

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 BV 18.2234
Sachgebietsschlüssel: 540

Rechtsquellen:

§ 11 TabakerzG
Art. 2 Nr. 6, Nr. 8 der RL 2014/40/EU

Hauptpunkte:

Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch
Zum Kauen bestimmtes Tabakerzeugnis (verneint)
Kautabak

Leitsätze:

Urteil des 20. Senats vom 10. Oktober 2019
(VG Augsburg, Entscheidung vom 28. Juli 2015, Az.: Au 1 K 15.187)

20 BV 18.2234
Au 1 K 15.187

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

***** & **, **
****, *., *., *****

*****_****, *., *****/*****,

- ***** -

*****.
***** & *****,
*****, *., *****/*****,

gegen

Stadt Kempten,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Rathausplatz 22, 87435 Kempten (Allgäu),

- Beklagte -

beigeladen:

V2 Tobacco A/S,
vertreten durch den Vorstand,
Georg Jensens Veyi 7, 8600 Silkeborg,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Posser Spieh Wolfers & Partners,
Kurfürstendamm 170, 10707 Berlin,

beteiligt:

Landesanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

wegen

Verkehrsverbotes für Tabakerzeugnisse - ***** Chewing Tabacco;
hier: Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
Augsburg vom 28. Juli 2015,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Stadler,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Kokoska-Ruppert

aufgrund mündlicher Verhandlung vom **10. Oktober 2019**
am **10. Oktober 2019**

folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 28. Juli 2015 wird geändert. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen ein Vertriebsverbot für das Tabakerzeugnis „***** Chewing Tobacco *****“ sowie alle anderen Sorten „***** Chewing Tobacco“, das von der Beigeladenen in Dänemark hergestellt wird. Die Klägerin ist eine im Zuständigkeitsbereich der Beklagten ansässige Gesellschaft, die u.a. dieses Tabakerzeugnis nach Deutschland einführt und auf dem deutschen Markt vertreibt.

- 2 Mit Gutachten vom 19. November 2014 und vom 26. November 2014 begutachtete das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) Proben der Tabakerzeugnisse „***** Chewing Tobacco *****“ und „***** Original Chewing Tobacco“. Letzterer wurde im Rahmen eines „***** Selberrmach-Sets“ geprüft. In diesem Gutachten kam das LGL zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Proben aufgrund der Struktur, Konsistenz und Verwendungsart um verbotene Tabakprodukte handele, da sie zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt seien. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten neuartige Produkte zum oralen Gebrauch mit Ausnahme des herkömmlichen Kautabaks untersagt werden. In der Literatur würden Tabakprodukte, die für den oralen Gebrauch bestimmt seien, in zwei Gruppen aufgeteilt, nämlich Produkte zum Saugen und Lutschen sowie Produkte zum Kauen. Erzeugnisse zum Kauen würden als zu Riegeln gepresste Produkte und gerollte Tabakblätter beschrieben. Traditionelle Kautabake bestünden aus Tabakblättern, die beispielsweise zu Stängeln aufgerollt seien. Eine gesetzliche Definition von Kautabak existiere nicht. Bei dem vorliegenden Tabakprodukt handele es sich um eine pastöse Masse auf der Grundlage von fein gemahlenem Tabak. Das Produkt werde wie Snus verwendet, indem man ein Kügelchen forme und zwischen Lippen und Zahnfleisch oder in der Wangenfalte positioniere. Würde der Konsument die mit Speichel durchtränkte Portion hin und her bewegen oder versuchen, auf sie zu beißen oder sie zu kauen, würde sich das Kügelchen nach kurzer Zeit zumindest teilweise auflösen bzw. auseinanderbrechen und sich im Mund verteilen. Die Frage, ob ein Produkt zum Kauen bestimmt sei, sei aus der Sicht des Verbrauchers zu beurteilen. Hier habe eine Internetrecherche ergeben, dass das Produkt von vielen Nutzern als Snus-Ersatz angesehen werde.

- 3 Mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 15. Januar 2015 verpflichtete die Beklagte die Klägerin, das Tabakerzeugnis „***** Chewing Tobacco *****“ sowie alle anderen Sorten „***** Chewing Tobacco“ der Beigeladenen nicht mehr in

den Verkehr zu bringen (Ziff. I). Laut Ziffer II wurde mit dem Bescheid die bereits am 14. Januar 2015 mündlich getroffene Anordnung des Beklagten bestätigt und präzisiert. Zur Begründung wurde auf das Gutachten des LGL verwiesen.

4 Auf die zum Verwaltungsgericht Augsburg erhobene Klage hob dieses mit Urteil vom 28. Juli 2015 den Bescheid vom 15. Januar 2015 auf. Auf die Begründung wird Bezug genommen.

5 Hiergegen richtet sich die Beklagte mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung.

6 Der Senat hat am 1. Juni 2017 mündlich über die Streitsache verhandelt und mit Beschluss vom 11. Juli 2017 das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

7 „1. Ist Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU dahingehend auszulegen, dass unter „Erzeugnissen, die zum Kauen bestimmt sind“, allein Kautabakerzeugnisse im klassischen Sinn zu verstehen sind?

8 2. Ist Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU dahingehend auszulegen, dass „Erzeugnisse, die zum Kauen bestimmt sind“, gleichbedeutend mit „Kautabak“ i.S.v. Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie sind?

9 3. Ist für die Frage, ob ein Tabakerzeugnis i.S.v. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU „zum Kauen bestimmt“ ist, auf eine auf das Produkt bezogene objektive Betrachtungsweise und nicht auf die Angaben des Herstellers oder die tatsächliche Verwendung durch Konsumenten abzustellen?

10 4. Ist Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU dahingehend auszulegen, dass die Bestimmung zum Kauen erfordert, dass das Tabakerzeugnis von seiner Konsistenz und Festigkeit her objektiv geeignet ist, gekaut zu werden und dass das Kauen des Tabakerzeugnisses dazu führt, dass sich die im Erzeugnis enthaltenen Inhaltsstoffe lösen?

11 5. Ist Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU dahingehend auszulegen, dass es für die Bestimmung eines Tabakerzeugnisses „zum Kauen“ als zusätzliche Bedingung erforderlich, aber auch ausreichend ist, wenn durch eine leichte, wiederkehrende Druckausübung mit den Zähnen oder der Zunge auf das Tabakerzeugnis mehr von den

Inhaltsstoffen des Erzeugnisses gelöst werden, als wenn es nur im Mund gehalten wird?

12 6. Oder ist es für eine „Bestimmung zum Kauen“ notwendig, dass ein bloßes im Mund halten oder Lutschen zu keiner Herauslösung von Inhaltsstoffen führt?

13 7. Kann die Eignung eines Tabakerzeugnisses „zum Kauen“ i.S.v. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU auch durch die außerhalb des verarbeiteten Tabaks vermittelte Darreichungsform wie z.B. einen Zellulosebeutel vermittelt werden?“

14 Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 17. Oktober 2018 (C-425/17) auf die Vorlage des Senats wie folgt entschieden:

15 „Art. 2 Nr. 8 i.V.m. Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG ist dahin auszulegen, dass zum Kauen bestimmte Tabakerzeugnisse im Sinne dieser Bestimmungen nur Tabakerzeugnisse sind, die an sich nur gekaut konsumiert werden können, was vom nationalen Gericht anhand aller relevanten objektiven Merkmale der betreffenden Erzeugnisse wie ihrer Zusammensetzung, ihrer Konsistenz, ihrer Darreichungsform und ggf. ihrer tatsächlichen Verwendung durch die Verbraucher zu beurteilen ist.“

16 Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Urteil Bezug genommen.

17 Die Landesadvokatur Bayern, die sich als Vertreterin des öffentlichen Interesses am Verfahren beteiligt hat, ist der Auffassung, dass der EuGH ihren Standpunkt im Ergebnis voll bestätigt habe. Wie sich aus dem beigefügten Schreiben des LGL vom 6. Dezember 2018 ergebe, sei das streitgegenständliche Produkt nicht zum Kauen bestimmt. Das LGL führte in dem genannten Schreiben im Wesentlichen aus, dass es sich bei „***** Chewing Tobacco“ um eine feuchte, braune, pastöse Masse auf der Grundlage von fein gemahlenem Tabak handle. Zum Konsum werde eine Portion in Kugel- oder Zylinderform hergestellt. Dies könne mit den Händen oder mittels

eines Portionierers erfolgen. Die Portion werde zwischen Lippen und Zahnfleisch oder in der Wangenfalte positioniert. Der Körper nehme über die Mundschleimhaut Nikotin und andere im Produkt enthaltene Stoffe wie z.B. Kochsalz und Aromastoffe auf. Der enthaltene Tabak liege in einem fein gemahlenden Zustand vor. Dies sei gut anhand des mit Wasser verrührten Produktes zu sehen. Durch den Zerkleinerungsvorgang bei der Herstellung würden die Zellstrukturen des Tabakblattes zumindest teilweise zerstört. Zudem wiesen die Tabakbestandteile eine große Oberfläche auf, sodass auch die im Tabak natürlich enthaltenen Inhaltsstoffe durch den menschlichen Speichel ohne mechanischen Kaugvorgang herausgelöst werden könnten. Würde der Konsument auf die mit Speichel durchtränkte Portion im Mund beißen oder sie kauen, so würde sich das Tabakkügelchen nach kurzer Zeit zumindest teilweise auflösen bzw. auseinanderbrechen und sich im Mund verteilen. Ein echter mechanischer Kaugvorgang sei nicht möglich und auch nicht notwendig. Der natürliche Speichelfluss und das Lutschen des Produkts bzw. das Halten im Mundraum allein reiche für die Freisetzung der wesentlichen Inhaltsstoffe aus. Daneben sei auch die tatsächliche Verwendung durch die Verbraucher zu berücksichtigen. Das Erzeugnis werde von den Konsumenten als Snus bzw. als Snus-Ersatz angesehen. Dies sei bereits mit Schriftsatz vom 12. Februar 2016 ausführlich dargelegt worden. Ein Erzeugnis der Kategorie „***** Chewing Tobacco“, Geschmacksrichtung ***** **, sei erneut von drei lebensmittelchemischen Sachverständigen des LGL sensorisch begutachtet worden. Nach dem Einbringen einer Portion unter die Lippe sei ein „Brennen“ an der Mundschleimhaut und ein salziger Geschmack festgestellt worden. Daneben sei geschmacklich noch eine Tabak- und Mentholnote wahrnehmbar gewesen. Beim Beißen auf das Kügelchen sei dieses zerbrochen und das Produkt habe sich im Mund verteilt. Dies bestätige die oben gemachten Ausführungen.

- 18 Die Beklagte ist der Auffassung, dass das gegenständliche Produkt nicht zum Kauen bestimmt sei. Ein echter mechanischer Kaugvorgang zum Herauslösen von Inhaltsstoffen sei nicht möglich und auch nicht nötig. Für die Einordnung als ein zum Kauen bestimmtes Tabakprodukt sei nicht ausreichend, dass es wie bei einem Lutschvorgang leichtem Druck mit den Zähnen standhalte.
- 19 Die Klägerin führt im Wesentlichen aus, dass, um die Trennlinie zwischen Tabak zum oralen Gebrauch und Tabakerzeugnissen, die zum Kauen bestimmt sind, zu ziehen, die ersten und zweiten Teile der Absätze 32 und 33 des Urteils des EuGH zusammen zu lesen seien. Aus dem Urteil gehe klar hervor, dass der EuGH Erzeugnisse,

bei denen der Großteil der extrahierbaren Menge an wesentlichen Inhaltsstoffen nur durch Kauen freigesetzt werde, als „Tabakerzeugnisse, die zum Kauen bestimmt sind“ betrachte, wohingegen Erzeugnisse, bei denen es ausreiche, sie im Mund zu halten, damit der Großteil der extrahierbaren Menge freigesetzt werde, von dieser Definition ausgeschlossen seien. Diese Schlussfolgerung werde durch die Tatsache gestützt, dass, wenn man die zweiten Teile der Absätze 32 und 33 nach ihrem genauen Wortlaut interpretiere, alle Kautabakerzeugnisse, ganz egal ob sie neuartig oder herkömmlich seien, vom Verbot des Tabaks zum oralen Gebrauch betroffen wären, da es keine Tabakerzeugnisse gebe, die ihre wesentlichen Inhaltsstoffe, weder Nikotin noch Aromen, nur (Hervorhebung durch den Senat) durch Kauen freisetzen. Tatsächlich setzten alle Tabakerzeugnisse, auch solche, die zum Rauchen bestimmt seien, ihre wesentlichen Inhaltsstoffe in kleinen oder größeren Mengen frei, lediglich indem sie im Mund gehalten würden, durch den Kontakt mit Speichel, ohne dass auch nur im geringsten darauf gekaut werde. Dass eine wörtliche Interpretation nicht die Absicht des EuGH gewesen sei, gehe nicht nur klar aus den ersten Teilen der zitierten Absätze hervor, sondern auch aus der Tatsache, dass das ausdrückliche Ziel des Urteils nicht darin bestehe, alle Kautabakerzeugnisse als Tabak zum oralen Gebrauch einzustufen und somit zu verbieten, sondern darin, die Möglichkeit einzuschränken, dass das Verbot von Tabak zum oralen Gebrauch umgangen werde (vgl. Abs. 30 und 31 des Urteils). Der EuGH weise darauf hin, dass der europäische Gesetzgeber Kautabak ausdrücklich vom Verbot des Tabaks zum oralen Gebrauch ausgenommen habe, was auch in der Folgenabschätzung der EU-Kommission bestätigt werde. Der EuGH sei der Auffassung (Abs. 35 des Urteils), dass es notwendig sei, alle objektiven Merkmale des Erzeugnisses zu beurteilen, um entscheiden zu können, ob ein Tabakerzeugnis an sich nur durch Kauen konsumiert werden könne. Es müsse in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass nach Ansicht des EuGH Tabak zum oralen Gebrauch und Tabak, der zum Kauen bestimmt sei, nicht grundlegend nach seiner Zusammensetzung oder nach seiner Bestimmung zu unterscheiden seien (EuGH, U.v. 14.12.2004 – C-434/02 – Rn. 69). Es könne somit nicht gefordert werden, dass die Produkte beider Gruppen keine ähnlichen objektiven Merkmale aufweisen dürften, sofern sie auf der Grundlage der Gesamtheit aller objektiven Merkmale der Definition ihrer jeweiligen Kategorie entsprächen. Der EuGH weise darauf hin, dass die Zusammensetzung und Konsistenz des betreffenden Erzeugnisses herangezogen werden müssten. Dies bedeute, dass das Erzeugnis zum Kauen geeignet sein müsse. Abweichend von der Argumentation der Beklagten stelle der EuGH klar, dass auch die Darreichungsform mit einbezogen

werden müsse. Hinsichtlich der tatsächlichen Verwendung durch den Verbraucher mache der EuGH darauf aufmerksam, dass diese nur ggf. in Betracht gezogen werden solle. Generalanwalt Gelhoed weise in Absatz 32 seiner Stellungnahme in der Rechtssache C-434/02 darauf hin, dass die Richtlinie nach dem beabsichtigten und nicht nach dem tatsächlichen Gebrauch unterscheide. Überdies sei es schwierig, die tatsächliche Verwendung eines Erzeugnisses durch die Verbraucher zu definieren. Es reiche nicht aus, Rückschlüsse aus den Angaben zu ziehen, die aus Internetforen stammten, da solche Foren nicht alle Verbraucher des betreffenden Erzeugnisses vertreten würden. Ferner sei zwischen den Beteiligten unstrittig, dass der Begriff „kauen“, wenn es um Kautabakerzeugnisse gehe, nicht mit dem Kauen von Lebensmitteln oder Kaugummi vergleichbar sei. Diese Art des produktspezifischen Kauens gelte auch für „herkömmliche“ Kautabakerzeugnisse. Das Verwaltungsgericht habe in seiner Entscheidung festgestellt, dass es sich bei „***** Chewing Tobacco“ um ein Erzeugnis handle, das zum Kauen bestimmt und deshalb verkehrsfähig sei. Es habe ebenfalls festgestellt, dass die Neuartigkeit eines Tabakprodukts bei der Beurteilung seiner Verkehrsfähigkeit nicht relevant sei. Bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Vortrags (Schriftsatz v. 19. Mai 2015) sei umfangreich dargelegt worden, dass sich das streitgegenständliche Produkt im Hinblick auf seine Struktur, Konsistenz, Herstellung und Verwendungsart wesentlich von Snus unterscheide. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde darauf verwiesen. Anhand der vom EuGH vorgegebenen Kriterien sei das Produkt zum Kauen bestimmt. Es könne an sich nur gekaut konsumiert werden.

20 Die Beklagte beantragt:

21 I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 28. Juli 2015
wird aufgehoben.

22 II. Die Klage wird abgewiesen.

23 Die Klägerin beantragt:

24 Die Berufung gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
Augsburg vom 28. Juli 2015 wird zurückgewiesen.

- 25 Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 5. November 2019, der am gleichen Tag beim Senat einging, beantragte die Beigeladene ihre Beiladung zum Verfahren und begründete diesen Antrag. Der Senat setzte den Beteiligten eine Frist zur Stellungnahme von zwei Wochen. Mit Beschluss vom 22. November 2019 wurde sie nach § 65 Abs. 1 VwGO zum Verfahren beigeladen.
- 26 Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die Behördenakten, die Akten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, die im Rahmen des Vorlageverfahrens beim EuGH eingereichten Erklärungen, die gewechselten Schriftsätze im Berufungsverfahren und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 1. Juni 2017 und vom 10. Oktober 2019 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 27 Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.
- 28 Der Bescheid der Beklagten vom 15. Januar 2015, mit dem die Klägerin verpflichtet wurde, das Tabakerzeugnis „***** Chewing Tobacco *****“ sowie alle anderen Sorten „***** Chewing Tobacco“ nicht mehr in den Verkehr zu bringen, ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Das Verwaltungsgericht hat der Klage daher zu Unrecht stattgegeben, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
- 29 Bei dem im streitgegenständlichen Bescheid angeordneten Verbot handelt es sich um einen Dauerverwaltungsakt, sodass die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts anhand der im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats geltenden Rechtslage zu beurteilen ist (BVerwG, U.v. 29.9.1994 – 3 C 1/93 – BVerwGE 96, 372; Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 113 Rn. 58). Maßgeblich sind damit das Tabakerzeugnisgesetz (TabakerzG) vom 4. Februar 2016 (BGBl. I S. 569), in Kraft seit dem 20. Mai 2016 und die Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (ABl. L 127/1 v. 29.4.2014), die gemäß ihres Art. 29 bis zum 20. Mai 2016 umzusetzen war.

- 30 Der Bescheid ist formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu seinem Erlass sachlich nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 TabakerzG, Art. 21 Abs. 2 Nr. 2, Art. 1 Abs. 2 Nr. 4, Art. 4 Abs. 1 Satz 1 GDVG und nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG örtlich zuständig. Die unterbliebene Anhörung der Klägerin vor Bescheidserlass (Art. 28 BayVwVfG) wurde im gerichtlichen Verfahren geheilt (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG). Darüber hinaus sind keine formellen Fehler vorgetragen oder ersichtlich.
- 31 Der Bescheid ist auch materiell rechtmäßig. Seine Rechtsgrundlage ist die Befugnisnorm des § 29 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 Nr. 4 TabakerzG. Danach 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. Sie sind insbesondere befugt zu verbieten, dass ein Erzeugnis in den Verkehr gebracht wird. § 29 Abs. 2 Satz 1 TabakerzG verpflichtet die zuständige Behörde, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Sie hat dabei kein Entschließungsermessen. Es steht ihr jedoch ein Auswahlermessen zu, welche von verschiedenen zulässigen Maßnahmen sie trifft (Boch, TabakerzG, § 29 Rn. 2).
- 32 Die Voraussetzungen dieser Befugnisnorm liegen vor. Denn bei dem Tabakerzeugnis „***** Chewing Tobacco“ handelt es sich um ein Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch, das nicht zum Kauen bestimmt ist i.S.v. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU. Nach § 1 Nr. 1 TabakerzG gelten die Begriffsbestimmungen des Art. 2 der RL 2014/40/EU auch im Anwendungsbereich des TabakerzG. Damit ist es nach § 11 TabakerzG, der Art. 17 der Richtlinie 2014/40/EU in deutsches Recht umsetzt, verboten, das streitgegenständliche Tabakerzeugnis in Deutschland in den Verkehr zu bringen.
- 1.
- 33 Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 17. Oktober 2018 (C-425/17) auf die Vorlage des Senats entschieden, dass Art. 2 Nr. 8 i.V.m. Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie 2014/40/EU dahin auszulegen ist, dass zum Kauen bestimmte Tabakerzeugnisse im Sinne dieser Bestimmungen nur Tabakerzeugnisse sind, die an sich nur gekaut konsumiert werden können, was vom nationalen Gericht anhand aller relevanten objektiven Merkmale der betreffenden Erzeugnisse wie ihrer Zusammensetzung, ihrer

Konsistenz, ihrer Darreichungsform und ggf. ihrer tatsächlichen Verwendung durch die Verbraucher zu beurteilen sei (Rn. 37). Dem Urteil lassen sich aber über die genannte unmittelbare Antwort auf die Vorlagefragen auch weitere Rechtssätze, die für die rechtliche Beurteilung eines Tabakerzeugnisses relevant sind, entnehmen:

- 34 So führt der EuGH zunächst (Rn. 22) aus, dass entgegen der These, die der zweiten Vorlagefrage des Senats zugrunde liege, keine Unterscheidung zwischen dem Begriff „Tabak, der zum Kauen bestimmt ist“ i.S.d. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU und dem Begriff „Kautabak“ gem. Art. 2 Nr. 6 dieser Richtlinie getroffen werden könne. Kautabak ist daher gleichbedeutend mit einem Tabakerzeugnis, das zum Kauen bestimmt ist i.S.v. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU.
- 35 Weiter entnimmt der EuGH den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, dass die Neuartigkeit oder „herkömmliche“ Erscheinungsweise eines Produkts ohne Bedeutung für die Einstufung eines Tabakerzeugnisses zum oralen Gebrauch sei (Rn. 27/28 unter Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren C-434/02). Damit erteilt der EuGH jedem Versuch, eine Einstufung als Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch, das nicht zum Kauen bestimmt ist, mit der Begründung zu verhindern, dass das Tabakerzeugnis doch einem in einem Mitgliedsstaat bereits seit alters her als Kautabak anerkannten Produkt ähnlich sei, eine Absage.
- 36 In Rn. 29 geht der EuGH dann auf den schwedischen Snus ein, der in der Diskussion quasi als „Leitprodukt“ und Regelbeispiel für ein in der Union (mit Ausnahme Schwedens) nicht verkehrsfähiges Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch herangezogen wird. Er stellt klar, dass Snus unter das Verbot des Tabaks zum oralen Gebrauch fällt, indem er auf das Urteil des EuGH vom 16. Juli 2015 (C-468/14 – Rn. 24/25) verweist. Snus könne als „fein gemahlener oder geschnittener Tabak, der lose oder in kleinen Portionsbeuteln verkauft und zum Konsum zwischen Zahnfleisch und Lippe geschoben wird“ beschrieben werden (EuGH v. 17.10.2018, Rn. 29).
- 37 In Rn. 30 stellt der EuGH fest, dass sich sowohl aus dem Zusammenhang als auch der Zielsetzung der Richtlinie 2014/40/EU, wie sie den Rn. 19-26 des vorliegenden Urteils zu entnehmen sei, insbesondere aus dem Ausnahmecharakter der Bestimmung des Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie ergebe, dass der Begriff „Tabakerzeugnisse, die zum Kauen bestimmt sind“ eng auszulegen sei, sodass er Lutschtabak wie solchen des Typs Snus nicht umfassen könne. Damit stellt der EuGH einen allgemeinen

Grundsatz, der von den nationalen Gerichten bei der ihnen obliegenden Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung auf den konkreten Sachverhalt bzw. hier das jeweilige Tabakerzeugnis (Rn. 35 des EuGH-Urteils) zu beachten ist, auf. Dieser entspricht auch allgemeinem juristischen Verständnis, wonach Ausnahmebestimmungen grundsätzlich eng auszulegen sind.

38 Im Weiteren geht der EuGH nun auf den Inhalt dieser Ausnahmebestimmung ein und führt aus, dass Tabakerzeugnisse, die zum Kauen bestimmt sind, nur solche sein können, die an sich nur gekaut konsumiert werden können, d.h. die ihre wesentlichen Inhaltsstoffe im Mund nur durch Kauen freisetzen können (Rn. 32). In Abgrenzung dazu führt er in der folgenden Rn. 33 aus, dass nicht so eingestuft werden könne ein Tabakerzeugnis, das, obwohl es auch gekaut werden könne, im Wesentlichen zum Lutschen bestimmt sei, „d.h. ein Erzeugnis, das nur im Mund gehalten werden muss, damit seine wesentlichen Inhaltsstoffe freigesetzt werden“.

39 Damit sind die wesentlichen Grundsätze für die Auslegung der europarechtlichen Bestimmungen genannt. In Rn. 35 stellt der EuGH ergänzend und abschließend noch fest, dass es die Aufgabe des nationalen Gerichts sei, anhand aller relevanten objektiven Merkmale der in Rede stehenden Erzeugnisse wie ihrer Zusammensetzung, ihrer Konsistenz, ihrer Darreichungsform und ggf. ihrer tatsächlichen Verwendung durch die Verbraucher festzustellen, ob sie an sich nur gekaut konsumiert werden können.

2.

40 Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich dem Urteil des EuGH, insbesondere dessen Rn. 32 und 33, nach der Überzeugung des Senats nicht entnehmen, dass der EuGH Erzeugnisse, bei denen der Großteil der extrahierbaren Menge an wesentlichen Inhaltsstoffen nur durch Kauen freigesetzt werden könne, als zum Kauen bestimmte Erzeugnisse ansehe. Eine derartige Aussage, dass es auf die Quantität oder den Anteil der extrahierbaren Menge der wesentlichen Inhaltsstoffe, der nur durch Kauen freigesetzt werden könne, ankomme, lässt sich den Rn. 32 und 33, auf die die Klägerseite zur Begründung ihrer Rechtsauffassung Bezug nimmt, nicht entnehmen. Dass der EuGH diesen Standpunkt gerade nicht eingenommen hat, ergibt sich auch in Zusammenschau mit der fünften Vorlagefrage des Senats. Darin hatte der Senat gerade danach gefragt, ob es ausreichend sei, wenn durch eine leichte, wiederkehrende Druckausübung mit den Zähnen oder der Zunge auf

das Tabakerzeugnis mehr (Hervorhebung durch den Senat) von den Inhaltsstoffen des Erzeugnisses gelöst werde, als wenn es nur im Mund gehalten werde. Der Senat hat mit dieser Vorlagefrage auf die erkennbar auch der Entscheidung der dänischen Sicherheitsbehörde vom 19. Januar 2017 zu dem im Parallelverfahren zum vorliegenden Verfahren (20 BV 18.2231) streitgegenständlichen Tabakerzeugnis „*****
***** Chewing Bags“ zugrunde liegende Rechtsauffassung (auch) der Klägerin, dass es auf die Menge oder den Anteil der durch Kauen herausgelösten bzw. herauslösbaren wesentlichen Inhaltsstoffe für die Einstufung des Tabakerzeugnisses als „zum Kauen bestimmt“ ankomme, Bezug genommen. Daneben hat auch die Regierung der Tschechischen Republik in ihrem Schriftsatz an den EuGH vom 31. Oktober 2017 (dort Rn. 8) explizit diese Rechtsauffassung vertreten. Dem EuGH war daher aufgrund der Vorlagefrage des Senats und der von einem Beteiligten explizit im Verfahren eingenommenen Position eine derartige Rechtsauffassung bzw. Auslegung bekannt. Dass er in seinem Urteil hierzu schweigt, kann daher nur so verstanden werden, dass er diese Auffassung nicht teilt. Anderenfalls wäre es ihm ein Leichtes gewesen, z.B. in der Rn. 32 des Urteils seine Ausführungen dahingehend zu ergänzen, dass er geschrieben hätte „d.h. die den wesentlichen Anteil (Hervorhebung durch den Senat) ihrer wesentlichen Inhaltsstoffe im Mund nur durch Kauen freisetzen können“. Dies hat der EuGH aber nicht getan.

- 41 Daher ist hier auch kein Raum für eine erneute Vorlage an den EuGH. Denn die vom EuGH vorgenommene Auslegung ist eindeutig und lässt keine Fragen offen.
- 42 Aus dem gleichen Grunde konnte auch der in der mündlichen Verhandlung gestellte Beweisantrag abgelehnt werden: Die unter Beweis gestellte Tatsache, dass nämlich das streitgegenständliche Tabakerzeugnis seine wesentlichen Inhaltsstoffe, d.h. den Großteil der extrahierbaren Menge der wesentlichen Inhaltsstoffe, im Mund nur durch Kauen freisetzen könne, konnte als wahr unterstellt werden, da es hierauf nicht entscheidungserheblich ankommt (vgl. Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 86 Rn. 75).
- 43 Soweit die Klägerin darüber hinaus argumentiert, dass bei einem wortlautgetreuen Verständnis der Entscheidung des EuGH alle „Kautabakerzeugnisse“, egal ob herkömmlich oder neuartig, unter das Verbot des § 11 TabakerzG fielen, da es keine Tabakerzeugnisse gebe, die ihre wesentlichen Inhaltsstoffe nur durch Kauen freisetzen, kann dies nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Denn der EuGH hat in

seiner Entscheidung ebenfalls klar zu erkennen gegeben, dass es für die Auslegung des Verbots der Richtlinie irrelevant ist, ob ein Tabakerzeugnis „herkömmlich“ ist, also ob es seit vielen Jahren unter der Bezeichnung „Kautabak“ hergestellt und benutzt wird (Rn. 27 d. Urteils). Im Ergebnis hat sich nach der verbindlichen Rechtsauslegung des EuGH jedes rauchlose Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch einer Beurteilung nach den in der Entscheidung vom 17. Oktober 2018 dargestellten Kriterien zu stellen. Dabei gilt nach Rn. 30 des Urteils der Grundsatz, dass die Ausnahme für „zum Kauen bestimmte“ Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch eng auszulegen ist. Der Senat verkennt nicht und gesteht der Argumentation der Klägerin auch zu, dass dies im Ergebnis durchaus bedeuten könne, dass bisher aufgrund traditioneller Verbreitung als verkehrsfähig angesehene Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch aufgrund einer Anwendung der vom EuGH in Auslegung der Richtlinie 2014/40/EU gewonnenen Erkenntnis des geltenden Rechts nunmehr dem Verbot unterfallen. Dies ist aber nicht der Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Hier geht es vielmehr darum, festzustellen, ob das streitgegenständliche Produkt „***** Chewing Tobacco“ unter das Verbot des § 11 TabakerzG fällt.

44 Soweit die Klägerin mit ihrer Argumentation begründen möchte, dass das Verbot des Tabaks zum oralen Gebrauch in der Auslegung des EuGH nach dem Urteil vom 17. Oktober 2018 rechtswidrig wäre, da es auch „echten Kautabak“ erfasse, kann sie keinen Erfolg haben. Denn die Rechtmäßigkeit des Verbots des Tabaks zum oralen Gebrauch nach Art. 17 der Richtlinie 2014/40/EU hat der EuGH unlängst in seinem Urteil vom 22. November 2018 (C-151/17) bestätigt. Damit bestehen auch keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des dieses Verbot in deutsches Recht umsetzenden § 11 TabakerzG.

3.

45 Die Bewertung des streitgegenständlichen Produkts nach Zusammensetzung, Konsistenz und Darreichungsform, wie sie der EuGH dem nationalen Gericht zur Aufgabe macht, führt zu dem Ergebnis, dass es sich dabei nicht um ein Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch, das zum Kauen bestimmt ist, handelt. Wie die tatsächliche Verwendung durch die Verbraucher erfolgt, was nach dem Urteil des EuGH (Rn. 35) „gegebenenfalls“ herangezogen werden kann, konnte daher im vorliegenden Fall offen bleiben.

- 46 Betrachtet man die Zusammensetzung des Produkts, so handelt es sich dabei (insoweit zwischen den Beteiligten unstreitig) um gemahlene Tabak, der in einem aufwendigen Verfahren aufbereitet und schließlich gemahlen wird. Aufgrund der Tatsache, dass der Tabak in gemahlenem Zustand zu dem Tabakerzeugnis verarbeitet wird, ist die Struktur des Tabakblatts im starken Maße zerstört, was die Freigabe der wesentlichen Inhaltsstoffe erleichtert.
- 47 Was die Konsistenz des Produkts angeht, so handelt es sich um eine mit weicher Knetmasse vergleichbare Masse, wie sich der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 10. Oktober 2019 überzeugen konnte. Diese „Knetmasse“ kann vom Verbraucher zu Kugeln geformt werden und dann entweder so, als Kugel oder im Rahmen des „Selbermach-Sets“ in einem Zellulosebeutel in den Mund gelegt werden. Aufgrund ihrer Konsistenz ist sie sowohl ohne die besondere Darreichungsform des Zellulosebeutels als auch mit ihm geeignet, einer gewissen, wenn auch nur leichten Druckausübung mit der Zunge oder den Zähnen standzuhalten. Geht man mit der Klägerin davon aus, dass unter „Kauen“ eines Kautabakprodukts i.S.v. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU eine leichte Druckausübung mittels der Zunge oder der Zähne zu verstehen ist, ist das Tabakerzeugnis zum Kauen geeignet. Dass ein Tabakerzeugnis überhaupt zum Kauen geeignet ist, bedeutet aber noch nicht, dass es auch zum Kauen bestimmt ist. Denn die Eignung zum Kauen ist nach der vom EuGH vorgenommenen Auslegung eine notwendige, jedoch keine hinreichende Bedingung für die Bewertung als zum Kauen bestimmt i.S.v. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 2014/40/EU (vgl. Rn. 35 des U.v. 17.10.2018).
- 48 Das Tabakerzeugnis wird in zwei unterschiedlichen Darreichungsformen in den Verkehr gebracht. Dabei verbessert seine Verpackung in einem Zellulosebeutel im Rahmen des „Selbermach-Sets“ die Eignung zum Kauen, da diese eine Verteilung des Produktes im Mund aufgrund der Druckausübung (des „Kauens“) verhindert. Ohne den Zellulosebeutel ist das Tabakerzeugnis, wenn auch in geringerem Maße, aber ebenfalls zum Kauen geeignet.
- 49 Bewertet man das Produkt zusammenfassend, so ist zunächst festzustellen, dass aufgrund seiner Zusammensetzung aus gemahlenem Tabak das Tabakerzeugnis auch ohne Kauen geeignet ist, seine wesentlichen Inhaltsstoffe durch bloßes im Mund halten freizugeben. Die entsprechenden Feststellungen des LGL wurden durch die Klägerin nicht substantiiert in Frage gestellt. Sie verweist für das streitgegen-

ständliche Produkt nur auf ihren erstinstanzlichen Vortrag, in dem sie jedoch allein argumentierte, dass das Tabakerzeugnis aus verschiedenen Gründen nicht mit Snus vergleichbar sei. Darauf kommt es, wie oben bereits dargestellt wurde, nach dem Urteil des EuGH vom 17. Oktober 2018 aber nicht an. Die besondere Verarbeitung des gemahlenden Tabaks hin zu einer mit weicher Knetmasse vergleichbaren Masse führt zwar dazu, dass das Tabakerzeugnis grundsätzlich geeignet ist, gekaut zu werden. Verbessert wird diese Eignung durch Verpackung des Tabakerzeugnisses in den Zellulosebeutel des „Selbermach-Sets“. Die Eignung zum Kauen ist aber nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung für die Annahme eines „zum Kauen bestimmten“ Tabakerzeugnisses nach der Definition des EuGH (vgl. Rn. 35 des U.v. 17.10.2018). Vielmehr ist es nach der Auslegung des EuGH nicht ausreichend, dass das Erzeugnis nur im Mund gehalten werden muss, damit seine wesentlichen Inhaltsstoffe freigesetzt werden. Aufgrund der Zusammensetzung aus gemahlenem Tabak und seiner daraus resultierenden Offenheit für Speichel gibt das streitgegenständliche Produkt aber seine wesentlichen Inhaltsstoffe auch ohne Kauen frei, wenn auch möglicherweise in geringerem Umfang. Damit ist es aber nicht im Sinne der Definition des EuGH zum Kauen bestimmt. Im Ergebnis handelt es sich damit um ein nicht verkehrsfähiges Tabakerzeugnis i.S.v. § 11 TabakerzG.

- 50 Anhaltspunkte für einen Ermessensfehler bei der Auswahl der Maßnahme durch die Beklagte sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Daher ist der Bescheid rechtmäßig.
- 51 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 167 VwGO, §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.
- 52 Die Revision wird nicht zugelassen, da keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Zulassungsgründe vorliegt. Die Rechtslage ist aufgrund des Urteils des EuGH vom 17. Oktober 2018 geklärt. Bei der vorliegenden Entscheidung ging es allein um die Anwendung der vom EuGH aufgestellten Kriterien auf einen konkreten Sachverhalt. Tatsachenfragen können aber eine Revision zum Bundesverwaltungsgericht nicht rechtfertigen.

Rechtsmittelbelehrung

- 53 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 54 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Beschluss:

55 Der Streitwert wird auf 180.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

56 Der Streitwert war für das Berufungsverfahren nach § 52 Abs. 1, § 47 GKG in gleicher Höhe wie vom Verwaltungsgericht für das Klageverfahren festzusetzen. Der Geschäftsführer der Klägerin hatte dort angegeben, dass der Gewinn pro Jahr für das streitgegenständliche Produkt bei etwa 180.000,00 EUR liege. Anderslautende Ausführungen wurden im Berufungsverfahren nicht gemacht.

57 Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG.

Kraheberger

Dr. Stadler

Kokoska-Ruppert