



## Verwaltungsgericht Hamburg

### Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

[REDACTED]

[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], 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 aufschiebende Wirkung hat. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht 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 Obergerverwaltungsgerichts 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 handele, 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 lösen, 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 Jugendaaffinität 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 erhobenen 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 Kaugummis 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 Gründen 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 Verbotsvorkehrung 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.

