



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

(...),

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

(...),

g e g e n

Freie und Hansestadt Hamburg,

(...),

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, am 5. März 2021 durch

(...)

### **beschlossen:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert wird auf 5.000.000,-- Euro festgesetzt.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in elektronischer Form beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergericht

waltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergericht 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.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form (s.o.) beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

## Gründe

### I.

Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 22. Dezember 2020 gegen die Verfügung vom 17. Dezember 2020 in analoger Anwendung des § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt. VwGO ist unbegründet. Denn der Widerspruch der Antragstellerin hat entgegen deren Auffassung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung.

Denn bei der hier streitgegenständlichen Verfügung handelt es sich um eine Anordnung zur Durchführung von Verboten nach Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a der Verordnung zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit vom 28. Januar 2002 (im Folgenden: VO (EG) Nr. 178/2002) im Sinne des § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB. Dabei kommt es für die Anwendbarkeit

des § 39 Abs. 7 Satz 1 LFGB, anders als die Antragstellerin meint, nicht auf die tatsächliche Gesundheitsschädlichkeit der betroffenen Ware im Sinne des Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 178/2002 an, sondern es ist maßgeblich, dass die gegenständliche Verfügung den Schutz der Gesundheit zum Zweck hat (OVG Hamburg, Beschl. v. 5.9.2011, 5 Bs 139/11, juris Rn. 12 ff.). Das ist auch hier der Fall. Gegenstand der insoweit maßgeblichen, streitgegenständlichen Verfügung ist – erkennbar in der Begründung des Bescheides, die die Gesundheitsschädlichkeit des Produkts und die damit verbundene Gefahr für die Gesundheit der Verbraucher feststellt und zur Grundlage des Verbotes des Inverkehrbringens macht – der Gesundheitsschutz. Auf dieser Grundlage können Einwände gegen die Annahme der Gesundheitsschädlichkeit seitens der Antragsgegnerin von der Antragstellerin im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur mit dem hier für maßgeblich erachteten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung, nicht aber mit einem Antrag auf Feststellung geltend gemacht werden, der eingelegte Rechtsbehelf habe kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung (OVG Hamburg, Beschl. v. 5.9.2011, 5 Bs 139/11, juris Rn. 15).

Der § 39 Abs. 7 Satz 1 LFGB gilt zudem entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch für Anordnungen, deren Erlass nicht auf § 39 Abs. 2 LFGB zu stützen ist, sondern – wie hier – auf Art. 138 Abs. 1 der Verordnung über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts und der Vorschriften über Tiergesundheit und Tierschutz, Pflanzengesundheit und Pflanzenschutzmittel, zur Änderung der Verordnungen (...) und zur Aufhebung der Verordnungen (...) vom 15. März 2017 (im Folgenden: VO (EU) 2017/625) beruht. Die Kammer teilt diesbezüglich die der Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes im Beschluss vom 5. September 2011 (5 Bs 139/11, juris) zu Grunde liegende Rechtsauffassung, wonach die gesetzgeberische Entscheidung in § 39 Abs. 7 Satz 1 LFGB, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen bestimmte lebensmittelrechtliche Anordnungen keine aufschiebende Wirkung haben, auch dann gilt, wenn § 39 Abs. 2 LFGB von unmittelbar geltendem Unionsrecht überlagert oder verdrängt wird (OVG Hamburg, Beschl. v. 5.9.2011, 5 Bs 139/11, juris Rn. 9 ff.). Zur Begründung heißt es dort:

„Die Vorschrift bezieht sich in ihrem Wortlaut nicht auf eine Maßnahme gerade nach § 39 Abs. 2 LFGB; demzufolge kann sie auch für eine Maßnahme nach Art. 54 KontrollVO gelten.

Art. 54 Abs. 3 Buchstabe b KontrollVO regelt nicht eigenständig und schon gar nicht abschließend die Rechtsbehelfsmöglichkeiten gegen Maßnahmen nach Art. 54 Abs. 1 KontrollVO, sondern setzt solche voraus oder fordert deren Möglichkeit (vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 43). Dann ist es aber nicht zu beanstanden, wenn das nationale Recht der Maßnahme eine hohe Effektivität durch gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der dagegen eingelegten Rechtsbehelfe verschafft. Dies liegt durchaus in der Intention der einschlägigen EU-Vorschriften, die verlangen, dass Maßnahmen und Sanktionen bei Verstößen u.a. wirksam und abschreckend sein müssen (vgl. Art. 17 Abs. 2, Unterabs. 3, Satz 2 BasisVO, Art. 55 Abs. 1 Satz 2 KontrollVO). Auch Joh/Krämer/Teufer (ZLR 2010, 243 ff.), die davon ausgehen, dass angesichts des Anwendungsvorrangs von Art. 54 KontrollVO ‚für eigenständige Regelungen in § 39 Abs. 1 und 2 LFGB ... nicht mehr viel Raum‘ bleibe (a.a.O., S. 250), halten § 39 Abs. 7 LFGB lediglich für ‚verzichtbar‘ (a.a.O., S. 251), da im Bedarfsfall der Sofortvollzug auch behördlich eigens angeordnet werden könne. Auch nach ihrer Auffassung bleibt es dem nationalen Gesetzgeber ‚nach den Vorgaben der Kontrollverordnung gleichwohl unbenommen, bei bestimmten Sachverhalten einen gesetzlichen Sofortvollzug vorzusehen‘.“

Diese Erwägungen treffen auch im Hinblick auf den heute maßgeblichen Art. 138 Abs. 1 der VO (EU) 2017/625 zu. Dieser entspricht inhaltlich dem Art. 54 Abs. 1 VO (EG) Nr. 882/2004 und soll diesen auch nach der Systematik der VO (EU) 2017/625 seit dem 14. Dezember 2019 – dem Zeitpunkt der Aufhebung der VO (EG) Nr. 882/2004 – ersetzen (vgl. Art. 146 Abs. 1 und 2, sowie Anhang V, Ziff. 1 VO (EU) 2017/625).

Schließlich ergibt sich entgegen der antragstellerischen Auffassung weder aus der Verordnung (EU) 2017/625 noch im Übrigen eine abschließende unionsrechtliche Regelung im Hinblick auf das Verfahrensrecht, die die gesetzliche Anordnung des Entfalls der aufschiebenden Wirkung in § 39 Abs. 7 Satz 1 LFGB verdrängen würde. Soweit die Antragstellerin diesbezüglich auf den Art. 7 der VO (EU) 2017/625 verweist, ergibt sich eine solche Wirkung hieraus nicht. Vielmehr verweist die Vorschrift in Satz 1 zum einen auf das Recht zur Einlegung eines Rechtsbehelfs „nach nationalem Recht“. Zum anderen stellt sich der in Satz 2 enthaltene, weitere Hinweis auf die Verpflichtung der zuständigen Behörden, im Falle bestimmter Risiken Sofortmaßnahmen zu treffen, um diese auszuschalten oder zu begrenzen, nicht als Beschränkung des Rechtsbehelfsrechts der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf Sofortmaßnahmen dar, sondern als Klarstellung dahingehend, dass das Recht auf die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen Entscheidungen nach Satz 1 den Erlass von Sofortmaßnahmen nicht ausschließt. Eine (zumal abschließende) unionsrechtliche Regel, wonach bei derartigen Sofortmaßnahmen ein Rechtsbehelf nationalrechtlich grundsätzlich

aufschiebende Wirkung haben muss und es ausschließlich zulässig sein soll, dass die Behörde im Einzelfall die sofortige Vollziehbarkeit anordnet, lässt sich hieraus nicht entnehmen.

## II.

Der zulässige Hilfsantrag, mit dem die Antragstellerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs begehrt, ist unbegründet. Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO kann das Gericht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren die aufschiebende Wirkung anordnen. Nach der Wertung des Gesetzgebers besteht bei den von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 und Satz 2 VwGO umfassten Verwaltungsakten generell ein öffentliches Interesse an ihrer sofortigen Vollziehung, wobei dieses Vollzugsinteresse grundsätzlich im Hinblick auf entgegenstehende Beteiligteninteressen überwiegt. Das Gericht hat zu prüfen, ob es die Gewährung effektiven Rechtsschutzes i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG erfordert, trotz der generellen Ausschlussentscheidung des Gesetzgebers im Einzelfall die aufschiebende Wirkung anzuordnen. Es müssen daher im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die eine ausnahmsweise Aussetzung der Vollziehung rechtfertigen. Solche Umstände sind nach dem im Eilrechtsschutz anzulegenden Maßstab nicht zu erkennen. Insbesondere kommen dem Widerspruch der Antragstellerin gegen die Verfügung vom 17. Dezember 2020 bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage keine hinreichenden Erfolgsaussichten zu (hierzu unter 1.). Selbst im Falle offener Erfolgsaussichten des Widerspruchs ergäben sich bei einer offenen Folgenabwägung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.12.2012, 1 BvR 2794/10, juris Rn. 18; BVerwG, Beschl. v. 30.08.1996, 7 VR 2/96, juris Rn. 35ff.) keine Gründe, die das gesetzgeberisch vorgezeichnete, vorrangige Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin hinter das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin zurücktreten ließen (hierzu unter 2.).

### 1.

Die Verfügung vom 17. Dezember 2020, mit der die Antragsgegnerin der Antragstellerin das Inverkehrbringen des Produktes (...) in den Varianten (...) in den Stärken (...), wobei es sich um tabakfreie Nikotinbeutel zur oralen Verwendung handelt, untersagt hat, dürfte

sich als rechtmäßig erweisen. Die Antragsgegnerin dürfte den Erlass der Untersagungsverfügung zu Recht auf Art. 138 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 VO (EU) 2017/625 als Rechtsgrundlage für die Anordnung von Maßnahmen zur Gewährleistung der Beendigung und Verhinderung von Verstößen gegen Vorschriften gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. a der VO (EU) 2017/625 gestützt haben. Bei dem hier streitgegenständlichen Produkt dürfte es sich zudem um ein Lebensmittel im Sinne des Art. 2 der VO (EG) Nr. 178/2002 handeln, das in den Anwendungsbereich des – von Art. 1 Abs. 2 lit. a der VO (EU) 2017/625 erfassten und zur Grundlage der Verfügung gemachten – lebensmittelrechtlichen Verbotstatbestandes des Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 178/2002 fällt (hierzu unter a.). Für das Gericht steht mit für das Eilverfahren hinreichender Gewissheit zudem fest, dass die streitgegenständlichen Erzeugnisse darüber hinaus den Tatbestand der Gesundheitsschädlichkeit erfüllen (hierzu unter b.). Ermessensfehler sind nicht ersichtlich (hierzu unter c.).

a.

Das hier streitgegenständliche Produkt dürfte unter den Begriff des „Lebensmittels“ im Sinne des Art. 2 der VO (EG) Nr. 178/2002 fallen und die Antragsgegnerin dürfte zu Recht von der Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 178/2002 auf das streitgegenständliche Produkt ausgegangen sein.

Zur Begriffsbestimmung – anlässlich eines Eilrechtsschutzverfahrens hinsichtlich eines vergleichbaren Produkts – führt das Verwaltungsgericht Augsburg aus (Beschl. v. 19.6.2020, Au 9 S 20.847, juris Rn. 33ff.):

„Der Begriff ‚Lebensmittel‘ ist in Art. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 legal definiert. Nach Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 178/2002 sind ‚Lebensmittel‘ alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden. Damit sind zunächst alle Stoffe erfasst, die nach ihrer Zweckbestimmung von Menschen aufgenommen werden (Rathke in Zipfel/Rathke, LebensmittelR, EG-Lebensmittel-Basisverordnung, Stand: 175. EL Nov. 2019, Art. 2 Rn. 15). Art. 2 Abs. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 stellt klar, dass auch Getränke, Kaugummi sowie alle Stoffe – einschließlich Wasser –, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung oder Ver- oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden, zu den ‚Lebensmitteln‘ zählen. Schließlich bestimmt Art. 2 Abs. 3 VO (EG) Nr. 178/2002, dass einzelne Erzeugnisse, wie u.a. Tabak und Tabakerzeugnisse sowie Arznei- und Futtermittel, nicht zu den ‚Lebensmitteln‘ gehören. Damit werden diese Erzeugnisse aus dem umfassenden Tatbestand des Abs. 1 rausgenommen, obwohl sie zunächst unter den weit gefassten Lebensmittelbegriff fallen würden (vgl. Rathke in Zipfel/Rathke, a.a.O. Rn. 16).

(...)

Entsprechend der Systematik des Art. 2 VO (EG) 178/2002 ist daher zunächst zu prüfen, ob ein Stoff oder Erzeugnis unter den weit gefassten Tatbestand des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 fällt (1). Dabei sind die Begriffselemente ‚Stoff oder Erzeugnis‘, die Zweckbestimmung bzw. Erwartung nach vernünftigem Ermessen sowie der Begriff der ‚Aufnahme durch den Menschen‘ maßgebend. Liegen die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 vor, muss zur Feststellung der Lebensmitteleigenschaft im zweiten Schritt geprüft werden, ob ein Stoff oder Erzeugnis nach Art. 2 Abs. 3 VO (EG) 178/2002 vom Anwendungsbereich des Lebensmittelrechts ausgenommen ist (2).

(...)

Entsprechend dem Schutzzweck des Lebensmittelrechts, ein hohes Maß an Gesundheitsschutz zu gewährleisten, müssen den lebensmittelrechtlichen Vorschriften alle Stoffe unterworfen werden, die dazu bestimmt sind, von Menschen aufgenommen zu werden. Der Stoffbegriff des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 ist daher als umfassend zu verstehen, sodass es insoweit unerheblich ist, ob ein Stoff einen physiologischen Nährwert oder technologische Wirkung hat und ob es sich um einen Rohstoff oder um eine Zubereitung handelt. Abzugrenzen von dem Stoffbegriff sind somit nur physikalische oder chemische Verfahren, wie beispielsweise die Zufuhr von Strahlen oder von Hitze (vgl. Rathle in Zipfel/Rathke, a.a.O. Art. 2 Rn. 19-22; Meyer in: Meyer/Streinzi, LFGB – BasisVO, 2. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 5 und 7).

(...)

Der von der Antragstellerin beschriebene Zweck der ‚Nicopods‘ schließt ihre Einordnung als ‚Lebensmittel‘ im Sinn des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 nicht aus. Für die Einordnung eines Stoffes als Lebensmittel ist nicht allein dessen Beschaffenheit oder Eignung als Lebensmittel, sondern auch dessen Zweckbestimmung, die Aufnahme durch den Menschen, maßgebend. Hierfür kommt es auf die Verwendung des Stoffes an, wie sie im Verkehr bei natürlicher Betrachtungsweise für einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen Verbraucher erkennbar ist (vgl. Rathke in Zipfel/Rathke, a.a.O. Art. 2 Rn. 23 m. w. N.). Die allgemeine Zweckbestimmung erfasst im Interesse des Gesundheitsschutzes alle Stoffe, die ihrer Gattung nach und allgemein zur Aufnahme durch den Menschen bestimmt sind. Die ausschließliche Verwendung zu Ernährungs- oder Genusszwecken wird insoweit nicht vorausgesetzt. Der Stoff kann nach dem Willen der Beteiligten auch zu anderen Zwecken verwendet werden. Die Zweckbestimmung eines Stoffes knüpft nach dem Wortlaut der Verordnung an den Begriff der ‚Aufnahme durch den Menschen‘ an, der – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – nicht mit dem Begriff des ‚Verzehrens‘ gleichzusetzen ist. Für die Zweckbestimmung eines Stoffes ist entscheidend, dass dieser nach seiner vorgesehenen Verwendung von Menschen ‚aufgenommen‘ werden soll. Eine Zweckbestimmung zum menschlichen Verzehr als Voraussetzung des europarechtlichen Lebensmittelbegriffs ist den Vorschriften der Verordnung nicht zu entnehmen. Von dem Lebensmittelbegriff des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 sind gerade auch Stoffe erfasst, die nicht verzehrt werden.

Der weitergehende Begriff ‚Aufnahme‘ umfasst – entgegen dem in § 3 Nr. 5 LFGB nationalrechtlich definierten Begriff des ‚Verzehrens‘ – nicht nur Stoffe, die durch den Mund gezielt dem Magen zugeführt werden. Erfasst sind auch Stoffe, die anderweitig – beispielsweise über die Mundschleimhaut – in den Körper eines Menschen gelangen. Dies entspricht auch der englischen und der französischen Fassung der Verordnung, da sowohl das französische Wort ‚ingéré‘ als auch das englische Wort ‚ingested‘ nicht nur durch den Mund dem Magen zugeführte Stoffe umfassen (Rathke in Zipfel/Rathke a.a.O. Art. 2 Rn. 33). Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf den Wortlaut einzelner Ordnungsregelungen verweist (vgl. Art. 8 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 Buchst. b), Art. 15 Abs. 2 Spiegelstrich 2 VO (EU) 178/2002), die den Begriff des ‚Verzehrens‘ enthalten, ist dieser Hinweis nicht geeignet, die Gleichstellung beider Begriffe zu begründen. Bereits aus der Systematik der Verordnung ist

ersichtlich, dass es sich bei dem Begriff ‚Verzehr‘ um einen gegenüber der ‚Aufnahme‘ engeren Begriff handelt. Der allgemeine Begriff ‚Aufnahme durch den Menschen‘ ist als zwingender Bestandteil des Lebensmittelbegriffs in Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 festgeschrieben. Nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. b) VO (EG) 178/2002 gelten Lebensmittel als nicht sicher, wenn sie für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind. Damit wird bewusst zwischen beiden Begriffen differenziert und der Begriff des ‚Verzehrens‘ als Unterform der Aufnahme eines Stoffes in den Körper verwendet. Diese Unterscheidung ist auch aus Gründen des Gesundheitsschutzes geboten und nachvollziehbar, da nach allgemeinem Sprachgebrauch üblicherweise nur Stoffe ‚verzehrt‘ werden, die der menschlichen Ernährung bzw. als Genussmittel dienen und damit besonders hohen gesundheitsrechtlichen Anforderungen unterliegen sollen. Für das Vorliegen eines ‚Lebensmittels‘ ist es jedoch gerade nicht erforderlich, dass die zur Aufnahme bestimmten Stoffe zu Ernährungs- oder Genusszwecken in den Körper eines Menschen gelangen. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bereits terminologisch um zwei unterschiedliche Begriffe, die sich zwar teilweise überschneiden können, in ihrer Bedeutung jedoch nicht deckungsgleich sind. Dafür spricht auch die Regelung in § 3 Nr. 5 LFGB, die das ‚Verzehren‘ als Aufnahme von Lebensmitteln durch den Menschen durch Essen, Kauen, Trinken sowie durch jede sonstige Zufuhr von Stoffen in den Magen definiert. Auch hier unterscheidet der Gesetzgeber zwischen beiden Begriffen und ordnet den Begriff des ‚Verzehrens‘ durch Aufzählung verschiedener Aufnahmearten als eine besondere Form der Aufnahme von Lebensmitteln ein.

Diese Auslegung des Begriffs ‚Aufnahme‘ entspricht ferner der Regelungssystematik des Art. 2 VO (EG) 178/2002, in dem der Lebensmittelbegriff zunächst anhand bestimmter Begriffsmerkmale abstrakt definiert wird, und damit im Interesse des Gesundheitsschutzes ein möglichst breites Spektrum an Stoffen und Erzeugnissen erfasst, die von Menschen aufgenommen werden können. Diese sehr weit gefasste Begriffsbestimmung wird zum einen durch das Erfordernis der Zweckbestimmung zur menschlichen Aufnahme und zum anderen durch die Herausnahme bestimmter Stoffe und Erzeugnisse aus dem Lebensmittelbegriff eingeschränkt. So werden die in Art. 2 Abs. 3 VO (EG) 178/2002 genannten Stoffe und Erzeugnisse aus dem Anwendungsbereich des Lebensmittelrechts ausgenommen, obwohl sie zunächst unter den weit gefassten Lebensmittelbegriff des Absatzes 1 fallen würden. Dagegen ist der Verzehr von in Absatz 3 bezeichneten Stoffen regelmäßig weder bezweckt noch üblich. Würde man davon ausgehen, dass der Begriff ‚Aufnahme‘ mit dem ‚Verzehren‘ deckungsgleich ist, wäre die Aufzählung in Abs. 3 überflüssig, da diese Stoffe und Erzeugnisse ohnehin nicht unter den Lebensmittelbegriff im Sinne des Absatzes 1 zu subsumieren wären. Schließlich spricht die Entstehungsgeschichte des unionsrechtlichen Lebensmittelbegriffs gegen die Gleichsetzung beider Begriffe. Die Lebensmitteldefinition des Art. 2 VO (EG) 178/2002 orientiert sich an der Legaldefinition für Lebensmittel des Codex Alimentarius, die mit dem Begriff ‚Aufnahme durch den Menschen‘ alle Erzeugnisse erfasst, die ‚Magen-Darmtrakt durchlaufen, einschließlich aller Stoffe, die durch Mund oder Nase eingenommen oder durch Magen-Intubation verabreicht werden‘ (Grünbuch der Kommission, Allgemeine Grundsätze des Lebensmittelrechts in der Europäischen Union vom 30.4.1997; KOM(97) 176, 28; Meyer in Meyer/Streinz, a.a.O. Art. 2 Rn. 4). Das Erfordernis einer gezielten Zufuhr von Stoffen in den Magen ist diesen Ausführungen gerade nicht zu entnehmen, da alle durch den Mund oder Nase in den Körper aufgenommenen Stoffe dennotwendig – zumindest teilweise – in den Magen-Darmtrakt gelangen. Daher sollen von der Lebensmitteldefinition alle Stoffe erfasst werden, die von Menschen durch den Mund oder die Nase aufgenommen werden.“

Jüngst begründet das Oberverwaltungsgericht Lüneburg die Lebensmitteleigenschaft von tabakfreien Nikotinbeuteln mit den nachfolgenden Erwägungen (OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.2.2021, 13 ME 580/20, juris Rn. 22ff.):



„Dem Wortlaut ‚Lebensmittel‘ kommt dabei nur eine geringe Bedeutung zu, da die deutsche Fassung der BasisVO nur eine von vielen ist.

Die Definition des Lebensmittels in Art. 2 Abs. 1 der BasisVO zeigt aber, dass eine sehr weite Begriffsbestimmung beabsichtigt ist. Umfasst sein soll jeder Stoff, bei dem es nicht fernliegt, dass er vom menschlichen Körper aufgenommen wird. Hierzu zählen auch die streitgegenständlichen Nikotinbeutel. Dies wird sowohl durch die Klarstellungen in Abs. 2 als auch durch die abdrängenden Sonderzuweisungen in Abs. 3 deutlich.

Art. 2 Abs. 2 der BasisVO enthält die erläuternde Klarstellung, dass auch Kaugummi umfasst ist (vgl. Meyer/Streinz, BasisVO, 2. Aufl., Art. 2 Rn. 8; die Funktion des Abs. 2 offenlassend Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Art. 2 BasisVO Rn. 34, Stand: Nov. 2019). Dass eine Klarstellung notwendig ist, ergibt sich bereits aus der Vielzahl der Sprachfassungen der BasisVO. So ist die Nennung von Getränken allein der englischen Sprachfassung geschuldet, nach der Lebensmittel als „Food“, d.h. Essen, bezeichnet werden.

Die Nennung von Kaugummi macht deutlich, dass es nicht darauf ankommt, ob das Lebensmittel seiner Bestimmung nach vollständig in den Körper gelangt oder ob es nur Stoffe abgibt, die in den Körper gelangen. Auf das Kauen und Anregen des Speichelflusses für die Abgrenzung zwischen Kaugummi und Nikotinbeuteln abzustellen (so Teufer, ZLR 2020, 609), ist nicht tragfähig, da Kauen und Speichelflussanregung hinsichtlich des Gesundheitsschutzes und zur sonstigen Abgrenzung von Lebensmitteln erkennbar kein Kriterium sein können. Essen, Kauen oder Trinken sind nicht notwendig für die Aufnahme eines Lebensmittels, selbst parenterale Ernährung, d.h. Infusionen, sind umfasst (vgl. Zipfel/Rathke, a.a.O. Rn. 33). Bereits aus dieser Klarstellung ergibt sich für den Senat, dass auch die tabakfreien Nikotinbeutel, die wie Kaugummi durch ihren Aufenthalt im Mundraum Stoffe in den menschlichen Körper abgeben, vom Lebensmittelbegriff umfasst sein sollen. Wenn der Antragsteller demgegenüber ausführt, es gehe nur um die Regelung von Stoffen, die bestimmungsgemäß in den Verdauungstrakt gelangen (Beschwerdebegründung, S. 37), übersieht er diese Wertung des Normgebers. Der Begriff Verdauung kommt weder in den Erwägungsgründen noch im Normtext der BasisVO vor.

Während in Art. 2 Abs. 2 der BasisVO Getränke, Kaugummi und Wasser klarstellend aufgeführt werden, sind in Art. 2 Abs. 3 der BasisVO Bereichsausnahmen für meist gesondert regulierte Lebensmittel aufgeführt. Diese für notwendig erachteten Bereichsausnahmen belegen, dass vom Lebensmittelbegriff grundsätzlich die dortigen Regelungsgegenstände, etwa Arzneimittel, umfasst sein sollen (vgl. Zipfel/Rathke, a.a.O., Rn. 33), die BasisVO jedoch hinter zumeist spezielleren Regelungen zurücktreten soll (so im Ergebnis auch der Antragsteller in seiner Beschwerdebegründung, S. 36). Ein solches Verständnis von Art. 2 Abs. 3 der BasisVO ist auch geboten, um den bezweckten Gesundheitsschutz sicherzustellen (vgl. die Erwägungsgründe 1, 2, 8ff. und Art. 1 der BasisVO).

Mit diesem Verständnis besteht ein weiteres Argument dafür, dass die streitgegenständlichen Nikotinbeutel als Lebensmittel angesehen werden müssen. Würden sie tabakhaltig sein, dann wären sie fraglos von der aktuellen Tabakrichtlinie 2014/40/EU, auf die der Verweis in Art. 2 Abs. 3 Buchst. f) der BasisVO gilt (vgl. hierzu Zipfel/Rathke, a.a.O., Rn. 220), eindeutig erfasst und je nachdem, ob sie an sich nur gekaut konsumiert werden können, untersagt (Art. 1 Buchst. c), 2 Nr. 6 und 8 der RL 2014/40/EU; EuGH, Urt. v. 17.10.2018 - C-425/17 -, juris). Dass sie es mangels Tabak nicht sind, führt nicht dazu, dass sie weder der Tabakrichtlinie noch der BasisVO unterliegen. Gerade weil sie nur wegen eines fehlenden Inhaltsstoffs nicht der Tabakrichtlinie unterliegen, besteht für sie keine Bereichsausnahme und unterliegen sie somit der BasisVO.“

Die auch nach Ansicht der Kammer danach maßgeblichen Voraussetzungen zu Grunde gelegt, fällt auch das hier gegenständliche Produkt unter den Lebensmittelbegriff des Art. 2

der VO (EG) Nr. 178/2002. Die Nikotinbeutel sollen bestimmungsgemäß im Mund eingesetzt werden, um einen Inhaltsstoff – das Nikotin – mittels Speichelflüssigkeitsbildung aus dem Beutelinhalt auszulösen und durch die Schleimhäute in den Körper aufzunehmen. Die von der Antragstellerin erhobenen Zweifel – insbesondere zu der aus ihrer Sicht erforderlichen, hier nicht gegebenen Zuführung des Stoffes in den Magen-Darm-Trakt – vermögen es unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der lebensmittelrechtlichen Schutzvorschriften und vor dem Maßstab der hier im Eilrechtsschutzverfahren erfolgenden Prüfung nicht zu rechtfertigen, das betroffene Produkt als nicht dem Anwendungsbereich des Lebensmittelbegriffs unterfallend anzusehen. Das gilt auch vor dem Hintergrund des angestrebten Vergleichs mit Zahnpflegetabletten, deren Zweck sich von den hier streitgegenständlichen Produkten dadurch wesentlich unterscheidet, dass erstere den enthaltenen Wirkstoff zwar ebenfalls in den Mundbereich abgeben, dabei jedoch die Wirkung des Stoffes vollständig lokal auf Zähne und Zahnfleisch ausgerichtet ist. Für das abgegebene Nikotin in den hier streitgegenständlichen Produkten dienen die Mundschleimhäute lokal aber lediglich als Aufnahmestelle für die mit der Nutzung bezweckte Weiterverteilung und Aufnahme in einen Großteil des Körpers, insbesondere das Gehirn.

b.

Es steht für das Gericht auch hinreichend fest, dass ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 178/2002 vorliegt. Danach dürfen Lebensmittel, die nicht sicher sind, nicht in den Verkehr gebracht werden. Lebensmittel gelten gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 178/2002 als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie gesundheitsschädlich sind. Eine Legaldefinition der Gesundheitsschädlichkeit im Sinne des Art. 14 Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 178/2002 – die unter Einbeziehung der in Art. 14 Abs. 4 bestimmten Kriterien zu beurteilen ist – enthält die Verordnung nicht. Ob ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, muss deshalb nach der allgemeinen sprachlichen Bedeutung des Begriffes sowie insbesondere nach dem Schutzzweck der Verordnung beurteilt werden (Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 177. EL Juli 2020, EG-Lebensmittel-Basisverordnung, Art. 14, Rn. 37). Bei der Frage, ob ein Lebensmittel sicher oder nicht sicher ist, sind zudem die dem Verbraucher vermittelten Informationen zu berücksichtigen, Art. 14 Abs. 3 lit. b der VO (EG) Nr. 178/2002.

Zum Begriff der Gesundheitsschädlichkeit führt Rathke überzeugend aus (in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 177. EL Juli 2020, EG-Lebensmittel-Basisverordnung, Art. 14, Rn. 38f.):

„Gesundheit ist zwar ein Zustand, der das Bestehen von Krankheiten ausschließt. Nicht gesund ist aber ein Mensch auch dann, wenn er nur vorübergehend, jedoch nicht ganz geringfügig in seinem normalem Verhalten beeinträchtigt ist, z. B. bei starkem Durchfall, länger andauerndem Brechreiz oder Übelkeit oder bei Ohnmachtsanfällen. Es ist jedenfalls nicht erforderlich, der Vorschrift einen engen oder weiten oder sehr weiten Krankheitsbegriff zugrunde zu legen, weil nicht der Begriff Krankheit, sondern der Begriff Gesundheit maßgebend ist. Gesundheitsschädlich ist deshalb ein Lebensmittel auch dann, wenn es eine nicht nur vorübergehende Störung des Nervensystems, der normalen geistigen und seelischen Funktionen oder des allgemeinen körperlichen Wohlbefindens verursacht. Auch bei nur ganz leichten Kopfschmerzen kann eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Dagegen genügt das Hervorrufen von Widerwillen, Abscheu, Ekel noch nicht; Lebensmittel, die solche Gefühle hervorrufen, können jedoch i. S. des Abs. 2 Buchst. b zum Verzehr ungeeignet sein. Führt der Ekel allerdings zu körperlichen Erscheinungen, z. B. Brechreiz, liegt eine Gesundheitsschädigung vor. Entscheidend ist die tatsächliche verständige Würdigung im Einzelfall.

(...)

Anders als früher in § 8 LMBG verwendet der EG-Gesetzgeber nicht die Worte *geeignet, die Gesundheit zu schädigen*, sondern den Begriff gesundheitsschädlich. Daraus kann jedoch nicht entnommen werden, dass Art. 14 nur eingreift, wenn tatsächlich eine Schädigung der Gesundheit eingetreten ist. Denn das Verbot des Abs. 1 bezieht sich auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens, in dem nur die Eignung zur Gesundheitsschädigung und nicht eine tatsächliche Gesundheitsschädigung festgestellt werden kann. Dementsprechend reicht auch im Rahmen des Art. 14 die Eignung zur Gesundheitsschädigung aus. Diese Eignung muss allerdings tatsächlich und konkret bestehen, d. h. der Stoff muss bestimmte feststellbare Eigenschaften aufweisen, die eine Gesundheitsschädigung verursachen können. Abstrakte Erwägungen ohne unmittelbare Bezugnahme auf die Beschaffenheit des Lebensmittels können deshalb eine Gesundheitsschädlichkeit nicht begründen.“

Dies zu Grunde gelegt, erscheint es nach dem im Eilverfahren vorliegenden Sachstand hinreichend belegt, dass das streitgegenständliche Produkt wegen Gesundheitsschädlichkeit als nicht sicher im Sinne des Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a) der VO (EG) Nr. 178/2002 einzustufen ist.

Die Gesundheitsschädlichkeit wird seitens der Antragsgegnerin vorliegend mit hinreichender Sicherheit zu Recht aus dem Nikotingehalt des Produkts hergeleitet. Nikotin ist ein in Tabakpflanzen enthaltenes Alkaloid. Es ist ein Aufputzmittel, das auf das parasymphatische Nervensystem einwirkt, und gilt als Hauptursache für die Abhängigkeit von Tabakerzeugnissen. Nikotin hat eine hohe Suchtwirkung und ist zudem – abhängig von der Dosierung, aber unabhängig vom Expositionsweg – hochgiftig. Die hier streitgegenständlichen

Erzeugnisse, die je nikotinhaltigem Beutel in Abhängigkeit von der Produktausführung den von der Antragsgegnerin mit der Akte vorgelegten Untersuchungen zufolge einen absoluten Nikotingehalt von 5,1 mg bis 8,5 mg („(...)“), 15 mg („(...)“) und 20,5 mg („(...)“) – sowie nach den Angaben der Antragstellerin jeweils von mindestens 10 mg (vgl. Bl. 2 der Gerichtsakte), sodass mindestens von diesem Wert auch für die Variante „(...)“ auszugehen ist – aufweisen, enthalten nach der im Eilverfahren möglichen Einschätzung eine bezogen auf die vorgesehene Verwendungsform gesundheitsschädliche Menge an Nikotin. Im Einzelnen:

Es ist den verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen zu entnehmen, dass Nikotin in Abhängigkeit von seiner Dosierung Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit hat, die bis hin zu Letalität reichen. Im Pschyrembel online, Stand 11/2020 (<https://www.pschyrembel.de/nikotin/K0F7G/doc/>, abgerufen am 4. März 2021) heißt es hierzu unter dem Stichwort „Nikotin“ im Abschnitt „Wirkung“:

„Über die Aktivierung nikotinerger Acetylcholinrezeptoren wirkt Nikotin in parasympathischen und sympathischen Nervenzellen des vegetativen Nervensystems und im Nebennierenmark. In niedrigen Dosen ist Nikotin ein Stimulans, in mittleren entspannt es und in hohen Dosen wirkt es toxisch (siehe Nikotinintoxikation).

Nikotin hat physiologisch u. a. folgende Wirkungen:

- Ausschüttung von Dopamin, Adrenalin und Serotonin
- Vasokonstriktion, Herzfrequenzerhöhung, Blutdrucksteigerung
- Schwitzen
- Erhöhung der Atemfrequenz
- Steigerung von psychomotorischer Leistungsfähigkeit, Aufmerksamkeit und Gedächtnisleistung
- Appetitminderung
- Anregung der Darmtätigkeit
- Verminderung von Harnproduktion und Harndrang.

Langfristige zentrale Wirkungen:

- Gewöhnung vor allem durch Stimulation des zentralnervösen mesolimbischen Dopaminsystems über Aktivierung nikotinerger Acetylcholin-Rezeptoren vom  $\alpha_4\beta_2$ -Subtyp. Raucher sind 2- bis 3-mal weniger empfindlich auf Nikotin als Nichtraucher
- Entwicklung einer Nikotinabhängigkeit
- Nikotinkonsum während der Schwangerschaft: dosisabhängig verringerte Durchblutung der Plazenta und somit Wachstumsretardierung beim Kind und resultierend vermindertes Geburtsgewicht
- Übergehen in die Muttermilch
- Beschleunigung des zentralen Prozesses der Gefäßalterung, der Atherosklerose. Nikotinkonsum bzw. Zigarettenrauchen gilt als einer der vermeidbaren kardiovaskulären Risikofaktoren.
- Kanzerogenität: Nikotin selbst ist von der WHO nicht als kanzerogen eingestuft. Krebs-erregend am Zigarettenrauch sind aber mindestens 90 der über 4800 verschiedenen anderen Substanzen im Tabakrauch, vor allem polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe sowie aromatische Amine und N-Nitrosamine. Neueren Forschungen zufolge

soll Nikotin krebsbegünstigend sein, indem es die Bildung neuer Blutgefäße fördert, wodurch Tumoren besser mit Nährstoffen versorgt werden. Außerdem blockiert es über die Proteinkinase B den Abbau von Zellen und damit auch den Abbau schnell wachsender Krebszellen.“

Zum Eintrag „Nikotinintoxikation“ heißt es dort (Pschyrembel online, Stand 4/2020, <https://www.pschyrembel.de/Nikotinintoxikation/K0F7L>, abgerufen am 4. März 2021):

„akute Nikotinintoxikation

- nach oraler Aufnahme von 30–40 mg Nikotin
- Letaldosis ca. 1 mg/kg KG
- Klinik: Kreislaufkollaps, Erbrechen, Diarrhö, Krämpfe, Atemlähmung, Bewusstlosigkeit

chronische Nikotinintoxikation

- durch chronischen Nikotinkonsum (Raucher einschließlich passive Raucherinhalation)
- Klinik: koronare Herzkrankheit (KHK), arterielle Verschlusskrankheit (sog. Raucherbein, Claudicatio intermittens u. a.) infolge Arteriosklerose, gastrointestinale Störung.“

Die Auswirkungen des Nikotinkonsums stellen sich auf dieser Grundlage als Schädigung der Gesundheit dar. Das gilt schon im Hinblick auf etwaige durch den Konsum bewusst angestrebte Wirkungen (insbesondere in Form einer Euphorisierung und einer Steigerung von psychomotorischer Leistungsfähigkeit, Aufmerksamkeit und Gedächtnisleistung) – die für sich genommen schon eine Abweichung von dem ohne die Aufnahme bestehenden körperlich-geistigen Normalzustand darstellen dürften – wenn nicht unmittelbar, so jedenfalls im Hinblick auf die mit ihnen verbundene Verstärkung der physischen durch eine psychische Suchtgefahr, auf eine sich damit entwickelnde Nikotinabhängigkeit und auf die Folgen der mit dieser typischerweise zu erwartenden, stetigen Steigerung der eingenommenen Dosis. Jedenfalls aber ist eine Gesundheitsschädigung im Sinne der Vorschrift u.a. in einem durch die Einnahme verursachten Anstieg der Herzfrequenz zu sehen. Zwar mag den gesundheitsschädigenden Wirkungen des Nikotins im Zusammenhang mit anderen Produkten, insbesondere Tabakerzeugnissen, derzeit (noch) nicht umfassend entgegengetreten werden, jedoch sind nach der klaren Maßgabe des europäischen Ordnungsgebers zumindest im Bereich des Lebensmittelrechts gesundheitsschädliche Produkte aus dem Verkehr auszuschließen.

Gesundheitsschädigende Auswirkungen – im Sinne eines kritischen adversen Effekts (Anstieg der Herzfrequenz) – einer Nikotinaufnahme auf den menschlichen Körper sind bereits ab einer Aufnahme von 0,0035 mg/kg Körpergewicht festzustellen (Bundesanstalt für Risikobewertung, Stellungnahme 009/2009, 28.2.2009, S. 7; Gutachten des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, 5.11.2020, Bl. 454 der Sachakte). Die orale Bioverfügbarkeit von Nikotin liegt im Mittel bei 44 %. Bei oraler Aufnahme werde – unter Anwendung eines Sicherheitszuschlages mit Faktor 10 – daher eine akute Referenzdosis („ARfD“) von 0,0008 mg/kg Körpergewicht zu Grunde gelegt (BfR, Stellungnahme 009/2009, 28.2.2009, S. 7). Für einen Menschen mit 60 kg Körpergewicht bedeutet dies feststellbare Auswirkungen ab einer oralen Aufnahme von 0,0048 mg Nikotin.

Der von der Antragsgegnerin insoweit in Bezug genommene Forschungsstand bietet keinen Anlass zu Zweifeln und stellt auch für das Gericht den derzeit bestverfügbaren Erkenntnisstand dar, an dem es sich mangels eigener Sachkenntnis bei der naturwissenschaftlich-medizinischen Beurteilung orientiert. Die Behauptung der Antragstellerin, die zu Grunde gelegten Werten seien bewusst zu niedrig angesetzt und daher für die Bewertung ungeeignet – wobei sich dies daraus ergäbe, dass diese Werte im Zusammenhang mit einer unbeabsichtigten, nicht, wie bei dem streitgegenständlichen Produkt, bewussten Einnahme von Nikotin im Zusammenhang mit Lebensmitteln ermittelt worden seien und dass dabei auch die Wirkungen auf Kleinkinder und Säuglinge berücksichtigt worden seien, die nicht zu der hier maßgeblichen Konsumentengruppen gehörten –, vermag nicht die Annahme in Zweifel zu ziehen, dass ab diesen, unabhängig von der Finalität des Konsums und im Übrigen in Abhängigkeit vom Körpergewicht bemessenen und damit in ihrer Aussagekraft nicht auf Kleinkinder und Säuglinge begrenzten, Werten körperliche Auswirkungen auf den menschlichen Organismus festzustellen sind.

Es liegen auch sonst keine Erkenntnisse vor, dass die angenommenen Werte als ungeeignet, insbesondere überholt anzusehen wären. Soweit die Antragsgegnerin unter Verweis auf den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die potenziellen Gesundheitsrisiken im Zusammenhang mit dem Gebrauch von nachfüllbaren

elektronischen Zigaretten vom 20. Mai 2016 insbesondere auf – anhand von Hundeeexperimenten gemessene – Letalitätswerte von 390 bis 780 mg Nikotin bei einem Körpergewicht von 70 kg hinweist (dort S. 4), ist dies schon deshalb nicht erheblich, als der Prüfungsmaßstab der Gesundheitsschädlichkeit erkennbar nicht erst die letale Wirkung einer Einzeldosis ist. Auch der Verweis auf weitere neuerliche Studienergebnisse insbesondere zur Wirkung der oralen Gabe von Nikotin an Ratten, Mäusen und Hunden (vgl. ECHA, 10. September 2015, CLH-O-0000001412-86-68/F) vermag keinen hinreichenden Anlass dazu zu geben, die von der Antragsgegnerin zu Grunde gelegten Auswirkungsstudien auf Menschen vorliegend als nicht mehr maßgeblich für die Beurteilung der Gesundheitsschädlichkeit für den Menschen zu betrachten.

Dass die Antragsgegnerin auf dieser Grundlage der Auffassung ist, dass die streitgegenständlichen Erzeugnisse schon in der Variante „(...)“ und folglich auch in den stärkeren Varianten wegen ihres Nikotingehaltes – auch unter Berücksichtigung der wegen der oralen Bioverfügbarkeit hinter der absolut enthaltenen Nikotinmenge zurückbleibenden Resorption durch den menschlichen Körper – eine über diesen Wert vielfach hinausgehende Stoffzuführung in den Körper bewirken, stellt eine sachgemäße Betrachtung des zu erwartenden Wirkmechanismus des Erzeugnisses bei der vorgesehenen Anwendung dar. Dem Gericht erscheint es zutreffend, auf Grundlage einer Speichelsimulanz die tatsächlich zu erwartende Auslösung von Nikotin aus den Beuteln im Mund zu prognostizieren und darauf aufbauend die in den Körper gelangende Stoffmenge zu ermitteln. An der tatsächlichen Durchführung vermag das Gericht keine Mängel zu erkennen. Dass – wie die Antragstellerin unter Verweis auf die Untersuchung der für die Society for Research on Nicotine and Tobacco (SRNT) durchgeführte Analyse (Anlage Ast. 7, vgl. Bl. 150ff. der Gerichtsakte) vorträgt – auch eine andere Herangehensweise, nämlich eine Untersuchung der Restgehalte von Nikotin in Beuteln nach deren Verwendung möglich ist, belegt nicht, dass die gewählte Methode unsachgemäß wäre. Jedenfalls würden auch die dort angegebenen Werte von 55,9 bis 59,1 % herausgelösten Nikotins nach 60 Minuten Nutzung im Fall der hier streitgegenständlichen Produkte weiterhin eine noch vielfache Überschreitung der ARfD zur Folge haben (die eigenen Angaben der Antragstellerin eines Mindestgehalts von 10 mg Nikotin je Beutel des Produkts zu Grunde gelegt bedeutete dies mindestens eine Dosis von 2,45 mg

( $10 \text{ mg} * 0,559 * 0,44$ )). Für die nicht weiter belegte Annahme der Antragstellerin, bei 30 Minuten Verweildauer, die der Nutzungszeit des Produktes entspreche, sei die Herauslösemenge weiter reduziert und maximal mit 50 % anzusetzen, liegen weder Anhaltspunkte vor (vielmehr sprechen die Ergebnisse der Speichelsimulanz für eine vollständige Herauslösung schon nach 30 Minuten) noch würde dies zu einer erkennbar anderen Beurteilung führen müssen. Selbst in diesem Fall und bei Zugrundelegung des den eigenen Angaben der Antragstellerin widersprechenden und wegen der weiteren Untersuchungsergebnisse fernliegenden Nikotingehalts von lediglich 5,1 mg für die Variante „(...)“ ergäben sich für die Produkte Aufnahmemengen von rund 1,12 mg ( $5,1 \text{ mg} * 0,5 * 0,44$ ) bis 4,51 mg ( $20,5 \text{ mg} * 0,5 * 0,44$ ) in der Variante „(...)“. Auf dieser Grundlage ist es nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin in Anbetracht der auf nachvollziehbare Weise hergeleiteten körperlichen Auswirkungen von einer Gesundheitsschädlichkeit der Erzeugnisse in allen streitgegenständlichen Varianten ausgeht.

Das Gericht hält es zudem erschwerend – jedoch nicht tragend für die Entscheidung – für naheliegend, dass es durch ein Zusammenwirken des Nikotins mit dem in den Produkten ebenfalls enthaltenen Menthol zu einer weiteren, die Gesundheitsschädlichkeit noch erhöhenden Verstärkung der Penetration des Nikotins über die Mundschleimhaut und der Wirkung auf den menschlichen Körper kommt. Ein solcher Zusammenhang ist jedenfalls auf Grundlage der Stellungnahme vom 13. Januar 2021 ((...), CVUA-OWL, BI. 243 der Gerichtsakte) sehr wahrscheinlich.

Die Beurteilung des Lebensmittels als unsicher auf Grund der Gesundheitsschädlichkeit ändert sich auch nicht bei Einbeziehung der auf der Packung aufgedruckten Hinweise gemäß Art. 14 Abs. 3 lit. b VO (EG) 178/2002, wonach die dem Verbraucher vermittelten Informationen zu berücksichtigen sind. Die nach dieser Vorschrift vorzunehmende Bewertung zielt nach ihrem Sinn und Zweck darauf ab, bei der Beurteilung der Sicherheit eines Lebensmittels bestimmte die Gesundheit beeinträchtigende Wirkungen aus der Betrachtung auszunehmen, deren Vermeidung durch die dem Verbraucher vermittelten Informationen anzunehmen ist. Bei derartigen, auf Grund eindeutiger und effektiver Verbraucherinformationen lediglich theoretisch bestehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen bestünde kein



Anlass, zum Schutz der Gesundheit das Inverkehrbringen zu untersagen. Auf diese Weise dürfte regulatorisch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei vielen Lebensmitteln insbesondere bei einer unsachgemäßen Verwendung erhebliche Gesundheitsgefährdungen denkbar sind, diese jedoch durch klare und deutliche Verwendungsanweisungen effektiv ausgeschlossen werden können und daher dem Inverkehrbringen nicht entgegenstehen müssen. Derartige Verbraucherinformationen, die zu einer hinreichend sicheren Vermeidung der hier die Gesundheit beeinträchtigenden Wirkungen des vorliegend streitgegenständlichen Produktes führen, sodass sie die Annahme rechtfertigen könnten, dass letztere effektiv nicht eintreten werden, liegen nicht vor. Soweit die aufgedruckten Produktinformationen darauf hinweisen, dass Nikotin enthalten sei und dieses stark abhängig machen könne, werden dadurch schon nicht die – über die Abhängigkeit hinausgehenden – zu erwartenden körperlichen Beeinträchtigungen adressiert. Vor allem ist ein solcher knapper, summarischer Hinweis nicht geeignet, der Suchtgefahr wirksam zu begegnen. Insbesondere wird mit „stark abhängig“ einzig ein Szenario angeführt, das der durchschnittliche Adressat schwerlich auf sich beziehen dürfte, während die – von der Antragstellerin vor dem Hintergrund ihrer Produktpalette, die mit den Attributen „(...)“ etc. die Steigerung der Nikotinkonzentration vielmehr positiv zu besetzen unternimmt, schwerlich zu bestreitende – Problematik einer nicht gesteuerten Konsumgewohnung mit der Folge erhöhter, die Gesundheit immer weiter beeinträchtigender Dosierungen ausgeblendet bleibt. Der weitere, kleingedruckte Hinweis auf der Rückseite der Packung, das Produkt sei bei Verschlucken gesundheitsschädlich, wäre bestenfalls geeignet, ein Bewusstsein dafür zu schaffen, dass ein Verschlucken möglichst zu vermeiden ist, suggeriert zugleich jedoch, die Inkorporation der Wirkstoffe bei bestimmungsgemäßigem Gebrauch sei unbedenklich. Die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstehenden Beeinträchtigungen werden hiervon jedenfalls nicht berührt. Der auf der Innenseite des beidseitig bedruckten Faltaufklebers angebrachte Hinweis „Dieses Produkt kann gesundheitsschädlich sein“ ist ebenfalls nicht geeignet, die Gesundheitsschädlichkeit auszuschließen. Er ist – abgesehen davon, dass er ohnehin erst bei tatsächlichem Auffalten des Aufklebers überhaupt wahrnehmbar wird – auf Grund der bewusst gewählten Formulierung („kann...sein“) erkennbar nicht darauf ausgerichtet, den Konsumenten generell vom Konsum abzuhalten, sondern die Gesundheits-

schädlichkeit unter bestimmte – nicht weiter benannte und damit zu einer effektiven Abgrenzung von Risiken für den Konsumenten ungeeignete – Bedingungen zu stellen. Dasselbe gilt für den lediglich als Empfehlung ausgestalteten Hinweis für Nichtraucher oder Personen, die kein Nikotin konsumieren, denn zum einen sind die Produkte auch für Personen, die Nikotin einnehmen, als gesundheitsschädlich anzusehen, zum anderen wird die benannte Personengruppe (anders als diejenigen, die unter den nachfolgenden Hinweis an Personen fallen, für die das Produkt nicht geeignet sei) hierdurch allenfalls ansatzweise zum Verzicht aufgerufen.

c.

Ermessensfehler bei der Anwendung des Eingriffstatbestandes des Art. 138 Abs. 1 lit. b VO (EU) 2017/625 sind nicht zu erkennen. Denn die Antragsgegnerin hat erkennbar (u.a. durch den Nichteinbezug der im Verwaltungsverfahren ebenfalls untersuchten, weniger Nikotin enthaltenen Produktvarianten „(...)“ und „(...)“) Überlegungen zu den verschiedenen Möglichkeiten ihres Einschreitens und nicht zu beanstandende Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme angestellt.

2.

Selbst wenn die Erfolgsaussichten als offen anzusehen wären, so käme im Rahmen der Folgenabwägung dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin kein Vorrang vor dem – zudem durch die gesetzgeberische Wertung der fehlenden aufschiebenden Wirkung verstärkten – Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin zu. Es überwiegen die mit den zu befürchtenden Beeinträchtigungen der öffentlichen Gesundheit im Falle einer tatsächlichen Gesundheitsschädlichkeit einhergehenden Beeinträchtigungen das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin an dem Vertrieb ihres Produkts ohne vorläufige Einschränkung, wenn sich das Produkt im späteren Verlauf nicht als gesundheitsschädlich herausstellt. Für den vorläufigen Weitervertrieb durch die Antragstellerin sprechen zwar die anzunehmenden wirtschaftlichen Einbußen, die durch die Untersagung des Inverkehrbringens eintreten werden. Gemessen an der von der Antragstellerin – die nach dem aktuellsten verfügbaren Jahresabschluss 2019 einen Gewinn nach Steuern von (...),-- Euro (2018: (...),-- Euro) erzielt hat – mit dem streitgegenständlichen Produkt nach ihrem Vortrag verbundenen Gewinnerwartung von (...),-- Euro für das Jahr 2021 dürfte dies jedoch, auch vor dem Hintergrund

der in diesem Jahr mangels Vollziehung der Verfügung bereits erzielten Absätze, der Möglichkeit eines Abschlusses des Rechtsstreits vor Ablauf des Jahres und dem Umstand, dass die Produktstärken „(...)“ und „(...)“ nicht von der Verfügung erfasst sind, in Abwägung mit der überragenden Bedeutung des Gesundheitsschutzes und den mit seiner fehlenden Gewährleistung verbundenen, erheblichen volkswirtschaftlichen Schäden noch im Rahmen des für die Antragstellerin wirtschaftlich Verkraftbaren und Zumutbaren liegen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

IV.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Für die von der Antragstellerin geltend gemachten Beeinträchtigungen erscheint es gemäß Ziff. 25.1 der das Gericht nicht bindenden, jedoch als sachgerecht angesehenen Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31. Mai beziehungsweise 1. Juni 2012 und am 18. Juli 2013 beschlossenen Änderungen sachgerecht, hinsichtlich des Hauptsacheverfahrens vor dem Hintergrund der von der Antragstellerin angegebenen und für das Gericht noch hinreichend plausibel erscheinenden Gewinnerwartung hinsichtlich des streitgegenständlichen Produkts für das Jahr 2021 einen Streitwert von 10.000.000,-- Euro zugrunde zu legen. Dieser Wert wird für das vorliegende Eilverfahren entsprechend der Ziff. 1.5 halbiert.

...

...

...