

Stellungnahme zur rechtlichen Einordnung der Kautabak-Produkten

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei übersende ich Ihnen die Dokumentenmappe mit umfassenden Nachweisen zur rechtlichen Verkehrsfähigkeit unserer angebotenen **Kautabakprodukte („Chewing Bags“)** und bitte sie eindringlich diese zu beachten und prüfen.

Unsere Produkte erfüllen, nach unserem Verständnis und Überzeugung der EU-Rechtsprechung alle Anforderungen der **EU-Tabakrichtlinie 2014/40/EU**, des **Tabakerzeugnisgesetzes (TabakerzG)** sowie der **Tabakerzeugnisverordnung (TabakerzV)**.

Sie sind korrekt deklariert, ordnungsgemäß **im EU-CEG-System notifiziert**, werden regelmäßig kontrolliert und sind in der **aktuellen BVL-Produktliste für Tabakerzeugnisse** geführt. BVL - Listung von Tabakerzeugnissen liegt bei.

Die Produkte enthalten Tabak und sind im **Track-and-Trace System** registriert, dem Rückverfolgbarkeitssystem für Tabakerzeugnisse.

Wesentliche Punkte zur rechtlichen Einordnung:

1. **Kautabak ist ausdrücklich vom Verbot nach § 11 TabakerzG ausgenommen**, da dieser gemäß Art. 2 Nr. 8 der EU-Richtlinie ausschließlich für Pulver- oder Granulatprodukte gilt – **nicht jedoch für zum Kauen bestimmte Produkte**.
2. Die Produkte sind **deutlich mit "zum Kauen bestimmt"** gekennzeichnet – auch auf der Verpackung selbst. Eine irreführende Aufmachung liegt nicht vor.
3. **Unabhängige Gerichte** (z. B. VG Hamburg, Urteil vom 11.10.2023) haben bestätigt, dass bei gleichartigen Produkten (z. B. skruf) keine hinreichenden Anhaltspunkte vorliegen, um diese als "nicht verkehrsfähigen Lutschtabak" einzustufen.
4. Es liegt ein **wissenschaftlich fundiertes Rechtsgutachten** vor, welches klar herausarbeitet, dass sämtliche staatlichen Prüfberichte (z. B. aus Bayern, Hessen, Hamburg, NRW) weder methodisch korrekt noch rechtlich ausreichend begründet wurden.
5. Die **BVL-Listung und EU-CEG-Eintragungen** unserer Produkte (Siberia, Odens etc.) belegen, dass diese entsprechend der EU-Vorgaben gemeldet wurden. Es bestehen gegen uns **keine laufenden Rechtsmittel oder Untersagungsverfahren**.
6. Die **Landeshauptstadt Düsseldorf** hat im konkreten Einzelfall schriftlich bestätigt, dass der Verkauf der genannten Produkte **nicht zu untersagen** ist insbesondere Siberia.

Wir bitten Sie daher eindringlich, **vor etwaigen Maßnahmen zunächst die vollständige rechtliche und fachliche Prüfung anhand der beiliegenden Unterlagen vorzunehmen.**

Unser Partner vor Ort wurde angewiesen, **ohne richterliche Anordnung oder konkreten Verdacht keine weiteren Angaben zu machen.** Für sämtliche Rückfragen stehen ausschließlich wir oder unsere rechtlichen Vertreter zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Florian Walz
Hanse Tabak & sH GmbH

Inhalt:

1. Legal Statment
2. Visuelle Einordnung von verkehrsfähigen Kautabak Produkten
3. Wissenschaftlich Fundiertes Rechtsgutachten zur Verkehrsfähigkeit von Kautabak (Chew Bags)
4. Sachstand zum Verkauf von Tabakerz. insbesondere die differenzierung zwischen Snus, Nicotine Pouches und Kautabak – Wissenschaftlicher Dienst Deutscher Bundestag
5. Tabakerzeugnisliste des Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit
6. Auszug aus der aktuellen Liste der Kautabak Produkte
7. Rechtsurteil Verwaltungsgericht Hamburg
8. Rechtsurteil Landeshauptstadt Düsseldorf

Visuelle Einordnung von Verkehrsfähigen Kautabak Produkten

In Deutschland verkehrsfähige Kautabak Produkte müssen folgende Merkmale aufweisen:

1. Die Produkte müssen **Tabak** enthalten und deutlich als **Kautabak gekennzeichnet** sein.
2. **Deutsche Warnhinweise** auf 30% der zwei größten Flächen der Außenverpackung.
3. Die Produkte müssen im **Track-and-Trace-System** registriert sein und den vorgeschriebenen **Rückverfolgbarkeitscode** für Tabakerzeugnisse tragen.

Nicotine Pouches



Verboten:

Nicotine Pouches enthalten kein Tabak und fallen deshalb nicht unter das TaberzG. Diese werden von den Behörden laut Art. 2 BasisVO Nr. 178/2002 als **Novel Food (Lebensmittel)** eingestuft, Lebensmittel dürfen kein Nikotin enthalten und sind deshalb verboten.

Kautabak mit Fehlern



Verboten:

1. Internet Sales only
2. Fehlender Track & Trace Code
3. Schwedischer Warnhinweis und keine Kautabak deklarierung

Weißer Kautabak (White Chew Bags)



Verkehrsfähig:

Manche Hersteller setzen auf weißen Tabak, um eine ähnlicher bzw. verkehrsfähige Alternative zu Nicotine Pouches anzubieten.

ACHTUNG! White Chew Bags sind leicht mit Nicotine Pouches zu verwechseln. Die Hanse Tabak berät Sie im zweifelsfall.

Kautabak exkl. bei der Hanse Tabak erhältlich



Verkehrsfähig:

Alle von uns vertriebene Produkte von den Bekannten Marken wie Siberia, Oden's etc. weisen alle erforderlichen Merkmale auf.

1. Kautabak Deklaration
2. Sicherheitsiegel (Qualitätsgarantie)
3. Deutsche Warnhinweise an der Seite und Hinten
4. Track & Trace Code



CARSTEN STOLTER
RECHTSANWALT

VERKEHRSFÄHIGKEIT VON “CHEW BAGS”

Rechtsgutachterliche Stellungnahme

Rechtsanwalt
Carsten Stolter
Hoheluftchaussee 18
20253 Hamburg

Hamburg, 08.06.2023

Inhaltsverzeichnis

1	Problemstellung	3
2	Rechtliche Rahmenbedingungen	3
2.1	Tabakrichtlinie	3
2.2	Tabakerzeugnisgesetz.....	4
3	Rechtliche Beurteilung der Verbotsverfügungen.....	5
3.1	Tabakerzeugnis.....	5
3.2	Maßgebliche Konsistenz	6
3.2.a	Gutachten des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit.....	7
3.2.b	Gutachten des Hessischen Landeslabors.....	7
3.2.c	Gutachten des Instituts für Hygiene und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg	8
3.2.d	Gutachten des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamtes Ostwestfalen-Lippe	8
3.3	Bestimmungsgemäßer Gebrauch.....	9
3.4	Anforderungen des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichtes.....	11
4	Zusammenfassung	13

1 Problemstellung

In mehreren, vornehmlich in den westlichen deutschen Bundesländern werden Verkaufsstätten, aber auch Großhändler von den zuständigen Aufsichtsbehörden mit einem Verkaufsverbot für sog. "Chewing Bags" belegt. Betroffen sind Chewing Bags aller Marken (Puck, Odens, Skruf, Siberia u. a.).

Gestützt werden die Verbotsanordnungen dabei stets auf ein Gutachten einer Landesprüfanstalt. Dabei wird das Gutachten nicht in allen Fällen von der Prüfanstalt des Bundeslandes erstellt, in dem das Verkaufsverbot später erlassen wird. Vielfach wird das Gutachten von der Prüfanstalt des Bundeslandes erstellt, in dem die beanstandete Probe im Einzelhandel gezogen wurde.

Der Schwerpunkt der Probenentnahmen liegt dabei im Bundesland Bayern. Dem Unterzeichner sind rund 25 Verbotsverfügungen bzw. Anhörungen dazu bekannt. Mehr als die Hälfte beziehen sich auf ein Gutachten des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit.

Die Gutachten rechtfertigen den Erlass der Verbotsverfügungen in aller Regel nicht.

2 Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Verbotsverfügungen werden auf § 11 TabakerzG gestützt:

„§ 11 Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch

Es ist verboten, Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch in den Verkehr zu bringen.“

2.1 Tabakrichtlinie

Nach der amtlichen Begründung des Bundesgesetzgebers wird mit § 11 TabakerzG Artikel 17 der Richtlinie 2014/40/EU umgesetzt (BT-Drucks. 18/7218). In

Artikel 17 der Richtlinie 2014/40/EU haben sich die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, dass Inverkehrbringen von Tabak zum oralen Gebrauch zu verbieten.

Tabak zum oralen Gebrauch ist in Artikel 2 Nr. 8 der Richtlinie wie folgt definiert:

„Alle Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch - mit Ausnahme von Erzeugnissen, die zum Inhalieren oder Kauen bestimmt sind -, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen und die in Pulver- oder Granulatform oder in einer Kombination aus beiden Formen, insbesondere in Portionsbeuteln oder porösen Beuteln, angeboten werden.“

Nur wenn alle Tatbestandsmerkmale dieser Legaldefinition vorliegen, handelt es sich um ein Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch im Sinne von § 11 TabakerzG.

2.2 Tabakerzeugnisgesetz

Wer vorsätzlich gegen § 11 TabakerzG verstößt kann gemäß § 34 TabakerzG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden. Wer fahrlässig, also nicht mit Wissen und Wollen, gegen § 11 TabakerzG verstößt, handelt ordnungswidrig.

Bei der Beurteilung, ob die Tatbestandsmerkmale einer Strafnorm erfüllt sind, ist der in Artikel 103 Absatz 2 des Grundgesetzes festgeschriebene Bestimmtheitsgrundsatz (nulla poena sine lege certa) zu beachten, der, was § 3 O-WiG klarstellt, auch für den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts gilt.

Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten eigenverantwortlich auf die rechtliche Verbotslage ausrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss. Es ist die Garantiefunktion des Tatbestandes zu beachten.

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen besteht hiernach für den Gesetzgeber die Pflicht, diese so genau zu formulieren, dass sie ihrer Aufgabe, eine

zuverlässige Grundlage der Normbefolgung und Normanwendung zu bilden, gerecht werden können (BGHSt 23, 171; 28, 72 (73 f.); BGH NJW 2007, 525, Fischer, 68. Aufl. 2021, StGB § 1 Rn. 6 f.). Zwar dürfen auch deskriptive Tatbestandsmerkmale auslegungs- und konkretisierungsfähig sein. Jedoch ist eine unter Berücksichtigung der praktischen Handhabung ausreichende Bestimmtheit erforderlich.

3 Rechtliche Beurteilung der Verbotsverfügungen

Nach Maßgabe der vorstehenden rechtsstaatlichen Grundsätze gelangen sämtliche Gutachten der Landesprüfanstalten in rechtsstaatswidriger Weise zu der Annahme, die inkriminierten Produkte seien nicht verkehrsfähig. Bezeichnend ist, dass die rechtliche Einordnung der untersuchten Probe dabei nicht durch die jeweilige Aufsichtsbehörde erfolgt, sondern durch der Landesprüfanstalt, die die Probe untersucht hat. Deren originäre Aufgabe ist es aber, die chemische Zusammensetzung und die physikalischen Eigenschaften der gezogenen Probe zu untersuchen. Was die jeweilige Landesprüfanstalt zu einer rechtlichen Einordnung der getroffenen Feststellungen befähigt, ist nicht ersichtlich.

Die Tatbestandsmerkmale für die Verbotsnorm sind nach den hier bekannten Gutachten nicht erfüllt.

3.1 Tabakerzeugnis

Erste Tatbestandsvoraussetzung nach Artikel 2 Nr. 8 der RL 2014/40/EU ist, dass es sich um ein Tabakerzeugnis handelt, welches ganz oder teilweise aus Tabak besteht. Auch wenn keines der Gutachten hierzu methodische Feststellungen trifft, ist es in den allermeisten zunächst noch unstrittig, dass die Produkte Tabak enthalten und daher Tabakerzeugnisse sind.

3.2 Maßgebliche Konsistenz

Weiteres Tatbestandsmerkmal ist, dass es sich um ein Tabakerzeugnis handelt, das „in Pulver- oder Granulatform oder in einer Kombination aus beiden Formen“ angeboten wird.

Was eine Pulver- und was eine Granulatform ist, wird weder im TabakerzG noch in der Richtlinie definiert. Das ist bereits rechtsstaatlich bedenklich. Zwar sind wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht nicht von vornherein verfassungsrechtlich zu beanstanden, solange sich mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes und unter Berücksichtigung des Normzusammenhanges oder aufgrund herrschender Ansicht einer gefestigten Rechtsprechung sich eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.

Das ist im Hinblick auf die inkriminierten Produkte jedoch nicht der Fall. Legaldefinitionen sind nicht vorhanden. Von einer gefestigten Rechtsprechung kann ebenfalls nicht ausgegangen werden, da zu der Konsistenz der inkriminierten Produkte die bisher veröffentlichte Rechtsprechung keine positiven oder negativen Feststellungen getroffen hat. Überdies wäre die Einbeziehung einer gefestigten Rechtsprechung verfassungsrechtlich problematisch, da sich der Norminhalt nicht mehr aus dem Gesetz selbst herleiten ließe, sondern die Richterschaft im weiten Umfange zum Gesetzgeber mutieren würde.

Die Tatbestandsmerkmale sind daher von ihrem Wortlaut her selbst zu bestimmen.

Der Begriff „Pulver“ leitet sich vom lateinischen Begriff „pulvis“ (Staub) ab. Pulver ist der allgemeine Begriff für eine feine Zerteilung eines trockenen/festen Stoffes (Möllers Polizei-WB, Pulver:, beck-online).

Granulate werden definiert als asymmetrische Aggregate aus Pulverpartikeln (lateinisch granulum = Körnchen), welche mit Hilfe von Bindemitteln

formbeständig zusammengeballt sind (Hans-Georg Elias, Makromoleküle, Anwendung von Polymeren, 6. Aufl., Bd. 4, S 78 DIN-TERM, Beschichtungsstoffe, 1. Aufl. 2001, S. 92).

Keines der hier bekannten Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.

3.2.a Gutachten des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit

Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit stellt in seinem Befund zu Siberia -80°X-Tremly Red White Dry Portion vom 09.07.2021 fest, dass es sich um eine „*leicht feuchte, minimal klebrige und fein zerkleinerte Tabakmischung*“ handelt. Diese Probenbeschreibung findet sich in allen Befunden des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit.

Mit der Feststellung einer „*leicht feuchte(n)*“ Konsistenz scheidet eine Tabakmischung in Pulver tatbestandlich aus, da Pulver einen trocknen Aggregatzustand beschreibt. Feststellungen dazu, dass es sich bei der Tabakmischung um Granulat im Sinne der Richtlinie handelt, werden in dem Gutachten ebenfalls nicht getroffen. Aus den Lichtbildern der jeweiligen Probe ist ersichtlich, dass die geschnittenen Tabakblätter von unterschiedlicher Form und Größe und jedenfalls nicht zusammengeballt sind, so dass es sich nach der Definition auch nicht um Granulat handelt.

3.2.b Gutachten des Hessischen Landeslabors

Das Hessische Landeslabor beschreibt in seinem Prüfbericht vom 25.11.2021 Siberia -80°C White Dry X-Tremely Red als befüllt mit „*trockener, kleinen, dunkelolivfarbenen Pflanzenteilen*“. Anders als in den Sachverständigenfeststellungen des Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (Bl. 4 d. A. Az. A 80/21 Bd. III) war der Tabak offenkundig hier (nicht mehr) leicht feucht, sondern bereits trocken. Pulverförmig war er nach den Feststellungen des Hessischen Landeslabors jedoch ebenfalls nicht. Auch eine Granulatform

wurde nicht festgestellt.

3.2.c Gutachten des Instituts für Hygiene und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg

Das Institut für Hygiene und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg beschreibt in seinem Gutachten vom 25.11.2022 das Produkt als „*feingemahlenden, aromatisierten Tabak*“. Lichtbilder der Probe, die auf einen „feinen Mahlgrad“ schließen lassen, sind dem Gutachten nicht beigefügt. Nach diesem Gutachten ist auch nicht ersichtlich, mit welcher Methode die Einordnung als feingemahlenden, aromatisierten Tabak vorgenommen wurde.

Auch dieses Gutachten trifft nicht die für die Verbotsnorm erforderlichen Tatsachenfeststellungen.

3.2.d Gutachten des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamtes Ostwestfalen-Lippe

Erstmals in einem Gutachten des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamtes Ostwestfalen-Lippe vom 28.12.2022 wurde die Konsistenz als „*pulvrig/feinkörnig*“ beschrieben. Diese „Feststellung“ ist bereits nicht eindeutig. Entweder handelt es sich um Pulver im Sinne der oben aufgeführten Definition oder in einer feinkörnigen Konsistenz. In diesem Fall wäre es nicht mehr pulvrig und nicht verboten.

Diese zweideutige, für die Frage der Verkehrsfähigkeit des inkriminierten Produktes jedoch maßgebliche Einordnung der Konsistenz wurde vom Chemischen und Veterinäruntersuchungsamtes Ostwestfalen-Lippe zudem auf der nicht akkreditierten Methode „ASU L00.90-6“ festgestellt. Nicht akkreditierte Untersuchungsmethoden sind per se ungeeignet, gutachterliche Feststellungen zur Verwirklichung eines Verbotstatbestandes zu treffen.

Überdies wurden die Anforderungen an das sensorische Prüfverfahren „ASU L00.90-6“, welches sich nach DIN 10964 bestimmt, ausweislich des Prüfberichtes nicht eingehalten. Im Rahmen der in der DIN 10964 dargestellten Methode der

„einfach beschreibenden Prüfung“ sind mindestens drei Prüfpersonen nach umfassender Prüfeinweisung mit der sensorischen Beurteilung der Probe zu betrauen. Es ist dem Gutachten nicht zu entnehmen, dass diese Methode hier überhaupt eingehalten wurde.

Zudem bedarf es zur Feststellung der Abgrenzung, ob es sich um ein Pulver, mithin eines trockenen Stoffes handelt, einer Bestimmung des Wassergehaltes nach ASU L60.00-9 (2016-07). Diese Untersuchung wurde offenkundig nicht durchgeführt.

Insgesamt leiden die Feststellungen des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamtes Ostwestfalen-Lippe an derart zahlreichen methodischen Fehlern, dass die erforderliche Tatsachenfeststellung nicht getroffen werden können

Alle Gutachten kommen bei der Beurteilung der Konsistenz der Produkte zu einem anderen Ergebnis (von „leicht feucht, minimal klebrig“ bis hin zu „pulvrig, trocken“)

Solange der Feuchtegehalt der inkriminierten Produkte nicht entsprechend ASU L60.00-9 (2016-07) gutachterlich festgestellt wird, ist davon auszugehen, dass die inkriminierten Produkte keine Tabakerzeugnisse sind, die in Pulver- oder Granulatform oder in einer Kombination aus beiden Formen angeboten werden.

Damit sind sie weiterhin verkehrsfähig.

3.3 Bestimmungsgemäßer Gebrauch

Da die inkriminierten Produkte schon die stofflichen Voraussetzungen für die Verbotsnorm nicht erfüllen, kommt es auch nicht mehr darauf an, ob sie zum oralen Gebrauch oder zum Kauen bestimmt sind.

Das Chemische und Veterinäruntersuchungsamt Ostwestfalen-Lippe kommt in seinem Gutachten vom 28.12.2022 zu dem Schluss, dass auf dem Produkt selbst

keine Angabe zu Art und Weise des Konsums gemacht wird. Das ist erkennbar unzutreffend. Die Produkte sind ausnahmslos als Kautabak/Chew Bags gekennzeichnet und bezeichnet.

Aus der Kennzeichnung des Produktes als „Kautabak/Chew Bags“ folgt - ohne dass es irgendeiner Interpretation bedarf - die Vorstellung des Herstellers, auf welche Art und Weise das Produkt zu konsumieren ist: Nämlich durch Kauen.

Im weiteren Verlauf des Gutachtens wird die Ansicht vertreten, der Beutel solle vom Verbraucher *„nach allgemeiner Auffassung unter die Lippe oder in die Wangentasche gelegt werden“*. Aus welchen Erhebungen oder Erkenntnissen der Gutachtenersteller die *„allgemeine Auffassung“* ableiten will, bleibt weitestgehend offen. Belastbare Quellen, Untersuchungen oder gar Untersuchungsmethoden, die zu dieser allgemeinen Auffassung führen, sind jedenfalls nicht angegeben. Angegeben ist die Videoplattform *„YouTube“*. YouTube-Videos sind keine anerkannte Quelle wissenschaftlicher Erkenntnisse.

Sodann wird in dem Gutachten ausgeführt, dass *„auf unterschiedlichen Websites“* recherchiert worden sei. Welche Webseiten hier besucht wurden, bleibt ebenfalls offen. Diese vermeintlichen Seiten werden nicht benannt. Insofern ist die Feststellung, dass *„gemäß der Onlinerecherche“* das Produkt unter die vordere Oberlippe oder in die Wangentasche gelegt und eingespeichelt wird, derart unwissenschaftlich und unfundiert, dass ein solches Pseudogutachten niemals Grundlage einer Verbotsverfügung sein kann.

Mit den anderen *„gutachterlichen Feststellungen“* verhält es sich nicht viel anders. Das Institut für Hygiene und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg trifft zu der Verwendungsart überhaupt keine Feststellungen. Das Hessische Landeslabor kommt in seinem Prüfbericht vom 25.11.2021 zu dem Schluss, dass die Probe *„aufgrund ihrer Gesamtaufmachung nicht als Kautabak, sondern vielmehr als Tabak zum oralen Gebrauch“* einzuordnen sei. Aufgrund welcher wissenschaftlichen Methoden das Hessische Landeslabor zu diesem Ergebnis gelangt, bleibt geheim. Denn Methoden sind auch dort nicht genannt.

Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelrecht gelangt in seinem Gutachten vom 02.07.2021 zu der Erkenntnis, dass die Gebrauchsbestimmung anhand aller objektiven Merkmale der betreffenden Erzeugnisse wie ihrer Zusammensetzung, ihrer Konsistenz, ihrer Darreichungsform und ggf. ihrer tatsächlichen Verwendung durch die Verbraucher zu beurteilen ist. Im Nachfolgenden wird aber nur die Zusammensetzung untersucht und nicht die Verwendungsform.

3.4 Anforderungen des Hamburgischen Obergerichtes

Schließlich missachten alle vorgelegten Gutachten die Voraussetzungen, die der 5. Senat des Hamburgischen Obergerichtes in seinem Beschluss vom 07.05.2021 (Az. 5 Bs 178/20)¹ für das Vorliegen der Verbotsnorm aufgestellt hat. Danach ist für die Abgrenzung von verkehrsfähigem Kautabak zu nicht verkehrsfähigem Tabak zum oralen Gebrauch maßgeblich, ob die wesentlichen Inhaltsstoffe des jeweiligen Produktes bereits dann in einer für den Konsum wesentlichen Menge freigesetzt werden, wenn es lediglich im Mund gehalten wird, oder ob dies erst geschieht, wenn es gekaut wird. Hierbei dürfte es auf die Wahrnehmung des Konsumenten ankommen.

Methodische Erhebungen zur Konsumentenwahrnehmung lassen sich in keinem der vorgelegten Gutachten finden. Auch hier gilt, dass das Anschauen von YouTube Videos keine wissenschaftliche Erhebung ersetzen kann.

Entscheidend ist jedoch, dass nach den Vorgaben des 5. Senates des Hamburgischen Obergerichtes zu den wesentlichen Inhaltsstoffen nicht nur das für die Wirkung wesentliche Nikotin gehört, sondern auch die für das Geschmackserlebnis entscheidenden Aromastoffe. Die Aromastoffe wurden jedoch in keinen der vorliegenden Gutachten untersucht. Von daher fehlen auch sachverständige Feststellungen zu der Frage, wie diese Aromastoffe freigesetzt

¹ <https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/MWRE210002480>

werden, nämlich ob nur durch Kauen oder auch durch Lutschen bzw. Einlegen unter die Oberlippe. Solange diesbezüglich keine wissenschaftlich fundierten Feststellungen getroffen werden können, können die inkriminierten Produkte auch deshalb nicht unter die Verbotsnorm subsummiert werden.

Ohne gutachterlicher Feststellung der Anteile der weiteren wesentlichen Inhaltsstoffe (Aromen) können die Verbotsverfügungen nicht aufrechterhalten bleiben.

Um verkehrsfähigen Kautabak von nicht verkehrsfähigem Tabak zum oralen Gebrauch abgrenzen zu können, reicht es zudem nicht aus, nur die streitgegenständlichen Produkte im Rahmen einer Speichelsimulanzlösung zu untersuchen. Sollten, was im Rahmen der Studie nicht geschehen ist, auch bei verkehrsfähigem Kautabak durch die Speichelsimulanzlösung bereits deutliche Mengen des enthaltenen Nikotins herausgelöst werden, wäre auch dort ein Ankauen nicht notwendig für den Konsum. Dies belegen zahlreiche wissenschaftliche Studien² Diese wurden im Mai 2023 durch das akkreditierte Testinstitut eurofins reproduziert.³ Somit handelt es sich nicht mehr um ein zulässiges Abgrenzungskriterium, da es tatsächlich keine Abgrenzung im Sinne einer Unterscheidbarkeit der Produkte gibt.

Es wäre sachverständigenseits festzustellen, wie die weiteren wesentlichen Inhaltsstoffe im Vergleich zum Nikotingehalt im Kautabak und in den inkriminierten Produkten in wesentlichen Mengen freigesetzt werden.

² Miller: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S157002321931579X>

Nasr: <https://academic.oup.com/jaoac/article/81/3/540/5683964>

Li: <https://bmcchem.biomedcentral.com/articles/10.1186/1752-153X-7-176>

³ Siehe Anlage Testreport eurofins

4 Zusammenfassung

Keines der hier bekannten Gutachten stellt eine geeignete Grundlage für den Erlass einer Verbotsverfügung dar. Jedes Produkt steht unter dem Schutz von Artikel 12 Grundgesetz und Artikel 14 Grundgesetz: Es darf so lange frei gehandelt werden, bis es unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes ausdrücklich mit einem Verkehrsverbot belegt ist.



Carsten Stolter
Rechtsanwalt

Anlage: Testreport eurofins

Enclosure to analytical reports for Samples 525-2023-03070417, 525-2023-03070418, 525-2023-03070419, 525-2023-03070420, 525-2023-03070421, 525-2023-03090222

Scope

The Company _____ has after discussions with Eurofins Food & Feed Testing Sweden AB, ordered a study of nicotine release in different tobacco products sold on the German market. The topic of the study is to compare the Nicotine release over time (from time 0 to end time 60 minutes). The studied products are listed below, they are all different kind of tobacco-containing products used as oral products.

Tested Products

Product	Sample ID	EAN-Code
Stokers classic chewing tobacco	525-2023-03070417	7 9995300130
Grimm and Triepel #1	525-2023-03070418	4 026146100011
Lakrisan Original Tobacco Bits	525-2023-03070419	5 707294216012
Oliver twist Original Chewing Tobacco Bits	525-2023-03070420	57509914
Siberia x-tremely chewing tobacco pouches	525-2023-03070421	7 350049926452
Gawith Original snuff	525-2023-03090222	4 002450015548

Testing Protocol

The nicotine content was measured in the product, as triplicate.

The analytical procedure for nicotine measurement was executed according to local SOP: **LidVit.0A.96**. See appendix 1.

The products were exposed to artificial saliva according to a testing protocol.

The sample weight for saliva exposure was set to 0,8 grams for all products, based on the pouch weight of Siberia X-treme chew-bag. The exact weight was recorded by product and replicate.



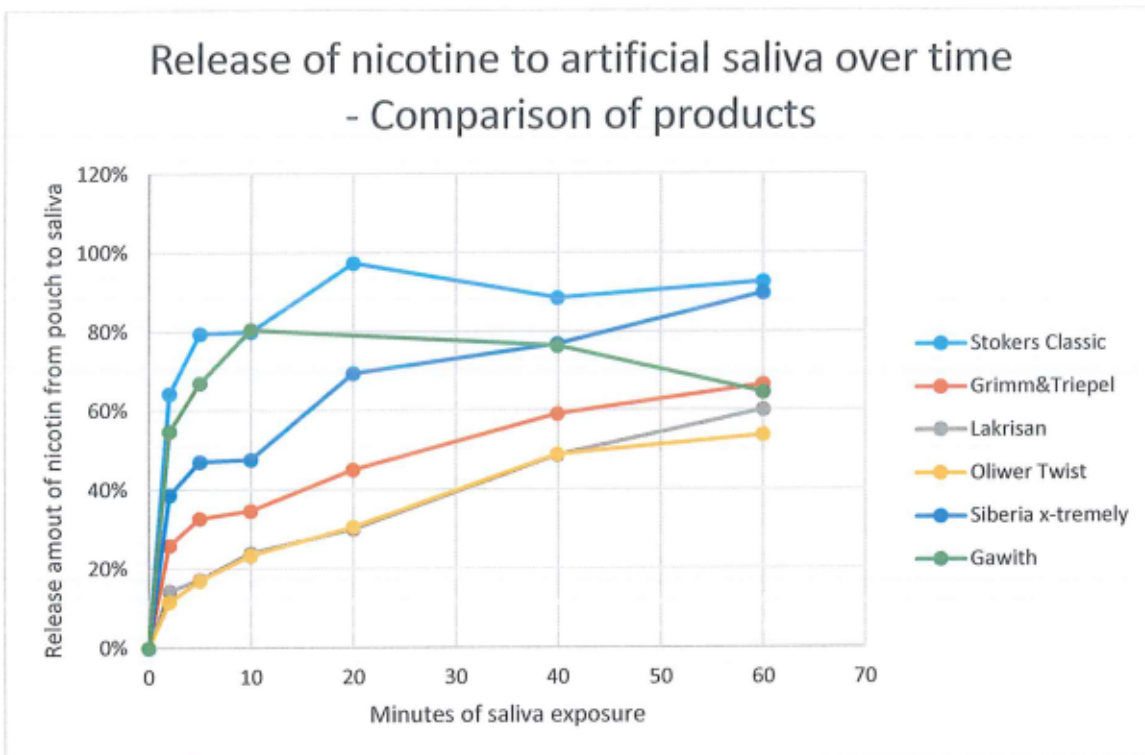
The products were exposed to saliva in three replicates for each time point agreed with Exposure time in saliva were set to 2 minutes, 5 minutes, 10 minutes, 20 minutes, 40 minutes and 60 minutes.

The extraction was performed in 50 ml PP-tubes. 8 ml of 12 mM ammoniumphosphate buffer (pH 7,4) was added to the tubes after sample weight-in. The sample tubes where shaken slowly (50 rpm) in a water bath at 37 °C for the defined time. The extracts where filtered and diluted 400 times prior to analysis on LC-MS. All three replicates where analysed according to analytical settings in the SOP: LidVit.0A.96.

Results

Individual nicotine results, see appendix 2.

Below the comparison of products related to the release of nicotine to salive over the studied time period.



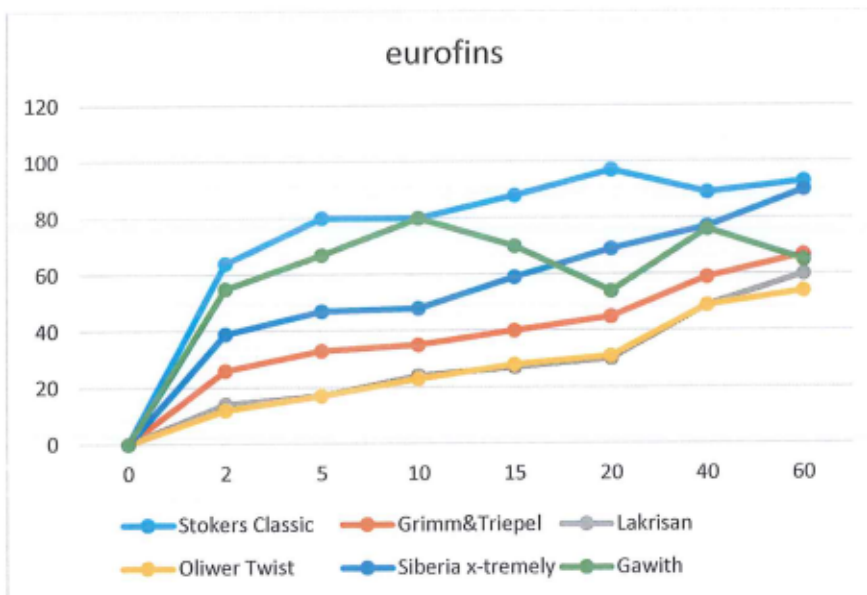
Conclusions

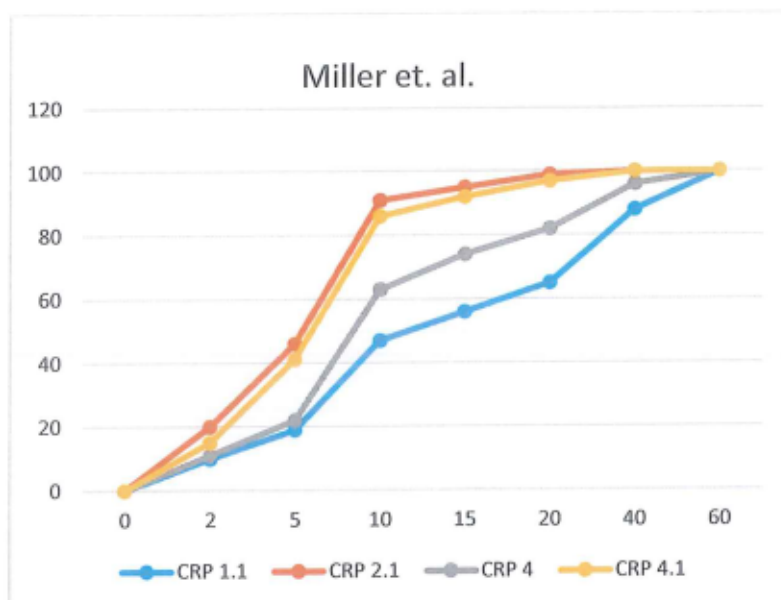
1. The results and data from the study shows that after in-vitro extraction for 10 minutes the highest release is shown for Stokers Classic and Gawith. After 40 minutes the different products show more or less the same release. Still with Stoker Classic at the highest release (app. 85%), and the lowest release for Oliver Twist Original and Lakrisan, at app. 50% Nicotine release. The end-release after 60 minutes shows that all products release the majority of the Nicotine.
2. The results of our tests are fully in line with the scientific research reports conducted according to coresta-industry-standard such as:



- a. In Vitro Study of Nicotine Release from Smokeless Tobacco MOHEB M. NASR, JOHN C. REEPMEYER, and YUBING TANG U.S. Food and Drug Administration, Division of Testing and Applied Analytical Development, 1114 Market St, Room 1002, St. Louis, MO 63101
- b. Method development and validation of dissolution testing for nicotine release from smokeless tobacco products using flow-through cell apparatus and UPLC-PDA John H. Miller, Tim Danielson, Yezdi B. Pithawalla, Anthony P. Brown, Celeste Wilkinson, Karl Wagner, Fadi Aldeek* Center for Research & Technology, Altria Client Services LLC, 601 East Jackson Street, Richmond, VA 23219, United States

	eurofins						Miller				Nasr				
	Stokers Classic	Grimm& Triepel	Lakrisan	Oliver Twist	Siberia x-tremely	Gawith	CRP 1.1	CRP 2.1	CRP 4	CRP 4.1	Skoal bag	Skoal no bag	Copen Snuff	Skoal Long	Skoal Fine
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2	64	26	14	12	39	55	10	20	11	15	91	96	98	100	96
5	80	33	17	17	47	67	19	46	22	41	96	100	100	100	99
10	80	35	24	23	48	80	47	91	63	86	96	100	100	100	99
15	88	40	27	28	59	70	56	95	74	92	97	98	99	100	99
20	97	45	30	31	69	54	65	99	82	97	98	100	100	100	99
40	89	59	49	49	77	76	88	100	96	100	99	100	100	100	100
60	93	67	60	54	90	65	100	100	100	100	100	100	100	100	100



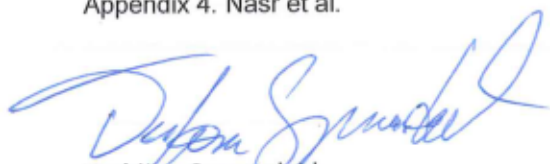
Appendixes:

Appendix 1: SOP LidVit.0A.96

Appendix 2: Nicotine Saliva extraction

Appendix 3. Miller et al.

Appendix 4. Nasr et al.



Torbjörn Synnerdahl

 eurofins
Eurofins Food & Feed Testing Sweden AB

Eurofins Food and Feed Testing Sweden AB

23/5-2023.



Sachstand

Zulässigkeit des Verkaufs von tabakfreien Nikotinbeutel (,Nikotin-Pouches“) und Lutschtabakprodukten (,Snus“) in Deutschland

Zulässigkeit des Verkaufs von tabakfreien Nikotinbeuteln („Nikotin-Pouches“) und Lutschtabakprodukten („Snus“) in Deutschland

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 002/23
Abschluss der Arbeit: 16.01.2023
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Verkehr, Ernährung und Landwirtschaft

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Tabakfreie Nikotinbeutel („Nikotin-Pouches“)	4
3.	Tabakhaltige Produkte („Snus“)	5

1. Einleitung

Die Wissenschaftlichen Dienste wurden nach der rechtlichen Zulässigkeit des Verkaufs von tabakfreien Nikotinbeuteln und Tabakprodukten zum oralen Gebrauch in Deutschland gefragt. Dabei wird hier die europarechtliche Situation als bekannt vorausgesetzt und daher nur gestreift, wo es erforderlich ist.

Zur Beantwortung der Frage muss zwischen tabakhaltigen und tabakfreien Produkten unterschieden werden.

2. Tabakfreie Nikotinbeutel („Nikotin-Pouches“)

Bei tabakfreien Nikotinbeuteln, auch als sogenannte Nikotin-Pouches, Nikotin-Pods, Nicopods oder Nikotinbags bezeichnet, handelt es sich um kleine, durchlässige Zellstoffbeutel, die ein Pulver enthalten, welches unter anderem aus Nikotinsalzen, mikrokristalliner Zellulose sowie Süß- und Aromastoffen besteht. Tabak ist hingegen nicht enthalten.¹ Zur Anwendung werden die Beutel in den Mundraum aufgenommen und nach einer bestimmten Anwendungszeit unzerkaut wieder ausgespuckt. Da die Beutel während der Nutzung Nikotin abgeben, welches über die Mundschleimhäute in den Körper des Konsumenten aufgenommen wird, werden sie als rauchlose Alternative zu Zigaretten beworben.² Diese als neu beschriebenen Produkte sind unter anderem in den USA, Großbritannien und Schweden verbreitet.³

Eine spezielle gesetzliche Regelung für tabakfreie Nikotinbeutel besteht in Deutschland nicht.

Der Bundestag hat die Bundesregierung in einer Entschließung vom 1. Juli 2020 aufgefordert, Studien zu den gesundheitlichen Auswirkungen des Konsums von Nikotinbeuteln in Auftrag zu geben.⁴ Die Verbraucherschutzministerkonferenz hat sich im Mai 2021 dafür ausgesprochen, eine Regelung im Tabakrecht zu entwickeln.⁵ Die „Vorläufige gesundheitliche Bewertung von Nikotinbeuteln (Nikotinpouches)“ des Bundesinstituts für Risikobewertung (BfR) vom 20. September 2021⁶ war Gegenstand kontroverser Stellungnahmen, bei denen es unter anderem um die rechtliche Einordnung dieser Produkte ging.⁷ Eine Studie des Bundesinstituts für Risikobewertung (BfR)

1 Bundesinstitut für Risikobewertung, Gesundheitliche Bewertung von Nikotinbeuteln (Nikotinpouches), 7. Oktober 2022, <https://www.bfr.bund.de/cm/343/gesundheitsliche-bewertung-von-nikotinbeuteln-nikotinpouches.pdf>, S. 1.

2 Institut für Hygiene und Umwelt Hamburg, <https://www.hamburg.de/hu/lebensmittel-und-zoonosen/15087362/verkaufsverbot-nikotinbeutel/>.

3 Bundesinstitut für Risikobewertung (2022), S. 1.

4 BT-Drs. 19/20667, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/206/1920667.pdf>, S. 5.

5 https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/ergebnisprotokoll-17-vsmk-am-7-mai-2021-als-videokonferenz-protokoll-vsmk_1621426470.pdf.

6 [vorlaeufige-gesundheitliche-bewertung-von-nikotinbeuteln-nikotinpouches.pdf \(bund.de\)](https://www.bfr.bund.de/cm/343/vorlaeufige-gesundheitliche-bewertung-von-nikotinbeuteln-nikotinpouches.pdf).

7 [BMEL - Tabak - Stellungnahmen zu tabakfreien Nikotinbeuteln \(Nikotinpouches\)](https://www.bmel.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/20210921_nikotinbeutel.html).

vom 7. Oktober 2022 legt dar, dass die tabakfreien Nikotinbeutel von den Überwachungsbehörden nach lebensmittelrechtlichen Vorschriften behandelt werden und bei Anwendung des ARfD-Werts⁸ von 0,0008mg/kg Körpergewicht vom Markt genommen werden, wenn sie diesen Wert überschreiten.⁹ Das Vorgehen, das zum Teil von Gerichten bestätigt wurde¹⁰, ist nicht unumstritten.¹¹

In Beantwortung einer auf der BfR-Studie beruhenden schriftlichen Frage vom 29. November 2022 teilte die Bundesregierung mit, dass sie derzeit keine Spezialregelung zu Nikotinbeuteln plane.¹² Die Bundesregierung sei mit den Bundesländern zu möglichen Regelungen im Austausch.¹³

Die damals amtierende Bundesregierung teilte bereits Anfang 2021 in der Antwort auf eine Kleine Anfrage zu nationalen Regulierungsvorhaben von Nikotinbeuteln mit, dass es für einen effektiven Verbraucherschutz aufgrund des europäischen Marktes einer europaweit einheitlichen Regelung bedürfe.¹⁴

3. Tabakhaltige Produkte („Snus“)

Neben den tabakfreien Nikotinbeuteln gibt es vergleichbare Produkte, die jedoch Tabak enthalten und deshalb auch als Oraltabak bezeichnet werden.¹⁵ Die Anwendung erfolgt ebenfalls über die temporäre Aufnahme in den Mundraum, welche mit der speichelbedingten Freisetzung von Nikotin und anderen Stoffen einhergeht, ohne dass das Produkt gekaut werden müsste. Derartige

8 ARfD ist die Akute Referenzdosis.

9 Bundesinstitut für Risikobewertung (2022), S. 2, 16.

10 Vgl. etwa VG München, Entscheidung vom 20. Mai 2021, M 26b S 20.6309 (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2021-N-12923>) und Hamburgisches OVG, Beschluss vom 19. August 2021, 5 Bs 56/21 (<https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/MWRE210003456>).

11 S. z.B. Zechmeister, David, Neues von den Nikotinbeuteln, Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR) 2021, S. 722 ff, Teufer, Tobias, Die Regulierung tabakfreier Nikotinbeutel – eine rechtliche Einordnung, in: ZLR 2020, S. 602 ff. Der Aufsatz von Teufer basiert auf einem Gutachten für den Bundesverband der Tabakwirtschaft und neuartiger Erzeugnisse e. V.

12 BT-Drs. 20/4776, Antwort auf Frage 85, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/047/2004776.pdf>, S. 64.

13 BT-Drs. 20/4209, Antwort auf Frage 100, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/042/2004209.pdf>, S. 69.

14 BT-Drs. 19/26678 vom 12.02.2021, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/266/1926678.pdf>, S. 5.

15 Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. 2018, Snus (Zollrecht).

Produkte sind insbesondere in Schweden unter der Bezeichnung „Snus“ verbreitet.¹⁶ Da sie Tabak enthalten, fallen sie in Deutschland unter die Vorgaben des Tabakerzeugnisgesetzes.¹⁷

Nach § 11 Tabakerzeugnisgesetz¹⁸ ist das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch verboten. Ein Verstoß gegen das Verbot kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden (§ 34 Absatz 1 Nr. 4 lit. c TabakerzG). Die Regelung des § 11 TabakerzG entspricht Art. 17 der Richtlinie 2014/40/EU¹⁹, wonach die Mitgliedsstaaten das Inverkehrbringen von Tabak zum oralen Gebrauch verbieten müssen. Die Verwendung ist anders als das Inverkehrbringen nicht verboten.²⁰

Von dem **Verbot hingegen nicht erfasst** ist nach § 1 Abs. 1 TabakerzG i.V.m. Art. 2 Nr. 8 Richtlinie 2014/40/EU **Kautabak**. Der Begriff des Kautabaks ist jedoch eng auszulegen, sodass die Ausnahme für Kautabak wiederum nicht für „Snus“-Produkte gilt, welche als „Lutschtabak“ gelten.²¹

16 Institut für Hygiene und Umwelt Hamburg, <https://www.hamburg.de/hu/lebensmittel-und-zoonosen/15087362/verkaufsverbot-nikotinbeutel/>.

17 Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (Tabakerzeugnisgesetz – TabakerzG) vom 4. April 2016, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 5 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022, <https://www.gesetze-im-internet.de/tabakerzg/BJNR056910016.html>

18 Der Wortlaut heißt „Es ist verboten, Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch in den Verkehr zu bringen.“

19 Konsolidierte Fassung [EUR-Lex - 02014L0040-20150106 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/40/oj) .

20 Nomos-BR/Boch TabakerzG/Thomas Boch, 1. Aufl. 2019, TabakerzG § 11 Rn. 4.

21 Nomos-BR/Boch TabakerzG/Thomas Boch, 1. Aufl. 2019, TabakerzG § 1 Rn. 4.

Listung von Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten

Hersteller und Importeure von Tabakerzeugnissen sind verpflichtet, im zentralen EU-Notifizierungsportal dem „EU-CEG“ (EU Common Entry Gate) den zuständigen Behörden u.a. Produkteigenschaften inklusive der Zusammensetzung sowie toxikologischen Daten und Verkaufszahlen mitzuteilen. Das BVL veröffentlicht die dort vorliegenden Daten entsprechend § 32 Tabakerzeugnisverordnung.

Die hier aufgelisteten Angaben werden veröffentlicht, wie sie mitgeteilt wurden. Für die Richtigkeit der Informationen ist daher der Übermittler verantwortlich. Bitte beachten Sie hierzu auch die Angaben unter „Hinweis“ auf dieser Seite. Die Übereinstimmung der Produkte mit den rechtlichen Anforderungen liegt in der Verantwortung des Herstellers und Importeurs. Eine stichprobenartige Kontrolle erfolgt von den zuständigen Überwachungsbehörden der Bundesländer.

Tabakerzeugnisse

Da gegenwärtig dem BVL die Daten von Tabakerzeugnissen zu Zusatzstoffen und Emissionswerten noch nicht in einer weiter zu verarbeitenden Form vorliegen, werden derzeit nur Markenname und Produkttyp der im EU-CEG mitgeteilten Produkte veröffentlicht. Neuartige Tabakerzeugnisse bedürfen in Deutschland einer Zulassung, daher sind in der Liste nur solche neuartigen Tabakerzeugnisse enthalten, die bereits zugelassen wurden. Ebenso wenig werden solche Produkte gelistet, gegen deren Zulassung Rechtsmittel eingelegt wurden, die aufschiebende Wirkung haben.

In Deutschland dürfen Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch nicht in den Verkehr gebracht werden und sind daher auch nicht gelistet.

- [Liste der mitgeteilten Tabakerzeugnisse](#)

E-Zigaretten und E-Liquids

Da gegenwärtig dem BVL die Daten von E-Zigaretten und E-Liquids u.a. zu Inhaltsstoffen, Emissionen und Nikotindosis noch nicht in einer weiter zu verarbeitenden Form vorliegen, werden derzeit nur Markenname, Name und Adresse des Herstellers oder Importeurs und Produkttyp der mitgeteilten Produkte veröffentlicht. Die Produkte müssen sechs Monate vor dem Inverkehrbringen mitgeteilt werden. Gelistet werden daher nur Produkte, deren Mitteilungsdatum bereits mindestens sechs Monate zurückliegt.

- [Liste der mitgeteilten E-Zigaretten](#)

HINWEIS:

Die hier erfolgte Listung von Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten bestätigt nicht, dass die rechtlichen Anforderungen erfüllt werden. Die Einhaltung der rechtlichen Vorschriften liegt beim Inverkehrbringer.

Bitte beachten Sie auch, dass es für Datenübermittler technisch nicht möglich ist, die an das EU-CEG übermittelten Daten einzusehen oder zu prüfen. Eventuell auftretende Eingabefehler können daher erst mit Veröffentlichung der Daten anhand dieser Liste identifiziert und nachfolgend korrigiert werden.

Die vorliegende Liste ist nicht tagesaktuell, sie wird derzeit etwa monatlich aktualisiert. Vorgenommene Änderungen der Übermittler im EU-CEG werden erst mit der nächsten Aktualisierung dieser Liste sichtbar.

Informationen für Hersteller und Importeure zur Datenübermittlung im EU-CEG finden Sie unter folgendem Link: www.bvl.bund.de/Tabakmitteilung.

Weitere Informationen

[Liste der mitgeteilten Tabakerzeugnisse \(Stand: April 2025\)](#)

[Liste der mitgeteilten E-Zigaretten \(Stand: April 2025\)](#)

[Datenschutz](#)

[Erklärung zur Barrierefreiheit](#)

[Impressum](#)

[Inhaltsverzeichnis](#)

[Glossar](#)

[Barriere melden](#)

© Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit



Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 17, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2023 durch

[REDACTED]

für Recht erkannt:

Der Bescheid vom 14.7.2020 und der Widerspruchsbescheid vom 26.10.2020 werden aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten vorläufig vollstreckbar.

Rechtsmittelbelehrung:

Innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils kann gegen dieses Urteil die Zulassung der Berufung beantragt werden.

Der Antrag ist bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen.

Die Berufung ist nur zuzulassen,

- wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
- wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
- wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
- wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen die Untersagung des In-Verkehr-Bringens ihrer Tabakerzeugnisse.

Die Klägerin ist als Hamburger Unternehmen Herstellerin von Tabakerzeugnissen. Zu ihrem Sortiment gehören auch Produkte, die unter der Marke „skruf“ vertrieben werden. Die streitgegenständlichen Produkte wurden durch die Klägerin ab Mai bzw. Juli 2019 in dieser Form auf den Markt gebracht.

Nachdem die Beklagte die streitgegenständlichen Produkte gutachterlich prüfen ließ, teilte sie der Klägerin mit Schreiben vom 4.6.2020 mit, dass sie beabsichtige, eine Untersagungsverfügung nach § 29 Abs. 2 Nr. 4 TabakerzG hinsichtlich der skruf-Produkte auszusprechen und gab der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 22.6.2020, welche diese mit Schreiben vom 22.6.2020 wahrnahm. Hierbei machte die Klägerin insbesondere geltend, dass ihre Produkte als Kautabak einzustufen seien und die seitens der Beklagten vorgelegten Gutachten unzureichend seien sowie keine Einzelfallprüfung erkennen ließen.

Mit Bescheid vom 14.7.2020 untersagte die Beklagte der Klägerin, die Produkte [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED], welche ganz oder teilweise aus Tabak bestehen und in Portionsbeuteln angeboten werden, in den Verkehr zu bringen. Zudem setzte die Beklagte ein Zwangsgeld i.H.v. 10.000,00 Euro gegen die Klägerin fest, soweit sie der Ordnungsverfügung nicht nachkäme, und ordnete die sofortige Vollziehung der Untersagung an. Zur Begründung führte sie aus, dass die von der Klägerin in den Verkehr eingeführten Tabakerzeugnisse solche zum oralen Gebrauch seien und diese gemäß § 11 TabakerzG in Deutschland verboten seien. Bei verschiedenen Verkaufsstellen entnommene Skruf-Tabakerzeugnisse der Klägerin seien durch Gutachten des Instituts für Hygiene und Umwelt Hamburg vom 7.2., 19.3. und 3.4.2020 oder durch Gutachten des Chemischen- und Veterinäruntersuchungsamtes Ostwestfalen-Lippe (CVUA OWL) vom 10.6.2020 gemäß § 1 TabakerzG i.V.m. Artikel 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch eingestuft worden. Sowohl Zusammensetzung als auch Konsistenz und Darreichungsform der streitgegenständlichen Produkte entsprächen den in Deutschland verbotenen Tabakerzeugnissen zum oralen Verbrauch. Für den Verbraucher sei der Unterschied zu Snus-Produkten

kaum bis nicht wahrnehmbar. Wesentliche Inhaltsstoffe der streitgegenständlichen Produkte würden sich, wenn auch in geringerem Maße als beim Kauen, bereits durch das bloße Im-Mund-Halten lösen. Nicht erheblich sei, dass die Menge dieser wesentlichen Inhaltsstoffe durch ein Kauen erhöht würde.

Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 21.7.2020 Widerspruch und ersuchte vor dem Verwaltungsgericht Hamburg zugleich um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (17 E 3219/20). Mit Beschluss vom 16.9.2020 stellte das Verwaltungsgericht Hamburg die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 14.7.2020 wieder her. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten wies das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 7.5.2021 (5 Bs 178/20) zurück.

Mit Bescheid vom 26.10.2020 wies die Beklagte den Widerspruch zurück und ordnete die sofortige Vollziehung der Untersagung (erneut) an. Der zulässige Widerspruch sei unbegründet. Die Voraussetzungen für eine Untersagungsverfügung nach § 29 Abs. 2 Satz 2 TabakerzG lägen vor. Bei den streitgegenständlichen Produkten handle es sich um nach § 11 TabakerzG verbotene Erzeugnisse zum oralen Gebrauch. Maßgeblich für die Abgrenzung sei nach der Rechtsprechung das Freisetzen wesentlicher Inhaltsstoffe, nicht jedoch das Freisetzen einer wesentlichen Menge. Weitere seitens der Beklagten eingeholte Gutachten des Instituts für Hygiene und Umwelt Hamburg vom 16.10., 22.10. und 23.10.2020 würden die Einstufung der streitgegenständlichen Produkte als Erzeugnisse zum oralen Gebrauch stützen. Nach diesen Gutachten würden wesentliche Inhaltsstoffe in qualitativer und quantitativer Hinsicht bereits durch das bloße Im-Mund-Halten freigesetzt. Dabei würden für den Konsum wesentliche Mengen in jedem Fall erreicht. Die Produkte würden in ihrer Beschaffenheit, insbesondere bezüglich ihres pH-Wertes und der Schnittgröße des Tabaks, sowie im Migrationsverhalten des Nikotins ohne Kauen weit deutlicher dem nur in Schweden zugelassenen Oraltabak „Snus“ ähneln als klassischem Kautabak. Die Erteilung des Verbots aus § 29 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 TabakerzG, das den Zweck des Gesundheits- und Jugendschutzes verfolge, sei auch verhältnismäßig gewesen.

Unter dem 29.10.2020 ersuchte die Klägerin (erneut) um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Bezug auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Widerspruchsbescheid vom 26.10.2020 vor dem Verwaltungsgericht Hamburg (17 E 4534/20). Mit Beschluss vom 6.1.2021 stellte das Verwaltungsgericht Hamburg fest, dass die vorliegende Klage gegen

den Bescheid vom 14.7.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.10.2020 auf-schiebende Wirkung hat. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 1.2.2021 (5 Bs 15/21) zurück.

Am 24.11.2020 hat die Klägerin beim Verwaltungsgericht Hamburg Klage erhoben. Zur Begründung führt sie aus, dass die in der Untersagungsverfügung aufgeführten Produkte Kautabake im Rechtssinne und keine oralen Tabakerzeugnisse seien. Sie würden die Kriterien erfüllen, welche sich nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Kautabak ergeben. Die von der Beklagten vorgelegten Gutachten würden nicht zu einer abweichenden Beurteilung führen. Vielmehr wiesen diese, wie seitens des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts im parallelen Eilverfahren dargelegt, inhaltliche Mängel auf, würden die konkreten Produkteigenschaften verkennen und fehlerhafte rechtliche Maßstäbe anlegen. Nach den Maßstäben des Gerichtshofs der Europäischen Union seien die „skruf“-Produkte nach ihrer Zusammensetzung, Konsistenz, Darreichungsform, tatsächlichen Verwendung sowie auch nach einer Gesamtbetrachtung dazu bestimmt, gekaut zu werden. Die wesentlichen Inhaltsstoffe würden sich im Mund nur durch Kauen freisetzen, sodass es sich gerade nicht um Produkte handle, die im Wesentlichen dazu bestimmt seien, gelutscht zu werden.

Dies folge schon aus der stofflichen Zusammensetzung des „skruf“-Produktes, das aus einer Kombination von Tabak mit Pflanzenfasern und Xanthan, typischen Kaugummibestandteilen, bestehe, welche in Zusammenwirkung mit den Feuchtigkeitsmitteln fast noch mehr als klassischer Kautabak darauf angelegt seien, gekaut zu werden. Auch die Konsistenz der streitgegenständlichen Produkte unterscheide sich deutlich von Lutschtabaken, da schon der Inhalt des Beutels adhäsiv, also vergleichbar mit einem Kaugummi sei. Das frische Produkt halte auch ohne den es umgebenden Beutel als einheitlich formbare Masse, sodass es insbesondere zusammenhalte, wenn es gekaut werde. Im Unterschied zu dem verbotenen „Snus“ löse sich das „skruf“-Produkt nicht in einzelne Bestandteile auf, wenn man es in ein Glas Wasser lege und dort belasse. Darüber hinaus müsse man auf dem Produkt kauen, um seine wesentlichen Inhaltsstoffe zu lösen. Dass sich auch ohne Kauen schon gewisse Anteile Nikotin lösten, ändere nichts an seiner Kaufestigkeit und seiner Bestimmung zum Kauen. Auf den Beutel komme es angesichts der Kohäsion der Masse nicht an, da dieser aufgrund seiner Festigkeit die Notwendigkeit des Kauens nur verstärke.

Hinsichtlich der tatsächlichen Verwendung der Produkte führt die Klägerin aus, dass diese nur durch Kauen konsumiert würden. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass auch bei den altertümlichen klassischen Kautabaksformen ein Kauen nicht mit einem

Kauen zum Verzehr oder von Kaugummi gleichzusetzen sei, sondern nur ein gelegentliches Ausdrücken mit den Zähnen darstelle. Diese Bestimmung zeige sich schon durch die Anwendungshinweise auf der Packung. Ein Konsumerlebnis bleibe im Übrigen wegen des schwachen Effekts aus, wenn das Produkt nicht angekaut, sondern lediglich in die Wange gelegt werde. Schließlich trägt die Klägerin vor, dass es zur Abgrenzung zwischen Kautabak und oralen Tabakerzeugnissen nicht beitrage, ob die Produkte für jüngere Konsumenten attraktiv seien. Im Übrigen gingen die Ausführungen zur vermeintlichen Jugendaffinität der Produkte ins Leere, da nach einer vorgelegten Studie der Klägerin das Durchschnittsalter der tausend befragten Nutzer 37 Jahre betrage.

Schließlich müsse auch kein gerichtliches Sachverständigengutachten eingeholt werden. Vielmehr sei die Sache entscheidungsreif. Die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei nicht die eines Reparaturbetriebs für Fehler der Beklagten, die die tatsächlichen Grundlagen der belastenden Verfügung auch zwischenzeitlich trotz der Entscheidungen im parallelen Eilverfahren nicht schlüssig ermittelt habe. Sie, die Klägerin, habe zudem hinreichende tatsächliche Nachweise für eine Einstufung der Produkte als Kautabak vorgelegt.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid vom 14.7.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.10.2020 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf den Widerspruchsbescheid und die dortige Einstufung der streitgegenständlichen Tabakprodukte als solche zum oralen Gebrauch durch die von ihr eingebrachten Gutachten. Die streitgegenständlichen Produkte würden insbesondere einen mit „Snus“ vergleichbaren pH-Wert ausweisen und insoweit nicht im Bereich von klassischem Kautabak liegen. Schon durch das Halten im Mund würden sich bereits die wesentlichen Inhaltsstoffe im Mund lösen. Der Untersagungsbescheid sei auch ermessensfehlerfrei und insbesondere verhältnismäßig ergangen, da der Jugend- und Gesundheitsschutz das rein wirtschaftliche Interesse durch potenzielle verbotsbedingte Gewinnauffälle überwiege. Die Produkte seien für junge Erwachsene schon durch die Darbietung sowie das Dosendesign, das keine Verknüpfung mit einem Tabakprodukt zulasse, besonders attraktiv. Darüber hinaus lasse sich der Konsum für Minderjährige schon durch das versteckte Halten im Mundraum verbergen. Schließlich verkenne die Klägerin, die lediglich

Parteigutachten vorgelegt habe, den im Verwaltungsprozess geltenden Amtsermittlungsgrundsatz. Fehler im Rahmen ihrer behördlichen Amtsermittlung habe sich die Beklagte nicht vorzuwerfen. Die seitens des Hamburgischen Obergerichtes im parallelen Eilverfahren erhobene Einwände gegen die durch die Beklagte vorgelegten Gutachten könnten entkräftet werden. Insbesondere entspreche die Messung der Nikotin-Migration nach zwanzig Minuten den Herstellerangaben und allein Nikotin sei bei den streitgegenständlichen Produkten als wesentlicher Inhaltsstoff zu klassifizieren. Die seitens des Hamburgischen Obergerichtes weiterhin betrachteten Aromastoffe hätten keine zentrale Bedeutung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte dieses Verfahrens, die Gerichtsakten der parallelen Eilverfahren (17 E 3219/20, 5 Bs 178/20; 17 E 4534/20, 5 Bs 15/21) sowie die Sachakte der Beklagten Bezug genommen, die vorgelegen haben und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind.

Entscheidungsgründe

A.

Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet. Der Bescheid vom 14.7.2020 und der Widerspruchsbescheid vom 26.10.2020 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Sowohl die in Ziffer 1 des Bescheids vom 14.7.2020 geregelte Untersagungsverfügung (hierzu unter I.) als auch die in Ziffer 2 des Bescheids vom 14.7.2020 erfolgte Zwangsgeldfestsetzung (hierzu unter II.) sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG.

I. Die auf § 29 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 4 TabakerzG gestützte Untersagungsverfügung erweist sich als rechtswidrig. Nach § 29 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG treffen die Marktüberwachungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen, wenn sie den begründeten Verdacht haben, dass ein Erzeugnis nicht die Anforderungen dieses Gesetzes, der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen und der unmittelbar geltenden Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses

Gesetzes erfüllt. Gemäß § 29 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 TabakerzG sind die Behörden insbesondere befugt, zu verbieten, dass ein Erzeugnis in den Verkehr gebracht wird.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine solche behördliche Maßnahme liegen nicht vor. Es besteht kein begründeter Verdacht, dass die streitgegenständlichen Erzeugnisse der Klägerin die Anforderungen des TabakerzG nicht erfüllen bzw. hier konkret mit diesen Erzeugnissen gegen das zwischen den Beteiligten allein in Rede stehende Verbot aus § 11 TabakerzG verstoßen wird.

Nach § 11 TabakerzG ist es verboten, Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch in den Verkehr zu bringen. Dabei sind die unzulässigen Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG, Art. 2 Nr. 8 Richtlinie 2014/40/EU von dem zulässigen Kautabak i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG, Art. 2 Nr. 6 Richtlinie 2014/40/EU abzugrenzen. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG, Art. 2 Nr. 6 Richtlinie 2014/40/EU ist Kautabak ein rauchloses Tabakerzeugnis, das ausschließlich zum Kauen bestimmt ist, während Tabak zum oralen Gebrauch nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG, Art. 2 Nr. 8 Richtlinie 2014/40/EU alle Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch sind – mit Ausnahme von Erzeugnissen, die zum Inhalieren oder Kauen bestimmt sind –, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen und die in Pulver- oder Granulatform oder in einer Kombination aus beiden Formen, insbesondere in Portionsbeuteln oder porösen Beuteln, angeboten werden.

Anhand der hierzu in der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien (hierzu unter 1.) steht nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass es sich bei den streitgegenständlichen Erzeugnissen der Klägerin um ein unter das Verbot des § 11 TabakerzG fallendes Erzeugnis zum oralen Gebrauch handelt (hierzu unter 2.), was zu Lasten der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten geht (hierzu unter 3.).

1. Die Abgrenzungskriterien sind in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) hinreichend entwickelt und geklärt worden (so BVerwG, Beschl. v. 12.5.2020, 3 B 5/20, juris Rn. 7). So führt der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 17.10.2018 (C 425/17, juris Rn. 32 ff.) aus:

„Daraus folgt, dass als „Tabakerzeugnisse, die zum Kauen bestimmt sind“, im Sinne von Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40 nur Erzeugnisse eingestuft werden können, die an sich nur gekaut konsumiert werden können, d. h., die ihre wesentlichen Inhaltsstoffe im Mund nur durch Kauen freisetzen können.“

Nicht so eingestuft werden kann dagegen ein Tabakerzeugnis, das, obwohl es auch gekaut werden kann, im Wesentlichen zum Lutschen bestimmt ist, d. h. ein Erzeugnis, das nur im Mund gehalten werden muss, damit seine wesentlichen Inhaltsstoffe freigesetzt werden.

[...]

Daher kommt es dem nationalen Gericht zu, anhand aller relevanten objektiven Merkmale der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Erzeugnisse wie ihrer Zusammensetzung, ihrer Konsistenz, ihrer Darreichungsform und gegebenenfalls ihrer tatsächlichen Verwendung durch die Verbraucher zu ermitteln, ob sie an sich nur gekaut konsumiert werden können.“

Diese Abgrenzungskriterien hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass für die Abgrenzung das Freisetzen wesentlicher Inhaltsstoffe in einer für den Konsum wesentlichen Menge maßgeblich sei. Ob die Inhaltsstoffe des Erzeugnisses durch Kauen in größerer Menge freigesetzt werden als durch bloßes Im-Mund-Halten, ist für die Ermittlung der Gebrauchsbestimmung hingegen nicht maßgeblich (BVerwG, Beschl. v. 12.5.2020, 3 B 5/20, juris Rn. 11).

Schließlich sind die Abgrenzungskriterien gerade auch im Hinblick auf die streitgegenständlichen Erzeugnisse dahingehend konkretisiert worden, dass das Kriterium der wesentlichen Inhaltsstoffe in einer für den Konsum wesentlichen Menge auf die Wahrnehmung des Konsumenten abzielt (OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 28). Zu den in dem Abgrenzungskriterium genannten wesentlichen Inhaltsstoffen zählen nicht nur das für die Wirkung wesentliche Nikotin (vgl. Art. 2 Nr. 18 und 19 der RL 2014/40/EU), sondern auch die für das Geschmackserlebnis des Konsumenten entscheidenden Aromastoffe, die ebenfalls Inhaltsstoffe im Sinne des Tabakrechts (vgl. Art. 2 Nr. 18, 22 und 23 der RL 2014/40/EU) sind (OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 28).

2. Unter Beachtung dieser Abgrenzungskriterien steht nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass es sich bei den streitgegenständlichen Erzeugnissen der Klägerin um ein unzulässiges Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG, Art. 2 Nr. 8 Richtlinie 2014/40/EU und damit ein unter das Verbot des § 11 TabakerzG fallendes Erzeugnis handelt.

Vielmehr sprechen die Darreichungsform der streitgegenständlichen Erzeugnisse sowie die seitens der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Angaben zur Zusammensetzung dieser

Erzeugnisse indiziell sogar für die Einordnung als Kautabak i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG, Art. 2 Nr. 6 Richtlinie 2014/40/EU. So findet sich auf der Unterseite der Plastikdose, in dem die Erzeugnisse an Konsumenten verkauft werden, der Hinweis:

„Dieses Produkt ist **Kautabak** in Portionsbeuteln und ausschließlich zum Kauen bestimmt. Einen Portionsbeutel in den Mund nehmen und leicht darauf kauen, um die Inhaltsstoffe freizusetzen. [...]“ (Hervorhebung im Original)

Weiterhin erscheint angesichts der Zusammensetzung der Skruf-Produkte, die laut den unstrittigen Angaben der Klägerin u. a. das (ebenfalls für Kaugummi verwendete) Verdickungsmittel Xanthan enthalten, naheliegend, dass die geschmacksbildenden Aromastoffe sich (ähnlich wie bei einem Kaugummi) erst wirklich entfalten, wenn die Produkte angekaut werden. Bereits dieser Gesichtspunkt spricht eher dafür, dass die Konsumenten üblicherweise nicht auf das Ankauen der Skruf „chew bags“ verzichten (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 28).

Demgegenüber gelingt es der Beklagten mit den eingeholten bzw. in Bezug genommenen Gutachten nicht, zur Überzeugung des Gerichts darzulegen, dass die streitgegenständlichen Erzeugnisse als unzulässiges Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch einzuordnen wären und dass insbesondere die wesentlichen Inhaltsstoffe des Erzeugnisses in einer für den Konsum wesentlichen Menge durch das bloße Im-Mund-halten freigesetzt würden (vgl. bereits OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 25).

a) So sind die Gutachten des Instituts für Hygiene und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg vom 7.2., 19.3. und 3.4.2020 hinsichtlich der dortigen Feststellungen

„[...] Die vorliegende Probe wird nach hiesiger sachverständiger Auffassung konsumiert, indem ein Portionsbeutelchen in die Wangentasche eingelegt wird. Dann wird das Erzeugnis dort belassen und darauf gelutscht oder gesogen, um so das enthaltene Nikotin herauszulösen. [...] Das vorliegende Produkt [...] wird damit als Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch eingestuft. [...]“

nicht einmal ansatzweise für das Gericht nachvollziehbar und können für die streitrelevante Abgrenzung keine belastbare Grundlage liefern (vgl. bereits VG Hamburg, Beschl. v. 16.9.2020, 17 E 3219/20). Es ist aus den Gutachten nicht ersichtlich, inwieweit und insbesondere aufgrund welcher tatsächlichen Anhaltspunkte bzw. welcher Messungen die Sachverständige zu diesen Feststellungen gelangt sein will.

b) Ebenso stellen die Gutachten des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamts Ostwestfalen-Lippe vom 10.6.2020 keine belastbare Grundlage für die Einordnung der streitgegenständlichen Erzeugnisse als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch dar (vgl. bereits VG Hamburg, Beschl. v. 16.9.2020, 17 E 3219/20). Die dortige Feststellung, dass das in den Erzeugnissen enthaltene Nikotin allein durch das „Einspeicheln“ aufgenommen werde und ein mechanischer Kauvorgang hierfür nicht notwendig sei, wird mit einer Versuchsdurchführung gestützt, wobei eine Probe des streitgegenständlichen Erzeugnisses für 20 und 40 Minuten in Speichelsimulanzlösung belassen wird. Dabei sei festgestellt worden, dass bereits durch dieses bloße, im Versuch nachgestellte „Einspeicheln“ der wertgebende Bestandteil des Nikotins freigesetzt worden sei. Dieser in den Gutachten nur sehr allgemein beschriebene Versuchsaufbau ist schon aus mehreren Gründe unergiebig. Zum einen wird mit diesem Versuchsaufbau vollständig ausgeblendet, dass nach den obigen Ausführungen zu den in dem Abgrenzungskriterium genannten wesentlichen Inhaltsstoffen nicht nur das für die Wirkung wesentliche und im Versuchsaufbau allein betrachtete Nikotin, sondern auch die für das Geschmackserlebnis des Konsumenten entscheidenden Aromastoffe zählen. Zum anderen ist der in dem Gutachten angeführte Versuchsaufbau nicht geeignet, für die hier relevante Abgrenzung eine relevante Grundlage zu liefern, da die Messung der Nikotinmigration erst nach Ablauf von 20 und 40 Minuten erfolgte. Für das Empfinden der Konsumenten ist es demgegenüber von Bedeutung, welche Wirkung das Produkt schon in kürzerer Zeit nach dem Einführen in den Mund und bestimmungsgemäßem Gebrauch (Lutschen oder Kauen) hat (etwa nach spätestens fünf Minuten), damit noch genügend Zeit für einen Konsum mit der gewünschten vollen Wirkung bleibt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 28).

Die weitere Einordnung in den Gutachten des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamts Ostwestfalen-Lippe vom 10.6.2020 der streitgegenständlichen Erzeugnisse als Erzeugnis zum oralen Gebrauch aufgrund eines entsprechenden Konsumverhaltens, welches sich aus im Internet befindlichen Videos und Nutzerkommentaren bzw. Beschreibungen bei Online-Shops ergebe, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Von vermeintlichen Videos wird in den Gutachten lediglich ein konkretes, auf der Plattform youtube hochgeladenes Video benannt. Dieses Video ist zum Entscheidungszeitpunkt jedoch nicht mehr abrufbar und betrifft nach dem seitens der Beklagten nicht in Abrede genommenen klägerischen Vortrag nicht die streitgegenständlichen Erzeugnisse, da das Video vor deren Markteinführung am 27.1.2019 hochgeladen worden ist und ein anderes Produkt betrifft (vgl. Anlage

K21 mit einem Standbild des Videos, das das Hochladedatum sowie die schwedischen Hinweise auf dem im Video behandelten Produkt zeigt). Auch aus den den Gutachten beigelegten Anwendungshinweisen zu streitgegenständlichen Erzeugnissen in Online-Shops (allein konkret benannt: SNUFFSTORE.de) ergibt sich nichts anderes. Dort wird zwar als Anwendungshinweis „NICHT KAUFEN“ gegeben. Insoweit dürfte es sich aber offensichtlich um einen falsch platzierten Hinweis handeln. Der Anwendungshinweis soll, wie dort ausgeführt, konkret für „Nicotine Pouches“ gelten, die von „Chewing Bags“ zu unterscheiden seien. Das konkrete streitgegenständliche Erzeugnis der Klägerin wird in dem Online-Shop mehrfach eindeutig als „Chewing Bag“ eingeordnet, weswegen dieser Anwendungshinweis nicht einschlägig wäre. Schließlich ist auch der Bezug auf etwaige Nutzerkommentare in diesem Online-Shop unergiebig. Insoweit verweist die Kammer auf die überzeugenden Ausführungen des Hamburgischen Obergerichtes (Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 30):

„Die Bezugnahme auf die Seite von snuffstore.de bleibt ebenfalls unergiebig. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass Snuffstore aktuell keine Produkte von Skruf mehr anbietet; es finden sich dort lediglich zwei Produkte, die als „nicht lieferbar“ bezeichnet werden und für die es „Bewertungen 0“ geben soll (<https://www.snuffstore.de/skruf/> bzw. <https://www.snuffstore.de/nicotine-pouches/laender/schweden/skruf-super-white-cassice-3>); etwaige Nutzerkommentare aus dem Zeitraum bis Oktober 2020 sind nicht aufzufinden. Die Angabe der Antragsgegnerin, laut den besagten Nutzerkommentaren würden Skruf-Produkte „eher wie snus verwendet“, ist im Übrigen wenig präzise und so nicht recht nachvollziehbar. In diesem Zusammenhang fällt außerdem auf, dass „Snus“ von Konsumenten und Verkäufern offenbar des Öfteren als Sammelbegriff für oral zugeführte Nikotinprodukte benutzt wird, ohne dass damit schon etwas darüber gesagt wäre, ob es sich dabei um Tabakerzeugnisse handelt und ob diese gekaut oder gelutscht werden sollen.“

Dies gilt auch für die den Gutachten beigelegten sechs Nutzerkommentare, die keine konkreten Rückschlüsse auf ein Konsumentenverhalten zuließen; zumal sich aus vier Nutzerkommentaren für die streitgegenständliche Abgrenzung überhaupt keine relevanten Ausführungen ergeben und in einem weiteren Nutzerkommentar das streitgegenständliche Erzeugnis sogar ausdrücklich als Kautabak bezeichnet wird.

c) Schließlich vermögen auch die seitens der Beklagten eingeholten Gutachten des Instituts für Hygiene und Umwelt der Freien und Hansestadt Hamburg vom 16.10., 22.10. und 23.10.2020 nicht tragfähig darzulegen, dass die streitgegenständlichen Erzeugnisse als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch einzuordnen wären bzw. dass die untersuchten Skruf-Produkte ihre wesentlichen Inhaltsstoffe in einer für den Konsum wesentlichen Menge

bereits durch bloßes Im-Mund-Halten freisetzen würden (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 24).

Abgesehen davon, dass die Gutachterin nach Durchführung ihrer Messungen für zwei der streitgegenständlichen Sorten der Klägerin ihre Einordnung als Erzeugnis zum oralen Gebrauch nicht belegen konnte (vgl. die in der Sachakte befindliche E-Mail der Gutachterin vom 22.10.2020) – was die Beklagte jedoch nicht dazu veranlasst hat, die streitgegenständliche Verbotsverfügung insoweit zu beschränken –, ist die in den Gutachten zentrale Messung der Nikotin-Migration in Speichelsimulanz für die hier streitgegenständliche Abgrenzung wiederum unergiebig. Wie bereits im Rahmen der Bewertung der Gutachten des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamts Ostwestfalen-Lippe vom 10.6.2020 ausgeführt, wird mit diesem Versuchsaufbau zum einen vollständig ausgeblendet, dass nach den obigen Ausführungen zu den in dem Abgrenzungskriterium genannten wesentlichen Inhaltsstoffen nicht nur das für die Wirkung wesentliche und im Versuchsaufbau allein betrachtete Nikotin, sondern auch die für das Geschmackserlebnis des Konsumenten entscheidenden Aromastoffe der streitgegenständlichen Erzeugnisse zählen. Zum anderen ist der in dem Gutachten angeführte Versuchsaufbau nicht geeignet, für die hier relevante Abgrenzung eine relevante Grundlage zu liefern, da die Messung der Nikotinmigration erst nach Ablauf von 20 Minuten erfolgte. Für das Empfinden der Konsumenten ist es demgegenüber von Bedeutung, welche Wirkung das Produkt schon in kürzerer Zeit nach dem Einführen in den Mund und bestimmungsgemäßem Gebrauch (Lutschen oder Kauen) hat (etwa nach spätestens fünf Minuten), damit noch genügend Zeit für einen Konsum mit der gewünschten vollen Wirkung bleibt. Weiterhin ist aus den in den Gutachten dargestellten Messungen nicht ersichtlich, ob die freigesetzte Nikotin-Menge dem Konsumenten die nach seiner Wahrnehmung wesentliche Wirkung vermittelt oder ob es sich dabei nur um eine hierfür nicht genügende geringe Menge handelt, die ihn (neben dem gewünschten Geschmackserlebnis) dazu veranlasst, durch Kauen eine (für die „wesentliche Wirkung“ erforderliche) größere Menge Nikotin freizusetzen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2021, 5 Bs 178/20, juris Rn. 28).

3. Die unter 2. dargelegte fehlende Überzeugung des Gerichts davon, dass es sich bei den streitgegenständlichen Erzeugnissen der Klägerin um ein unter das Verbot des § 11 TabakerzG fallendes Erzeugnis zum oralen Gebrauch handelt, geht zu Lasten der Beklagten und führt zum Erfolg der Anfechtungsklage gegen den angegriffenen Bescheid. Die Beklagte ist im Rahmen der Eingriffsverwaltung für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale

– insbesondere die Einordnung des betreffenden Produkts unter das Verbot des § 11 TabakerzG – der auf § 29 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 4 TabakerzG gestützten Verbotsverfügung darlegungs- und beweisbelastet. Dieser Darlegungs- und Beweislast ist die Beklagte, wie ausgeführt, nicht nachgekommen. Im vorliegenden Einzelfall war es dem Gericht auch nicht geboten, im Rahmen der Amtsermittlung erstmals eine hinreichende tatsächliche Grundlage für die seitens der Beklagten erlassene Verbotsverfügung durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu schaffen, wenn die Beklagte ihre im Rahmen der Aufklärung des streitgegenständlichen Sachverhalts bestehende Prozessförderungspflicht verletzt hat, indem sie, obwohl ihr die fehlende Tragfähigkeit ihrer bisherigen Darlegungen und Gutachten spätestens mit der Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes vom 7.5.2021 im parallelen Eilverfahren (5 Bs 178/20) deutlich vor Augen geführt worden ist, etwa zweieinhalb Jahre bis zur mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren ohne erkennbaren rechtfertigenden Grund keinerlei weitere Aufklärungsmaßnahmen zum Beleg der in der Verbotsverfügung angenommenen Einordnung als Erzeugnis zum oralen Gebrauch unternommen hat. Vielmehr dürfte der etwaige Umstand, dass die Beklagte, die in der mündlichen Verhandlung auch keinen entsprechenden Beweisantrag gestellt hat, gegebenenfalls an einer weiteren Sachverhaltsaufklärung, die nach insoweit übereinstimmenden Ausführungen der Sachverständigen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung mit einer erforderlichen Studie zur Ermittlung des Konsumverhaltens einen massiven Zeit- und Kostenaufwand mit ungewissen Ausgang nach sich ziehen würde, kein gesteigertes Interesse mehr hat, der Einholung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens im Rahmen der Amtsermittlung entgegenstehen.

II. Angesichts der Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung und deren Aufhebung ist auch die in Ziffer 2 des Bescheids vom 14.7.2020 getroffene Zwangsgeldfestsetzung aufzuheben.

B.

Die Entscheidung zu den Kosten folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. § 709 ZPO.





**Landeshauptstadt
Düsseldorf**
Der Oberbürgermeister
Amt für Umwelt- und
Verbraucherschutz
Institut für
Verbraucherschutz und
Veterinärwesen

Briefpostanschrift: Stadtverwaltung Amt 19/62, 40200 Düsseldorf

[REDACTED]

Ulmenstraße 215
40468 Düsseldorf

Kontakt
Herr Träger
Zimmer
0.02
Telefon
0211.89-93381
Fax
0211.89-29126
E-Mail
andreas.traeger@
duesseldorf.de
Datum
13.02.2024
AZ
[REDACTED]

Rückgabe - Produkte divers - Marke "Siberia"

[REDACTED]

die Aufhebung der Sicherstellung von 179 Produkten Marke "Siberia" wird bestätigt.
Bei vorliegenden Produkten handelt es sich um Erzeugnisse, die dem Tabakrecht unterliegen.

Die Produkte wurde am 07.12.2023 durch das Ordnungsamt sichergestellt.

Die Rückgabe von 179 Produkten wird bestätigt:
Düsseldorf, den 14.02.2024

Unterschrift Lebensmittelkontrolleur: *M. Lisa Beilke-Friese*

Unterschrift Betriebspersonal: *[Signature]*

Gegen ein Inverkehrbringen der Produkte bestehen derzeit keine Bedenken.

Telefonzentrale
0211.89-91

Internet
www.duesseldorf.de

veterinaeramt@
duesseldorf.de

Sprechzeiten
Termine nach
telefonischer
Vereinbarung

Bus
729
Hugo-Viehoff-Str.
834
Johannstraße

Bahn
705, 707
Johannstraße

Bankkonto
Stadtsparkasse
Düsseldorf
IBAN DE61 3005 0110
0010 0004 95
BIC DÜSSEDDXXX

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

gez.
Träger

Dieses Schreiben wurde automatisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

Verhaltenshinweise für Kautabak-Produkte: Umgang mit behördlichen Maßnahmen in Deutschland

Regelungen und Maßnahmen bei Kontrollen durch Ordnungsamt, Zoll und Lebensmittelbehörden

Hanse Tabak & sH GmbH, Hamburg, 2024

Diese Verhaltensanweisung dient dazu, alle Beteiligten über das korrekte Vorgehen bei behördlichen Kontrollen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Kautabak in Deutschland zu informieren. Es werden Maßnahmen des Ordnungsamts, des Zolls sowie der Lebensmittelbehörden behandelt, um sicherzustellen, dass rechtliche Vorgaben eingehalten und Geschäftsunterbrechungen minimiert werden.

Unterteilung der Produktkategorien:

1. Kautabak

- > Alle unsere Produkte fallen in diese Kategorie. Diese Produkte tragen die notwendigen deutschen Warnhinweise



2. Lebensmittelzeugnisse

- > Diese Kategorie betrifft andere Erzeugnisse wie 'All White' Produkte, welche nach eigenen Vorschriften behandelt werden



Welche Behörden können Maßnahmen ergreifen und wie reagieren wir auf diese:

1. Ordnungsamt

Kontrollen durch das Ordnungsamt (Marktüberwachung).

Das Ordnungsamt wird bei Kautabak und Lebensmitteln aktiv

Ablauf:

- > Probe wird entnommen (Probennahme)
 - > **Nicht** in das Lager führen, sondern *nur in die Besprechungsräume gehen*
 - > Fragen, ob es eine Liste für die Probennahme gibt
- > Ware verbleibt in der Regel beim Kunden
- > Gegenprobe muss auf Verlangen beim Händler verbleiben
- > Ein Aktenzeichen ist zwingend zu erfragen / mündliche Anweisungen sind unverbindlich
- > Ggf. erteilt das Ordnungsamt ein Verkaufsverbot aus
 - > Es muss ein Widerspruch eingelegt werden
 - > Wir stellen einen Kontakt zu unserem Rechtsanwalt Stolter in Hamburg her
 - > In der Regel wird Akteneinsicht genommen und ein Formloser Widerspruch eingelegt
 - > Nach anwaltlichem Widerspruch kann die Ware in der Regel weiter verkauft werden, es sei denn, es wurde die sofortige Vollziehung der Maßnahme angeordnet (eher die Ausnahme).
 - > Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann und sollte Klage erhoben werden In der Regel wird die sofortige Vollziehung durch die Gerichte aufgehoben
 - > Das sich dann anschließende Verfahren dauert Jahre. Bisher gibt es kein rechtskräftiges Urteil, welches den Verkauf unserer Produkte rechtskräftig untersag

Unterbleibt allerdings ein fristgerechter Widerspruch wird der Bescheid unanfechtbar und die Produkte dürfen nicht mehr durch den Kunden verkauft werden.

Was darf das Ordnungsamt bzw. wie können wir hier helfen

- > Gutachten zeigen + mitgeben; Dieses ist unsere Grundlage für den Verkauf
- > Aktenzeichen geben lassen (vgl. weiter oben)
- > Widerspruch einlegen, wenn es gewünscht ist (Europarecht)
- > Ordnungsamt darf nicht durchsuchen (Lagerräume usw.)
- > Keine polizeilichen Befugnisse liegen für das Ordnungsamt vor
- > Holt das Ordnungsamt die Polizei, brauchen auch diese einen richterlichen Beschluss für eine Durchsuchung der Geschäfts- und Lagerräume
- > Gefahr für Leib und Leben kann die Polizei in der Regel nicht begründen
- > Das Ordnungsamt kann einen Fall an die Staatsanwaltschaft weitergeben (vgl. Vorgehen beim Zoll)
- > Eine Strafanzeige durch die Polizei ist bei Tabak + Lotto Geschäften aufgrund der Lizenz (Glückspiel) nicht gewünscht und man stimmt der Unterlassungen schneller zu

2. Zoll

Der Zoll wird bei Kautabak und Lebensmitteln aktiv

Ablauf:

- > Der Zoll darf Waren mitnehmen und direkt festhalten
 - > Widerspruch einlegen durch den Rechtsanwalt sowie die Herausgabe anfragen
- > Der Zoll darf Durchsuchungen durchführen, sofern ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss vorliegt
- > Um eine Durchsuchung zu vermeiden, sollte Ware freiwillig herausgegeben werden (nicht mehr als nötig vor Ort lagern)
- > Weitergabe an die Staatsanwaltschaft ist möglich, es kommt immer auf den Sachbearbeiter an
- > Wer erhält im Ausnahmefall eine Strafanzeige:
 - > Verkäufer
 - > Anhörung durch die Polizei
 - > Wir
 - > Anhörung durch die Polizei
- > Wir stellen unseren Rechtsanwalt zur Seite
 - Bisher sind alle Anfragen / Verfahren eingestellt oder nicht bearbeitet
 - Aussage (Feb 24): Keine Verfolgung da nicht vom öffentlichen Interesse

3. Lebensmittelbehörde

Die Lebensmittelbehörde greift nur bei der Kategorie ‚Lebensmittelerzeugnisse - all white‘ ein. Das Verkaufsverbot ist unanfechtbar und bisher rechtsgültig.

Bisherige Probeentnahmen für den Tabakbereich (Kategorie 1) wurden nicht weiter verfolgt bzw. haben kein Ergebnis gezeigt.

In einer Vielzahl der laufenden Verfahren gegen unsere Kunden ist laut letzter Auskunft der Vollzug des Verkaufsverbotes (nach Widerspruch durch den Rechtsanwalt Stolter) zurückgezogen worden. Es darf die Ware Kategorie 1 bis auf weiteres weiter verkauft werden.

Einzelne Fälle sind noch in der Klärung, z.B. weil Kategorie 1 und 2 gemeinsam zu entscheiden sind.