überflüssig.

Wer gegen eine solche Veröffentlichung rechtliche Schritte unternehmen möchte, muss diese argumentieren können. Und somit müsste er nachweisen, dass ein solches Review entgeltlich erfolgt ist. Was sehr schwer sein dürfte.

GEWINNSPIELE

Gewinnspiele, Ausspielungen, Versteigerungen und ähnliche Aktionen können als Werbemaßnahme genutzt werden. Dies war vor allem in den sozialen Medien sehr beliebt.

Grundsätzlich sehe ich auch hier keine größeren Einschränkungen.

Jedoch wäre es ratsam einige Dinge zu umgehen.

Wird beispielsweise ein neues Produkt als Gewinn ausgelobt, kann dies sehr wohl als Werbung definiert werden. Denn eine solche Ausspielung kann dazu geeignet sein, den Verkauf eben jenes Produktes zu fördern. Hier sollte man andere Möglichkeiten finden, Warenkörbe oder Gutscheine können sich hier anbieten.

RESÜMEE

Nach meiner Einschätzung ist die **Werbung für Unternehmen** generell vollkommen unproblematisch, wenn keine einzelnen Produkte benannt sind.

Die **Produktwerbung in Printmedien**, egal in welcher Form, ist generell untersagt.

Die **Werbung im Internet** ist nicht grundsätzlich untersagt. Sondern gemäß der aktuellen Definition nur auf Internetseiten, die individuell abgerufen und in der Regel gegen Entgelt bereitgestellt werden.

Die **Werbung auf Facebook** ist problematisch. Jedoch halte ich das Anzeigen von Produkten auf einer entsprechenden Unternehmensseite für juristisch unbedenklich.

Productplacement, Werbespots oder Teleshopping sind für Produkte, die unter das TabakerzG fallen, verboten.

Die **Werbung mit qualitativen Inhalten** ist für E-Zigaretten und Liquids erlaubt, da der entsprechende Paragraph hier ausschließlich von Tabakprodukten spricht.

Affiliate halte ich für sehr bedenklich, sowohl das Affiliate Modell wie auch die Plattform auf der das Affiliate veröffentlicht wird sollten juristisch geprüft werden.

Sponsoring ist generell verboten, jedoch ist hier zu prüfen, ob eine geplante Aktion überhaupt der Definition des Gesetzes unterliegt.

Reviews auf YouTube oder anderen Internetseiten sind von dem TabakerzG generell nicht betroffen.

Alle Quellen sind auch auf der Seite www.vapers.guru/2017/07/02/information-zum-werbeverbot/hinterlegt-und/oder-direkt-verlinkt.