



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 9, am 16. März 2022 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht,  
die Richterin am Verwaltungsgericht,  
den Richter

### **beschlossen:**

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 24. Januar 2022 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 21. Dezember 2021 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 1.250 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 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, 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, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, 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 auseinandersetzen.

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 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.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine ihr gegenüber ergangene (bedingte) Zwangsgeldfestsetzung.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen mit Sitz im Zuständigkeitsbereich des Bezirksamts Hamburg-Nord, das unter anderem Arzneimittel, Medizinprodukte, Nahrungsergänzungsmittel und Kosmetika vertreibt.

Mit inhaltsgleichen Allgemeinverfügungen der Bezirksämter, die jeweils am 27. Oktober 2020 im Amtlichen Anzeiger veröffentlicht wurden (Amtl. Anz. Nr. 93), untersagte die Antragsgegnerin allen ansässigen Lebensmittelunternehmen im gesamten Stadtgebiet sowohl für den stationären als auch den Versandhandel im Internet das Inverkehrbringen von „Lebensmitteln, die Cannabidiol (z.B. als „CBD-Isolate“ oder „mit CBD angereicherte

Hanfextrakte“) enthalten“ und ordnete die sofortige Vollziehbarkeit an. Gegen die Allgemeinverfügung des Bezirksamts Hamburg-Nord vom 25. September 2020, die die Antragsgegnerin der Antragstellerin im November 2020 übersandte, erhob die Antragstellerin keinen Widerspruch.

Die Antragstellerin vertreibt in Ihrem Online-Shop Produkte mit den Bezeichnungen „CBD 5 Premium Mundpflege-Öl“ und „CBD 10 Premium Mundpflege-Öl“. Die Produkte werden folgendermaßen beworben:

„Premium Vollspektrum  
Bio-Hanfextrakt in Apothekenqualität  
... CBD 5 und CBD 10 Premium Öl – Kosmetisches Mittel  
Ihre persönliche Pflege mit der Kraft der Cannabispflanze

Das bernsteinfarbene CBD Mundpflege-Öl von ... wird nach kontrolliertem biozertifiziertem Anbau in der Schweiz hergestellt. Der wertvolle Bio-Hanf wird bei einer natürlichen und umweltschonenden CO<sub>2</sub>-Extraktion zu einem Vollspektrum-Öl verarbeitet. Es enthält alle natürlichen Bestandteile aus Hanfstengeln und Hanfblättern. Der Extrakt ist in Bio-Hanfsamenöl gelöst und dadurch besonders angenehm in der Verwendung. Drei Tropfen für eine gepflegte Mundschleimhaut und glattere Zähne – ganz natürlich pflegen.“

Unter „Häufig gestellte Fragen – FAQ“ finden sich unter anderem folgende Ausführungen:

„Wie wird das CBD Mundpflege-Öl angewendet?

Wir empfehlen 2-3 Tropfen in die Mundhöhle zu geben und ca. 30 Sekunden den Mund damit spülen. Nicht schlucken.

Wie oft sollte ich das Öl verwenden?

Wir empfehlen das CBD Mundpflege-Öl maximal 3-mal am Tag zu verwenden.

Warum steht in der Anwendungsempfehlung „nicht schlucken“?

Wie in der Anwendungsempfehlung beschrieben ist, soll das CBD Mundpflege-Öl in der Mundhöhle für ca. 30 Sekunden gespült und danach ausgespuckt werden.

Was passiert, wenn ich das Öl trotzdem verschlucke?

Ein gesundheitliches Risiko ist nicht zu erwarten. Trotzdem sollten Sie ein unnötiges Verschlucken vermeiden, damit das CBD Mundpflege-Öl in der Mundhöhle Anwendung finden kann.

Wofür ist das Öl gedacht?

Bei dem ... CBD Mundpflege-Öl handelt es sich um ein Kosmetikum zur natürlichen Pflege des Mundraumes mit der Kraft der Cannabispflanze.

[...]

Welche Konzentration ist für mich am besten?

“Langsam rantasten“ lautet das Motto, denn eine allgemeine Empfehlung kann hierbei nicht gegeben werden. In der Regel beginnt man mit einer kleinen Menge und steigert sich langsam, bis es sich gut anfühlt. Das ... CBD Mundpflege-Öl gibt es in den Varianten 5 % und 10 %.“

Am 21. Dezember 2021, zugestellt am 23. Dezember 2021, setzte die Antragsgegnerin nach erfolgter Anhörung gegenüber der Antragstellerin wegen des Verstoßes gegen die Allgemeinverfügung des Bezirksamts Hamburg-Nord vom 25. September 2020 zur Untersagung des Inverkehrbringens von Cannabidiol (CBD)-haltigen Lebensmitteln ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 Euro „für jeden feststellbaren Verstoß gegen die Allgemeinverfügung“ fest. Zur Begründung führte sie aus, die Antragstellerin verstoße gegen die genannte Allgemeinverfügung, indem sie cannabidiol (CBD)-haltige Lebensmittel in den Verkehr bringe. Am 22. September 2021 sei im Rahmen einer amtlichen Online-Recherche festgestellt worden, dass auf der Website der Antragstellerin CBD Mundöle angeboten würden, die Cannabidiol (CBD) enthielten, bzw. denen cannabinoidhaltige Extrakte zugesetzt worden seien. Die Produkte würden als kosmetische Mittel im Sinne des Artikels 2 Abs. 1 VO (EG) 1223/2009 in den Verkehr gebracht. Wirkaussagen seien gemäß Anlage Nr. 3 VO (EU) 655/2013 i.V.m. VO (EG) 1223/2009 i.V.m. KosmetikV zu belegen. Hierbei sei nicht die generelle Pflegewirkung von CBD oder Hanfölen, sondern die Wirkung des kosmetischen Mittels bei vorgegebener Anwendung zu belegen. Bei der angegebenen Menge werde in Frage gestellt, wie diese im Mund bewegt werden solle, um das Spülen zu ermöglichen und inwieweit diese ausreichend sei, um die Mundhöhle komplett zu benetzen und zu pflegen. Es werde nicht explizit empfohlen, die Probe nach der Anwendung auszuspucken. „Nicht schlucken“ schließe nicht aus, das Produkt, wie zuvor auf dem Markt befindliche CBD-Öle, im Mund zu behalten und sie von der Mundschleimhaut resorbieren zu lassen. Eine Assoziation der Verbraucher von CBD über eine orale Anwendung sei nicht auszuschließen und sogar sehr wahrscheinlich anzunehmen, vor allem in Form der angebotenen Produkte als Öle in kleinen Fläschchen mit Pipetten-Applikator. Bei der nach Verpackungsanweisung applizierten Menge sei eine Aufnahme über die Mundschleimhaut also ebenfalls möglich, womit das Produkt dann der Definition eines Lebensmittels genüge. Auf der Website werde angegeben „Morgens 3 Tropfen in die Mundhöhle und ich kann den Tag

gelassen angehen!“ und „...für ihre Momente purer Ausgeglichenheit und Harmonie.“ Durch die Aufmachung i.V.m. den Auslobungen sowie der Zusammensetzung und den Anwendungshinweisen, würden die Produkte vom Verbraucher mit zuvor auf den Markt gebrachten CBD-Ölen mit dem Verwendungszweck Nahrungsergänzungsmittel und Aroma assoziiert, die nicht mehr auf dem Markt zu erwerben seien. Für den Verbraucher sei nicht ersichtlich, warum bei gleicher Zusammensetzung, gleicher Gewinnung und gleicher Anwendung eine andere Zweckbestimmung vorherrschend sein solle. Laut einer von der Antragstellerin vorgelegten Anwendungsbeobachtung, sei den Produkten eine generelle Pflegewirkung nicht abzusprechen, dies bestätige die Auswertung der Fragebögen, bei der die Probandinnen und Probanden mit der Pflegeeigenschaft zufrieden bzw. sehr zufrieden gewesen seien. Es sei jedoch fraglich, welche kosmetische Wirkung das ausgelobte Cannabidiol bei dieser Anwendung explizit mit sich bringe, wo dieser Inhaltsstoff doch als ausschlaggebend für die Kaufentscheidung der Verbraucherinnen und Verbraucher angesehen werde. Das Vorhandensein von Cannabinoiden und die explizite Werbung mit diesen Inhaltsstoffen sei für die Qualität und den Zweck eines Mundöls völlig unerheblich und lasse damit Rückschlüsse auf die eigentliche Bestimmung des Produkts ziehen. Alternativ wäre das Inverkehrbringen eines reinen Hanföls (Lebensmittel) als Mundöl ebenfalls zielführend und auch sicher deutlich günstiger in der Herstellung. Die Auslobungen bezögen sich somit auf CBD als Inhaltsstoff. Dieser sei in der Anwenderstudie und auch in der Produktionsinformationsdatei nicht thematisiert worden. Die Einstufung als kosmetisches Produkt werde als Vorwand eingestuft, um zuvor als Nahrungsergänzungsmittel und Aromaextrakte beanstandete CBD-Öle weiterhin auf den Markt bringen zu können. Die Produkte würden daher als Lebensmittel i.S.d. Art. 2 Basis-VO und als nicht zugelassene neuartige Lebensmittel i.S.d. Art. 3 Abs. 2 a) Ziff. IV der VO (EU) 2015/2283 eingestuft. Am Ende des Bescheids wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass weitere Zwangsmittel gegen die Antragstellerin festgesetzt werden könnten, wenn sie diese Anordnung nicht oder nicht rechtzeitig befolge.

Hiergegen erhob die Antragstellerin am 24. Januar 2022, einem Montag, Widerspruch, über den bisher noch nicht entschieden worden ist. Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, sie habe durch den Vertrieb der genannten Produkte nicht gegen die Allgemeinverfügung verstoßen. Es handele sich um kosmetische Mundpflegeprodukte, die als Kosmetika gerade keine Lebensmittel darstellten, so dass der Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung und damit auch der Allgemeinverfügung nicht eröffnet sei. Es erfülle die Legaldefinition eines kosmetischen Mittels gemäß Art. 2 Abs. 1a der VO 1223/2009/EG. Die Antragstellerin verweist hierzu auf eine Stellungnahme des Arbeitskreises Lebensmittelchemischer Sachverständiger der Länder und des Bundesamtes für Verbraucherschutz und

Lebensmittelsicherheit (ALS Stellungnahme Nr. 2013/23), Rechtsprechung und Kommentarliteratur zu Zahnpflegekaugummi, wonach es für die Einordnung als kosmetisches- oder Lebensmittel auf die Zweckbestimmung der Kaugummi ankomme. Dies sei auf ihr Produkt übertragbar. Die Angabe, dass das Produkt „nicht zu schlucken“ sei, sei unmissverständlich. Es schade auch nicht, wenn sich nicht ausschließen lasse, dass Teile des Wirkstoffs auch in den menschlichen Körper gelangten, da es dennoch dabei bleibe, dass die überwiegende Zweckbestimmung die kosmetische Mundpflege sei. Es sei falsch, dass der Bestandteil CBD von den Verbrauchern mit einer oralen Anwendung assoziiert werde. Bei CBD handele es sich vielmehr um einen ambivalenten Wirkstoff, der den Verbrauchern sowohl aus Lebensmitteln, als auch aus kosmetischen Erzeugnissen bekannt sei. Deshalb gebe es sowohl für die Pflanze Cannabis sativa als auch Cannabidiol sog. INCI-Bezeichnungen, die unter der Liste kosmetischer Bestandteile abgerufen werden könnten. Cannabis- Bestandteile seien nur dann in kosmetischen Erzeugnissen unzulässig, wenn sie eine rauschhafte Wirkung hätten, was hier unstreitig nicht der Fall sei. Die kosmetischen Wirkungen von Hanf, aber auch von Cannabidiol seien allgemein in der Fachliteratur und bei interessierten Verbrauchern anerkannt. Entsprechend sei eine Vielzahl von kosmetischen Hanf- und CBD-Erzeugnissen auf dem Markt erhältlich. Vor diesem Hintergrund erwarte der aufmerksame, verständige Durchschnittsverbraucher bei einem Mundpflege-Öl durchaus eine entsprechende kosmetische Wirkung von Cannabis bzw. Cannabidiol. Es gebe mittlerweile diverse Zahnpasten mit CBD und Hanföl. Diese Produkte würden ein ideales Beispiel dafür bieten, dass die Anwendung des Fertigerzeugnisses zu beurteilen sei und nicht ein isolierter Bestandteil des kosmetischen Mittels. Zudem seien die beanstandeten Werbeaussagen „Morgens 3 Tropfen in die Mundhöhle und ich kann den Tag gelassen angehen“ und „Für Ihre Momente purer Ausgeglichenheit und Harmonie“ spätestens seit dem 11. Oktober 2021 geändert worden. Als Überwachungsbehörde habe die Antragsgegnerin dies zu berücksichtigen. Soweit die Antragsgegnerin meine, dass für den Verbraucher nicht ersichtlich sei, weshalb bei gleicher Zusammensetzung, gleicher Gewinnung und gleicher Anwendung eine andere Zweckbestimmung vorherrschend sein solle, ergebe sich diese andere Zweckbestimmung aus der klar formulierten Zweckbestimmung des Produkts. Zudem sei festzustellen, dass es für die Frage, ob es sich um ein Kosmetikum oder um ein Lebensmittel handele, nicht darum gehe, ob die einzelnen Werbeaussagen belegt seien oder nicht. Entscheidend sei vielmehr, ob es sich aus der Sicht eines aufmerksamen, verständigen Durchschnittsverbrauchers um ein kosmetisches Mundpflegeprodukt handele oder um ein Lebensmittel. Angesichts der Kennzeichnungen und Bewerbung könne kein Zweifel über die Einordnung als Kosmetikum bestehen. In der Rechtsprechung sei geklärt,

dass die Verbraucher entsprechende Bezeichnungen zur Produktkategorisierung regelmäßig wahrnehmen und berücksichtigen. Danach sei bei der Beurteilung, wie ein Produkt präsentiert werde, auch darauf abzustellen, unter welcher Produktkategorie es von dem Hersteller angeboten werde. Da das Produkt klar und deutlich als Kosmetikum in den Verkehr gebracht werde, sei davon auszugehen, dass der Verbraucher es auch als kosmetisches Mittel wahrnehme. Soweit die Antragsgegnerin darauf verweise, dass eine Aufnahme über die Mundschleimhaut möglich sei, so begründe selbst das Verschlucken von Wirkstoffen nicht die Einstufung als Lebensmittel, wenn nach der Produktaufmachung die Anwendung zu kosmetischen Zwecken überwiege, wie es hier der Fall sei. Im Gegenteil dürfte die Angabe „dabei nicht verschlucken“ völlig untypisch für ein Lebensmittel sein. Darauf, ob das Inverkehrbringen eines reinen Hanföls ebenfalls zielführend sei, könne es nicht ankommen. Schließlich sei es unschädlich, wenn einzelne Verbraucher tatsächlich einem Fehleindruck unterlägen. Da auf einen aufmerksamen, verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen sei, schade es nicht, wenn einzelne Verbraucher tatsächlich von einem Lebensmittel ausgingen.

Am 27. Januar 2022 hat die Antragstellerin um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Zur Begründung wiederholt sie ihre Ausführungen aus dem Verwaltungsverfahren. Ergänzend trägt sie im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerin habe nicht nachweisen können, dass es sich bei den Mundpflegeprodukten nicht um kosmetische Mundpflegeöle handele. Die Merkmale der Legaldefinition eines kosmetischen Mittels lägen unstrittig vor. Es sei nicht logisch, wenn die Antragsgegnerin unstrittig stelle, dass bei dem Produkt eine die Mundpflege verbessernde Wirkung festgestellt worden sei und entsprechende Pflegeeigenschaften nicht bestritten werden könnten und dennoch unterstellt werde, dass der Verbraucher das Produkt nicht deswegen erwerbe. Dabei handele es sich um eine bloße Spekulation ins Blaue hinein. Die Bewerbung beschränke sich auf eine Pflegewirkung des Produkts.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 24. Januar 2022 gegen die Zwangsgeldfestsetzung in dem Bescheid des Bezirksamtes vom 21. Dezember 2021 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung verweist sie auf die Ausführungen des angegriffenen Bescheids. Ergänzend führt sie aus, an der Einstufung der Produkte als Lebensmittel könne es nichts ändern, dass die online-Aufmachung zu den Produkten auf der Website der Antragstellerin nunmehr etwas anders gefasst sei.

Die Sachakte der Antragsgegnerin hat bei der Entscheidung vorgelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die vorliegenden Akten und die vorbereitenden Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

## II.

### 1. Der Antrag hat Erfolg.

a) Der Antrag ist zulässig, insbesondere statthaft. Bei dem streitgegenständlichen Bescheid handelt es sich um eine sogenannte bedingte Zwangsgeldfestsetzung, die nach hamburgischem Recht eher der Androhung eines Zwangsgeldes nach § 13 Abs. 1 bis 3 und Abs. 5 VwVG und den entsprechenden Regelungen in anderen Bundesländern als der Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 14 VwVG entspricht. Die bedingte Zwangsgeldfestsetzung bedarf eines weiteren Verwaltungsakts, in dem u.a. festgestellt wird, dass die adressierte Person gegen ihre Verpflichtungen verstoßen hat und nunmehr das Zwangsgeld zu zahlen ist und ggf. begetrieben wird (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 31.8.2021, 5 Bs 200/21, n.v.; Beschl. v. 5.3.2008, 4 Bs 99/07, juris Rn. 2). Da die Androhung eines Zwangsmittels in der Verwaltungsvollstreckung allgemein als Verwaltungsakt angesehen wird (vgl. Troidl, in: Engelhardt/App/Schlattmann, VwVG VwZG, 12. Aufl. 2021, § 13 Rn. 1b m.w.N.), überzeugt es, auch die mit einer Androhung vergleichbare bedingte Zwangsgeldfestsetzung als Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 HmbVwVfG zu qualifizieren (VG Hamburg, 14 E 2637/21, n.v., m.w.N). Dem hiergegen erhobenen Widerspruch kommt gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 29 Abs. 1 HmbVwVG keine aufschiebende Wirkung zu.

### b) Der Antrag ist auch begründet.

Maßgeblich ist, ob das private Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs oder das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt. Das Gericht trifft hierbei eine eigene originäre Entscheidung darüber, welche Interessen höher zu bewerten sind. Das Gewicht dieser gegenläufigen Interessen wird entweder durch



die summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache (Abwägung aufgrund summarischer Erfolgsprüfung) oder – vor allem wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs offen erscheinen – durch eine Abwägung der voraussichtlichen Folgen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung einerseits und der sofortigen Vollziehung andererseits bestimmt. Bei der Abwägung aufgrund summarischer Erfolgsprüfung gilt, dass das private Interesse der antragstellenden Person umso größeres Gewicht hat, je mehr der Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg hat, und dass umgekehrt das Vollziehungsinteresse umso mehr Gewicht hat, je weniger Aussicht auf Erfolg der Rechtsbehelf hat. Ist der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig oder bestehen ernstliche Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit, ist dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO regelmäßig stattzugeben (vgl. § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO entsprechend). Erweist sich der Verwaltungsakt bei summarischer Prüfung hingegen als offensichtlich rechtmäßig, ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO regelmäßig abzulehnen.

Gemessen hieran führt die vom Gericht vorzunehmende Interessenabwägung zu dem Ergebnis, dass das private Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt, da sich die bedingte Zwangsgeldfestsetzung voraussichtlich als rechtswidrig erweisen wird.

Rechtsgrundlage für die bedingte Zwangsgeldfestsetzung sind die §§ 3 Abs. 1 Nr.1 u. Abs. 3, 8, 11 Abs. 1 Nr. 2, 14 HmbVwVG.

aa) Die Untersagung des Inverkehrbringens von Lebensmitteln, die CBD enthalten, durch die Allgemeinverfügung vom 25. September 2020 stellt einen gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 HmbVwVG unanfechtbaren und damit vollstreckbaren Verwaltungsakt dar. Dabei kommt es nicht auf die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung selbst, sondern nur auf ihre Wirksamkeit an (vgl. BVerwG, Urte. v. 13.4.1984, juris Rn.12). Die Allgemeinverfügung ist gegenüber der Antragstellerin wirksam, da sie ihr spätestens im November 2020 bekannt gegeben wurde (vgl. § 43 Abs. 1 HmbVwVfG).

bb) Die Antragstellerin widersetzt sich allerdings nicht der in der Allgemeinverfügung getroffenen Anordnung, Lebensmittel, die Cannabidiol enthalten, nicht in den Verkehr zu bringen. Zwar enthalten die verfahrensgegenständlichen Mundöle zweifelsfrei CBD. Es handelt sich bei ihnen aber nicht um Lebensmittel im Sinne der Allgemeinverfügung.

(1) Die Allgemeinverfügung dient laut ihrer Begründung der Durchsetzung von Art. 6 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2283 „Novel-Food-Verordnung“, wonach nur zugelassene und

in der Unionsliste aufgeführte neuartige Lebensmittel nach Maßgabe der in der Liste festgelegten Bedingungen und Kennzeichnungsvorschriften als solche in den Verkehr gebracht werden dürften, wozu Lebensmittel, die Cannabidiol enthalten nicht gehörten. Diese seien neuartige Lebensmittel, im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Novel-Food-Verordnung, die bislang nicht nach Art. 6 Abs. 2 dieser Verordnung zugelassen seien. Für die Auslegung des in der Allgemeinverfügung verwendeten Begriffs der Lebensmittel ist daher ebenfalls auf die Novel-Food-Verordnung zurückzugreifen.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Novel-Food-Verordnung gelten für die Zwecke dieser Verordnung die Begriffsbestimmungen der Artikel 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002. Danach 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 (Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 178/2002). Zu Lebensmitteln zählen auch Getränke, Kaugummi sowie alle Stoffe – einschließlich Wasser –, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung oder Ver- oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden (Art. 2 Abs. 2 VO (EG) Nr. 178/2002). Nicht zu Lebensmitteln gehören a) Futtermittel, b) lebende Tiere, soweit sie nicht für das Inverkehrbringen zum menschlichen Verzehr hergerichtet worden sind, c) Pflanzen vor dem Ernten, d) Arzneimittel im Sinne der Richtlinien 65/65/EWG, e) kosmetische Mittel im Sinne der Richtlinie 76/768/EWG, f) Tabak und Tabakerzeugnisse im Sinne der Richtlinie 89/622/EWG, g) Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe im Sinne des Einheitsübereinkommens der Vereinten Nationen über Suchtstoffe 1961 und des Übereinkommens der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe 1971, h) Rückstände und Kontaminanten (Art. 2 Abs. 3 VO (EG) Nr. 178/2002).

Diese Definition zugrunde gelegt, handelt es sich bei den streitgegenständlichen Mundölen nicht um Lebensmittel, selbst wenn unterstellt wird, dass diese bei bestimmungsgemäßer Verwendung ggf. über die Mundschleimhaut aufgenommen werden. Denn entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist von dem Begriff des „Aufnehmens“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 178/2002 eine etwaige Resorption über die Mundschleimhaut nicht umfasst (a.A. OVG Lüneburg, Beschl. 9.2.2021, 13 ME 580/20, juris Rn. 24; VG Augsburg, Beschl. v. 19.6.2020, Au 9 S 20.847, juris Rn. 40). Ein Aufnehmen im o.g. Sinne verlangt vielmehr, dass die betreffenden Stoffe oder Erzeugnisse bei bestimmungs- bzw. erwartungsgemäßem Gebrauch (zumindest auch und in nicht bloß marginalem Umfang) über den Magen-Darm-Trakt in den menschlichen Körper gelangen (vgl. hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 19.8.2021, 5 Bs 56/21, juris Ls. 1, Rn. 20 ff.).

Dieses Verständnis ergibt sich zum einen aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 178/2002. Denn laut dem Grünbuch der EU Kommission vom 30. April 1997 („Allgemeine Grundsätze des Lebensmittelrechts in der Europäischen Union“, veröffentlicht unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0176&from=EN>), das eine Grundlage der VO (EG) Nr. 178/2002 gewesen ist und u. a. zum Ziel hatte, den Begriff des „Lebensmittels“ auf Gemeinschaftsebene zu bestimmen (a. a. O. S. viii und S. 28), wurde der Begriff der „Aufnahme durch den Menschen“ gewählt, um alle Erzeugnisse zu erfassen, die den Magen-Darm-Trakt durchlaufen, einschließlich aller Stoffe, die durch Mund oder Nase eingenommen oder durch Magen-Intubation verabreicht werden. Auf parenteralem Wege direkt in den Blutkreislauf eingeführte Erzeugnisse sollten dagegen mit dieser Definition nicht abgedeckt werden (a.a.O. S. 28). Dies verdeutlicht, dass die Kommission mit dem Begriff der Aufnahme die Vorstellung verbunden hat, dass zwar die Art und Weise der Zuführung der Stoffe ins Körperinnere (z.B. durch Mund oder Nase) unerheblich ist, dass diese aber jedenfalls den Magen-Darm-Trakt passieren sollten.

Zudem spricht die systematische Auslegung von Art. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 für das vorgenannte Verständnis des Begriffs des „Aufnehmens“. Denn die in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 erfolgte Klarstellung, dass zu den „Lebensmitteln“ auch Kaugummi gehört, spricht nicht für einen Begriff des „Aufnehmens“, der jegliche Art des Zugangs von Stoffen in den menschlichen Körper auch außerhalb des Magen-Darm-Trakts umfasst (OVG Hamburg, Beschl. v. 19.8.2021, 5 Bs 56/21, juris Rn. 28; a. A. OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.2.2021, a. a. O., Rn. 26). Die Besonderheit beim Konsum von Kaugummis gegenüber klassischen Lebensmitteln besteht darin, dass zwar das Kaugummi als solches nicht geschluckt wird, wohl aber die Speichelflüssigkeit (die damit „verzehrt“ und „aufgenommen“ wird), die sich beim Kauen zwangsläufig bildet und die in dem Kaugummi enthaltenen Stoffe bindet, auch wenn diese Stoffe teilweise zusätzlich über die Mundschleimhaut in den Körper gelangen. Wohl wegen dieser Besonderheiten hat der europäische Verordnungsgeber den Bedarf für diese regulatorische Klarstellung hinsichtlich des Kaugummis gesehen. Dies spricht jedoch gegen ein weites Verständnis in dem Sinne, dass unter „Aufnahme“ jegliche Art der Zufuhr von Stoffen in den menschlichen Körper zu verstehen ist, weil dann das fehlende Verschlucken des Kaugummis von vornherein unerheblich und der diesbezügliche Klarstellungsbedarf nicht erkennbar wäre (OVG Hamburg, Beschl. v. 19.8.2021, 5 Bs 56/21, juris Rn. 29 m.w.N.).

Die weiteren in Art. 2 Abs. 3 VO (EG) Nr. 178/2002 erfolgten Klarstellungen, dass die dort unter „a)“ bis „h)“ genannten Erzeugnisse und Stoffe nicht zu den Lebensmitteln gehören,

lassen ebenfalls nicht auf einen Begriff des „Aufnehmens“ schließen, der jegliche Art des Zugangs von Stoffen in den menschlichen Körper auch außerhalb des Magen-Darm-Trakts umfasst (OVG Hamburg, a.a.O. Rn. 30; a. A. VG Augsburg, Beschl. v. 19.6.2020, juris, Rn. 41). Vielmehr dürften diese Negativabgrenzungen für die Konturierung des Lebensmittelbegriffs wenig hergeben. Einerseits fallen darunter Erzeugnisse oder Stoffe, die den menschlichen Körper auf „klassischem“ Wege durch Verschlucken über den Magen-Darm-Trakt erreichen, wie etwa Arzneimittel („d“) oder Betäubungsmittel („g“) in Form von Tabletten. Der Sinn der Negativabgrenzungen in Art. 2 Abs. 3 dürfte in solchen Fällen darin bestehen, definitive Klarheit dahin zu schaffen, dass die betreffenden Erzeugnisse und Stoffe, die bereits den dort genannten anderweitigen Regelungsregimen unterliegen, nicht noch zusätzlich unter das Lebensmittelrecht fallen sollen, auch wenn die Art ihrer Zufuhr in den menschlichen Körper dafür sprechen könnte, dass sie dem Lebensmittelbegriff unterfallen. Andererseits trifft es nicht zu, dass sämtliche in Art. 2 Abs. 3 angeführten Erzeugnisse dort ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Lebensmittelrechts gleichsam wieder „herausgenommen werden mussten“, weil sie an sich unter den Begriff des Lebensmittels in Art. 2 Abs. 1 fallen würden (so aber VG Augsburg, Beschl. v. 19.6.2020, a. a. O. Rn. 41). So sind etwa Futtermittel („a“) bereits nach der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 4 VO (EG) Nr. 178/2002 nur zur oralen Tierfütterung bestimmt, so dass sie von vornherein nicht unter den Lebensmittelbegriff des Art. 2 Abs. 1 fallen. Bei den unter b) und c) angeführten Fallgruppen der lebenden Tiere bzw. der Pflanzen vor dem Ernten wiederum dürfte im Ergebnis Entsprechendes gelten, da jedenfalls in aller Regel nicht anzunehmen sein wird, dass sie dazu „bestimmt sind“ oder bei ihnen „nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann“, „von Menschen aufgenommen zu werden“ (zum Ganzen: OVG Hamburg, a.a.O. Rn. 30).

(2) Die vorgenannte Auslegung des Lebensmittelbegriffs zugrunde gelegt, handelt es sich bei den streitgegenständlichen Mundölen nicht um Stoffe, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie von Menschen im oben genannten Sinne aufgenommen werden. Bei einer Gesamtbetrachtung der objektiven Zweckbestimmung, Kennzeichnung, Aufmachung und Vermarktung der Öle, gelangen diese bei bestimmungs- bzw. erwartungsgemäßen Gebrauch nicht – oder wenn, dann nur in marginalem Umfang – über den Magen-Darm-Trakt in den Körper der Verbraucherinnen und Verbraucher. Die Mundöle werden unzweideutig als kosmetische Mittel zur Anwendung in der Mundhöhle beworben, so dass bei aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucherinnen und -verbrauchern (vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.6.2012, 3 B 87/11, juris

Rn. 4) auch der Eindruck entstehen dürfte, dass die Produkte ausschließlich zur Anwendung in der Mundhöhle gedacht sind. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass von der Antragstellerin zuvor vertrieben CBD-Öle als Nahrungsergänzungsmittel und Aroma-Öle vertrieben wurden. Aufgrund der neuen Zweckbestimmung, Kennzeichnung, Aufmachung und Vermarktung der Produkte kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich Durchschnittsverbraucherinnen- und verbraucher aufgrund einer Assoziation mit den vormaligen Produkten über die eindeutigen Anwenderhinweise hinwegsetzen. Nach diesen soll mit zwei bis drei Tropfen des Öls für 30 Sekunden die Mundhöhle „gespült“ und das Produkt anschließend ausgespuckt werden. Ob aufgrund der angegebenen geringen Produktmenge ein Spülen und Benetzen der gesamten Mundhöhle praktisch möglich ist, ist unerheblich, da jedenfalls eine Zuführung zum Magen-Darm-Trakt weder vorgesehen ist noch bei bestimmungsgemäßer Anwendung zu erwarten ist. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein unnötiges Verschlucken vermieden werden soll. Es ist daher davon auszugehen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher sich daran halten und das Produkt zusammen mit dem bei der Anwendung angesammelten Speichel ausspucken werden. Dass bei der 30-sekündigen Anwendung möglicherweise eine Aufnahme von Inhaltsstoffen des Öls über die Mundschleimhaut erfolgt, ist nach der vorgenannten Auslegung des Begriffs der Aufnahme ebenfalls unerheblich.

Da es sich damit bei den streitgegenständlichen Produkten schon gemäß Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 178/2022 nicht um Lebensmittel handelt, kann dahinstehen, ob zusätzlich die Negativabgrenzung gemäß Art. 2 Abs. 3 e) der Verordnung einschlägig ist, und es sich bei den Mundölen um kosmetische Mittel im Sinne der Richtlinie 76/768/EWG handelt.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Entsprechend Ziffer 1.7.1 Satz 2 des Streitwertkatalogs wäre der Streitwert für das Klageverfahren mit der Hälfte des bedingt festgesetzten Zwangsgeldes von 10.000 Euro, also mit insgesamt 5.000 Euro, zu bemessen, da die bedingte Zwangsgeldfestsetzung nach hamburgischem Recht eher der Androhung eines Zwangsgelds entspricht (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 5.3.2008, 4 Bs 99/07, juris Rn. 2). Dieser Wert ist für das Eilverfahren zu vierteln (vgl. Nr. 1.5 Satz 1, HS 2 des Streitwertkatalogs 2013).