

**Titel:**

**Anforderungen an die Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Tabakerzeugnissen, Fehlende Fristsetzung bei Zwangsgeldandrohung, Tabakerhitzer, Werbung, Harm reduction, Prinzip der Schadensreduzierung**

**Normenketten:**

VwGO § 80 Abs. 5

VwGO § 80 Abs. 3

Tabakerzeugnisgesetz § 19

Tabakerzeugnisgesetz § 21

Tabakerzeugnisgesetz § 29

RL 2003/33/EG

RL 2014/40/EU

BayVwZVG Art. 36 Abs. 1 S. 2

**Schlagworte:**

Anforderungen an die Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Tabakerzeugnissen, Fehlende Fristsetzung bei Zwangsgeldandrohung, Tabakerhitzer, Werbung, Harm reduction, Prinzip der Schadensreduzierung

**Tenor**

I. Die in Nr. 2 des Bescheides des Antragsgegners vom 2. Februar 2024 (Az. ...\*) enthaltene Anordnung der sofortigen Vollziehung der in Nr. 1 angeordneten Untersagungsverfügung wird aufgehoben.

Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen die Nr. 3 des Bescheides des Antragsgegners vom 2. Februar 2024 (Az. ...\*) wird angeordnet.

II. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Beteiligten streiten über die Aussetzung des Vollzugs einer zwangsgeldbewehrten Untersagungsverfügung bezüglich des Werbeverbots für Tabakerzeugnisse.

2

Die Antragstellerin ist ein führender Anbieter von Tabakwaren in Deutschland. Sie ließ in der Zeitschrift „F\* ... ..“, Ausgabe 51/2022, sowie auf der Internetseite www.b\* ...de Anzeigen veröffentlichen. Die Anzeige in der Zeitschrift „F\* ... ..“ enthielt neben verschiedenen Grafiken und einem QR-Code unter anderem folgenden Text:

3

„Die Verbrennung ist das Schädlichste am Rauchen.

4

Bei der Verbrennung entstehen mindestens 250 giftige und 90 krebserregende Schadstoffe.

...

5

Was passiert bei der Verbrennung?

6

Beim Verbrennen von Tabak bei bis zu 900 °C entstehen mehr als 6.000 unterschiedliche Chemikalien. Mindestens 250 davon gelten als schädlich, rund 90 als krebserregend.\*

7

Deshalb ist es immer das Beste, mit dem Rauchen aufzuhören.

8

Aber wenn das keine Option ist, wie können Raucher\*innen die Belastung durch Schadstoffe senken?

9

Wer keinen kompletten Rauchstopp anstrebt, der findet Alternativen zur Zigarette, die ohne Verbrennung auskommen und so deutlich weniger Schadstoffe freisetzen.

...

10

Testen Sie Ihr Wissen hier:

11

w\* ...de

12

Eine Informationskampagne der ... .. GmbH.“

13

Bei den Anzeigen auf der Internetseite [www.b\\* ...de](http://www.b*...de) handelte es sich um hellblaue quadratische Werbebanner, auf denen neben grafisch stilisierten Molekülen in großer Schrift „Weniger Schadstoffe beim Rauchen?“ und „Wie geht das?“ ausgeführt wird. In der Anzeige ist ein roter Schaltknopf enthalten, der mit einer weißen Schrift „Mehr Fakten dazu hier ☐“ beschrieben ist. Unter dem Schaltknopf steht in kleiner Schrift „eine Informationskampagne der ... .. GmbH.“

14

Der in der Printwerbung genannte Link „w\* ...de“ führte zu einer Internetseite, die laut Impressum von der Antragstellerin betrieben wird. Auch die Werbebanner auf [www.b\\* ...de](http://www.b*...de) führten zu dieser Webseite. Die Webseite „w\* ...de“ enthielt nach der in der Behördenakte abgelegten Version Angaben zur gesundheitsschädlichen Wirkung des Rauchens mit einem Schwerpunkt auf dem Verbrennungsvorgang, zum Rauchstopp sowie zu anderen Möglichkeiten der Nikotinaufnahme im Vergleich zur Zigarette. Die Webseite ist im Wesentlichen in drei Kategorien bzw. Unterseiten „Rauchen durchblicken“, „Rauchen sein lassen“ und „Alternativen kennen“ gegliedert. In der Kategorie „Rauchen durchblicken“ wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Verbrennung die Hauptursache für die Schädlichkeit des Rauchens und dass Nikotin nicht die Hauptursache für die Schädlichkeit des Zigarettenrauchs sei. Ausgeführt wird auch, dass 45 Prozent der Raucherinnen und Raucher in Deutschland Nikotin fälschlicherweise für krebserregend halten. Auf der Unterseite „Rauchen sein lassen“ wird im Wesentlichen ausgeführt, dass der Rauchstopp immer die beste Entscheidung für die Gesundheit sei. Jedoch seien ernsthafte Stoppversuche rückläufig. Die Quote habe zuletzt bei 11% gelegen und nur 3-6% der Raucher blieben mindestens ein Jahr rauchfrei ohne Rückfall. Mit dem Rauchen aufzuhören sei nicht einfach, insbesondere ohne längerfristige professionelle Unterstützung. Denn wer sich für einen Rauchstopp entscheide, könne mehrere Wochen unter Entzugssymptomen wie unter anderem erhöhter Nervosität oder Konzentrationsmangel leiden. Auf dieser Unterseite befinden sich auch drei Internetlinks zu Entwöhnungsmethoden auf externen Webseiten. Auf der Unterseite „Alternativen kennen“ werden im Wesentlichen für Besucher, die keinen Rauchstopp anstreben, „schadstoffreduzierte“ Alternativen zu Zigaretten mit Zigaretten und anderen herkömmlichen brennbaren Tabakerzeugnissen verglichen, nämlich „Zigaretten“ mit „E-Zigaretten“, „erhitztem Tabak“ und „oralen Produkten“ wie „Oraltabak“ und „tabakfreien Nikotinbeuteln“. Auf der Unterseite wird unter anderem ausgeführt, dass die Nikotinfreisetzung bei diesen alternativen Produkten ohne Verbrennungsprozess erfolge, sodass weniger Schadstoffe als im Rauch einer konventionellen Zigarette freigesetzt würden. Diese Alternativen seien keine Alternative zum Rauchstopp, nicht schadstofffrei, nicht nikotinfrei und somit weiterhin süchtigmachend und noch nicht langfristig bewertet.

15

Die Antragstellerin betreibt darüber hinaus die deutsche Version der Webseite [www.i\\* ...com](http://www.i*...com) ([https://www.i\\* ...html](https://www.i*...html)). Auf dieser Webseite kann man sich über verschiedene unter der Marke „I\* ...“ vertriebene Produkte

der Antragstellerin, unter anderem Tabakerhitzer und sogenannte Tabaksticks, informieren und diese bestellen. Nach der in der Behördenakte befindlichen Version dieser Webseite wird außerdem darauf hingewiesen, dass bei der Nutzung der Produkte im Vergleich zur Zigarette 95% weniger Schadstoffe entstünden.

#### 16

Mit Schreiben vom 13. Juli 2023 wies der Antragsgegner, vertreten durch das Landratsamt München, die Antragstellerin darauf hin, dass diese mit der Anzeige in der Zeitschrift „F\* ... ..“, Ausgabe 51/2022, sowie mit den Angaben auf der Webseite w\* ...de gegen § 19 Abs. 2 und Abs. 3 Tabakerzeugnisgesetz (TabakerzG) sowie gegen § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG verstoßen habe. Der Erlass einer Anordnung zur sofortigen Unterlassung der Werbung (Anzeige in den Printmedien sowie auf der Webseite w\* ...de) mit Anordnung eines Zwangsgeldes sei beabsichtigt. Die Antragstellerin erhielt Gelegenheit zur Äußerung. Der Antragsgegner bat die Antragstellerin darüber hinaus um Mitteilung, in welchen weiteren Medien die Anzeige geschaltet wurde und belehrte sie über das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 32 Satz 3 TabakerzG.

#### 17

Die Antragstellerin nahm mit Schreiben vom ... August 2023 gegenüber dem Antragsgegner inhaltlich Stellung. Bezüglich der Benennung weiterer Veröffentlichungsorte der Anzeigen berief sie sich auf ihr Auskunftsverweigerungsrecht.

#### 18

Mit streitgegenständlichem Bescheid vom 2. Februar 2024, zugestellt am 7. Februar 2024, untersagte der Beklagte der Antragstellerin ab sofort (Ziffer 1 des streitgegenständlichen Bescheides),

#### 19

- in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung, welche nicht ausschließlich für im Handel mit Tabakerzeugnissen oder elektronischen Zigaretten oder Nachfühlbehältern tätige Personen bestimmt ist oder die in einem Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, gedruckt und herausgegeben wird, sofern diese Veröffentlichung nicht hauptsächlich für den Markt in der Europäischen Union bestimmt ist,

#### 20

- mit Veröffentlichungen im Internet

#### 21

wie folgt zu werben:

#### 22

- mit Anzeigen namentlich „Die Verbrennung ist das Schädlichste am Rauchen“, welche auf die Webseite [https://w\\* ...de/](https://w*...de/) verweisen, wie sie als Anlage 1 zur Anordnung zu finden ist,

#### 23

- mit Anzeigen, welche den Sinn gleichen Inhalt haben und auf die zuvor genannte Webseite verweisen; ein sinngleicher Inhalt ist der Anzeige in Anlage 2 beispielhaft zu entnehmen,

#### 24

- mit Veröffentlichungen und Aussagen, die Tabakerhitzer oder konkret bezeichnete Produkte als „Alternative zum Rauchen von Zigaretten“ nach dem Prinzip der Schadensreduzierung (Harm Reduction) darstellen.

#### 25

Die sofortige Vollziehung der Ziffer 1 des Bescheides wurde angeordnet (Ziffer 2 des streitgegenständlichen Bescheides). Mit Ziffer 3 des streitgegenständlichen Bescheides wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 EUR je Verstoß angedroht, falls die Antragstellerin einer der Anordnungen aus Ziffer 1 des Bescheides nicht oder nicht innerhalb der genannten Frist nachkomme. Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens zu tragen. In der Begründung des streitgegenständlichen Bescheides wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin gegen die Werbeverbote in § 19 Abs. 2 und Abs. 3 TabakerzG sowie in § 21 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG verstoßen habe. Dabei wies der Antragsgegner neben den beanstandeten Aussagen in der Anzeige in der Zeitschrift „F\* ... ..“, der Anzeige auf der Webseite [www.b\\* ...de](http://www.b*...de), der Webseite w\* ...de auch auf Aussagen der Antragstellerin auf der Webseite [www.i\\* ...com](http://www.i*...com) hin. Die sofortige

Vollziehung der Ziffer 1 des streitgegenständlichen Bescheides wurde mit folgender Begründung angeordnet:

## 26

„Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Anordnungen unter den Nummern 1 dieses Bescheids ergeht im öffentlichen Interesse (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO). Zwar ist offensichtlich, dass der ... GmbH durch die Anordnung zunächst die Möglichkeit genommen wird, weiter für Ihre Produkte zu werben; wirtschaftliche Nachteile sind dabei nicht auszuschließen bzw. wahrscheinlich. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass Sie sich zum Einen durch die verbotene Werbung gegenüber den Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, und dass zum Anderen die Fortsetzung der verbotenen Werbung nach Klageerhebung und der damit verbundenen aufschiebenden Wirkung nicht hingenommen werden kann. Vielmehr muss auch im Falle einer Klage sichergestellt sein, dass die Forderungen nach Einhaltung der Rechtsordnung, hier insbesondere des Gesundheits- und Jugendschutzes, beachtet wird. Denn nach der grundrechtlichen Wertentscheidung des Grundgesetzes ebenso wie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GR-Charta) vom 12.12.2007 überwiegen die geschützten Rechtsgüter der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Abs. 1, 37 EU-GR-Charta i.V.m. Art. 6 EUV) rein wirtschaftliche Interessen (Art. 14 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, Art. 16, 17 EU-GR-Charta). Dies gilt insbesondere hinsichtlich einer juristischen Person mit einer nur beschränkten Haftung (hier in Form einer GmbH). Hinzu kommt die zu befürchtende Vorbildwirkung der verbotenen Werbung, die eine Nachahmung durch Mitbewerber, also andere Zigarettenhersteller, befürchten lässt. Dem gilt es rasch (im Falle einer Klage jedenfalls vor bestands- oder rechtskräftigem Abschluss der Hauptsache) entgegenzutreten, um einer Ausweitung rechtswidriger Handlungen vorzubeugen. Das angestrebte Ziel, die Ausweitung rechtswidriger Handlungen zu verhindern, kann im vorliegenden Falle nur durch die sofortige Vollziehung der Anordnung erreicht werden. Nur so kann das festgestellte rechtswidrige Verhalten effektiv beseitigt, die Ermutigung zur Nachahmung verhindert und auch unter diesem Gesichtspunkt dem Gesundheits- und Jugendschutz damit zur Geltung verholfen werden. Ohne sofortiger Untersagung der Imagewerbung in Bezug auf die Tabakerhitzer besteht die Gefahr, dass diese als eine Art wenig schädliches „hippes“ Lifestyleprodukt wahrgenommen werden und sich zu einer Art Trend verfestigen. Gerade Jugendliche wären für ein solches Lifestyleprodukt oder einen Trend in besonderem Maße empfänglich. Den Anzeigen und Webseiten wohnt durch das positive Image der Tabakerhitzer die nicht steuerbare Gefahr inne, dass Jugendlichen oder jungen Menschen der Einstieg in das Dampfen attraktiver gemacht wird, als es ohne Werbung der Fall wäre. Das Interesse an der sofortigen Vollziehung ist aufgrund der Gesundheitsgefahr für die Allgemeinheit damit gegeben. Die Werbung mit Angaben, die geeignet sind, die mit dem Rauchen verbundenen Gefahren für die Gesundheit des Rauchers zu relativieren und das Rauchen als weniger gesundheitsschädlich erscheinen lassen, sind geeignet, Personen, die bislang nicht geraucht haben, zum Rauchen zu veranlassen, und Personen, die bereits rauchen, zu erhöhtem Tabakkonsum zu verleiten. Solange ein Tabakunternehmen auf seiner Webseite eine nüchterne, auf Produktpreisung verzichtende Unternehmensdarstellung und -information betreibt und somit den Bereich der kommerziellen Kommunikation noch nicht betritt, ist ihm der Betrieb einer Unternehmenswebseite – gerade unter Berücksichtigung der Meinungsäußerungs- und Berufsausübungsfreiheiten, ohne Weiteres möglich. Das allgemeine Interesse an der sofortigen Vollziehung ist danach höher zu bewerten als das mutmaßliche wirtschaftliche Interesse der ... GmbH an der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen diese Anordnung.“ Zur Begründung der Zwangsgeldandrohung wird im Bescheid ausgeführt, dass die Fristsetzung und die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes angemessen seien, um die Umsetzung der getroffenen Anordnungen sicherzustellen. Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ergäbe sich aus dem geschätzten wirtschaftlichen Interesse der Antragstellerin an der Nichtbefolgung und aus dem besonderen öffentlichen Interesse an der Befolgung der Anordnung.

## 27

Mit Schriftsätzen vom ... Februar 2024 erhob die Antragstellerin beim Bayerischen Verwaltungsgericht München Anfechtungsklage gegen den streitgegenständlichen Bescheid (Az. M 26b K 24.828) und beantragte gleichzeitig,

## 28

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ziffer 1. des Bescheides des Antragsgegners vom 2. Februar 2024 (Geschäftszeichen: ...) wiederherzustellen und im Hinblick auf Ziffer 3. anzuordnen.

## 29

Zur Begründung wird mit mehreren Schriftsätzen im Wesentlichen ausgeführt, dass der streitgegenständliche Bescheid aus mehreren Gründen formell und materiell rechtswidrig sei. So sei die Antragstellerin nicht wirksam angehört worden. Zudem handele es sich bei den beanstandeten Äußerungen nicht um verbotene Werbung bzw. unzulässige Äußerungen. Die Antragstellerin wolle vielmehr lediglich Verbraucher sachlich informieren. Die Untersagungsanordnung sei auch teilweise unbestimmt und das angedrohte Zwangsgeld unverhältnismäßig. Insbesondere sei die Anordnung einer sofortigen Vollziehbarkeit nicht ordnungsgemäß begründet im Sinne von § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Der Bescheid enthalte lediglich Allgemeinplätze bzw. Behauptungen, konkrete Gefahren für Leben und Gesundheit der Öffentlichkeit würden im Bescheid nicht schlüssig dargelegt.

**30**

Der Antragsgegner beantragt,

**31**

den Antrag abzulehnen.

**32**

Zur Begründung wird ausgeführt, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Ausgangsbescheides das private Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache überwiege. Der streitgegenständliche Bescheid sei formell und materiell rechtmäßig und verletze die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Insbesondere genüge die Anordnung der sofortigen Vollziehung den formalen Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO. Die im angegriffenen Bescheid für den Sofortvollzug angeführten Gründe würden zeigen, dass sich der Antragsgegner des Ausnahmecharakters der sofortigen Vollziehung bewusst gewesen sei und ließen auch erkennen, welche Gründe ihn zur Anordnung des Sofortvollzugs bewogen hätten. Für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit sei in formeller Hinsicht auch nicht erforderlich, dass Gefahren für Leben und Gesundheit der Verbraucher bestünden. Sofern hilfsweise eine Interessenabwägung erforderlich sei, falle diese klar zu Ungunsten der Antragstellerin aus. Der Antragstellerin sei es zuzumuten, bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache mit ihren Werbemaßnahmen zu warten. Vollendete Tatsachen würden hierdurch nicht geschaffen. Die geschützten Rechtsgüter der Gesundheit würden die rein wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin überwiegen. Die angefochtene Anordnung sei darüber hinaus dringlich, weil ohne sofortige Untersagung der Imagewerbung in Bezug auf die Tabakerhitzer die Gefahr bestehe, dass sich diese als eine Art wenig schädliches Lifestyle-Produkt zu einem Trend verfestigen würde. Gerade Jugendliche wären hierfür in besonderem Maße empfänglich. Damit würde Jugendlichen oder jungen Menschen der Einstieg in das Dampfen attraktiver gemacht, als es ohne Werbung der Fall wäre. Ebenso sei die Werbung dazu geeignet, Personen, die bereits rauchten, zu erhöhtem Tabakkonsum zu verleiten, was sich wiederum auf die Gesundheit auswirke.

**33**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte (auch im Hauptsacheverfahren M 26b K 24.828) und die vorgelegte Behördenakte Bezug genommen.

II.

**34**

Der Antrag hat Erfolg.

**35**

1. Der Antrag auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der in der Hauptsache erhobenen Anfechtungsklage ist gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zulässig. Er ist statthaft, weil es sich bei der Ziffer 1 der angegriffenen Verfügung um einen Verwaltungsakt handelt, für den der Antragsgegner gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet hat und weil bezüglich der Zwangsgeldandrohung in Ziffer 3 der angegriffenen Verfügung Rechtsbehelfen gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. Art. 21a Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG) keine aufschiebende Wirkung zukommt.

**36**

2. Der Antrag ist auch begründet.

**37**

2.1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ziffer 1 der streitgegenständlichen Verfügung entspricht nicht den Anforderungen an die Begründungspflicht nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO und ist bereits aus diesem Grund aufzuheben (vgl. BVerwG, B.v. 18.9.2001 – 1 DB 26.01 – juris Rn. 9; BayVGh, B.v. 6.9.2021 – 20 CS 20.2344 – beckonline Rn. 2). Wegen des Verstoßes gegen die Begründungspflicht nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO erfolgt die Tenorierung abweichend von § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO und dem Antrag (vgl. BVerwG, B.v. 18.9.2001 – 1 DB 26.01 – juris Rn. 9; BayVGh, B.v. 6.9.2021 – 20 CS 20.2344 – beckonline Rn. 6).

### 38

2.1.1. Nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO hat die Behörde das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen, wenn sie dessen sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO besonders angeordnet hat. Da es sich bei der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach der Wertung des Gesetzgebers um einen Ausnahmefall handelt, muss neben das ohnehin bestehende öffentliche Interesse an der Umsetzung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes (Erlassinteresse) ein besonderes Vollzugsinteresse treten, das das Absehen vom Regelfall der aufschiebenden Wirkung und die Befugnis der Behörde, einen Verwaltungsakt auch schon vor Eintritt der Bestandskraft mit Zwangsmitteln durchzusetzen, zu rechtfertigen vermag (BayVGh, B.v. 2.8.2022 – 20 CS 22.1540 -juris Rn. 4). Die Pflicht zur Begründung nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO soll der Behörde den Ausnahmecharakter der Vollziehungsanordnung vor Augen führen und sie veranlassen, mit Sorgfalt zu prüfen, ob tatsächlich ein überwiegendes öffentliches Interesse den Ausschluss der grundsätzlich vorgesehenen aufschiebenden Wirkung von Anfechtungsrechtsbehelfen erfordert. Dem Erfordernis einer schriftlichen Begründung ist dabei nicht bereits dann Genüge getan, wenn überhaupt eine solche gegeben wird; es bedarf vielmehr einer schlüssigen, auf den konkreten Einzelfall bezogenen und substantiierten Darlegung der wesentlichen Erwägungen, warum aus Sicht der Behörde gerade im vorliegenden Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung gegeben ist und das Interesse des Betroffenen am Bestehen der aufschiebenden Wirkung ausnahmsweise zurückzutreten hat (vgl. BVerwG, B. v. 18.9.2001 – 1 DB 26.01 – juris Rn. 6; BayVGh, B. v. 7.3.2022 – 20 CS 22.307 – beck-online Rn. 3). Auf die inhaltliche Richtigkeit oder Tragfähigkeit der Begründung kommt es bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO hingegen nicht an, da diese Vorschrift eine formelle und keine materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung normiert (BayVGh, B. v. 7.3.2022 – 20 CS 22.307 – beck-online Rn. 3; B. v. 7.9.2020 – 11 CS 20.1436 – beck-online Rn. 20). Formelhafte, also für beliebige Fallgestaltungen passende Wendungen, formblattmäßige oder pauschale Argumentationsmuster sowie die bloße Wiederholung des Gesetzestextes reichen nicht aus, da daraus nicht erkenntlich wird, ob und aus welchen Gründen die Behörde vom Vorliegen eines Ausnahmefalls ausgegangen ist, der ein Abweichen vom Grundsatz des § 80 Abs. 1 VwGO rechtfertigen kann (BayVGh, B.v. 2.8.2022 – 20 CS 22.1540 – juris Rn. 4 m.w.N.).

### 39

2.1.2. Diesen Anforderungen genügt die Begründung der sofortigen Vollziehung der Untersuchungsverfügung nicht.

### 40

Der Antragsgegner begründet die Anordnung des Sofortvollzugs im Wesentlichen damit, dass die vom Werbeverbot geschützten Rechtsgüter der Gesundheit und des Jugendschutzes die rein wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin überwiegen würden. Zudem wäre eine Nachahmung und damit eine Ausweitung rechtswidriger Handlungen durch andere Zigarettenhersteller zu befürchten. Außerdem bestehe die Gefahr, dass Tabakerhitzer als wenig schädliches Lifestyleprodukt wahrgenommen würden und sich zu einer Art Trend verfestigen, wofür insbesondere Jugendliche empfänglich wären. Schließlich seien die beanstandeten Äußerungen, welche die Gesundheitsgefahren des Rauchens relativieren, auch geeignet, Personen, die bisher nicht geraucht haben, zum Rauchen zu veranlassen und Personen, die bereits rauchen, zu erhöhtem Tabakkonsum zu veranlassen.

### 41

a) Diese Begründung lässt nicht erkennen, dass sich die Behörde im vorliegenden Fall der Ausnahmesituation ihres Verwaltungshandelns bewusst war. Ein über das ohnehin bestehende Erlassinteresse im Einzelfall hinausgehendes besonderes Vollzugsinteresse ist nicht dargetan. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das TabakerzG im Gegensatz zu den lebensmittelrechtlichen Vorschriften (§ 39 Abs. 7 LFGB) für keine der nach § 29 TabakerzG möglichen Maßnahmen einen gesetzlich angeordneten

Sofortvollzug nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO vorsieht, auch nicht bei Vorliegen eines ernststen Risikos (vgl. BayVGh, B.v. 2.8.2022 – 20 CS 22.1540 – juris Rn. 7). Gemäß § 29 Abs. 4 Satz 1 TabakerzG ist dabei mit ernststem Risiko ein über die typischen Gefahren des Konsums der Erzeugnisse hinausgehendes Risiko insbesondere für die Sicherheit und Gesundheit von Personen gemeint. Insbesondere ist auch die gesetzgeberische Grundsatzentscheidung zu berücksichtigen, dass Maßnahmen der Behörden zur Durchsetzung der Werbeverbote der §§ 19 bis 21 TabakerzG in § 29 Abs. 2 Satz 3 TabakerzG zwar ausdrücklich als zulässig genannt werden, jedoch nicht ausdrücklich mit einem gesetzlichen Sofortvollzug versehen wurden. Der Gesetzgeber hat damit offenbar keine Veranlassung gesehen, insbesondere auch für Verstöße gegen die Werbeverbote vom Regelfall der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen nach § 80 Abs. 1 VwGO abzusehen. Soweit die Behörde vorliegend bei der Anordnung des Sofortvollzugs mit den typischen Gefahren des Konsums von Tabakerzeugnissen argumentiert, verkennt sie deshalb, dass allein diese Gefahren nach der grundsätzlichen Wertung des nationalen Gesetzgebers gerade nicht zur Begründung eines besonderen Vollzugsinteresses im Einzelfall taugen. Abgesehen von der Verkenntung des gesetzlichen Regel-Ausnahmeverhältnisses fehlen in der Begründung auch konkrete Aussagen im Einzelfall dazu, warum die streitgegenständlichen Anzeigen bzw. Äußerungen der Antragstellerin Gefahren darstellen, die über die typischen Gefahren des Konsums von Tabakerzeugnissen hinausgehen, so dass ausnahmsweise der Sofortvollzug gerechtfertigt sein könnte. Soweit die Behörde in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass der von ihr angenommene Werbeeffekt für Tabakerhitzer dazu führe, dass Raucher mehr Tabak konsumieren und Nichtraucher zum Rauchen veranlasst würden, trifft dies allgemein auf jegliche Werbeaussage zu.

#### 42

b) Die Anforderungen an die Begründung des Sofortvollzugs reduzieren sich dabei auch nicht ausnahmsweise aufgrund des mit der Anordnung des Sofortvollzugs verfolgten Gesetzeszwecks, wenn der Gesetzeszweck ohne Anordnung des Sofortvollzugs überhaupt nicht erreichbar ist. In solchen Fällen des identischen Erlass- und Vollzugsinteresses kommt es in erster Linie auf den Rang der durch die Anordnung zu schützenden Rechtsgüter an. Je gewichtiger die potentiell gefährdeten Rechtsgüter und je geringer die Einflussmöglichkeiten auf die Schadensquelle sind, desto niedriger sind die Anforderungen an eine Begründung für den konkreten Einzelfall zu stellen (vgl. BayVGh, B.v. 2.8.2022 – 20 CS 22.1540 – juris Rn. 6; Eyermann, 16. Aufl. 2022, VwGO § 80 Rn. 46). Hier ist jedoch Zurückhaltung geboten, weil die Exekutive hierbei letztlich eine legislative Fehlleistung korrigieren würde, was nur bei zwingenden Gründen, regelmäßig zum Schutz elementarer Grundrechte anderer, zulässig sein kann (Eyermann, 16. Aufl. 2022, VwGO § 80 Rn. 46).

#### 43

Ein solcher Ausnahmefall bzw. solche zwingenden Gründe für verringerte Anforderungen an die Begründung des Sofortvollzugs liegen hier jedoch nicht vor. Es bestehen zum einen weitere Einflussmöglichkeiten auf die Schadensquelle. Zwar dürfte es sich insbesondere bei dem durch den Tabakkonsum gefährdeten Rechtsgut der Gesundheit um ein elementares Grundrecht im oben skizzierten Sinne handeln. Jedoch wird dieses Grundrecht durch die streitgegenständlichen Anzeigen und Aussagen allenfalls mittelbar beeinträchtigt. Der negative Effekt auf das geschützte Rechtsgut der Gesundheit entsteht nämlich nicht durch die streitgegenständlichen Anzeigen und Aussagen, sondern erst durch den späteren Vorgang des Konsums der Tabakerzeugnisse. Auch wenn sich der Konsum ursächlich auf die streitgegenständlichen Anzeigen und Aussagen zurückführen ließe, bestünden deshalb prinzipiell noch andere Einflussmöglichkeiten auf die Schadensquelle, beispielsweise durch Regelung der Modalitäten des Erwerbs der Tabakerzeugnisse wie Altersvorgaben oder durch Vorgaben bezüglich der zugelassenen Inhaltsstoffe. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzeszweck, also die Verhinderung von Werbung für bzw. Verhinderung bestimmter Aussagen hinsichtlich Tabakerzeugnisse, ohne Anordnung des Sofortvollzugs überhaupt nicht erreichbar sei. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Verstoß gegen das Werbeverbot des § 19 TabakerzG bzw. gegen § 21 TabakerzG gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 7 bzw. Nr. 12 TabakerzG bußgeldbewehrt ist und damit unabhängig vom Sofortvollzug sowohl für die Antragstellerin als auch für deren Mitbewerber ein Anreiz zur Befolgung der §§ 19, 21 TabakerzG besteht. Es ist weder in der Begründung des Sofortvollzugs ausgeführt noch sonst für das Gericht ersichtlich, warum vor dem Hintergrund der Bußgeldbewehrung der Gesetzeszweck ohne die Anordnung des Sofortvollzugs überhaupt nicht erreicht werden kann.

#### 44

Im Übrigen lässt die Begründung unberücksichtigt, dass das TabakerzG überwiegend gesundheitspräventive Zwecke unter Hinnahme der Gesundheitsschädlichkeit des Tabakkonsums verfolgt und damit lediglich mittelbar dem Gesundheitsschutz dient, indem der Konsum von Tabakerzeugnissen weder gefördert noch erleichtert werden soll (BayVGh, B.v. 2.8.2022 – 20 CS 22.1540 – juris Rn. 7 unter Verweis auf BT-Drs. 1872/18 S. 31 und 33 und BR-Drs. 221/17 S. 8 und Art. 1 der RL 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014).

#### 45

2.1.3. Das Gericht weist ergänzend darauf hin, dass mit dem Vorstehenden keine Aussage zu den zwischen den Beteiligten strittigen materiell-rechtlichen Fragen getroffen wird und dass die Behörde durch die Entscheidung nicht daran gehindert ist, die sofortige Vollziehung mit zureichender Begründung erneut anzuordnen (vgl. BVerwG, B.v. 18.9.2001 – 1 DB 26.01 – juris Rn. 9; BayVGh, B.v. 6.9.2021 – 20 CS 20.2344 – beckonline Rn. 6).

#### 46

2.2. Der Antrag ist auch bezüglich der Ziffer 3 des streitgegenständlichen Bescheides begründet.

#### 47

Das Gericht der Hauptsache kann gemäß § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung der Klage anordnen, wenn die Klage – wie hier – entgegen dem in § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO enthaltenen Grundsatz keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Das Gericht trifft dabei im Rahmen einer summarischen Prüfung der sich im Zeitpunkt der Entscheidung darstellenden Sach- und Rechtslage eine eigene, originäre Ermessensentscheidung darüber, ob die Interessen, die für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streiten, oder diejenigen, die für einen sofortigen Vollzug des angefochtenen Verwaltungsaktes sprechen, überwiegen. Wesentliches Element dieser Entscheidung sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein erforderliche summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs regelmäßig zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid bei kursorischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, besteht kein Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hinreichend absehbar, bleibt es bei einer allgemeinen Interessenabwägung.

#### 48

Nach diesen Maßstäben fällt die Abwägung zulasten des Antragsgegners aus, da die Hauptsacheklage bezüglich der Ziffer 3 des streitgegenständlichen Bescheides aller Voraussicht nach Erfolg haben wird. Die in der Hauptsache zulässige, insbesondere fristgerecht (§ 74 Abs. 1 VwGO) gegen die Zwangsgeldandrohung erhobene Anfechtungsklage erweist sich bezüglich der Ziffer 3 des Bescheides aller Voraussicht nach als begründet, da der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt (§ 113 Absatz ein Satz 1 VwGO).

#### 49

Gemäß Art. 36 Abs. 1 Satz 2 VwZVG ist bei der schriftlichen Androhung eines Zwangsmittels für die Erfüllung der Verpflichtung eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher dem Pflichtigen der Vollzug billigerweise zugemutet werden kann. Dabei ist die Fristbestimmung schon wegen der Beugefunktion des Zwangsgeldes zwingend erforderlich. Dies gilt auch für Anordnungen, die aufgrund gesetzlicher Ge- oder Verbote erlassen werden. Letztlich sprechen auch Gründe des effektiven Rechtsschutzes dafür (Giehl/Adolph/Fabisch Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, Stand 53. AL März 2024, Art. 36 VwZVG Rn. 19). Die Frist ist so zu bestimmen, dass dem Pflichtigen der Vollzug der ihm auferlegten Pflicht billigerweise zugemutet werden kann. Maßstäbe sind die Dringlichkeit des Vollzugs und die dem Pflichtigen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und Mittel die Verpflichtung zu erfüllen (Giehl/Adolph/Fabisch Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, Stand 53. AL März 2024, Art. 36 VwZVG Rn. 21). Bei Unterlassungsverpflichtungen bedarf es im Allgemeinen einer besonderen Fristsetzung nicht, es sei denn, zu deren Erfüllung wären im konkreten Fall bestimmte Vorbereitungshandlungen nötig (vgl. Engelhardt/App/Schlatmann/Troidl, 12. Aufl. 2021, VwVG § 13 Rn. 3e m.w.N.).

#### 50

Diesen Anforderungen genügt die Ziffer 3 des streitgegenständlichen Bescheides nicht. Sie ist voraussichtlich rechtswidrig und im Hauptsacheverfahren aufzuheben. Im Zusammenhang mit Ziffer 1 des Bescheides, in welchem bestimmte Äußerungen „ab sofort“ untersagt werden, kann auch die



Zwangsgeldandrohung in Ziffer 3 des Bescheides nur so verstanden werden, dass diese „ab sofort“ gilt und damit der Antragstellerin keine Frist für die Erfüllung der Verpflichtung gewährt wird. Soweit sich die Untersagungsverfügung auf bereits vorhandene oder in Auftrag gegebene Werbeanzeigen und Webseiten bezieht, wären jedoch für die Befolgung der Anordnung zunächst Handlungen der Antragstellerin erforderlich (z.B. Änderung oder Abschaltung der beanstandeten Webseiten, Stornierung der Anzeigen). Hierfür wäre der Antragstellerin eine angemessene Reaktionszeit zuzugestehen (vgl. auch BayVGh, B.v. 24.4.2013 – 22 CS 13.590 – beckonline Rn. 14 m.w.N.).

## **51**

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

## **52**

3. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. Nrn. 1.5 Satz 1, 1.7.2 Satz 2 und 25.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, so dass im Eilverfahren mangels anderer Informationen über die wirtschaftlichen Auswirkungen der Untersagungsverfügung die Hälfte des angedrohten Zwangsgelds in Höhe von 10.000 Euro anzusetzen ist (vgl. auch BayVGh, B. v. 16.3.2017 – 9 C 17.324 – beckonline).