

HEINSEN • Jungfernstieg 41 • 20354 Hamburg

InnoCigs GmbH & Co. KG
Herrn Dennis Dahlmann
Stahlwiete 23
22761 Hamburg

DR. ERNST HEINSEN
bis 2004

CHRISTIAN SCHNEIDER
Schwerin

THEIB HENNIG
Hamburg

ULRIKE HAFFER^{1,2}
Hamburg

LARS NIEDOPYTALSKI
Hamburg

CHRISTIAN-ALBRECHT HIMSTEDT
Hamburg

¹ Fachanwältin für Familienrecht

² Mediatorin

Hamburg, 9.2.2016 / LN
Unser Zeichen: 234/2013

Auswirkungen des BGH-Urteils vom 23.12.2015 (Az. 2 StR 525/13)

RA Lars Niedopytalski

Jungfernstieg 41
20354 Hamburg
Telefon: 040 - 35 47 47 od. 69 65 83 0
Telefax: 040 - 35 37 59
e-mail: info@kanzlei-heinsen.de
http://www.kanzlei-heinsen.de
Gerichtskosten: 55
St.Nr.: 48/614/00633
USt-Id-Nr.: DE170310331

Sehr geehrter Herr Dahlmann,

Sie hatten mich um meine rechtliche Einschätzung, insbesondere auch zu den praktischen Auswirkungen des gestern mit den vollständigen Urteilsgründen veröffentlichten Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 23.12.2015 (Az. 2 StR 525/13) gebeten. Folgendes hierzu:

Dass der BGH Liquids nicht als Arzneimittel i.S.d. Arzneimittelgesetzes (AMG) eingestuft hat, war wenig verwunderlich, hatte dies doch mittlerweile auch das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen Ende 2014 (BVerwG 3 C 25.13; BVerwG 3 C 26.13 BVerwG 3 C 27.13) bereits so festgestellt.

Auch das es sich bei den Liquids um Tabakprodukte gemäß § 3 Abs. 1 VTabakG handelt, ist meines Erachtens nicht zu beanstanden, jedenfalls nicht, solange sie nicht rein synthetisch hergestelltes Nikotin beinhalten. Diese würden sicherlich nicht hierunter zu subsumieren

HAMBURG

Jungfernstieg 41
20354 Hamburg
Telefon: 0 40 - 35 47 47 od. 69 65 83 0
Telefax : 0 40 - 35 37 59
e-mail: info@kanzlei-heinsen.de
Gerichtskosten: 55

SCHWERIN

Steinstraße 33
19053 Schwerin
Telefon: 03 85 - 71 12 10
Telefax: 03 85 - 71 12 38
e-mail: info_sn@kanzlei-heinsen.de
Gerichtskosten: 21

BANKVERBINDUNG

Commerzbank AG Hamburg
IBAN DE39200400000389094400
BIC: COBADEFF
Postbank AG Hamburg
IBAN: DE48200100200005850200
BIC: PBNKDEFF

sein, allerdings ist der Anteil synthetischen Nikotins in den Liquids nach Ihrer Auskunft tatsächlich zu vernachlässigen.

Falsch liegt der BGH nach diesseitiger Auffassung allerdings mit seiner Definition – und letztendlich Bejahung – des Tatbestandsmerkmals „anderweitiger oraler Gebrauch“. Der Begriff des Rauchens setzt nämlich einen Verbrennungsvorgang (Pyrolyse) voraus, bei dem feste Schwebepartikel entstehen. Nikotinhaltige Liquids werden jedoch nicht verbrannt, sondern verdampft, sodass Aerosole mit flüssigen Partikeln inhaliert werden. Der Begriff des anderweitigen oralen Gebrauches sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers spezifische Produkte erfassen, die länger in der Mundhöhle gehalten werden, wie eben beispielsweise der von BGH wiederholt bemühte „Snustabak“. Demgegenüber erfolgt die wesentliche Aufnahme der verdampften nikotinhaltigen Liquids nicht über den Mundraum, sondern mittels Inhalation in die Lunge. Darüber hinaus erfasste die in Art. 2 Nr. 4 der EU-Tabakrichtlinie 2001/37/EG enthaltene Definition von „Tabak zum oralen Gebrauch“ die Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen, sei es in Form eines Pulvers oder 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. Die verdampfenden Liquids unterfallen auch dieser Definition nicht, die nach dem Wortlaut der Richtlinie abschließend ist. Der BGH irrt hier m.E. schlichtweg.

Rein unter praktischen Erwägungen dürfte dieses Urteil allerdings weit weniger Auswirkungen haben, als derzeit vielfach in den Medien verlautbart wird.

Zum einen bleibt zu berücksichtigen, dass sich dieses Urteil ausschließlich auf einen konkreten Einzelfall mit einem bestimmten Sachverhalt zu einem bestimmten Zeitpunkt bezieht und daher auch nicht verallgemeinert werden darf. In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um 15.046 Fläschchen Liquids, die beim Angeklagten Anfang 2012 sichergestellt worden sind, also zu einem Zeitpunkt als die rechtliche Einordnung der Liquids in der Tat noch recht umstritten und in der Rechtsprechung nicht einheitlich war. Daher war der BGH zu dem Ergebnis gekommen, dass der dort Angeklagte zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt habe.

Nun ist aber bereits am 19.05.2014 die EU-Tabakrichtlinie (2014/40/EU „TPD“) in Kraft getreten, auch wenn Sie mangels Umsetzung – die nun in Deutschland zum 20.05.2016 in Form des neuen Tabakerzeugnisgesetzes erfolgen wird – aktuell noch nicht nationales Recht ist. Schon mit Inkrafttreten der EU-Tabakrichtlinie sind deren Mitgliedstaaten nach

meines Erachtens zutreffender Auffassung verpflichtet, das bestehende nationale Recht auch während der noch laufenden Umsetzungsfrist, d.h. bis zum 20.05.2016 richtlinienkonform auszulegen. Dies jedoch bedeutet nichts anderes, dass auch schon seit Inkrafttreten der Richtlinie am 19.05.2014 kein Verbot dessen bestehen kann, was zumindest EU-rechtlich erlaubt ist. Ab dem 20.05.2016, wenn das Tabakerzeugnisgesetz in Kraft tritt, stellt sich die Frage ohnehin nicht mehr.

Jedenfalls für sämtliche „Taten“, die nach dem 19.05.2014 datieren, dürfte das BGH-Urteil daher m.E. nicht relevant, zumindest nicht 1:1 übertragbar sein. Ich verweise allerdings darauf, dass die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte dies durchaus anders beurteilen könnten. Dagegen spricht allerdings der Umstand, dass die bekannt gewordenen Fälle der strafrechtlichen Verfolgung von Händlern von Liquids eben gerade in jüngerer Zeit – zumindest nach meiner Einschätzung, basierend auch auf Ihren Mitteilungen, die wiederum durch den regelmäßigen Austausch mit den einschlägigen Verbände etc. recht fundiert sein dürften – gegen „Null“ tendieren. Es besteht vielmehr begründeter Anlass zur Annahme, dass gerade aus diesem Grunde diese vermeintlichen Delikte überhaupt nicht mehr verfolgt werden. E-Zigaretten und Liquids werden mittlerweile ja auch tatsächlich „an jeder Ecke“ verkauft.

Hinsichtlich der praktischen Auswirkungen des Urteils auf den Verkauf von Liquids bzw. dessen Strafbarkeit muss ebenfalls berücksichtigt werden, dass § 2 Abs. 3 des Strafgesetzbuches (StGB) eine Ausnahme vom sog. Tatzeitprinzip enthält, die wie folgt lautet:

„Wird das Gesetz, dass bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden.“

Sollten also jetzt aufgrund des aktuellen BGH-Urteils gegen Liquid-Händler tatsächlich strafrechtliche Ermittlungen eingeleitet werden und diese „Taten“ sogar angeklagt werden, dürfte die Tat aufgrund dieses sog. Rückwirkungsverbotes m.E. nicht mehr bestraft werden, wenn das entsprechende Urteil ab dem 20.05.2016 gefällt wird. Ich gehe nicht davon aus, dass die Verfahren – die ja auch in ihrer Anzahl massiv zunehmen müssten, wenn die Strafverfolgungsbehörden jetzt tatsächlich aufgrund des BGH-Urteils ihre Ermittlungen ausweiten – innerhalb weniger Monate, genauer gesagt gerade einmal etwa drei, abgewickelt werden könnten. Aber nochmals: erst einmal hat der BGH entschieden, dass der Verkauf von Liquids jedenfalls in dem dort entschiedenen konkreten Fall strafbar war.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Ausführungen weitergeholfen zu haben. Sollten Sie noch Fragen hierzu haben, melden Sie sich jederzeit gern.

Mit freundlichen Grüßen

Lars Niedopytalski
Rechtsanwalt