5/26 KLs 13/12 – 8920 Js 236334/11 (StA Frankfurt am Main)

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In der Strafsache

g e g e n [ ]

w e g e n Verstoßes gegen das Vorläufige Tabakgesetz

hat die 26. Große Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main in der Hauptverhandlung, die am 17.06.2013 begonnen hat und an der teilgenommen haben

Vorsitzender Richter am Landgericht **Dr. Immerschmitt**
als Vorsitzender,

Richterin am Landgericht **Kauffer**
als beisitzende Richterin,

Richterin **Dr. Frost**
als beisitzende Richterin,

Tatjana **Kibel**,

Ulrich **Fuchs**
als Schöffen,

Staatsanwältin **Dr. Wüst**
als Beamtin der Staatsanwaltschaft,

Rechtsanwalt **Regeniter**, Schwelm
als Verteidiger,

Justizangestellte JHS'in **Rosenmeier**
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

am 24.06.2013 für R e c h t erkannt:

Der Angeklagte ist des gewerbsmäßigen in den Verkehr Bringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in Tateinheit mit gewerbsmäßigen in den Verkehr Bringens von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, schuldig.

Er wird deshalb zu einer Geldstrafe von

neunzig (90) Tagessätzen zu je neunzig (90) Euro

verurteilt.

Die bei dem Angeklagten am 22.02.2012 sichergestellten 15.046 Fläschchen mit nikotinhaltigen Liquids werden eingezogen.

Der Angeklagte trägt die Kosten des Verfahrens und seine notwendigen Auslagen.

Angewandte Vorschriften
§§ 20 I Nr. 2, 52 II Nr. 1 Vorläufiges Tabakgesetz, §§ 1 I 1, 5a Tabakverordnung, § 52 StGB

GRÜNDE:

I.

[ ]

2009 wurde gegen den Angeklagten unter dem Az. 8920 Js 211479/10 ein Ermittlungsverfahren wegen Einfuhr von E-Liquids geführt. Das Verfahren wurde im Hinblick auf die Strafbarkeitslücke beim Tatbestand "Einfuhr" i.S.d. § 96 Nr. 4 AMG gemäß § 170 II StPO am 22.06.2010 eingestellt und an das Regierungspräsidium Darmstadt abgegeben. Das Regierungspräsidium Darmstadt gab die beschlagnahmten E-Zigaretten frei und beschied dem Angeklagten am 15.07.2010, damit nach Maßgabe der Bezirksregierung Arnsberg zu verfahren. Zuvor hatte das Regierungspräsidium dem Zollfahndungsamt Frankfurt am Main am 24.02.2010 in dem Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten mitgeteilt, dass es sich bei E-Zigaretten nur dann um Arzneimittel handele, wenn sie zur Raucherentwöhnung dienen und dass E-Zigaretten, die lediglich zum Genuss geraucht werden oder um auch in einem Restaurant, dem Flugzeug oder in einer Behörde rauchen zu können, nicht als Arzneimittel eingestuft werden. Am 24.09.2010 erging eine Untersagungsverfügung der zuständigen Bezirksregierung Arnsberg gegen den Angeklagten. Diese untersagte dem Angeklagten über seinen Smoker Store das weitere Inverkehrbringen von nikotinhaltigen Lösungen, die zur Inhalation nach Verdampfen in elektrischen Zigaretten und elektrischen Pfeifen angeboten werden und begründete ihre Verfügung mit einem Verstoß gegen das Arzneimittelgesetz. Der Angeklagte erhob gegen diese Verfügung Klage zum Verwaltungsgericht Arnsberg, welches mit Beschluss vom 29.11.2011 das Ruhen des Verfahrens anordnete.

II.

Der Angeklagte bezeichnete sich selbst als starken Raucher als er im Jahr 2008 auf dem Markt die elektronische Zigarette entdeckte.

Bei elektronischen Zigaretten handelt es sich um Produkte, die der Besitzer nutzen kann, um die in einem teilweise wieder befüllbaren Depot enthaltene Flüssigkeit nach Verdampfen zu inhalieren. Es gibt eine ganze Palette von Produkten. Häufig sind sie in Aussehen und Funktion gewöhnlichen Zigaretten nachempfunden. Bei einer Reihe von Modellen glimmt die E-Zigarette beim Inhalieren des Dampfes an der Spitze rot. Die Geräte bestehen aus einer Stromquelle, einem elektrischen Vernebler und einer Kartusche für die Flüssigkeit, den sogenannten Liquids. Im Folgenden werden solche Geräte produktunabhängig als „E-Zigaretten" bezeichnet.

Bei den Liquids handelt es sich um Flüssigkeiten, die mittels der Apparatur einer E-Zigarette vernebelt werden und deren Inhaltsstoffe inhaliert werden. Beim Saugen an der E-Zigarette wird ein Unterdruckschalter betätigt. Über einen batteriebetriebenen Mechanismus wird das Liquid erwärmt und vernebelt. Der dabei entstehende, als feiner Dampf sichtbare Nebel, wird vom Nutzer eingeatmet. Die Liquids sind mit und ohne Nikotinzusatz in verschiedenen Konzentrationen sowie mit einer Vielzahl unterschiedlicher Aromazusätze erhältlich. Daneben bestehen sie hauptsächlich aus Propylenglykol und/oder Glyzerin sowie Ethanol. Das zugesetzte Nikotin wird aus natürlichen Tabakpflanzen gewonnen. Die nikotinhaltigen Liquids werden im Folgenden produktunabhängig als „E-Liquids" bezeichnet. Nikotinfreie Liquids werden nur in sehr geringem Umfang verkauft.

Im Gegensatz zu Tabakzigaretten findet bei den E-Zigaretten kein Verbrennungsprozess statt. Die E-Liquids werden elektronisch zu Dampf vernebelt und durch Inhalation aufgenommen. Die E-Zigaretten simulieren das Rauchen mit technischen Mitteln, ohne Tabak zu verbrennen. E-Zigarettennutzer „rauchen" nicht, sondern „dampfen".

E-Zigaretten und E-Liquids sind erst wenige Jahre auf dem Markt. Dementsprechend gibt es bisher nur wenige wissenschaftliche Untersuchungen zu diesen noch neuartigen Produkten und dem gesundheitlichen Folgen ihres Konsums. Es ist jedoch als anerkannter Stand der Wissenschaft anzusehen, dass Nikotin als solches Veränderungen in verschiedenen physiologischen Bereichen des Menschen über den körperlichen Normalzustand hinaus bewirkt. Nikotin ist die psychotrope Hauptkomponente der Tabakpflanze. Es ist ein starkes Nervengift, das die Acetylcholin-Rezeptoren im Körper anspricht und aktivierend wirkt. Es steigert die Herzfrequenz, erhöht den Blutdruck, regt die Magensaftproduktion und Darmtätigkeit an. Das Nervengift erhöht die Konzentration vorübergehend und hat ein hohes Suchtpotential. Nikotin wirkt auf das Gehirn, in dem es Botenstoffe freisetzt, die das Belohnungszentrum aktivieren und dadurch das Gefühl von Wohlbefinden auslösen. Die wiederholte Einnahme kann Toleranz, Sensibilisierung, Abhängigkeit, Sucht, Entzugserscheinungen und Craving bedingen. Dies kann zu einem zwanghaften Konsumverhalten verbunden mit dem Verlust der Möglichkeit des Konsumverzichtes trotz schädlicher Konsequenzen führen. Für Nikotin ist das in der ICD-10 als Krankheitsdiagnose aufgenommen. Symptome sind Suchtdruck/Rauchwunsch, Erregbarkeit/Reizbarkeit, Ängstlichkeit/Depression/Schwermütigkeit und Konzentrationsschwierigkeiten, Dyphorie, Schlaflosigkeit, Frustration, Ruhelosigkeit oder Ungeduld, niedrigere Herzfrequenz, gesteigerter Appetit oder Gewichtszunahme.

Auch wenn noch Studien zu den Langzeitauswirkungen fehlen, konnte in wenigen dezidierten Studien bereits nachgewiesen werden, dass nicht nur der Konsum von Nikotin durch Rauchen, sondern auch durch Inhalieren des Dampfes mittels E-Zigaretten nachweisbare nennenswerte Auswirkung auf den Stoffwechsel und die Beeinflussung der Funktionsbedingungen des menschlichen Körpers des Konsumenten hat. Zwar unterscheidet sich die Nikotinaufnahme – ähnlich wie bei dem Rauchen herkömmlicher Zigaretten - je nach Dampfverhalten und Produkt. Die effektive Nikotinaufnahme bedarf gewisser Dampferfahrung. Die Zufuhr von Nikotin durch Inhalieren der verdampften E-Liquids lindert aber jedenfalls nikotinbedingte Entzugserscheinungen. Es ist davon auszugehen, dass sich der jeweilige Anwender

die Dosis an Nikotin holt, die er braucht, um seine Stimmungsschwankungen (Reizbarkeit, Nervosität, Unruhe, Depression) und Konzentrationsschwierigkeiten zu verbessern. Die Wirkungen des durch Dampfen aufgenommenen Nikotins gehen über dasjenige hinaus, was physiologisch durch Nahrungsaufnahme im menschlichen Körper ausgelöst wird. Es kommt den Nutzern im Regelfall gerade auf die Aufnahme des Nikotins in Form einer dem herkömmlichen Rauchen ähnlichen Konsumform an. Der Anteil an Dampfern nikotinfreier Liquids ist verschwindend gering.

Der gerichtlich bestellte Gutachter, Prof. Tönnes vom Institut für Rechtsmedizin der Universität Frankfurt am Main, erwartet zudem, dass die noch ausstehenden Langzeitstudien zum E-Zigarettenkonsum gefäßverengende Wirkungen auf die Blutgefäße und dadurch erhöhte Herzinfarktrisiken für Konsumenten zeigen werden. Er warnt vor dem Konsum während der Schwangerschaft. Er warnt auch vor möglichen Infektionsrisiken bei Inhalation von bakteriell verseuchten E-Liquids. Schon das E-Liquid mit der geringsten Konzentration (6 mg/ml) enthält eine Nikotin-Gesamtdosis, die bei oraler Aufnahme potentiell tödlich ist. Das *gilt für die* Fläschchen mit dem doppelten bis vierfachen Gehalt in entsprechend höherem Maß. Eine akute Nikotinvergiftung führt zu Übelkeit, Erbrechen, Brustschmerzen, Durchfall, Kopfschmerzen, Schwitzen und Blässe. Schwere Vergiftungen resultieren in Schwindel, Schwäche, Verwirrtheit, Krämpfe, Blutdruckabfall und Koma. Der Tod tritt üblicherweise durch Lähmung der Atemmuskulatur ein. Akut-toxische Wirkungen treten auch in der Schwangerschaft (Plazentainsuffizienz, Mangelversorgung des Fötus bis zum plötzlichen Kindstod) auf.

Auf der anderen Seite steht es fest, dass viele der gesundheitlich besonders negativen Auswirkungen des herkömmlichen Rauchens durch den Konsum der E-Liquids nicht auftreten. Während die Zigarette einen Cocktail an Schadsubstanzen durch die Verbrennung des Tabaks enthält, fällt bei der E-Zigarette als Gift nur das Nikotin an, so dass das Dampfen toxikologisch dem Rauchen vorzuziehen ist. Nach der bisherigen Studienlage ist auch davon auszugehen, dass sich die E-Zigarette objektiv besser als Nikotin-Kaugummis, Nikotin-Pflaster oder der Nicorette-Inhaler

zur Rauchentwöhnung eignet, weil sie den Nutzern zunächst dasselbe haptische und orale Erlebnis wie beim Rauchen herkömmlicher Zigaretten beschert.

Der Angeklagte bestellte die E-Zigaretten und E-Liquids zunächst im Internet nur für seinen Eigenbedarf. Die Produkte überzeugten ihn. Kurz nach seinen ersten Erfahrungen mit E-Zigaretten hörte er mit dem Rauchen herkömmlicher Zigaretten auf und stieg ganz auf das Dampfen von E-Zigaretten um. Der Angeklagte hält die E-Zigarette für eine gute Alternative zur herkömmlichen Zigarette. Er entschied bald nach seinen ersten eigenen Bestellungen, dass diese Produkte auch für andere Personen interessant sein könnten.

Der Angeklagte meldete deshalb Ende 2008 ein Gewerbe für den Verkauf von Genussmitteln, Tabakwaren und Elektroartikel an und fing an, die E-Zigaretten und die dazu gehörenden E-Liquids zu verkaufen. Zunächst betrieb er das Geschäft als Einzelkaufmann und verkaufte vertrieb die E-Zigaretten und E-Liquids nebst Zubehör vorwiegend über seinen Online-Shop www. [ ].de. Für einen kurzen Zeitraum bot er seine Produkte auch in [ ] an. Das Geschäft war zunächst nur ein Nebenerwerb, das der Angeklagte nach Feierabend mit Hilfe seiner Ehefrau betrieb. Jedoch wuchs das Geschäft schnell. Der Angeklagte mietete deshalb Räume für 600 Euro im Monat auf dem [ ] an und stellte eine Mitarbeiterin auf 400 Euro Basis ein. In diesen Räumen lagert er Angeklagte die Verkaufsprodukte und berät Kunden in einem speziellen Vorführraum. Der Angeklagte verkauft aber auch weiterhin die Produkte über das Internet.

Die vom Angeklagten verkaufen E-Liquids stammen ausschließlich von dem größten chinesischen Herstellers Dekang. Sie werden an den Endkunden in Kunststofffläschchen zu je 10 ml Flüssigkeit verkauft. Der Angeklagte bestellte die E-Liquids des Herstellers Dekang bis Spätherbst 2011 über den chinesischen Zwischenhändler Kemeiner Technology Co., Limited aus Shenzen und seitdem über den niederländischen Zwischenhändler Ebnferro in Leiden. Im Zeitraum vom 29.10.2010 bis 14.11.2011 bezog der Angeklagte insgesamt mindestens 28.946 E-Liquids zum Preis von 50.951,70 USD bei dem chinesischen Händler Kemeiner. Vom

Hauptzollamt Frankfurt am Main wurden während des Ermittlungsverfahrens insgesamt 30 Postsendungen mit 6.346 Fläschchen E-Liquids aus China beschlagnahmt. Im Dezember 2011 erhielt der Angeklagte eine Lieferung von 12.000 Fläschchen E-Liquids des niederländischen Anbieters Ebnferro zu einem Gesamtpreis von 14.398,80 Euro.

Am 22.02.2012 hielt der Angeklagte insgesamt 15.046 Fläschchen mit nikotinhaltigen E-Liquids verschiedener Konzentrationen und Geschmacksrichtungen in seinem Laden und Warenlager [ ]vorrätig zum Verkauf. In der Hauptverhandlung wurde das Verfahren gem. § 154 StPO auf die Bevorratung dieser Fläschchen zum Abverkauf beschränkt. Sämtliche dieser Fläschchen enthielten Nikotin. Die Konzentrationen variieren zwischen 3 und 23,7 mg/ml. Nikotinfreie Liquids hält der Angeklagte kaum vorrätig. Sie werden praktisch nicht nachgefragt.

Die übrigen Inhaltsstoffe der Liquids variieren je nach Zwischenhändler. Der Hauptträgerstoff der vom chinesischen Zwischenhändler bezogenen E-Liquids ist Glyzerin mit Konzentrationen zwischen 37% - 52%. Daneben enthalten diese E-Liquids aber auch Propylenglycol in Konzentrationen zwischen 5% - 20% und Ethanol. Der Hauptträgerstoff der später vom niederländischen Zwischenhändler bezogenen E-Liquids ist nicht mehr Glycerin, sondern Propylenglykol. Eigene Untersuchungen zu den Inhaltsstoffen der bestellten E-Liquids stellt der Angeklagte nicht an, sondern verlässt sich vollständig auf die Angaben des Herstellers. Die Nikotingehalte in den untersuchten Proben überstiegen die Herstellerangaben teilweise von 2,5% - zu 20%. Die Fläschchen verströmen einen starken Geruch.

Die E-Liquids werden von den Zwischenhändlern nach Vorgaben des Angeklagten beschriftet. Die vom chinesischen Lieferanten bezogenen Fläschchen tragen neben [ ] der jeweiligen Geschmacksrichtung die Aufdrucke „low", „medium", „high" und „x-high". Die Etiketten der späteren Lieferungen aus China enthalten daneben noch die Webadresse www. [ ].de, die jeweilige Wirkstoffmenge an Nikotin in mg sowie den

Sicherheitshinweis „Nicht in Reichweite von Kindern und Tieren aufbewahren. Ausschließlich für den Gebrauch in elektrischen Zigaretten geeignet." Bei den Bestellungen über den niederländischen Hersteller gab der Angeklagte detaillierte Beschriftungen vor. Die Etiketten der vom niederländischen Zwischenhändler stammenden Fläschchen enthalten neben der jeweiligen Geschmacksrichtung, der Wirkstoffmenge an Nikotin, auch noch ein Verfallsdatum nach 2 Jahren sowie Angaben über Inhaltsstoffe (beispielsweise):

> Propylenglycol (74%), Vanilleextrakt (12%), Glycerin (6,5%), Kakaoextrakt (4%), Ethylmaltol (1%), 3-Methycyclopentan-1,2 Dione (2,5%).

Auf diesen Etiketten ist zudem ein Totenkopf mit den Hinweisen „Sehr Giftig" und „Giftig bei Hautkontakt und Verschlucken!" abgebildet. Des Weiteren ist folgender Hinweis auf dem Etikett aufgenommen:

> „Bitte kühl und trocken lagern um die bestmögliche Qualität zu gewährleisten. Konsum und Kauf ab dem 18. Lebensjahr erlaubt. Reines Nikotin ist ein Gift und kann gesundheitliche Schäden verursachen. Nikotinhaltige Flüssigkeiten müssen sicher und außerhalb der Reichweite von Kindern aufbewahrt werden. Bei gesundheitlichen Auffälligkeiten wie Übelkeit und Schwindel suchen Sie bitte umgehend einen Arzt auf."

Der Angeklagte gibt an, dass die E-Liquids nicht zur Rauchentwöhnung bestimmt seien und sich entsprechende Hinweise auch nicht auf seiner Internetseite befunden haben. Der Angeklagte weist unter der Rubrik „Gesundheitshinweis" auf seiner Internetseite lediglich daraufhin,

> „(d)as elektrische rauchen ist eine Art zu rauchen, ohne die gesundheitsschädliche und krebserregende Aufnahme von Teer, Kondensat, Kohlenmonoxid uvm, die bei der herkömmlichen Zigarette durch Verbrennen von Tabak entstehen. [...] Bei der Verwendung von nikotinhaltigen Liquids inhalieren Sie Nikotin. Nikotin ist ein Nervengift, welches sich im verdampften Zustand, im menschlichen Körper innerhalb weniger Stunden wieder abbaut. Elektrischen Zigaretten und nikotinhaltige Liquids, dienen nicht dazu sich das Rauchen abzugewöhnen, sondern bieten eine weniger schädliche Alternative zur herkömmlichen Zigarette. Bitte bewahren Sie Liquids und die Hardware immer außerhalb der Reichweite von Kindern, Jugendlichen unter 18 Jahren und Haustieren auf."

Der Internetverkauf des Angeklagten läuft über ein Internet-Shop-System. Die bestellte Ware wird den Kunden jeweils nach Vorkasse übersandt. Auf den Seiten des Angeklagten war der Verkauf an Kunden unter 18 Jahren untersagt, allerdings ohne entsprechendes Kontrollsystem. Der Angeklagte hat die Ware an die Endverbraucher mit 100%igem Gewinn nach Steuern weiterverkauft. Er sei selbst von seinem Erfolg und der großen Gewinnspanne überrascht gewesen. 2011 war ein Boomjahr. Nach der Warnung von Nordrhein-Westfalens Gesundheitsministerin Barbara Steffens vor E-Zigaretten Ende 2011 brach das Geschäft nach dem Boomjahr nach Angaben des Angeklagten allerdings ein. Zuvor hatte er fast den gesamten Erlös immer wieder sofort in sein Geschäft reinvestiert.

Im Jahr 2012 strukturierte der Angeklagte sein Geschäft um. Er betreibt es nun mehr zusammen mit einem Partner in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ([ ]). Nach der Beschlagnahme seines Vorrats an E-Liquids am 22.02.2012 hat der Angeklagte den Verkauf nur kurz unterbrochen. Er hat seitdem aber sein Sortiment auf verstärkten Verkauf der Geräte zum Dampfen umgestellt. Der Angeklagte lässt dazu bestimmte Teile drechseln und baut sie in seiner eigenen Werkstatt als E-Zigaretten für den Verkauf zusammen. Er hat damit eine andere Zielgruppe als Kunden. Im geringeren Umfang vertreibt er aber auch weiterhin E-Liquids. Mit dem Geschäftsverlauf ist er zufrieden.

Der Angeklagte ist Mitglied im Verband des eZigarettenhandels e.V. Ziel des Verbandes ist es, über eine Selbstregulierung im Hinblick auf die Kennzeichnung der Produkte mit Warnhinweisen, Überprüfung der Händler auf Zuverlässigkeit und eine freiwillige Selbstbeschränkung des Nikotingehalts die E-Zigaretten als seriöse Alternative zu herkömmlichen Tabakwaren zu etablieren. Der Verband kämpft für den freien Verkauf von E-Zigaretten und E-Liquids. Der Angeklagte unterstützt diese Ziele und zahlt im Monat 80 Euro für seine Mitgliedschaft.

Dem Angeklagten war zum Zeitpunkt der Bevorratung der 15.046 E-Liquids klar, dass die Rechtslage unübersichtlich ist und er hielt es für möglich, dass sich die Rechtsauffassung durchsetzt, dass der freie Verkauf von E-Liquids nicht zulässig ist. Er wusste, dass die rechtliche Einordnung der E-Liquids als Arzneimittel, Tabakprodukt oder Genussmittel umstritten ist und es bisher keine obergerichtliche Entscheidung gab. Er nahm aber diese etwaigen Rechtsverstöße billigend in Kauf, um sein Gewerbe zumindest in der Phase der Unklarheit bis zu einer abschließenden obergerichtlichen Entscheidung weiterzuführen. Dem Angeklagten waren die Inhaltsstoffe und die Zusammensetzung der von ihm bevorrateten E-Liquids bekannt.

III.

1. Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten beruhen auf seinen glaubhaften Angaben sowie dem in der Hauptverhandlung verlesenen Auszug aus dem Bundeszentralregister.

2. Hinsichtlich des übrigen festgestellten Sachverhaltes, auch in subjektiver Hinsicht, hat sich der Angeklagte glaubhaft geständig eingelassen. Der Angeklagte bestätigte den angeklagten Sachverhalt.

Der Angeklagte berichtete in der Hauptverhandlung, wie er die E-Zigarette bereits im Jahr 2008 entdeckte und danach anfing, die in China hergestellten E-Zigaretten mit dem Zubehör, insbesondere den E-Liquids, zunächst als Einzelkaufmann und dann zusammen mit seinem Partner über die Internetplattform www. [ ]de zu vertreiben. Der Angeklagte räumte ein, dass er wusste, dass Nikotin giftig ist und dass ein Verschlucken des Inhalts eines solchen Fläschchens tödlich sein kann. Er habe auch

gewusst, dass das zur Herstellung der E-Liquids genutzte Nikotin aus Tabakpflanzen gewonnen werde und die E-Liquids ansonsten hauptsächlich Propylenglycol und/oder Glycerin enthalten. Der Angeklagte berichtete weiter, dass er seit vier, fünf Jahren die Rechtslage und Rechtsprechung zu den E-Zigaretten, auch über seinen Verband, verfolgt habe. Die unterschiedlichen rechtlichen Einordnungen durch Behörden und Gerichte habe er zur Kenntnis genommen. Er warte auf eine rechtliche Einordnung der E-Zigaretten. Er habe die E-Zigaretten und E-Liquids deshalb auch nach der Verbotsverfügung, die ja nicht rechtskräftig sei, weitervertrieben. Eine Überregulierung des Vertriebes der E-Zigaretten käme nach Auffassung des Angeklagten einem Verbot gleich. Dies würde einen großen Schaden anrichten.

3. Hinsichtlich der genauen Anzahl der importierten und zum Inverkehrbringen vorrätig gehaltenen E-Liquids wurde das Geständnis des Angeklagten durch die Aussage der ermittlungsführenden Beamtin des Zollfahndungsamtes Essen, der Zeugin [L], ergänzt. Der Nikotingehalt der Fläschchen ergibt sich aus dem von Dr. Grebe, Diplom-Chemiker, vom Bildungs- und Wissenschaftszentrum der Bundesfinanzverwaltung erstellte Gutachten vom 27.03.2012 sowie seinem Ergänzungsgutachten vom 17.07.2012, welche im Wege des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt wurden. Das Gutachten ergibt, dass sämtliche der untersuchten Proben mit den Aufdrucken „x-high", „high", „medium", „low", „leicht", „10mg", „11 mg" oder „18 mg" Nikotin in verschiedenen Konzentrationen enthalten während die mit der Aufschrift „0 mg" und/oder „none" kein Nikotin enthalten, auch nicht in geringer Konzentration. Die Kammer hat keinen Anlass an den Feststellungen dieses Gutachtens zu zweifeln. Der Gesundheitshinweis des Angeklagten auf seiner Internetseite www. [ ].de wurde in der Hauptverhandlung verlesen. Die Kammer hat eine Auswahl der Fläschchen mit den E-Liquids und ihren jeweiligen Etiketten in Augenschein genommen.

4. Hinsichtlich der Inhaltsstoffe der E-Liquids, ihrer Wirkungsweise und gesundheitlichen Risiken sowie Eignung zur Rauchentwöhnung hat sich die Kammer durch Professor Dr. Tönnes vom Institut für Rechtsmedizin der J. W. Goethe-Universität beraten lassen. Die Kammer hat keinen Anlass an dem Sachverstand dieses erfahrenen Toxikologen zu zweifeln. Sein Gutachten war klar, widerspruchsfrei und nachvollziehbar. Die Kammer schließt sich dem Gutachten und den darin getroffenen Wertungen aufgrund eigener Überzeugung an.

Der Sachverständige hat exemplarisch 4 Fläschchen E-Liquids der Geschmacksrichtung „Virginia" mit den Aufschriften „X-high" (20 mg), „high" (16 mg), „medium" (11 mg), „low" (6mg) untersucht, die nach Angabe des Angeklagten aus dem Import von dem chinesischen Zwischenhändler stammen. Von dieser Analyse berichtete der Sachverständige in der Hauptverhandlung. Er hat festgestellt, dass die Flüssigkeiten neben hohen Glycerin-Werten (zwischen 37% - 52 % auch Propylenglycol (zwischen 5 % - 20 %) auch ca. 10 % Ethanol enthalten. Die Nikotinkonzentration bei dem Fläschchen mit der Aufschrift „X-high" habe 23,7mg/ml, bei dem Fläschchen mit der Aufschrift „high" 16,4 mg/ml, bei dem mit der Aufschrift „medium" 12,2 mg/ml und bei dem mit „low" 7,2 mg/ml betragen. Der Sachverständige bestätigt damit zugleich das Gutachten von Dr. Grebe, wonach in sämtlichen, außer mit den Aufschriften „0mg" und/oder „none" Nikotin enthalten ist. Neben Nikotin stellte der Sachverständige Professor Tönnes in den E-Liquids Cotinin und Myosmin sowie weitere strukturverwandte Tabak-Begleitalkaloide fest. Der Sachverständige schließt daraus für die Kammer nachvollziehbar, dass das in den E-Liquids verwandte Nikotin aus natürlichen Tabakpflanzen stammt. Die Herkunft des Nikotins aus der Tabakpflanze und nicht aus dem Labor wird auch durch das tabakstämmige Nikotin im Produkt „Nicorette Inhaler" bestätigt. Auf Nachfrage des Sachverständigen beim Hersteller sei ihm bestätigt worden, dass das Nikotin in diesem Arzneimittel aus Tabakpflanzen stamme. Auch der Angeklagte selbst bestätigte, dass das Nikotin in den von ihm vertriebenen Produkten aus Tabakpflanzen stamme.

Nach Auffassung des Sachverständigen ist die Produktsicherheit der E-Liquids nicht sichergestellt. Einer der angeblich kindersicheren Verschlüsse sei defekt gewesen. Die Fläschchen ließen sich nicht vollständig verschließen, so dass die Lösungen olfaktorisch deutlich wahrnehmbar seien. Dadurch ergäbe sich auch das Risiko bakterieller Verseuchung durch die sich von Propylenglycol ernährenden Bakterien. Um die Aufnahme des giftigen Nikotins durch die Haut zu verhindern, habe er die Fläschchen nur mit Handschuhen angefasst und zum Schutz der Verfahrensbeteiligten für die Inaugenscheinnahme der Fläschchen auch Handschuhe mit in die Hauptverhandlung mitgebracht. Die Kammer konnte sich durch Inaugenscheinnahme der Fläschchen von dem von diesen ausgehenden Geruch selbst überzeugen.

Der Sachverständige hat weiter den wissenschaftlichen Erkenntnisstand zu den Wirkungen des Nikotins als Nervengift allgemein und den Wirkungen von aufgrund von E-Zigaretten vernebelten und inhaliertem Nikotin dargestellt. Die Kammer hat nachvollzogen, dass es angesichts der Neuartigkeit des Produktes bisher nur Schlussfolgerungen aus experimentellen Studien dargestellt werden können, aber noch keine konsolidierten Erkenntnisse aus Langzeitstudien. Die Kammer hat auch nachvollzogen, dass es schwierig ist, Probanden für die Studien zu gewinnen, weil aus ethischen Gründen nur Raucher rekrutiert werden könnten und die Nikotinaufnahme durch Dampfen einige Erfahrung und eine gewisse Lernkurve voraussetze. Der Sachverständige beschrieb zunächst ausführlich die psychotropen Wirkungen des Nikotins allgemein. Zur Toxizität führte er plastisch aus, dass man mit Tabakextrakten Giftmorde ausführen könne. Der Sachverständige berichtete weiter, dass in einer frühen Probandenstudie beim Dampfen der E-Zigarette kein Nikotin aufgenommen wurde und konsequenterweise keine Effekte festgestellt wurden. Dies erklärt der Sachverständige aber überzeugend mit der notwendigen Lernkurve beim Dampfen. Erfahrenere Dampfer würden effektiver Nikotin aufnehmen und daher pharmakologische Wirkungen beim Konsum erzielen. Neuere Doppelblindversuche zum Dampfen von E-Liquids zeigten im Vergleich zum Dampfen nikotinfreier Flüssigkeiten eine signifikante Verbesserung des Gedächtnisses, Veränderungen der Lungenfunktion, eine signifikante Reduzierung des Rauchbedürfnisses und

Abstinenzsymptome der Konsumenten. Der Konsum der E-Zigaretten sei insbesondere geeignet, Entzugserscheinungen wie Reizbarkeit, Unruhe, Angst, Hunger, depressive Verstimmungen, Schlafprobleme und Suchtdruck (Craving) zu vermindern.

Der Sachverständige führte weiter aus, dass eine neuere 6-Monatsstudie aussage, dass E-Zigaretten objektiv zur Rauchentwöhnung geeignet seien. Die Probanden hätten eine deutliche Veränderung im Rauchverhalten gezeigt. Es sei zu einer signifikanten Reduktion des Rauchens und sogar zur Abstinenz gekommen, ohne dass verstärkt Entzugssymptome aufgetreten seien. Der Rauchverzicht falle leichter, weil das E-Zigarettendampfen dem Rauchen herkömmlicher Zigaretten ähnlich sei und teilweise das gleiche haptische Erleben und die gleiche orale Aufnahme ermögliche. 34% der Probanden hätten ganz aufgehört zu rauchen, weitere 31% seien dauerhaft auf die E-Zigarette umgestiegen. Letzteres wird auch durch die Aussage des Angeklagten bestätigt, der sich in der Hauptverhandlung dahin eingelassen hat, dass er als starker Raucher bereits kurz nach Kennenlernen der E-Zigarette im Jahr 2005 dauerhaft mit dem Rauchen aufhören konnte und seitdem keine herkömmliche Zigarette mehr geraucht habe.

Auch wenn die Toxizität des Nikotins im Verhältnis zur herkömmlichen Zigarette angesichts der fehlenden Pyrolyse deutlich reduziert sei, sei der E-Zigarettenkonsum nach dem Sachverständigen nicht als gesund, sondern eher als „kleinere Katastrophe" zu bezeichnen.

IV.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes hat sich der Angeklagte wegen gewerbsmäßigen in den Verkehr Bringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in Tateinheit mit gewerbsmäßigen in den Verkehr Bringens von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, strafbar gemacht. Diese Tat ist gemäß

§§ 20 I Nr. 2, 52 II Nr. 1 Vorläufiges Tabakgesetz i.V.m. §§ 1 I 1, 5a Tabakverordnung strafbar.

1. Bei den verkauften nikotinhaltigen E-Liquids handelt es sich um Tabakerzeugnisse i.S.d. § 3 I Vorläufiges Tabakgesetz (im Folgenden VTabakG). Es sind unter Verwendung von Rohtabak hergestellte Erzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch bestimmt sind.

Entscheiden für die Frage, ob die E-Liquids als Arzneimittel oder Tabakerzeugnisse anzusehen sind, war die Feststellung in der Beweisaufnahme, dass das in den bei dem Angeklagten sichergestellten E-Liquids enthaltene Nikotin nicht - wie in der Anklageschrift angenommen – synthetisch hergestellt wurde, sondern aus natürlichen Tabakpflanzen gewonnen wurde. Dies führt zur Anwendung des Ausschlusstatbestandes des § 2 Abs. 3 Nr. 3 AMG, wonach Tabakerzeugnisse im Sinne von § 3 VTabakG keine Arzneimittel sind.

§ 3 I VTabakG definiert den Begriff Tabakerzeugnis als Be- oder Weiterverarbeitungsprodukte des Rohtabaks (*Zipfel/Rathke/Hahn*, Lebensmittelrecht, Band V, Teil 9 zum Vorläufigen Tabakgesetz, EL 145, Juli 2011, C 900, § 3 Rn. 8). E-Liquids, die mit aus Rohtabak gewonnenem flüssigem Nikotin hergestellt wurden, fallen begrifflich unter das Tatbestandsmerkmal „unter Verwendung von Rohtabak hergestellte Erzeugnisse". Das Nikotin wird aus den Rohtabakblättern extrahiert. Dem steht auch nicht entgegen, dass Art. 2 Nr. 3 RL 2001/37/EWG, die mit der Tabakprodukt-Verordnung in deutsches Recht umgesetzt wurde, den Begriff „Nikotin" neben dem Begriff „Tabakerzeugnisse" als „Nikotinalkaloide" definiert. Denn begrifflich und stofflich schließen Tabakerzeugnisse Nikotin mit ein, so dass § 3 VTabakG den Begriff des Nikotins zu Recht nicht gesondert definiert (so auch VG Frankfurt vom 19.03.2013, 4 K 1119/11; *Kügel/Müller/Hofmann*, AMG, 2012, § 2 Rn. 192, Fn. 621). Wie sich aus der Formulierung „unter Verwendung von" ergibt, ist nicht erforderlich, dass das Erzeugnis ausschließlich aus Rohtabak hergestellt wird und entsprechende Ausgangstoffe enthält (vgl. *Kügel/Müller/Hofmann*, a.a.O., § 2

Rn. 192; *Zipfel/Rathke/Hahn*, a.a.O., § 3 Rn. 9; a.A. VG Düsseldorf vom 16.01.2012, 16 L 2043/11, BeckRS 2012, 46032; a.A. ohne Begründung *Beckemper*, NZWist 2013, 121).

Die E-Liquids sind i.S.v. § 3 I VTabakG auch zu „anderweitigem oralen Gebrauch (...) bestimmt". Der Konsum der E-Liquids mittels Zigaretten, der zunächst aus oraler Aufnahme des Nikotindampfes und anschließendem Inhalieren des Nikotindampfes besteht, ist ein derartiger anderer oraler Gebrauch (so auch VG Frankfurt Oder vom 19.03.2013, 4 K 1119/11; VG Frankfurt Oder vom 14.10.2011, VG 4 L 191/11, BeckRS 2011, 55259; a.A. *Volkmer*, PharmR 2012, 11, 15; *Beckemper*, NZWist 2013; *Kasper/Krüger/Stollmann*, MedR 2012, 495). Diese Konsumart fällt schon begrifflich unter das Tatbestandsmerkmal „oraler Gebrauch". Oral bedeutet die Aufnahme „durch den Mund" (Duden, 25. Aufl. 2009). Beim Dampfen von E-Zigaretten erfolgt die Aufnahme des Nikotindampfes durch den Mund *mit* anschließender Inhalation in die Lunge. Das Dampfen wird bei wörtlicher Auslegung des § 3 I VTabakG zwanglos erfasst.

Diese Konsumart fällt auch nach systematischer Auslegung unter das Tatbestandsmerkmal „anderweitiger oraler Gebrauch". § 3 I VTabakG stellt durch die Aufzählung „Rauchen, Kauen oder anderweitiger oraler Gebrauch" klar, dass Rauchen, das sich aus oraler Aufnahme und anschließenden Inhalieren zusammensetzt, ein Unterfall des Oberbegriffes „oraler Gebrauchs" ist. Dies wird auch in § 5a der TabakVO deutlich. Dieser Paragraph normiert das Verbot, „Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind", gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen. Bei beiden Konsumarten werden Aerosole durch den Mund aufgenommen und anschließend in die Lunge inhaliert. Der einzige Unterschied in der oralen Aufnahme zwischen Rauchen und Dampfen besteht darin, dass das Aerosol beim Rauchen aus Gas und festen Schwebeteilchen besteht und beim Dampfen aus Gas und flüssigen Schwebeteilchen.

Auch nach teleologischer Auslegung von § 3 I VTabakG unterfällt die Konsumart des Dampfens dem Tatbestandsmerkmal „anderweitiger oraler Gebrauch". Nach dem Schutzzweck des Gesetzes ist entscheidend die Zweckbestimmung zum Rauchen, Kauen, anderweitigen oralen Gebrauch oder Schnupfen. Es ist mit anderen Worten entscheidend, dass die Tabakerzeugnisse dem menschlichen Körper über den Mund oder die Nase zugeführt werden (vgl. *Zipfel/Rathke/Hahn*, a.a.O., § 3 Rn. 9, 22). Ob das Erzeugnis dabei durch Verbrennen oder elektrisch ohne Pyrolyse erzeugt wird, ist dagegen nicht entscheidend. So fällt beispielsweise auch Wasserpfeifenmaterial unter § 3 VTabakG (*Zipfel/Rathke/Hahn*, a.a.O., § 3 Rn. 22).

Auch die in § 3 II VTabakG vorgenommene Gleichstellung von Tabakerzeugnissen und „Tabakerzeugnissen ähnlichen Waren" spricht aus teleologischer Sicht für eine Einbeziehung der neuartigen E-Liquids in den Anwendungsbereich des Tabakregimes. Die Einbeziehung „ähnlicher Waren" will den Anwendungsbereich des Tabakregimes ausdehnen und spricht deshalb für eine weite Auslegung der Tatbestandmerkmale. E-Zigaretten sind sowohl in ihrer Form, ihrer Anwendung als auch ihrer Bezeichnung gewöhnlichen Zigaretten ähnlich. Die E-Zigarette imitiert das Rauchen. Viele der Produkte sind in Aussehen und Funktion gewöhnlichen Zigaretten nachempfunden. Bei einer Reihe von Modellen glimmt die E-Zigarette beim Inhalieren des Dampfes an der Spitze sogar rot, um das Dampferlebnis dem Rauchen möglichst ähnlich zu machen. Der Dampf ähnelt auch in Konsistenz und sensorischer Wirkung dem Tabakrauch. Der Sachverständige hat verdeutlicht, dass es den Konsumenten bei der E-Zigarette nicht nur um das reine Inhalieren geht, sondern dass der Aspekt der oralen Aufnahme ganz wichtig ist für das Konsumerlebnis. Dasselbe haptische und orale Erlebnis macht auch gerade den Erfolg des Produktes bei der Rauchentwöhnung aus. Die Bezeichnung E-Zigaretten, die sich die Kammer nicht ausgedacht hat, sondern im Markt allgemein üblich ist, trägt den Begriff Zigarette selbst in sich. Die Kammer hat in der Hauptverhandlung erlebt, dass die Begriffe „Rauchen" und „Dampfen" häufig nicht genau getrennt werden. Sowohl der Angeklagte als auch der Sachverständige redeten häufig vom „Rauchen der E-Zigarette".

Die historische Auslegung des § 3 I VTabkG legt ebenfalls eine Einbeziehung dieses neuartigen Produktes unter das Tabakregime nahe. In der ursprünglichen Fassung des später in Vorläufiges Tabakgesetz umbenannten LMBG vom 15.08.1974 waren Tabakerzeugnisse als „aus Rohtabak oder unter Verwendung von Rohtabak hergestellte Erzeugnisse, die zum Rauchen, Kauen oder Schnupfen bestimmt sind" definiert. Erst durch das Zweite ÄndG vom 25.11.1994 (BGBl. I S. 3538) wurde das Tatbestandsmerkmal „anderweitiger oraler Gebrauch" ergänzt. Diese Ergänzung des VTabakG wurde in der Amtlichen Begründung wie folgt begründet (BT Drs. 12/6992):

> „Aus der Richtlinie 89/622/EWG vom 13.11.1989 in der Fassung der Richtlinie 92/41/EWG vom 15.05.1992 folgt, dass Tabakerzeugnisse auch anderen Bestimmungszwecken als zum Rauchen, Kauen oder Schnupfen dienen können. Die Änderungen in § 3 Abs. 1 und 2 Nr. 1 tragen dem Gemeinschaftsrecht Rechnung".

Die Erwägungsgründe der RL 92/41/EWG, auf die in der Amtlichen Begründung verwiesen wird, lauten allgemein:

> „Der Rat und die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedsstaaten haben (...) als Ziel für (...) einen Beitrag zur Verbesserung der Gesundheit und Lebensqualität der Bürger (...) den Kampf gegen den übermäßigen Tabakkonsum anerkannt. Nach Auffassung von wissenschaftlichen Sachverständigen bergen alle Tabakerzeugnisse ein Gesundheitsrisiko. (...) Es ist erwiesen, dass Tabakerzeugnisse ohne Verbrennung einen erheblichen Krebsrisikofaktor darstellen (...). Neuartige Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch, die in einigen Mitgliedsstaaten in Umlauf gebracht werden, wirken besonders anziehend auf Kinder und Jugendliche (...). Es besteht ein ernstzunehmendes Risiko, dass diese neuartigen Erzeugnisse zum oralen Gebrauch vor allem von Kindern und Jugendlichen verwendet werden und damit eine Nikotinabhängigkeit verursachen, falls nicht rechtzeitig einschränkende Maßnahmen getroffen werden."

Diese Erwägungsgründe, auf die sich der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich bezieht, machen deutlich, dass der Gesetzgeber Regelungen für neuartige Tabakerzeugnisse ohne Verbrennungen treffen und diese dem Tabakregime unterstellen wollte, um als Beitrag zur Verbesserung der Gesundheit und Lebensqualität der Bürger gegen übermäßigen Tabakkonsum zu kämpfen.

In Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen werden Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch seitdem definiert als

> „alle zum oralen Gebrauch bestimmten Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen, sei es in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionsbeuteln bzw. porösen Beuteln, oder in einer Form, die an ein Lebensmittel erinnert, mit Ausnahme von Erzeugnissen, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind."

Anlass für diese Erweiterung war das Verbot des Produkts Snus, ein mit Salzen versetzter Tabak, der häufig in kleinen Beutelchen verpackt oder in Ballen geformt unter die Ober- oder Unterlippe gesteckt wird. Das Nikotin wird dabei über die Mundschleimhäute resorbiert. Dieses traditionell in Schweden verbreitete Produkt setzte kurz vor dem Beitritt Schwedens zur Europäischen Union dazu an, den Europäischen Markt zu erobern bis der Verkauf durch die RL 92/41/EWG in den Mitgliedsstaaten (mit Ausnahme in Schweden) verboten wurde. Dies erklärt, warum die Definition in ihrem dritten Halbsatz ausdrücklich auf Erzeugnisse in Form eines Pulvers oder feinkörnigen Granulats abstellt. Die Definition als solche ist aber sehr allgemein gehalten und bezieht sich ohne Einschränkungen auf „alle" zum oralen Gebrauch bestimmte Erzeugnisse (a.A. VG Düsseldorf vom 16.01.2012, 16 L 2043/11, BeckRS 2012, 46032). Der mit „sei es" eingeleitete Halbsatz dient nicht zur Einschränkung dieser weiten Definition, sondern zur Verdeutlichung durch Beispiele. Sie ist daher nicht auf das Snus beschränkt, sondern wollte ersichtlich auch neue, zum Zeitpunkt der Gesetzgebung noch unbekannte Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch einbeziehen.

2. Die E-Liquids werden dem Tabakregime auch nicht aufgrund der Zweifelsfallregelung gemäß § 2 III a AMG zu Gunsten des Arzneimittelrechts entzogen.

Die Kammer geht zwar grundsätzlich davon aus, dass mittels E-Zigaretten zum Inhalieren bestimmtes flüssiges Nikotin die Wirkung eines Arzneimittels hat. Dies ergibt sich schon aus der Systematik des Gesetzes. Die legislatorische Ausnahme nach § 2 III Nr. 3 AMG wäre überflüssig, wenn die in diesem Absatz gelisteten Erzeugnisse nicht grundsätzlich unter den Arzneimittelbegriff des § 2 I AMG fielen.

Darüber hinaus geht die Kammer auch davon aus, dass der Konsum von E-Liquids unter Verwendung von E-Zigaretten die physiologischen Funktionen des Körpers durch eine pharmakologische Wirkung beeinflusst und damit eine der Voraussetzungen für die Arzneimitteleigenschaft i.S.d. § 2 I Nr. 2 AMG erfüllt. Schließlich aktiviert diese Form des Nikotinkonsums den Acetylcholin-Rezeptor und erreicht damit physiologische Effekte, die über dasjenige hinausgehen, was physiologisch auch durch Nahrungsaufnahme im menschlichen Körper ausgelöst wird (so auch VG Potsdam vom 08.06.2008, 3 L 115/08). Bei bestehender Nikotin-Abhängigkeit werden dadurch negativ veränderte physiologische Funktionen, nämlich die durch den Entzug ausgelösten körperlichen Symptome - Ängste, Reizbarkeit, depressive Verstimmungen, Schlafprobleme, Konzentrationsschwächen und psychischer Suchtdruck - hin zur normalen körperlichen Verfassung korrigiert.

Eine darüber hinausgehende therapeutische Zweckbestimmung hält die Kammer für die Annahme eines Funktionsarzneimittels - schon um Strafbarkeitslücken auszuschließen - im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zu Designer Drogen (BGH vom 08.12.2009 – 1 StR 277/09, BeckRS 2010, 00648; BGH vom 03.12.1997 – 2 StR 270/97, NJW 1998, 836; vgl. auch BT-Drs. 16/12256, s. 41) prinzipiell für nicht erforderlich. Die Beantwortung dieser dem EuGH gegenwärtig vom Bundesgerichtshof hierzu vorgelegte Frage, ob für die Annahme eines Funktionsarzneimittels über die pharmakologische Wirkung hinausgehend eine therapeutische Zweckbestimmung notwendig ist (BGH vom 28.05.2013 – 3 StR 437/12, BeckRS 2013, 10903) könnte hier aber dahinstehen, weil vorliegend eine objektive therapeutische Zweckbestimmung gegeben ist. Auch wenn der Angeklagte nicht offensiv mit der Rauchentwöhnung wirbt, hat die Beweisaufnahme ergeben,

dass E-Liquids unter Verwendung der E-Zigarette objektiv zur Rauchentwöhnung geeignet sind. Studien haben eine gute Abstinenzquote und gute Reduktionsrate festgestellt und bewiesen, dass die E-Zigarette durch ihren Aufbau und zigarettenähnliche Form, in der Nikotin zugeführt wird, hierzu besser geeignet ist als Nikotin-Kaugummis, Pflaster oder der Nicorette Inhaler. Zum anderen ist unter „therapeutischer Zweck" nicht nur die Heilung einer Krankheit (d.h. hier der Abhängigkeit von Nikotin) zu verstehen, sondern auch die Beseitigung oder Linderung von Symptomen einer Erkrankung. Auch hierin liegt eine therapeutische Wirkung der nikotinhaltigen Liquids. Wie die Beweisaufnahme gezeigt hat ist die Aufnahme von Nikotin mittels der E-Zigaretten geeignet, das Auftreten der oben geschilderten Entzugssymptome auch ohne Konsum herkömmlicher Zigaretten (mit ihren weiteren schädlichen Nebenwirkungen) zu vermeiden. Der Angeklagte bewirbt seine E-Zigaretten daher auch als gesunde Alternative zu echten Zigaretten. Ginge es hierbei nur um den Vorgang des Rauchens als solchem, der durch die E-Zigarette mittels des elektronischen Glimmens und der Dampfentwicklung simuliert wird, bedürfte es des Zusatzes von Nikotin in den Liquids nicht. Dass es einem großen Teil der Konsumenten nikotinhaltiger Liquids darum geht, mittels der E-Zigaretten einem Nikotinentzug vorzubeugen und damit den körperlichen Entzugssymptomen entgegenzuwirken, zeigt sich darin, das nikotinfreie Zigaretten praktisch nicht verkauft werden. Die gegenteilige Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Münster überzeugt nicht (Beschlusses des OVG Münster vom 23.04.2012, 13 B 127/12; ähnlich OVG Sachsen-Anhalt vom 05.06.2012, Az. 3 M 129/12; vgl. auch VG Frankfurt Oder vom 19.03.2013, 4 K 1119/11; VG Köln vom 20.03.2012, 7 K 3169/11; *Schink/Winkelmüller*, DVBl. 2012, 1540; *Diekmann*, ZLR 2012, 197). Zwar geht das OVG Münster im Ansatz - wie die Kammer - davon aus, dass auch die Linderung von Entzugserscheinungen eine medizinische Zweckbestimmung ist, die die Eigenschaft eines Stoffes als Funktionsarzneimittel begründen kann. Eine solche Zweckbestimmung liegt aus Sicht des Oberwaltungsgerichts Münsters bei den nikotinhaltigen E-Liquids jedoch nicht vor, da nicht die Linderung von Entzugserscheinungen im Vordergrund stehe. Es gehe vielmehr darum, „das Verlangen des Verwenders nach Nikotin" zu befriedigen. Hiermit liefert das OVG

Münster nach Auffassung der Kammer selbst das Argument für die therapeutische Zweckbestimmung der E-Liquids: Denn das Verlangen nach Nikotin beruht ja gerade auf einer bestehenden Abhängigkeit von diesem Stoff und ist eben darin begründet, denen mit einem sinkenden Nikotinspiegel verbundenen Entzugserscheinungen vorzubeugen bzw. die damit verbundenen Symptome zu lindern (vgl. hierzu auch VG Düsseldorf vom 10.10.2012, 16 K 2585/16; VG Düsseldorf vom 16.01.2012, 16 L 2043/11, BeckRS 2012, 46032, *Kasper/Krüger/Stollmann*, MedR 2012, 495; *Stollmann*, NVwZ 2010, 401; *Volkmer*, PharmR 2012, 11).

Dies führt aber im Ergebnis nicht dazu, dass E-Liquids aufgrund der Zweifelsregelung des § 2 III a AMG dem Arzneimittelregime unterfallen. Danach sind Arzneimittel auch Erzeugnisse, die Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen sind oder enthalten, die unter Berücksichtigung aller Eigenschaften des Erzeugnisses unter eine Begriffsbestimmung des Absatzes 1 fallen und zugleich unter die Begriffsbestimmung eines Erzeugnisses nach Absatz 3 fallen können.

Zwar ist der Zeck dieser Regelung, den Verbraucher im Zweifel vor pharmakologisch hochwirksamen Produkten zu schützen, indem man diese generell der Zulassungspflicht unterstellt. Insbesondere bei neuartigen hochtoxischen Substanzen mit Suchtpotential hat diese Regelung auch ihre Bedeutung.

Aber, ungeachtet der hochtoxischen Wirkung des Nikotins, gibt es hierfür einen vom Gesetzgeber legal vorgesehenen Konsum. § 20 II Nr. 1 VTabakG schränkt das Verwendungsverbot für Rohtabak und für Stoffe, die wie Nikotin dem Rohtabak von Natur aus eigen sind, bei der Herstellung und dem in den Verkehr bringen von unter Verwendung von Nikotin hergestellten Tabakprodukten ausdrücklich ein. Damit sind die Herstellung und der Vertrieb von Tabakerzeugnissen unter Verwendung von Nikotin ausdrücklich erlaubt. Würde man die Zweifelsregelung hier anwenden, müssten auch herkömmliche Zigaretten unter das Arzneimittelgesetz fallen (vgl. *Müller*, PharmR 2012/137, 140). Dies ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Im Gegenteil, er hat für den Bereich der Tabakerzeugnisse ein eigenes komplexes und

stets erneuertes Regime von Beschränkungen und Verboten geschaffen. In diesem Fall liegt kein Zweifel vor, dass die E-Liquids unter die Ausnahmevorschrift für Tabakerzeugnisse fallen, so dass die Zweifelsregelung vorliegend keine Anwendung findet.

§ 2 III a AMG begründet nämlich keinen absoluten Vorrang des Arzneimittelgesetzes. Die Norm steht vielmehr in einem systematischen Zusammenhang mit der Abgrenzungsregel des § 2 II AMG und ist als Ergänzungsregel für Grenzprodukte, deren Eigenschaften eine sichere Zuordnung zu einer der in § 2 III AMG genannten Produktkategorien nicht zulassen (OVG Münster vom 15.03.2010 für die Abgrenzung zu Medizinprodukten, 13 A 2612/09, BeckRS 2010, 47530; VG Köln vom 09.04.2013, 7 K 4315/11, BeckRS 2013, 50096; *Voit*, PharmR 2010, 501; *Groß*, EuZW 2006, 172; a.A. *Kügel/Müller/Hofmann*, a.a.O., § 2 Rn. 35; *Kloesel/Cyran*, AMG, Loseblattsammlung, 117. Lief. 2011, § 2 Rn. 165). Diese Auslegung wird auch von den unionsrechtlichen Grundlagen der Abgrenzungsbestimmungen im deutschen Arzneimittelrecht gestützt. Die Einfügung der Regelung in Art. 2 II der RL 2001/83/EG,

> „(i)n Zweifelsfällen, in denen ein Erzeugnis unter Berücksichtigung aller seiner Eigenschaften sowohl unter die Definition von ‚Arzneimittel' als auch unter die Definition eines Erzeugnisses fallen kann, das durch andere gemeinschaftliche Rechtsvorschriften geregelt ist, gilt diese Richtlinie",

wird in dem 7. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie RL 2004/27/EG wie folgt begründet:

> „(...) Mit dem gleichen Ziel, die Umstände zu klären, unter denen ein bestimmtes Produkt unter die Definition eines Arzneimittels fällt, gleichzeitig aber auch mit der Definition anderer regulierter Produkte übereinstimmen könnte, ist es in Zweifelsfällen und zur Sicherstellung der Rechtssicherheit erforderlich, ausdrücklich anzugeben, welche Vorschriften einzahlten sind. Fällt ein Produkt eindeutig unter die Definition anderer Produktgruppen, (...) sollte diese Richtlinie nicht gelten."

Danach soll die Arzneimittel-Richtlinie in streitigen Abgrenzungsfällen nicht gelten, wenn ein Produkt eindeutig unter die Definition anderer Produktgruppen fällt. Dieses Verständnis auch der deutschen Gesetzeslage zugrunde. In der Amtlichen Begründung des Gesetzes der Bundesregierung zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 16.03.2009 heißt es (BT-Drs. 16/12256, S. 41):

> „In Absatz 3a wird die „Zweifelsfall"-Regelung aus Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinien 2001/83/EG und 2001/82/EG übernommen. Diese ist im Zusammenhang mit dem Erwägungsgrund 7 zu den Richtlinien 2004/27/EG und 2004/28/EG (Änderungsrichtlinien zu den Richtlinien 2001/83/EG und 2001/82/EG) zu sehen, durch die die „Zweifelsfall"-Regelung eingefügt wurde. Nach diesem Erwägungsgrund sollte die Arzneimittel-Richtlinie nicht gelten, wenn ein Produkt eindeutig unter die Definition anderer Produktgruppen, ins- besondere von Lebensmitteln, Nahrungsergänzungsmitteln, Produkten der Medizintechnik, Bioziden oder kosmetischen Mitteln fällt. Die Zweifelsfallregelung bestimmt, dass ein Erzeugnis, das die Definition eines Arzneimittels erfüllt, aber zugleich auch unter die Definition z. B. eines Lebensmittels oder Medizinproduktes fallen kann, als Arzneimittel einzuordnen ist."

Es gelten deshalb für das in den Verkehr bringen von E-Liquids die Regelungen des Tabakgesetzes.

3. Gemäß § 20 I Nr. 2 VTabakG ist es verboten, Tabakerzeugnisse unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in den Verkehr zu bringen. Gemäß § 20 III VTabakG i.V.m. § 1 TabakVO in Tabakerzeugnissen nur die in der Anlage 1 zur TabakVO gelisteten Stoffe zugelassen. Das Herstellen und Vertreiben von Tabakerzeugnissen mit nicht ausdrücklich zugelassenen Stoffe ist danach verboten und gemäß § 52 II VTabakG strafbar.

Die Stoffe Propylenglycol und Glycerin sind nach Teil A Nr. 1 der Anlage 1 zu § 1 TabakVO nicht allgemein als Zusatz für die Herstellung von Tabakerzeugnissen zugelassen. Sie dürfen gemäß Teil A Nr. 2 nur als Feuchthaltemittel für bestimmte Tabakerzeugnisse bis zu einer Höchstmenge von 5% bzw. 10% der Trockenmasse

des Erzeugnisses zugesetzt werden. Ethanol darf gar nicht zugesetzt werden. In sämtlichen der von dem Angeklagten zum Verkauf vorrätig gehaltenen E-Liquids sind diese Stoffe in nicht zugelassener Weise enthalten. Ohne Ausnahme nach § 37 VTabakG ist das Inverkehrbringen dieser Fläschchen strafbar.

4. Gemäß § 21 I Nr. 1g VTabak i.V.m. § 5a TabakVO ist es zudem verboten, Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen. Gemäß § 6 I Nr. 2 TabakVO wird der Verstoß gegen dieses Gebot ohne zugelassene Ausnahme nach § 37 VTabakG gemäß § 52 II Nr. 1 VTabakG bestraft.

5. Der Angeklagte handelte hinsichtlich der festgestellten Verstöße vorsätzlich. Der Angeklagte wusste nach seiner eigenen Einlassung, dass die von ihm vertriebenen E-Liquids aus natürlichen Tabakpflanzen gewonnenes Nikotin enthalten und kannte auch die übrigen Inhaltstoffe. Er wusste auch, dass das Tabakgesetz Beschränkungen für den Vertrieb von Tabakerzeugnissen vorsieht.

Die Kammer ist weiterhin zu der Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte beim Verkauf der E-Liquids billigend in Kauf nahm, dass er gegen Vorschriften des Tabakgesetzes verstößt. Es kam ihm darauf an jedenfalls bis zur einer abschließenden Einordnung der E-Liquids durch Gerichte oder den Gesetzgeber den begonnen Vertrieb fortzusetzen.

Er unterlag bei seinem Handel keinem Verbotsirrtum. Ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237). Unrechtseinsicht liegt bereits dann vor, wenn der Täter mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (BGH NJW 1953, 431; *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 17 Rn. 5; *Schönke/Schröder/Stern-Lieben*, 28. Aufl. 2010,

§ 17 Rn. 5). Es genügt mithin das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen (BGHSt 11, 263; BGH NJW 2011, 1236). So liegt der Fall hier.

Dem Angeklagten waren die verwaltungsgerichtlichen Urteile, die die E-Liquids seit 2009 als Arzneimittel einstuften, die an ihn gerichtete Verbotsverfügung der Bezirksregierung Arnsberg und auch die Beschlagnahmebeschlüsse der Kammer bekannt. Auch wenn die Bezirksregierung Arnsberg ihre Verbotsverfügung nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt hat und diese Verfügung noch rechtskräftig war, so lag für den Angeklagten eine Verbotsverfügung im Hinblick auf den Vertrieb von nikotinhaltigen Liquids vor. Durch das Abwarten auf eine gerichtliche Qualifikation versuchte er für seine Geschäfte aus seiner Sicht bestehende Gesetzeslücke bei Vertrieb der E-Liquids zu nutzen. Dieses Verhalten setzt eine gedankliche Auseinandersetzung mit den Grenzen von strafbaren und nicht strafbaren Verhalten voraus. Nach eigener Einlassung setzte sich der Angeklagte auch im Rahmen seines Verbandes mit diesen Fragen auseinander. Diese Auseinandersetzung schließt jedenfalls dann, wenn keine höchstrichterliche Entscheidung zur Qualifikation von flüssigem Nikotin vorliegt, die Vorstellung der Möglichkeit mit ein, sich durch den Vertrieb dieser Flüssigkeit strafbar zu machen.

Diese Vorstellung wird auch nicht durch die Freigabe der E-Liquids durch die an das Zollamt gerichtete Erklärung des Regierungspräsidiums das Regierungspräsidium Darmstadts vom 24.02.2010, dass die E-Liquids nicht als Arzneimittel einzustufen seien, und die Freigabe der E-Liquids durch dieselbe Behörde vom 15.07.2009 erschüttert. Auf diese Erklärung hat sich der Angeklagte auch nicht verlassen. Ihm war klar, dass dies nur eine Meinung im Streit um die rechtliche Einordnung war. Der Angeklagte erhielt zugleich nämlich die Aufforderung, mit den E-Liquids nach Maßgabe der für seinen Bezirk zuständigen Bezirksregierung Arnsberg zu verfahren, die ihm den Vertrieb prompt mit Verbotsverfügung vom 14.09.2010 untersagte. Überdies kann sich der Angeklagte nicht auf ein kurzes, nicht an ihn gerichtetes Schreiben des für ihn nicht zuständigen Regierungspräsidiums verlassen. Zu diesem

Zeitpunkt lagen bereits das komplexe Urteil des Verwaltungsgerichts Potsdam vom 08.06.2008 und bundesbehördliche Einstufungen durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfARM) vor, die das freie Inverkehrbringen der E-Liquids untersagten. Wenn der Angeklagte wie vorliegend rechtliche Zweifel über die Zulässigkeit seines Tuns hatte, darf er sich nicht einfach die ihm günstigere Rechtsauffassung zu eigen machen, der Grundsatz „in dubio pro reo" gilt nicht für Rechtsfragen (OLG Braunschweig NJW 1976, 60; OLG Bremen NJW 1960, 163; Leipziger Kommentar/*Vogel*, StGB, 12. Aufl. 2007, Bd. 1, § 17 Rn. 27). Auf das Urteil des OVG Münster vom 23.04.2012 konnte er sich ohnehin nicht verlassen, da es erst nach der Tat erging.

Der Angeklagte hat zwar von behördlicher Seite verschiedene Informationen zur Rechtslage für das Inverkehrbringen von E-Liquids bekommen und beim Verwaltungsgericht Arnsberg nur das Ruhen des Verfahrens erreicht. Aber dem Angeklagten war immer bewusst, dass er Produkte verkaufen wollte, die einerseits erhebliche Auswirkungen auf den menschlichen Körper hat, zur Raucherentwöhnung geeignet und gleichzeitig ein erhebliches Suchtpotential haben, andererseits in vieler Hinsicht ein dem Rauchen ähnlichen Konsum ermöglichen. Damit war jederzeit während des Tatzeitraums mit einer Einstufung nach dem Arzneimittelgesetz oder dem Tabakgesetz zu rechnen, zu keinem Zeitpunkt aber mit einem freien Vertrieb.

Es war dem Angeklagten auch zumutbar, die verbotenen Handlung so lange zu unterlassen, bis die Frage ihrer Verbotenheit endgültig geklärt. Die in der Literatur teilweise diskutierte Zumutbarkeitsgrenze, wonach einem Gewerbetreibenden bei unbehebbaren Zweifel über die Auslegung einer neuen Rechtsnorm unzumutbar sein soll, der ihm ungünstigen Auslegung zu folgen, wenn dies ihn zur Aufgabe seines Gewerbes zwingen würde (MüKO-*Joecks*, StGB, Bd.1, 2003, § 17 Rn. 25; Leipziger Kommentar/*Vogel*, a.a.O., § 17 Rn. 28, 67; s. auch OLG Stuttgart NJW 2008, 243), greift hier nicht. Die insoweit vorzunehmende Interessenabwägung führt zu einem Überwiegen des Interesses des Staates an einem effektiven Schutz der Bevölkerung von den von nicht zugelassenen Tabakerzeugnissen ausgehenden Gefahren,

gegenüber dem Interesse des Beschuldigten, über die E-Liquids im Rahmen seiner nebengewerblichen Tätigkeit verfügen zu können.

IV.

Der Strafrahmen bestimmt sich nach § 52 Abs. II Nr. 1 i.V.m. §§ 20 I Nr. 2, 21 I Nr. 1g VTabakG, § 5a der TabakV. Danach beträgt der Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Bei der Strafzumessung im Einzelnen hat die Kammer zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt, dass der Angeklagte den Sachverhalt vollumfänglich eingeräumt hat, sämtliche Fragen ausführlich beantwortet hat und nicht vorbestraft ist. Deutlich strafmildern hat die Kammer berücksichtigt, dass die unklare Rechtslage bezüglich der Einordnung von E-Liquids das Handlungsunrechts erheblich reduziert. Dem Angeklagten kam es nicht darauf an, gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen. Er hoffte, dass sich die für ihn günstige Rechtsauffassung durchsetzt und nahm den Gesetzesverstoß zur Fortsetzung seines Gewerbes nur billigend in Kauf. Die Kammer hat auch berücksichtigt, dass der beabsichtigte Konsum dieser Produkte durch Kunden des Angeklagten auf einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung beruht und für Raucher tatsächlich weniger schädlich ist als die Fortsetzung des Zigarettenkonsums. Die Sicherstellung der beschlagnahmten Fläschchen reduziert auch das Erfolgsunrecht seiner Tat, da die Liquids nicht an die Endkonsumenten gelangten. Der Angeklagte hat zudem durch die Sicherstellungen und den Einzug der beschlagnahmten E-Liquids sowie den Kosten des Strafverfahrens einschließlich der Gutachterkosten einen erheblichen Vermögensverlust erlitten bzw. diesen zu erwarten.

Zu Lasten des Angeklagten hat die Kammer berücksichtigt, dass er zwei Tatbestände in Tateinheit verwirklicht hat und einen sehr großen Vorrat zum Abverkauf besaß.

Unter nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechender Umstände hält die Kammer eine Geldstrafe von

neunzig (90) Tagessätzen zu je neunzig (90) Euro

für angemessen.

V.

Die Kammer hat von einer Verfallsanordnung nach § 73 I 1 StGB abgesehen. Der Angeklagte hat durch den beabsichtigten Verkauf der urteilsgegenständlichen E-Liquids noch keine Einnahmen erzielt, für die der Verfall angeordnet werden könnte. Bezüglich der bereits zuvor verkauften E-Liquids ist für eine Verfallsanordnung nach der Beschränkung des Verfahrens nach § 154 StPO auf die am 22.02.2012 sichergestellten E-Liquids kein Raum.

VI.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 465 I StPO.

Die Einziehung der sichergestellten Liquids beruht auf § 74 StGB.

Dr. Immerschmitt Kauffer Dr. Frost

Richterin Dr. Frost ist
urlaubsbedingt an der
Unterschrift verhindert