



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

2 StR 525/13

vom

23. Dezember 2015

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen u.a.

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

BGHR: ja

Veröffentlichung: ja

VTabakG §§ 3 Abs. 1, 20 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3, 21 Abs. 1 Nr. 1, 52 Abs. 2 Nr. 1

AMG §§ 2 Abs. 1, 95 Abs. 1

GG Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 103 Abs. 2

Nikotinhaltige Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten sind keine Arzneimittel, soweit sie nicht zur Rauchentwöhnung bestimmt sind. Es handelt sich um Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind und dem Anwendungsbereich des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG unterliegen. Diese Strafnorm genügt dem Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht, auch soweit sie auf eine Rechtsverordnung mit Rückverweisungsklausel Bezug nimmt.

BGH, Urteil vom 23. Dezember 2015 - 2 StR 525/13 - LG Frankfurt am Main

ECLI:DE:BGH:2015:231215U2STR525.13.0





Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 17. Juni 2013 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, zu einer Geldstrafe von neunzig Tagessätzen zu je neunzig Euro verurteilt. Zudem hat es die beim Angeklagten sichergestellten nikotinhaltigen Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten eingezogen. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

A.

2 I. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3 1. a) Der Angeklagte hatte sich elektronische Zigaretten und deren Verbrauchsstoffe zunächst für seinen Eigenbedarf über das Internet beschafft. Er meldete Ende des Jahres 2008 ein Gewerbe für den Verkauf von Genussmitteln, Tabakwaren und Elektroartikeln an und begann damit, elektronische Ziga-

retten sowie die zugehörigen Depots, die eine zu verdampfende Flüssigkeit als Verbrauchsstoff enthalten („Liquids“), über ein einzelkaufmännisch geführtes Geschäft, später auch über seinen Online-Shop „ „ zu verkaufen. Der Verkauf an Kunden unter achtzehn Jahren wurde auf den Internetseiten des Angeklagten ausgeschlossen, jedoch kontrollierte der Angeklagte das Alter der Kunden bei Onlinebestellungen nicht. Zunächst handelte es sich bei dem Vertrieb von elektronischen Zigaretten und deren Verbrauchsstoffen für den Angeklagten um einen Nebenerwerb, danach wuchs der Umsatz rasch an. Der Angeklagte mietete Räume zur Lagerung seiner Waren und stellte eine Mitarbeiterin ein. In einem speziellen Vorführraum beriet er Kunden über den Umgang mit elektronischen Zigaretten.

- 4            b) Die Vorrichtung von elektronischen Zigaretten besteht aus einer Stromquelle, einem elektronischen Vernebler und Verbrauchsstoffen, die im vorliegenden Fall in unterschiedlicher Konzentration Nikotin sowie Aromastoffe in den Trägersubstanzen Ethanol, Propylenglykol und Glycerin enthielten. Beim Saugen an der elektronischen Zigarette wird ein Unterdruckschalter betätigt und der Verbrauchsstoff über einen batteriebetriebenen Mechanismus auf mindestens 60°Celsius erhitzt. Der hierdurch entstehende Dampf wird vom Konsumenten inhaliert. Im Gegensatz zur Benutzung von herkömmlichen Zigaretten findet kein Verbrennungsprozess statt. Die Benutzung der elektronischen Zigaretten imitiert aber das Zigarettenrauchen, zum Teil auch durch Aufleuchten einer Lampe.
- 5            c) Auf seiner Internetseite wies der Angeklagte darauf hin, dass das in den Verbrauchsstoffen für elektronische Zigaretten enthaltene Nikotin ein Nervengift sei, durch das Einatmen des Dampfes beim Konsum elektronischer Zigaretten statt des Einatmens der Verbrennungsprodukte einer herkömmlichen Zigarette aber eine weniger gesundheitsschädliche Aufnahme darstelle. Die

elektronischen Zigaretten, die der Angeklagte seinen Kunden anbot, dienten nach der Aufmachung und Darbietungsform allerdings nicht dazu, dass sich Verbraucher das Rauchen herkömmlicher Zigaretten abgewöhnen sollten.

- 6 Die vom Angeklagten bezogenen Verbrauchsstoffe wurden von Zwischenhändlern nach seinen Vorgaben beschriftet. Sie trugen die Aufschrift „S. “ und die Geschmacksrichtung, ferner die Aufdrucke „low“, „medium“, „high“ und „x-high“. In sämtlichen der verfahrensgegenständlichen Verbrauchsstoffe war Nikotin enthalten, das aus Rohtabak gewonnen worden war.
- 7 Bei späteren Lieferungen wurden auf den Verpackungen auch die Webadresse des Angeklagten, die in dem Fläschchen enthaltene Menge an Nikotin sowie der Sicherheitshinweis angebracht: „Nicht in Reichweite von Kindern und Tieren aufbewahren. Ausschließlich für den Gebrauch in elektronischen Zigaretten geeignet“. Bei den zuletzt bezogenen Fläschchen wurden ferner neben einem Verfallsdatum nach zwei Jahren auch nähere Angaben über Inhaltsstoffe, wie „Propylenglykol (74 %), Vanilleextrakt (12 %), Glycerin (6,5 %), Kakaosextrakt (4 %), Ethylmaltol (1 %), 3-Methycyclopentan-1,2 Dione (2,5 %)“, hinzugefügt. Auf diesen Etiketten war zudem ein Totenkopf mit den Hinweisen „Sehr giftig“ und „Giftig bei Hautkontakt und Verschlucken“ abgebildet.
- 8 d) Über die Wirkungen der Aufnahme von Nikotin und Zusatzstoffen durch Einatmen von Dämpfen beim Gebrauch von elektronischen Zigaretten liegen bisher keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse vor. Es gibt Hinweise darauf, dass der Konsum von elektronischen Zigaretten objektiv zur Entwöhnung von Zigarettenrauchern geeignet ist. Allerdings kommt es trotz Wegfalls eines Nikotinverbrennungsvorgangs bei der Benutzung elektronischer Zigaretten immer noch zu einer gesundheitsschädlichen Aufnahme unter anderem von Nikotin.

9                    2. Der Angeklagte wusste bei dem verfahrensgegenständlichen Vorrätighalten von Verbrauchsstoffen für elektronische Zigaretten zum Verkauf, dass deren rechtliche Einordnung umstritten ist. Er hielt es jedenfalls für möglich, dass das Inverkehrbringen rechtswidrig ist. Dies nahm er in Kauf, um sein Gewerbe weiter betreiben zu können. Vorgegangen war nämlich folgendes:

10                    Ein im Jahr 2009 gegen den Angeklagten eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen unerlaubter Einfuhr von Arzneimitteln war im Juni 2010 eingestellt worden. Die Sache war danach an das Regierungspräsidium D. abgegeben worden, das die beschlagnahmten elektronischen Zigaretten freigegeben hatte. Am 24. September 2010 hatte die Bezirksregierung A. gegen den Angeklagten eine Untersagungsverfügung erlassen, mit der sie ihm verboten hatte, nikotinhaltige Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten in Verkehr zu bringen. Gegen diese Verfügung, die auf die Anwendung des Arzneimittelgesetzes gestützt war, erhob der Angeklagte Klage zum Verwaltungsgericht A. , das mit Beschluss vom 29. November 2011 das Ruhen des Verfahrens anordnete.

11                    3. Im vorliegenden Strafverfahren wurden am 22. Februar 2012 in einem vom Angeklagten für seinen Geschäftsbetrieb angemieteten Raum 15.046 Fläschchen mit Verbrauchsstoffen für elektronische Zigaretten mit verschiedenen Nikotinkonzentrationen und Geschmacksrichtungen von Zusatzaromen sichergestellt, die der Angeklagte zum Zweck des Verkaufs vorrätig hielt. Die Konzentration des in den Kartuschen enthaltenen Nikotins betrug zwischen 3 mg/ml und 23,7 mg/ml. Daneben enthielten die Verbrauchsstoffe ferner Glycerin in Konzentrationen zwischen 37 % und 52 %, Propylenglykol in Konzentrationen zwischen 5 % und 20 % sowie Ethanol. Dem Angeklagten, der sich mit Fragen der Bedeutung elektronischer Zigaretten intensiv beschäftigte, waren die Inhaltsstoffe als solche bekannt.

12           II. Das Landgericht hat angenommen, ein Straftatbestand des Arzneimittelgesetzes sei nach der Ausschlussregelung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 AMG nicht anwendbar. Der Angeklagte habe sich aber gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 des Vorläufigen Tabakgesetzes (VTabakG) in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG und §§ 5a, 6 der Tabakverordnung (TabV) strafbar gemacht, indem er die nikotinhaltigen Verbrauchsstoffe entgegen einer Rechtsverordnung in Verkehr gebracht habe. Daneben habe er den Straftatbestand des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 VTabakG, § 1 TabV und Anlage 1 hierzu tateinheitlich erfüllt, weil das in den Verbrauchsstoffen enthaltene Ethanol ebenso wie das verwendete Propylenglykol und Glycerin als Zusatzstoff für Tabakerzeugnisse nicht oder nicht in der vorhandenen Menge zugelassen seien.

13           Die von dem Angeklagten zum Verkauf bereitgehaltenen nikotinhaltigen Verbrauchsstoffe seien Tabakerzeugnisse im Sinne von § 3 Abs. 1 VTabakG, weil das enthaltene Nikotin unter Verwendung von Rohtabak gewonnen wurde. Die Produkte seien zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt gewesen. Dafür sei nur maßgebend, dass die Tabakerzeugnisse dem menschlichen Körper über den Mund zugeführt werden.

14           Ein Verbotsirrtum des Angeklagten habe nicht vorgelegen, weil er in Kenntnis des Streits um die rechtliche Einordnung der elektronischen Zigaretten nebst Verbrauchsstoffen mit bedingtem Unrechtsbewusstsein gehandelt habe.

B.

15           Die Revision des Angeklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG zutreffend angewendet.

- 16           I. Die Handlung des Angeklagten ist nicht nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder §§ 95 Abs. 1 Nr. 4, 96 Nr. 5 AMG zu beurteilen, weil es sich bei den Verbrauchsstoffen für elektronische Zigaretten nicht um Arzneimittel im Sinne von § 2 AMG handelt, soweit sie - wie hier - nicht zur Rauchentwöhnung bestimmt sind.
- 17           1. Unter den Begriff des Präsentationsarzneimittels fallen nur solche Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die zur Anwendung im oder am menschlichen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung, Linderung oder Verhütung menschlicher Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG). Ein Erzeugnis erfüllt diese Merkmale, wenn es entweder ausdrücklich als Mittel mit solchen Eigenschaften bezeichnet oder empfohlen wird oder wenn sonst bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher, gegebenenfalls auch nur schlüssig, jedoch mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass das Produkt in Anbetracht seiner Aufmachung solche Eigenschaften haben müsse. Dies ist hier nicht der Fall.
- 18           Nach den Feststellungen des Landgerichts wurden die Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten weder vom Hersteller noch vom Angeklagten als Mittel dargeboten, die zur Heilung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten bestimmt sind. Auch der allgemein gehaltene Hinweis des Angeklagten in seiner Produktdarstellung im Internet, bei elektronischen Zigaretten handele es sich um eine gute Alternative zu herkömmlichen Zigaretten, diene nicht besonders dazu, Zigarettenrauchern eine Entwöhnung mit Hilfe der elektronischen Zigaretten anzubieten. Eine entsprechende Verkehrsauffassung ist ebenfalls nicht festzustellen, zumal auch solche Personen die elektronischen Zigaretten benutzen, die Nichtraucher sind. Ob elektronische Zigaretten tatsächlich dazu geeignet sind, Zigarettenraucher vom Nikotinkonsum zu entwöhnen, ist nicht durch Langzeituntersuchungen abschließend geklärt.

19            2. Die Voraussetzungen für die Einordnung der Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten als Funktionsarzneimittel liegen ebenfalls nicht vor.

20            a) Arzneimittel sind Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die zur Heilung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten bestimmt sind oder sich dazu eignen, physiologische Funktionen zu beeinflussen oder eine medizinische Diagnose zu ermöglichen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a AMG). Diese Definition beruht auf der Formulierung in den Richtlinien 2001/83/EG (Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel) und 2001/82/EG (Gemeinschaftskodex für Tierarzneimittel). Die Definition aus den EU-Richtlinien ist in das deutsche Arzneimittelgesetz eingeflossen.

21            Ungeklärt war zunächst die Frage, ob eine bloße Beeinflussung der physiologischen Funktionen die Arzneimittleigenschaft auch dann begründet, wenn sie sich auf die Gesundheit nicht oder nur nachteilig auswirkt. Die in der Arzneimitteldefinition genannten Wirkungen des Wiederherstellens und Korrigierens der physiologischen Funktionen des Körpers deuten auf das Ziel einer Gesundheitsverbesserung hin, während die weiterhin genannte Wirkung der Beeinflussung insoweit neutral erscheint. Jedoch ist unter richtlinienkonformer Auslegung des Arzneimittelgesetzes davon auszugehen, dass ein Arzneimittel sich unmittelbar oder wenigstens mittelbar positiv auf die Gesundheit auswirken soll und nicht ausschließlich nachteilig auf die Gesundheit auswirken darf.

22            Der Europäische Gerichtshof hat durch Urteil vom 10. Juli 2014 – C-358/13 und C-181/14 – (NStZ 2014, 461 ff. mit Anm. Patzak/Volkmer/Ewald, NStZ 2014, 463 ff., Oğlakcioğlu, StV 2015, 166 ff. und Dettling/Böhnke, PharmR 2014, 342 ff.) in einem Vorabentscheidungsverfahren auf Vorlage des Bundesgerichtshofs durch Beschlüsse vom 8. April 2014 - 5 StR 107/14 - (NStZ-RR 2014, 182) und vom 28. Mai 2013 - 3 StR 437/12 (NStZ-RR 2014,

180 ff.) entschieden, dass Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel so auszulegen ist, dass davon Stoffe nicht erfasst werden, deren Wirkungen sich auf eine Beeinflussung der physiologischen Funktionen des menschlichen Körpers beschränken, ohne dass sie geeignet wären, der Gesundheit unmittelbar oder mittelbar zuträglich zu sein. Diese Vorgabe ist zur richtlinienkonformen Auslegung des innerstaatlichen Arzneimittelrechts zu beachten. Danach können Erzeugnisse, die ausschließlich zu Entspannungs- oder Rauschzwecken konsumiert werden und zum Teil auch gesundheitsschädlich wirken, nicht als Funktionsarzneimittel eingestuft werden (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2014 - 3 StR 437/12; Beschluss vom 5. November 2014 - 5 StR 107/14).

23            b) Die Entscheidung, ob ein Erzeugnis im oder am menschlichen Körper angewendet oder einem Menschen verabreicht werden kann, um die physiologischen Funktionen wiederherzustellen, zu korrigieren oder – für die Gesundheit positiv – zu beeinflussen, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei sind alle Merkmale des Produkts zu berücksichtigen. Es muss die Körperfunktionen nachweisbar und in nennenswerter Weise beeinflussen können, wobei auf den bestimmungsgemäßen, normalen Gebrauch abzustellen ist.

24            Daran gemessen sind die vom Angeklagten vorrätig gehaltenen Zusatzstoffe für elektronische Zigaretten nicht als Funktionsarzneimittel anzusehen. Zwar ist davon auszugehen, dass das darin enthaltene Nikotin eine pharmakologische Wirkung entfaltet. Physiologisch erfolgt aber keine Besserung des Gesundheitszustands, sondern eine der Gesundheit abträgliche Aufnahme von Nikotin. Es handelt es sich daher um ein Genussmittel, dem keine Arzneimittel-eigenschaft zukommt. Dafür spricht auch die Ähnlichkeit des Konsums der

Verbrauchsstoffe von elektronischen Zigaretten mit demjenigen von Tabakzigaretten; denn er imitiert das Rauchen einer Tabakzigarette. Durch den Zusatz von Aromen soll ein angenehmer Geschmack erzeugt werden. Dies unterscheidet die Verbrauchsstoffe elektronischer Zigaretten von den sonst zur Rauchentwöhnung zugelassenen Arzneimitteln, wie nikotinhaltigen Pflastern oder Kaugummis. Auch wird bei den Verbrauchsstoffen der elektronischen Zigaretten keine Dosierungsempfehlung beigefügt, wie sie für Arzneimittel typisch ist. Anders als Nikotinersatzpräparate, die als Arzneimittel gelten, sollten die Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten im vorliegenden Fall auch nicht besonders dazu dienen, zur Rauchentwöhnung angewendet zu werden. Ob sie einen entsprechenden therapeutischen Nutzen aufweisen, ist nicht abschließend geklärt. Elektronische Zigaretten werden im Übrigen auch von Personen konsumiert, die keine Zigarettenraucher sind. Die Verbraucher verwenden sie als Genussmittel.

25           3. Im Ergebnis sind arzneimittelrechtliche Bestimmungen auf die nikotinhaltigen Verbrauchsstoffe der elektronischen Zigaretten nicht anzuwenden (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 20. November 2014 - 3 C 25/13, NVwZ 2015, 749 ff. mit Anm. Müller; Urteil vom 20. November 2014 - 3 C 26/13, PharmR 2015, 252, 257 ff.; Urteil vom 20. November 2014 - 3 C 27/13, NVwZ-RR 2015, 425 ff. mit Aufsatz Schink, StoffR 2015, 72 ff.); die elektronischen Vernebler sind dementsprechend keine Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes (§ 3 Nr. 2 MPG). Dies gibt Raum für die Anwendung des Tabakrechts auf die nikotinhaltigen Verbrauchsstoffe (§ 2 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 3a AMG).

26           II. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderwei-

tigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, ist rechtsfehlerfrei.

27           1. Die Anwendung des § 52 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 und 3 VTabakG durch das Landgericht ist rechtlich nicht zu beanstanden.

28           a) Dieses Gesetz ist anzuwenden, wenn es bei dem Gegenstand der Tat um Tabakerzeugnisse (§ 3 Abs. 1 VTabakG) oder diesen gleichgestellte Stoffe oder Erzeugnisse (§ 3 Abs. 2 VTabakG) geht. Tabakerzeugnisse sind aus Rohtabak oder unter Verwendung von Rohtabak hergestellte Erzeugnisse, die zum Rauchen, Kauen oder anderweitigen oralen Gebrauch oder zum Schnupfen bestimmt sind. Dies trifft auf die beim Angeklagten sichergestellten Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten zu.

29           aa) Dabei handelt es sich um Erzeugnisse, die „unter Verwendung von Rohtabak“ hergestellt wurden (Krüßen, PharmR 2012, 143, 144). Die Begriffe Tabak oder Tabakwaren (vgl. § 1 Abs. 2 Tabaksteuergesetz, § 10 Jugendschutzgesetz) werden im Vorläufigen Tabakgesetz dagegen nicht verwendet. Rohtabak ist hier sowohl Ausgangserzeugnis (§ 3 Abs. 1 VTabakG) als auch den Tabakwaren gleichgestelltes Tabakerzeugnis (§ 3 Abs. 2 VTabakG).

30           (1) Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde das in den vom Angeklagten zum Verkauf vorrätig gehaltenen Verbrauchsstoffen der elektronischen Zigaretten enthaltene Nikotin aus natürlichen Tabakpflanzen gewonnen. Es stammt dann durch Extraktion aus Tabakblättern oder anderen Bestandteilen der Tabakpflanze (vgl. BT-Drucks. 17/8772 S. 4). Es stellt damit im Weiterverarbeitungsvorgang ein Erzeugnis dar, das „unter Verwendung von Rohtabak“ gewonnen wurde, mithin ein Tabakerzeugnis im Sinne von § 3 Abs. 1 VTabakG ist.

31 (2) Anders als nach Art. 2 Nr. 1 und Nr. 4 der Richtlinie des Rates vom 13. November 1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen (Richtlinie 89/622/EWG, Abl. 1989 L359/1), welche Tabakerzeugnisse als solche Erzeugnisse definiert, „die zum Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt sind, sofern sie ganz oder teilweise aus Tabak bestehen“, setzt § 3 Abs. 1 VTabakG nicht voraus, dass die Tabakerzeugnisse im Sinne dieses Gesetzes selbst ganz oder teilweise aus Rohtabak bestehen. Erfasst werden nach dem Wortlaut des Gesetzes vielmehr auch Weiterverarbeitungsprodukte, die „unter Verwendung von Rohtabak“ hergestellt wurden (Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 161. Lfg. Juli 2015, § 3 VTabakG Rn. 8). Daher ist es ohne Bedeutung, dass die vom Angeklagten vorrätig gehaltenen Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten keinen Rohtabak enthielten, sondern nur das daraus gewonnene Nikotin (vgl. OVG Münster, Urteil vom 17. September 2013 - 13 A 1100/12, NVwZ 2013, 1553, 1560; Müller in Klügel/Müller/Hofmann, AMG § 2 Rn. 192; a.A. Beckemper, NZWiSt 2013, 121, 122). Auch der Nikotinanteil ist nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes für die Einordnung als Tabakprodukt unerheblich (Zipfel/Rathke aaO Rn. 22).

32 Eine Gleichsetzung des Begriffs des Tabakerzeugnisses in § 3 Abs. 1 VTabakG mit dem entsprechenden Begriff der Richtlinie 89/622/EWG würde hingegen dazu führen, dass hier nicht einmal ein tabakähnliches Erzeugnis im Sinne des § 3 Abs. 2 VTabakG vorläge (vgl. OVG Münster, Urteil vom 4. November 2014 - 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211, 213). Diese Auslegung des § 3 VTabakG würde ersichtlich dem auf Verbraucherschutz vor Gesundheitsgefahren gerichteten Regelungszweck des Gesetzes widersprechen, das bei tabakähnlichen Erzeugnissen im Sinne von § 3 Abs. 2 VTabakG schließlich nicht einmal das Vorhandensein von Nikotin aus Rohtabak oder die Verwech-

selbarkeit mit einem Tabakerzeugnis voraussetzt (vgl. für Kräutermischungen BGH, Beschluss vom 5. November 2014 - 5 StR 107/14, NStZ 2015, 597 f.).

33 (3) Soweit die Bundesregierung in den Antworten auf Kleine Anfragen vor den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts die Ansicht geäußert hatte, nikotinhaltige Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten seien keine Tabakerzeugnisse (BT-Drucks. 17/9872 S. 7), war sie davon ausgegangen, dass diese dem - strengeren - Arzneimittelrecht unterliegen (BT-Drucks. 17/8772 S. 12; 17/9872 S. 5). Es ist nicht ersichtlich, dass sie für den Fall, dass das Arzneimittelrecht nicht anwendbar ist, die Schutzbestimmungen des Vorläufigen Tabakgesetzes ebenfalls für unanwendbar halten würde. Schließlich kommt der Bemerkung der Bundesregierung alleine keine für die Auslegung der §§ 3 Abs. 1, 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG ausschlaggebende Bedeutung zu. Der Wille des Gesetzgebers kann zwar im Einzelfall aus den Materialien eines Gesetzgebungsverfahrens entnommen und unter bestimmten Umständen (vgl. Wischmeyer JZ 2015, 957, 964) zur Auslegung eines Gesetzes herangezogen werden. Das gilt aber nicht in gleicher Weise für eine nachträgliche Bemerkung eines einzelnen an der Gesetzgebung beteiligten Organs.

34 (4) Nach allem gestattet der Wortlaut des Gesetzes die Anwendung der §§ 3 Abs. 1, 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG unter dem Gesichtspunkt der Einordnung als Tabakerzeugnis. Sein Schutzzweck gebietet sie. Weder aus dem Gemeinschaftsrecht noch aus nachträglichen Erwägungen der Bundesregierung lassen sich durchgreifende Gegengründe entnehmen.

35 bb) Da bei der Benutzung der elektronischen Zigarette kein Verbrennungsvorgang stattfindet und kein Rauch eingeatmet wird, hat das Landgericht die Verbrauchsstoffe der elektronischen Zigaretten zwar nicht als zum Rauchen

bestimmte Tabakerzeugnisse angesehen. Es hat sie aber zu Recht den „zum anderweitigen oralen Gebrauch“ bestimmten Tabakerzeugnissen zugeordnet.

36 (1) Das Merkmal des anderweitigen oralen Gebrauchs ist durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes vom 25. November 1994 (BGBl. I 1994, S. 3538) in § 3 Abs. 1 VTabakG als zusätzliches Auffangmerkmal neben Rauchen und Kauen eingeführt worden. Es ist als Auffangbegriff weit auszulegen. Nach der Gesetzesbegründung soll diese Änderung der Richtlinie 89/622/EWG Rechnung tragen, wonach Tabakerzeugnisse auch anderen Bestimmungszwecken als zum Rauchen, Kauen oder Schnupfen dienen können (BT-Drucks. 16/6992, S. 13). Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 VTabakG ist die dortige Definition jedoch nicht dieselbe wie in der Richtlinie, welche keinen „anderweitigen oralen Gebrauch“ als Rauchen oder Kauen nennt, sondern als Konsumformen nur Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen vorsieht. Gemeinsam ist den Begriffen die Aufnahme flüssiger oder flüchtiger Stoffe durch Mund oder Nase in die Speiseröhre oder in die Atemwege. Lutschen oder Kauen sind nicht die einzigen Möglichkeiten des gegenüber dem Rauchen anderweitigen oralen Gebrauchs. Eine Gleichsetzung der Begriffe aus der europäischen Richtlinie mit den Begriffen im innerstaatlichen Gesetz entspräche nicht dem Wortlaut des § 3 VTabakG. Sie ist mangels Vollharmonisierung auch nicht zu einer richtlinienkonformen Auslegung dieses Gesetzes erforderlich.

37 (2) Die Bestimmung der Verbrauchsstoffe zum oralen Gebrauch ergibt sich bei der Benutzung elektronischer Zigaretten daraus, dass der Konsument nikotinhaltigen Dampf durch den Mund in seinen Körper einbringt. Das Adjektiv oral als Wortbildung aus dem lateinischen Begriff „os“ (Mund) bezeichnet in der Medizin nicht nur allgemein die Zugehörigkeit zum Mund, sondern erfüllt auch die Funktion von Lage- oder Richtungsbezeichnungen. Entscheidend ist hier

die Nikotinaufnahme durch den Mund in den menschlichen Körper im Gegensatz zu einer Stoffaufnahme über die Haut, durch Injektion oder über andere Körperöffnungen. Beim Einatmen von nikotinhaltigem Rauch oder nikotinhaltigen Dämpfen gelangt das Nikotin gleichermaßen durch den Mund und damit „oral“ in die Lunge und in den Blutkreislauf. Der weitere Weg des toxischen Stoffes ist an dieser Stelle unerheblich.

38 Es ist weder nach dem Wortlaut des Gesetzes noch nach seinem Zweck ersichtlich, dass ein „anderweitiger oraler Gebrauch“ nur vorliegen soll, wenn Nikotin, wie bei Snustabak, ausschließlich über die Mundschleimhäute in den Kreislauf der Körperflüssigkeiten aufgenommen wird. Andernfalls wäre auch das Rauchen durch Einatmen von Gasen kein oraler Gebrauch. Nach der Fassung des Gesetzes handelt es sich aber beim Rauchen gerade um einen typischen Fall des oralen Gebrauchs. Der Ansicht, eine Inhalation von Dämpfen statt Rauch stelle keinen Fall der oralen Aufnahme von Nikotin als Tabakerzeugnis dar (vgl. Volkmer, PharmR 2012, 11, 15; Stollmann, NVwZ 2012, 401, 404; Kasper/Krüger/Stollmann, MedR 2012, 495, 500; Beckemper, NZWiSt 2013, 121, 122), ist deshalb nicht zuzustimmen (vgl. Krüßen, PharmR 2012, 143, 144 f.). § 3 Abs. 1 VTabakG enthält keine substanzbezogene Differenzierung zwischen Aerosolen mit flüssigen oder festen Schwebeteilchen.

39 (3) Die Bezugnahme in den Gesetzesmaterialien zur Ergänzung von § 3 VTabakG (BT-Drucks. 12/6992 S. 13) auf die Richtlinie 92/41/EWG erfordert keine Auslegung der Norm dahin, dass der Begriff des Tabakerzeugnisses zum anderweitigen oralen Gebrauch auf Tabakprodukte zu beschränken sei, welche, wie Snustabak, in der Mundhöhle gehalten werden (so aber OVG Münster, Urteil vom 4. November 2014 - 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211, 212). Dafür finden sich im Wortlaut des Gesetzes keine Anhaltspunkte. Dessen Zweck, den

Schutz der Verbraucher gegen die Aufnahme gesundheitsschädlicher Substanzen zu bewirken, steht einer derartigen Auslegung entgegen.

40 Das Zweite Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes (BGBl. I 1994, S. 3538), mit dem die Definition des Tabakerzeugnisses ausgeweitet wurde, hat keine Beschränkung des Begriffs im Sinne von Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 92/41/EWG vorgenommen. Die weitere Fassung des § 3 Abs. 1 VTabakG wird durch Art. 8 der Richtlinie 89/622/EWG sowie Art. 13 der Richtlinie 2001/37/EG gestattet. Danach bleibt das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, strengere Vorschriften für die Herstellung, die Einfuhr, den Verkauf und den Konsum von Tabakerzeugnissen beizubehalten oder zu erlassen, die sie zum Schutz der Gesundheit für erforderlich halten.

41 Die 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 (ABl. EU L 127 vom 29. April 2014 S. 1 ff.), die in Deutschland derzeit noch nicht umgesetzt ist, sieht ihrerseits weitere Beschränkungen des Inverkehrbringens von elektronischen Zigaretten und ihren Nachfüllbehältern vor. Dies gilt etwa im Hinblick auf einen gleichbleibenden Nikotingehalt, der 20 mg/l nicht überschreiten darf, ferner im Hinblick auf das Gebot von Kennzeichnungen, Warnhinweisen und Sicherheitsvorkehrungen.

42 b) Tathandlung des Vergehens gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 Var. 3 VTabakG ist das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen. Die in dem Warenlager des Angeklagten sichergestellten Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten hat der Angeklagte in Verkehr gebracht. Gemäß § 7 Abs. 1 VTabakG stellt auch das Vorrätighalten zum Verkauf ein Inverkehrbringen dar (zum ent-

sprechenden arzneimittelrechtlichen Begriff Senat, Urteil vom 18. September 2013 - 2 StR 535/12, BGHSt 59, 16, 19).

43 c) Zu Recht hat das Landgericht zwei Anknüpfungspunkte aus den Tatbestandsvarianten des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG als erfüllt angesehen.

44 aa) Nach der im Blankettstraftatbestand des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Bezug genommenen Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 2 VTabakG ist es verboten, Tabakerzeugnisse gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen, die einer gemäß § 20 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 Buchstabe a VTabakG erlassenen Rechtsverordnung nicht entsprechen. Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft ist dazu ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, soweit es mit dem Schutz des Verbrauchers vereinbar ist, Stoffe allgemein oder für bestimmte Tabakerzeugnisse oder für bestimmte Zwecke zuzulassen (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 VTabakG). Dies ist durch die Verordnung über Tabakerzeugnisse (TabV) vom 20. Dezember 1977 (BGBl. I S. 2831) geschehen. Zum gewerbsmäßigen Herstellen von Tabakerzeugnissen werden danach nur die in Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 TabV aufgeführten Stoffe für die dort bezeichneten Verwendungszwecke zugelassen. Der Gehalt an zugelassenen Stoffen in Tabakerzeugnissen darf die in Anlage 1 angegebenen Höchstmengen nicht überschreiten (§ 1 Abs. 2 TabV).

45 Die von dem Angeklagten zum Verkauf bereit gehaltenen Verbrauchsstoffe enthielten unter anderem Ethanol. Hierbei handelt es sich um einen in Tabakerzeugnissen nicht zugelassenen Stoff im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 2 VTabakG und § 1 Abs. 1 Satz 1 TabV in Verbindung mit Anlage 1. Propylenglykol und Glycerin, die ebenfalls in den sichergestellten Verbrauchsstoffen enthalten waren, sind zwar nach Teil A Nr. 2 der Anlage 1 zu § 1 TabV zugelas-

sen. Sie dürfen aber nur als Feuchthaltemittel bis zu einer Höchstmenge von fünf oder zehn Prozent der Trockenmasse des Tabakerzeugnisses eingesetzt werden. Ihre Verwendung als Hauptbestandteil des flüssigen Verbrauchsstoffs elektronischer Zigaretten ist demnach nicht gestattet.

46           bb) Ferner ist § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG, §§ 5a, 6 TabV erfüllt.

47           Danach macht sich unter anderem strafbar, wer einer nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG erlassenen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist. § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG ermächtigt das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mit Zustimmung des Bundesrats durch Rechtsverordnung, soweit es zum Schutz des Verbrauchers erforderlich ist, das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, zu verbieten. Dieses Verbot ist vom Ordnungsgeber in § 5a TabV ausgesprochen worden. § 6 Abs. 1 Nr. 3 TabV erklärt sodann, dass derjenige bestraft wird, der Tabakerzeugnisse entgegen einem Verbot des § 5a TabV gewerbsmäßig in Verkehr bringt. Aufgrund dieser Rückverweisung wird die Strafdrohung in § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG aktiviert, welche eine solche Rückverweisung voraussetzt.

48           Der Angeklagte hat Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, gewerbsmäßig in Verkehr gebracht. Die Eigenschaft der sichergestellten Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten als Tabakprodukte, die zum oralen Gebrauch bestimmt sind, wurde oben erläutert. Das Vorrätighalten zum Verkauf ist auch, wie erwähnt, ein Fall des Inverkehrbringens. Der Angeklagte hat dabei gewerbsmäßig ge-

handelt, weil er sich aus dem Verkauf der Verbrauchsstoffe eine fortlaufende Einnahmequelle versprochen hat.

49 d) Der Angeklagte hat nach den Urteilsfeststellungen in Kenntnis und unter Billigung aller tatsächlichen Umstände gehandelt. Er hatte demnach den zur Tatbestandserfüllung erforderlichen Vorsatz.

50 e) Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe zudem die Einsicht gehabt Unrecht zu tun, hält revisionsrechtlicher Überprüfung ebenfalls stand.

51 aa) Nach den Urteilsgründen versuchte der Angeklagte, eine „aus seiner Sicht bestehende Gesetzeslücke ... zu nutzen“. Bereits dieser Umstand erfordert eine gedankliche Auseinandersetzung mit den Grenzen strafbaren Verhaltens und legt nahe, dass der Angeklagte mit Unrechtsbewusstsein handelte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. März 2006 - 2 BvR 954/02, NJW 2006, 2684, 2686). Es kommt hinzu, dass der Angeklagte „auf eine rechtliche Einordnung“ wartete und „seit vier, fünf Jahren die Rechtslage und Rechtsprechung zu den E-Zigaretten“ verfolgte. Zuletzt war gegen ihn eine behördliche Untersagungsverfügung ergangen.

52 Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht davon ausgegangen ist, der Angeklagte habe es jedenfalls für möglich gehalten, dass das Inverkehrbringen der von ihm vertriebenen Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten rechtswidrig ist, und er habe insoweit einen Gesetzesverstoß in Kauf genommen.

53 bb) Die genaue rechtliche Einordnung der Strafbarkeit seines Verhaltens braucht der Täter nicht zu kennen, damit ihm ein Unrechtsbewusstsein vorgehalten werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt

52, 227, 239 f.). Es genügt das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche gesetzlichen Bestimmungen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15, 28). Bei einem Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein weiß der Täter jedenfalls, dass ein Teil der vertretenen Rechtsauffassungen zur Annahme der Rechtswidrigkeit seiner Handlung führt. Er kann sich dann nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine zum anderen Teil vertretene Rechtsauffassung dies ablehnt.

54 cc) Ein Vertrauenstatbestand für den Angeklagten lag mangels gefestigter Rechtsprechung nicht vor (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 2011 - 2 BvR 1230/10). Ihm war es zuzumuten, eine Klärung der Rechtslage abzuwarten, statt eine Verletzung des Gesetzes zu riskieren. Schließlich stand zur Tatzeit eine verwaltungsbehördliche Untersagungsverfügung gegen ihn im Raum.

55 2. Das Landgericht ist schließlich zu Recht von einer tateinheitlichen Verwirklichung zweier Varianten des Straftatbestandes gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG ausgegangen. Die Verbote des gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen und des nicht notwendig gewerbsmäßig begangenen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen betreffen verschiedene tatbestandliche Begehungsweisen.

56 3. Gegen die Anwendung des somit einschlägigen Straftatbestandes des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 GG ist daher nicht veranlasst.

57 a) Die Strafdrohung gegen das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder

Kauen bestimmt sind und gegen das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

58           aa) Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie die Art und das Maß der Strafe so konkret zu umschreiben, dass der Normadressat anhand des gesetzlichen Tatbestands voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Der Bürger als Normadressat soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Zugleich soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber und nicht die Verwaltung oder die Rechtsprechung über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens entscheidet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, 1, 43).

59           Allerdings darf das Gebot der Gesetzesbestimmtheit nicht übersteigert werden; die Gesetze würden sonst zu starr und kasuistisch und könnten der Vielgestaltigkeit des Lebens und dem Wandel der Verhältnisse nicht gerecht werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. März 1978 - 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 48, 56). Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht sind deshalb nicht von vornherein zu beanstanden. Auch die Tatsache, dass zur Auslegung eines Strafgesetzes auf andere Gesetze zurückgegriffen werden muss, steht der Bestimmtheit des Strafgesetzes nicht notwendig entgegen. Dem Gesetzgeber ist es nicht untersagt, in einem Blankettstrafgesetz die Beschreibung des Straftatbestandes durch Verweisung auf eine Regelung im gleichen Gesetz oder in Normen eines anderen rechtssetzenden Organs zu ersetzen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Juli 1962 - 2 BvL 4/62, BVerfGE 14, 245, 252; Beschluss vom 3. Mai 1967 - 2 BvR 134/63, BVerfGE 22, 1, 18). Eine sol-

che Konstruktion ist im Nebenstrafrecht gebräuchlich, insbesondere dort, wo es um die nähere Konkretisierung detailreicher Regelungsgebiete geht (vgl. etwa zum Artenschutz BGH, Beschluss vom 16. August 1996 - 1 StR 745/95, BGHSt 42, 219, 222).

60            Dabei sind Gesetze im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG auch Rechtsverordnungen, welche im Rahmen von Ermächtigungen ergangen sind, die den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG genügen (BVerfG, Beschluss vom 27. März 1979 - 2 BvL 7/78, BVerfGE 51, 60, 73; Beschluss vom 6. Mai 1987 - 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, 342). Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen allerdings im Blankettstrafgesetz selbst oder in einer in Bezug genommenen gesetzlichen Regelung desselben parlamentarischen Gesetzgebers hinreichend deutlich umschrieben sein (vgl. Senat, Urteil vom 18. September 2013 - 2 StR 365/12, BGHSt 59, 11, 15 f.). Verweist der Gesetzgeber im Rahmen einer Verweisungskette auch auf Rechtsverordnungen, muss er dafür Sorge tragen, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus dem Gesetz heraus voraussehbar sind. Dem Verordnungsgeber darf nur eine gewisse Spezifizierung des Tatbestandes überlassen werden (BVerfG, Beschluss vom 8. Mai 1974 - 2 BvR 636/72, BVerfGE 37, 201, 209; Beschluss vom 6. Mai 1987 - 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, 342).

61            bb) Demnach ist § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG verfassungsgemäß.

62            (1) Hinsichtlich der Tatbestandsvariante gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG, §§ 5a, 6 TabV hat der Bundesgesetzgeber den Tatbestand des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, bereits in der Bezugsvorschrift innerhalb desselben Gesetzes näher umschrieben (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG). Der Ver-

ordnungsgeber hat in der von § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG vorausgesetzten Rückverweisungsbestimmung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 TabV nur eine Einschränkung hinzugefügt, dass sich die Strafdrohung ausschließlich gegen gewerbsmäßiges Inverkehrbringen richtet. Die Bezugnahme in § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG auf die Rückverweisung durch § 6 Abs. 1 TabV führt nicht dazu, dass der Gesetzgeber in einer mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbaren Weise seine Bestimmungsgewalt auf den Ordnungsgeber übertragen hätte. Er hat die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit bereits in § 52 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG selbst geregelt.

63

Die Bezugnahme von Blankettstrafgesetzen auf eine Rückverweisung in einer Rechtsverordnung verwendet der Gesetzgeber in einer Vielzahl von Normen des Nebenstrafrechts, so in §§ 95 Abs. 1 Nr. 2, 96 Nr. 2 Arzneimittelgesetz, § 17 Abs. 1 Außenwirtschaftsgesetz, § 29 Abs. 1 Nr. 14 Betäubungsmittelgesetz, § 38a Abs. 1 und 2 Bundesjagdgesetz, § 27 Abs. 1 Nr. 1 Chemikaliengesetz, § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 Ausführungsgesetz zum Chemiewaffenübereinkommen, § 39 Abs. 1 Gentechnikgesetz, § 75 Abs. 2 Infektionsschutzgesetz, §§ 58 Abs. 1 Nr. 18, Abs. 3 Nr. 1, 59 Abs. 1 Nr. 21, Abs. 3 Nr. 1 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, § 7 Abs. 1 Nr. 2 Lebensmittelspezialitätengesetz, § 41 Nr. 6 Medizinproduktegesetz, § 8 Nr. 2 Milch- und Margarinegesetz, § 69 Abs. 1 Nr. 2 Pflanzenschutzgesetz, § 10 Abs. 1 Rindfleischetikettierungsgesetz, § 31 Abs. 1 Nr. 2 Tiergesundheitsgesetz, § 13 Nr. 1 Strahlenschutzvorsorgegesetz, §§ 48 Abs. 1 Nr. 2 bis 4, 49 Nr. 3, 6 und 7 Weingesetz. In keinem dieser Fälle ist bisher eine verfassungsrechtliche Beanstandung der Rechtsnorm wegen Unvereinbarkeit der Verweisungstechnik mit Art. 103 Abs. 2 GG durch die Rechtsprechung erfolgt (vgl. zum Blankettbußgeldtatbestand des § 33 Abs. 1 AWG mit einer entsprechenden Rückverweisungsklausel die Nichtannahme von Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung durch

BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1991 - 2 BvR 374/90, NJW 1992, 2624; Beschluss vom 21. Juli 1992 - 2 BvR 858/92, NJW 1993, 1909, 1910).

64 Der Gesetzgeber verfolgt mit Verweisungen in Straftatbeständen des Nebenstrafrechts auf Rechtsverordnungen, die für einen bestimmten Tatbestand auf das Blankettstrafgesetz zurückverweisen, das Ziel, ein zeitaufwendiges Gesetzgebungsverfahren in solchen Regelungsbereichen zu vermeiden, in denen sich die sozialen Verhältnisse oder die technischen Rechtsanwendungsbedingungen rasch ändern. Solche Verweisungen mit Rückverweisungsklauseln tragen im Allgemeinen zu einer erhöhten Bestimmtheit der Gesamtregelung bei. Allerdings darf der parlamentarische Strafgesetzgeber die Entscheidung über die Strafbarkeit nicht derart auf den Verordnungsgeber delegieren, dass er selbst die überwiegende Bestimmungsgewalt verliert (vgl. Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. Lfg. September 2015, Art. 103 Abs. 2 Rn. 201). Soweit es jedoch vor allem um deklaratorische Verweisungstechniken geht, bestehen insoweit keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 1987 - 2 BvL 11/85 BVerfGE 75, 329, 343; Beschluss vom 21. Juli 1992 - 2 BvR 858/92, NJW 1993, 1909, 1910; krit. Kühl in Festschrift für Lackner, 1987, S. 815, 820 f.; abl. Freund in MünchKomm zum StGB, 2. Aufl., Vorbemerkung zu den §§ 95 ff. AMG Rn. 53 ff. und Festschrift für Rössner, 2015, S. 579, 581 f.; Volkman, ZRP 1995, 220, 222 ff.). Das gilt auch hier.

65 Die Rückverweisungsklausel ist in Konstellationen, wie im vorliegenden Fall, eine zusätzliche Sicherung, um dem Bürger für einen etwaigen Rechtsnormverstoß die Sanktion vor Augen zu führen. Insoweit bedeutet das Erfordernis der Rückverweisung nur, dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit davon abhängig macht, dass die Exekutive eine solche Rückverweisung vornimmt. Unterlässt der Verordnungsgeber die Rückverweisung, ist der Normadressat

nicht beschwert, weil sein Verhalten keine Strafbarkeit auslöst. Der zusätzliche Schutz des Normadressaten kann nicht dahin verstanden werden, dass die Beschreibung strafbaren Handelns der Exekutive überlassen werde (Raum in Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl., Vorbemerkung vor §§ 95–98a Rn. 7). Die Verweisung des Blankettstrafgesetzes auf eine Rechtsverordnung mit Rückverweisungsvorbehalt führt daher nicht zur Verfassungswidrigkeit der Strafnorm (Dannecker in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 161. Lfg. Juli 2015, Vorbemerkung Rn. 59).

66           (2) Hinsichtlich des Verbots des gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen, die unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe hergestellt wurden (§ 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 VTabakG), folgt die Strafdrohung im Wesentlichen ebenfalls bereits aus dem Bundesgesetz. Dem Verordnungsgeber sind nur einzelne Regelungen über Art und Menge der zugelassenen Stoffe überlassen worden, die er in § 1 TabV in Verbindung mit der Anlage hierzu ausgeführt hat. Auch diese Überlassung einer Spezifizierung an den Verordnungsgeber verstößt nicht gegen den Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 GG.

67           b) Die Strafdrohung gegen gewerbsmäßiges Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, oder gegen Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen verletzt auch nicht die Berufsausübungsfreiheit des Angeklagten gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.

68           aa) Die Freiheit der Berufsausübung wird durch Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützt. Der Schutz erstreckt sich auch auf das Recht, die Art und die Qualität der am Markt angebotenen Güter festzulegen. Das Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen

oder des gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, stellt einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit dar. Ein solcher Eingriff bedarf gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Normen genügt. Dies ist der Fall, wenn die grundrechtsbeschränkende Norm durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich ist, und wenn bei einer Gesamtabwägung der Schwere des Eingriffs mit dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten wird. Hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung hat der Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum. Es ist grundsätzlich seine Aufgabe, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage des Einzelnen verbindlich festzulegen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 74, 80/92, 2 BvR 203/12, BVerfGE 90, 145, 173 f.).

69           bb) Nach diesem Maßstab bestehen gegen die Strafnorm keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 20 Abs. 1 und 3 VTabakG und § 1 TabV nebst Anlage 1 sowie § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG und §§ 5a, 6 Abs. 1 Nr. 3 TabV beschränkt den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit in einer mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbarenden Weise.

70           Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbot den Gesundheitsschutz für Verbraucher (vgl. BT-Drucks. 7/255 S. 23, 33, 12/6992 S. 13 f., 18). Das ist eine legitime Zielsetzung.

71 Inwieweit der Konsum elektronischer Zigaretten gesundheitsgefährdend wirkt, ist nicht abschließend geklärt. Es gibt Hinweise darauf, dass ihr Konsum im Hinblick auf die Aufnahme von Nikotin mangels Verbrennungsvorgangs weniger gesundheitsschädlich ist als Zigarettenkonsum. Andererseits können sich Gesundheitsgefahren auch daraus ergeben, dass unklar bleibt, in welcher Menge Nikotin in den Verbrauchsstoffen für elektronische Zigaretten enthalten ist und wie die weiteren Zusatzstoffe sich beim Inhalieren auf die Gesundheit auswirken. Beim Gebrauch der elektronischen Zigaretten wird der bei der Verdampfung der Flüssigkeit entstandene Nebel inhaliert. Die Flüssigkeit besteht aus einem Gemisch verschiedener Chemikalien, wobei als Grundsubstanzen Propylenglykol und Glycerin dienen. Zusätzlich werden Aromastoffe beigemischt, zum Teil auch andere pharmakologische Wirkstoffe (BT-Drucks. 17/8772 S. 4). Beim Dampfen entstehen Verbindungen, die im Verdacht stehen, Krebs auszulösen (BT-Drucks. aaO S. 5). Darüber hinaus enthalten die Aerosole feine und ultrafeine Partikel. Das Einatmen dieser Partikel kann eine chronische Schädigung der Atemwege verursachen. Darüber hinaus kann der Gebrauch von - vermeintlich harmlosen - elektronischen Zigaretten insbesondere Jugendliche, die durch die Verwendung von Aromen zum Konsum der elektronischen Zigaretten verleitet werden, dazu anreizen, später auf den Konsum von Tabakzigaretten umzusteigen. Zudem kann die Art des Umgangs mit den elektronischen Zigaretten eine Gefahrenquelle bei einem Fehlgebrauch darstellen (vgl. OVG Münster, Urteil vom 17. September 2013 - 13 A 1100/12, NVwZ 2013, 1553, 1557).

72 Vor diesem Hintergrund ist die Strafdrohung aufgrund der Einschätzungsprärogative für den Gesetzgeber nicht unverhältnismäßig. Sie ist zur Erreichung des angestrebten Zwecks prinzipiell geeignet und im Hinblick auf die geringe Strafdrohung und die Möglichkeit von Ausnahmeerlaubnissen auch angemessen. Der Gesetzgeber hat mit dem Inverkehrbringen nur eine für das

geschützte Rechtsgut des Verbraucherschutzes vor Gesundheitsgefahren relevante Handlungsweise des Inverkehrbringens unter Strafe gestellt (vgl. zur Relevanz der Handlungsform BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE 90, 145, 186). Sachverhalte mit einem besonders geringen Unrechts- und Schuldgehalt können von dem Zwang zur Strafverfolgung beispielsweise durch die Anwendung der §§ 153, 153a StPO ausgenommen werden (BVerfG aaO, BVerfGE 90, 145, 187, 191 mit insoweit abl. Sondervotum Sommer BVerfGE 90, 212, 224).

73                   c) Die Strafdrohung gegen gewerbsmäßiges Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind, oder gegen Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen ist schließlich auch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

74                   aa) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (BVerfG aaO, BVerfGE 90, 145, 195 f.). Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber. Ihm kommt grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum

zu, in den die Gerichte mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung nicht einzugreifen haben. Es gibt auch keine „Gleichheit im Unrecht“, weshalb es nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, wenn in manchen Regelungsbereichen besondere Strafnormen bestehen, während sie in anderen Regelungsbereichen fehlen, die Verhaltensweisen mit vergleichbarem Bedeutungsgehalt betreffen (vgl. Heger, ZIS 2011, 402, 414).

75           bb) Danach verstößt die Strafdrohung gegen das Inverkehrbringen von elektronischen Zigaretten gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 20 Abs. 1 und 3 VTabakG und § 1 TabV nebst Anlage 1 sowie § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe g VTabakG und §§ 5a, 6 Abs. 1 Nr. 3 TabV nicht gegen den Gleichheitssatz.

76           Für das Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen mit nicht zugelassenen Inhaltsstoffen besteht kein wesentlicher Regelungsunterschied bezüglich verschiedener Tabakerzeugnisse. Ungleich behandelt werden dagegen Tabakerzeugnisse, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind, und Tabakerzeugnisse zum anderweitigen oralen Gebrauch. Nur für letztere ist das gewerbsmäßige Inverkehrbringen generell bei Strafe verboten. Auch insoweit ist der Gleichheitssatz aber nicht verletzt, denn für die besondere strafrechtliche Regelung bestehen sachliche Gründe.

77           Der Begründung der Richtlinien, auf denen § 5a TabV beruht (Richtlinie 92/41/EWG, Richtlinie 2001/37/EG), ist zu entnehmen, dass das Inverkehrbringen solcher Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen und Kauen bestimmt sind, insbesondere wegen ihrer Anziehungskraft auf Jugendliche mit Hilfe der zugesetzten Aromastoffe und der Imitierung des Vorgangs des Zigarettenrauchens verboten sein sollen (vgl. VG Regensburg, Urteil vom 6. Februar 2014 - RN 5 K 13.1776, LRE 68, 142, 144). Dieser Ge-

danke wird auch in der noch umzusetzenden Richtlinie 2014/40/EU aufgegriffen. Bereits aus diesem Regelungsziel ergeben sich nachvollziehbare Gründe für eine unterschiedliche Behandlung gegenüber Tabakerzeugnissen, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind. Eine bisher ungenügende Qualitätskontrolle beim Inverkehrbringen von elektronischen Zigaretten und ihren Verbrauchsstoffen (vgl. BT-Drucks. 17/8772 S. 6) kommt als gesetzgeberischer Erwägungsgrund hinzu. Insbesondere die Unklarheiten darüber, in welcher Menge die Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten Nikotin enthalten und in welcher Art und Menge sowie mit welcher Wirkungsweise andere chemische Inhaltsstoffe vorhanden sind, sind für Verbraucher nachteilig. Anders als bei Zigaretten, deren Hauptbestandteil Tabak ist, bleibt bei elektronischen Zigaretten mangels einer bisherigen Regelung des Gebots von Hinweisen zum Schutz der Verbraucher unklar, welche Inhaltsstoffe sie ihrem Körper zuführen und wie diese wirken. Auch wird auf Gefahren im Umgang mit den elektronischen Zigaretten und den Nachfüllbehältern bisher nicht aufgrund von normativen Vorgaben hingewiesen. Deshalb besteht ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen dem gewerbsmäßigen Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind, sowie solchen, die einem anderweitigen oralen Gebrauch dienen.

78 III. Der Strafausspruch des Landgerichts und der Ausspruch über die Einziehung sind rechtlich nicht zu beanstanden.

#### C.

79 Eine strafrechtliche Kompensation für die lange Dauer des Revisionsverfahrens ist nicht erforderlich. Es liegt keine rechtsstaatswidrige Überlänge vor.

80 Die Entscheidung über die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit des Arzneimittelrechts war von dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europä-

ischen Gerichtshof abhängig und bedurfte hiernach zur Vermeidung einer Divergenz auch des Abgleichs mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Zudem waren Fragen der Verfassungsmäßigkeit der Blankettstrafnorm zu prüfen. Der Angeklagte, gegen den nur eine Geldstrafe verhängt worden ist, hatte keine Freiheitsentziehung zu befürchten. Die Belastung durch das lange Verfahren war insoweit – verglichen mit anderen Strafverfahren – nicht sehr erheblich.

Fischer

Eschelbach

Ott

Zeng

Bartel

