



MGEPA Nordrhein-Westfalen • 40190 Düsseldorf

An die  
Präsidentin des Landtags  
Nordrhein-Westfalen  
Frau Carina Gödecke MdL  
Platz des Landtags 1  
40221 Düsseldorf



Seite 1 von 2

Aktenzeichen:  
M 2 -  
bei Antwort bitte angeben

Herr Suchanek  
Telefon 0211 8618-3451  
Telefax 0211 8618-53451  
dirk.suchanek@mgffi.nrw.de

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin,

mit Schreiben vom 29.10.2012 hat der Vorsitzende der Piratenfraktion im Landtag Nordrhein-Westfalen, Herr Dr. Joachim Paul MdL, Frau Ministerin Steffens gebeten, seiner Fraktion das Rechtsgutachten zu der Frage, ob der Gebrauch einer sogenannten E-Zigarette dem Nicht-raucherschutzgesetz Nordrhein-Westfalen, insbesondere also dem dort verankerten Rauchverbot unterfällt, zur Verfügung zu stellen.

20. November 2012

Dieses Gutachten wurde im Auftrag des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter von Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Dahm und Herrn Rechtsanwalt Dr. Fischer erstellt. Die Gutachter tendieren zusammengefasst zu der Einschätzung, den Konsum einer E-Zigarette nicht als "Rauchen" i.S. des NiSchG NRW einzustufen. In Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Gutachter ist das Ministerium indes zu einer gegenteiligen Auffassung gelangt.

In fachlicher Hinsicht wird dies durch eine aktuelle Einschätzung des Bundesinstituts für Risikobewertung (BfR) vom 24. Februar 2012 gestützt, wo es heißt: "Auch sind Gefahren für Dritte nach derzeitigem Kenntnisstand nicht auszuschließen. Angesichts eines großen Produktspektrums an Liquids und der nahezu unbegrenzten Möglichkeiten zum Experimentieren mit Inhaltsstoffen und Konzentraten bleibt es fraglich, was eine E-Raucherin / ein E-Raucher im konkreten Fall tatsächlich inhaliert bzw. ausatmet und mit welchen Schadstoffen somit die Raumluft belastet wird. Das BfR empfiehlt daher, E-Zigaretten in Nichtraucherbereichen wie herkömmliche Zigaretten zu behandeln und das E-Rauchen dort zu untersagen."

Horionplatz 1  
40213 Düsseldorf  
Telefon 0211 8618-50  
Telefax 0211 8618-54444  
poststelle@mgpepa.nrw.de  
www.mgpepa.nrw.de

In rechtlicher Hinsicht besteht hier die Auffassung, dass die Einheit der Rechtsordnung es gebietet, den Konsum von E-Zigaretten als "Rau-

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Rheinbahn Linien 704, 709  
und 719 bis Haltestelle  
Landtag/Kniebrücke

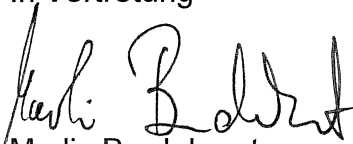
chen" auch i.S. des NiSchG NRW einzuordnen. Wie Ihnen bekannt ist, vertritt das Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter die Auffassung, dass nikotinhaltige Liquids für E-Zigaretten als Funktionsarzneimittel zu qualifizieren sind. Dies wird durch die Entscheidung des VG Düsseldorf vom 10.10.2012 bestätigt. Dann wäre es aber geradezu widersinnig, den Konsum solcher Produkte gleichsam durch "die Hintertür" des NiSchG NRW zu legalisieren. Auch würde der Vollzug durch die kommunalen Ordnungsbehörden massiv behindert, wenn diese zwischen herkömmlichen Zigaretten und neuartigen Erscheinungsformen wie der E-Zigarette unterscheiden müssten.

Diese Einschätzung wird auch von der Bundesregierung geteilt. In der Beantwortung der Kleinen Anfrage der Abgeordneten Dr. Martina Bunge, Diana Goize, Karin Binder, und weiterer Abgeordneter der Fraktion DIE LINKE, betreffend die „Gesundheitliche und rechtliche Bewertung von E-Zigaretten“, BT-Drs. 17/8652, führt die Bundesregierung zu Frage Nr. 46: "Inwieweit sind die Vorschriften für den Nichtraucherschutz für die E-Zigarette anzuwenden?" aus:

"Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass elektronische Zigaretten grundsätzlich unter das Bundesnichtraucherschutzgesetz fallen, da dieses Gesetz ein allgemeines Rauchverbot regelt, ohne dass „Rauchen“ hinsichtlich des Konsums bestimmter Produktgruppen wie z.B. Zigaretten, Zigarren, Kräuterezigaretten oder elektrischen Zigaretten differenziert wird. Dies wurde bereits in der Antwort auf die Schriftliche Frage Nr. 158 des Abgeordneten Dr. Terpe in der Bundestagsdrucksache Nr. 17/8297 dargelegt."

Um die Weiterleitung dieses Schreibens mit dem als Anlage beigefügten Gutachten an die Mitglieder des Landtags Nordrhein-Westfalen wird gebeten.

Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung



Marlis Bredehorst

## **Rechtsgutachten**

**zur Frage, ob der Gebrauch einer sog. E-Zigarette dem Anwendungsbereich  
des NiSchG NRW, insbesondere also dem dort verankerten grundsätzlichen  
Rauchverbot unterfällt**

erstattet im Auftrag des Landes NRW, vertreten durch das Ministerium für Gesund-  
heit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen

durch

Prof. Dr. Franz-Josef Dahm,  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht sowie Fachanwalt für Verwaltungs-  
recht, Sozietät Schmidt, von der Osten & Huber, Haumannplatz 28, 45130 Essen,

unter Mitwirkung von

Dr. Daniel Fischer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht,  
Sozietät Schmidt, von der Osten & Huber, ebenda

## A. Fragestellung und Sachverhalt

Gegenstand der nachfolgenden Bewertung ist die im Rubrum des Gutachtens genannte Frage, ob der Gebrauch einer sog. E-Zigarette dem Anwendungsbe- reich des NiSchG NRW, insbesondere also dem dort verankerten grundsätzli- chen Rauchverbot unterfällt.

Weitergehende rechtliche Aspekte des Vertriebs und Konsums von E-Zigaretten, insbesondere arzneimittelrechtliche Fragestellungen oder medizinrechtliche As- pekte (vgl. dazu zuletzt VG Frankfurt [Oder], Beschl. v. 14.10.2011, Az. 4 L 191/11 m.w.N.), werden deshalb nicht untersucht.

Die rechtliche Bewertung enthält auftragsgemäß die subjektive Bewertung der Problematik durch die Verfasser.

Bei der Prüfung wurde von folgenden, im Anschreiben des MEGPA vom 15.11.2011 enthaltenen Informationen ausgegangen:

*„Eine elektronische Zigarette, auch elektrische Zigarette, E-Zigarette oder rauchlose Zigarette genannt, ist ein Produkt, bei dem eine zur Verdampfung gebrachte Flüssig- keit (Liquid) inhaliert wird. Der inhalierte Dampf ist in Konsistenz und sensorischem Empfinden dem Rauchen ähnlich, im Gegensatz zum Rauchen findet jedoch keine Verbrennung statt. Das Liquid wird verdampft und nicht verbrannt. Elektronische Zi- garetten werden überdies nicht angezündet, das Glühen an der Spitze ist lediglich ei- ne durch eine LED erzeugte Illusion. Der „Rauch“ der elektronischen Zigarette stammt aus einer kleinen Patrone, aus der er über einen Zerstäuber freigesetzt wird.*

*Nahezu alle Anfang 2011 erhältlichen rauchlosen Zigaretten beruhen auf dem Ver- dampfungsprinzip, ähnlich einer Nebelmaschine. Dabei wird die zu verdampfende Flüssigkeit durch die Kapillarwirkung eines Metallgeflecht- oder Glasfaserdochtes aus einem Depot einer kleinen Heizspirale zugeführt. Diese wird je nach Modell entweder mittels eines Unterdruckschalters beim Ziehen automatisch, oder manuell durch eine vom Benutzer zu betätigende Taste beheizt. Ältere Modelle und insbesondere soge- nannte Mini E-Zigaretten haben einen kleinen Akku, weshalb die Laufzeit begrenzt ist. Moderne Systeme besitzen größere Akkus und teilweise zusätzlich eine elektroni- sche Leistungsanpassung, so dass sie bei normaler Nutzung ca. einen Tag ohne Auf- ladung betrieben werden können.*

*Die zu verdampfende Flüssigkeit wird üblicherweise „Liquid“ genannt und besteht aus Wasser, Konservierungsmitteln wie Propylenglycol, Benzylalkohol und Glycerin in un- terschiedlichen Mengenverhältnissen als Trägerflüssigkeit, sowie Nikotin oder künstli- chen Lebensmittelaromen. Es sind auch nikotinfreie und nicht aromatisierte Liquide erhältlich. Das verdampfte Liquid erzeugt das sensorische Gefühl des Rauchens. Li- quide sind sowohl in sofort benutzbaren Depots (auch Cartridge genannt), als auch in flüssiger Form zum Nachfüllen der Depots oder zum direkten Träufeln auf den Ver- dampfer erhältlich.“*

Sofern darüber hinausgehend von hier aus Informationen zu der tatsächlichen Seite der Angelegenheit gesammelt wurden, wird darauf nachfolgend in der rechtlichen Bewertung an den relevanten Stellen eingegangen.

## B. Rechtliche Bewertung

Nach Auffassung der Verfasser ist die zu beurteilende Frage wie folgt zu beantworten:

Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Zielsetzung ist es nicht angebracht, das Rauchverbot des NiSchG NRW auch auf den Gebrauch einer E-Zigarette zu erstrecken, auch wenn der Wortlaut des NiSchG eine andere Interpretation nicht kategorisch ausschließt.

Das ergibt sich im Einzelnen entscheidungserheblich aus folgenden Erwägungen:

Verboten nach näherer Maßgabe des NiSchG NRW ist „das Rauchen“. Zentrale und maßgebliche Frage ist daher im vorliegenden Fall, ob der Konsum einer E-Zigarette als „Rauchen“ in diesem Sinne einzustufen ist.

### I. Einhaltung der Wortsinngrenze

Dabei ist vorab einer durch § 6 des Gesetzes und die dort normierte Sanktionierung von Verstößen aufgeworfenen Frage nachzugehen, nämlich der Einhaltung der sog. „Wortsinngrenze“:

Art. 103 Abs. 2 GG normiert eine für alle strafrechtlichen Vorschriften geltende Auslegungsgrenze, nämlich den Wortsinn. Diese gilt auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht (vgl. nur Schmidt-Aßmann, in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Stand: 30. Lfg., Art. 103 Abs. II, Rn. 195) Grundlage für die Belegung mit einer Geldbuße kann daher nur eine Auslegung des Verbotstatbestandes sein, die den möglichen Wortsinn nicht überschreitet. Wenn der Konsum einer E-Zigarette also begrifflich keinesfalls mehr als „Rauchen“ eingestuft werden kann, würde sich jedenfalls die Belegung mit einer Geldbuße wegen Verstoßes gegen das Rauchverbot durch Konsum einer E-Zigarette verbieten. Der Wortsinn ist dabei aus der Sicht des Normadressaten, mithin „nach dem Alltagssprachgebrauch“ zu ermitteln (Schmidt-Aßmann, a.a.O., Rn. 227).

Nach den von hier aus angestellten (notwendig beschränkten) Recherchen zum Alltagssprachgebrauch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Subsumtion des Konsums einer E-Zigarette unter den Begriff des Rauchens schlechthin unvertretbar ist. Dagegen spricht schon der Umstand, dass eine Suche nach der Phrase „das Rauchen einer E-Zigarette“ bei der Internet-Suchmaschine Google am 16.11.2011 ca. 5.400 Treffer für diesen Ausdruck zu Tage förderte. Auch wenn einige dieser Treffer nach näherer Durchsicht der Suchergebnisse auf die mehrfache Verwendung derselben Textbausteine zurückzuführen sind, zeigt die hohe Verbreitung dieser Phrase, dass der Begriff des „Rauchens“ im allgemeinem Sprachgebrauch sogar durchaus häufig als Bezeichnung für den Gebrauch einer E-Zigarette verwendet wird. Ungeachtet der nachfolgend näher vertieften Frage, ob dies die „richtige“ Interpretation des Begriffes „Rauchen“ ist, ist darüber hinaus festzuhalten: Eine E-Zigarette ähnelt aus-

weislich der hier vorliegenden Informationen einer herkömmlichen Zigarette schon rein optisch. Ferner macht sich der Gebrauch einer E-Zigarette für die umstehenden Beobachter durch Aufsteigen eines von der transparenten Raumluft deutlich unterscheidbaren (Dampf-)Gemisches bemerkbar, so dass auch insoweit äußere Ähnlichkeiten mit dem Gebrauch einer herkömmlichen Zigarette bestehen. Außerdem entsteht beim Konsumenten das sensorische Gefühl des Rauchens (siehe oben unter A.). Es erscheint daher jedenfalls nicht widersinnig, den Gebrauch einer E-Zigarette auch als „Rauchen“ einzustufen.

Festzuhalten bleibt somit: Die strafrechtliche Wortsinnngrenze des Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz wäre durch eine Einstufung des Konsums von E-Zigaretten als „Rauchen“ nicht verletzt. Entscheidende Erkenntnisse für die „richtige“ Interpretation des „Rauchens“ lassen sich dem jedoch nicht entnehmen.

## **II. Weitergehende Annäherung an den Begriff „des Rauchens“ unter Heranziehung der klassischen Auslegungsmethoden**

### **1. Wortlaut und Systematik**

Eine Annäherung an den Begriff des Rauchens unter Heranziehung des Wortlaufes des NiSchG und seiner Systematik liefert aus Sicht der Verfasser keine eindeutigen Ergebnisse:

#### **a) Rauchen als „Verbrennungsprozess“?**

Rein begrifflich liegt es nahe, unter „Rauchen“ einen Verbrennungsprozess zu verstehen, bei dem Rauch entsteht (vgl. VG Frankfurt [Oder], Beschl. v. 14.10.2011, Az. 4 L 191/11, juris-Rn. 35). Davon unterscheidet sich physikalisch betrachtet das elektrothermische Erzeugen eines Dampfgemisches bei der E-Zigarette in der eingangs unter A. beschriebenen Weise (vgl. auch VG Frankfurt [Oder], a.a.O.).

Trotzdem ist die Notwendigkeit des Vorliegens eines echten Verbrennungsprozesses kein Konsens in der juristischen Fachdiskussion um die Auslegung von Rauchverboten. So fallen nach wohl deutlich überwiegender Ansicht auch Vorgänge, bei denen (Beispiel: Wasserpfeife) Tabak nicht direkt verbrannt, sondern bei niedrigen Temperaturen verschwelt wird, unter Rauchverbote (vgl. LT-Drs. NRW 14/4834, S. 19; Guckelberger, GewArch 2011, 329). Das legt es nahe, dass auch ein Verdampfen als „Rauchen“ eingestuft werden kann.

Dass in jedem Fall ein echter Verbrennungsprozess im physikalischen Sinne vorliegen müsste, damit man einen Vorgang als „Rauchen“ einstufen kann, erscheint auch angesichts der unter bereits I. erörterten äußeren Ähnlichkeiten des Gebrauchs einer herkömmlichen Zigarette mit dem Konsum einer E-Zigarette nicht zwingend.

## b) „Konsum von Tabakwaren“ als Synonym für das Rauchen?

§ 3 Abs. 7 NiSchG NRW liefert einen möglichen Anhaltspunkt dafür, dass Rauchen im Sinne des NiSchG mit dem „Konsum von Tabakwaren“ gleichzusetzen ist. Denn augenscheinlich hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift den „gemeinschaftlichen Konsum von Tabakwaren“ als grundsätzlich vom Rauchverbot erfassten Fall angesehen, so dass es der Ausnahmeregelung bedurfte. Allein daraus abzuleiten, dass die beiden Begriffe „Konsum von Tabakwaren“ und „Rauchen“ deckungsgleich sind, ginge jedoch aus Sicht der Verfasser zu weit. Es erscheint zumindest denkbar, dass „der Konsum von Tabakwaren“ nur ein Unterfall des Rauchens ist bzw. umgekehrt zumindest hypothetisch auch möglich ist, dass es Formen des „Konsums von Tabakwaren“ gibt, die nicht als Rauchen einzustufen sind. Eine zwingende Deckungsgleichheit zwischen den Begriffen „Rauchen“ und „Konsum von Tabakwaren“ ergibt sich daher aus der Systematik des NiSchG NRW nicht, so dass die Frage, ob man eine E-Zigarette als „Tabakware“ einstufen kann, jedenfalls an dieser Stelle dahinstehen kann (vgl. dazu aber noch unten unter 2. c) aa)).

Wortlaut und Systematik liefern nach alledem im vorliegenden Fall keine eindeutigen Ergebnisse.

## 2. Teleologische und „historische“ Aspekte

Ein aus Sicht der Verfasser aussagekräftiges Ergebnis liefert jedoch eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Rauchverbotes unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des NiSchG NRW.

### a) Niederschlag der gesetzgeberischen Zielsetzung im Gesetzeswortlaut

Der Rückgriff auf die teleologische Auslegung bietet sich hier schon deshalb an, weil die gesetzgeberische Zielsetzung im NiSchG NRW ganz ausdrücklich und mehrfach ihren Niederschlag gefunden hat: Schon im Titel des Gesetzes wird klaggestellt, dass der Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern die maßgebliche Zielsetzung ist, die der Gesetzgeber verfolgt. Im gesamten Verlauf des Gesetzes schlägt sich diese Zielsetzung dann immer wieder nieder (vgl. z.B. § 3 Abs. 8, wonach Ausnahmen zugelassen werden können, wenn ein „dem Rauchverbot gleichwertiger Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens gewährleistet werden kann“).

### b) In der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommender Wille des Gesetzgebers

Betrachtet man den Gesetzentwurf der Landesregierung für das NiSchG NRW nebst Begründung (Landtagsdrucksache 14/4834) näher, erhärtet sich die bereits angesichts des Wortlauts naheliegende Schlussfolgerung, dass der Schutz von

Nichtrauchern vor den Gefahren des Passivrauchens das entscheidende Gesetzesmotiv war:

Man stellt insoweit fest, dass der Gesetzgeber vor allem folgende Erkenntnisse über das Passivrauchen und seine Gefahren im Blick hatte, als er das Rauchverbot einführte:

- Tabakrauchassoziierte Todesfälle bei Nichtraucherinnen und –rauchern durch Passivrauchen (LT-Drs. 14/4834, S. 1);
- Infektionsrisiken, insbesondere für Kinder, der unteren Atemwege, sowie Risiko, an Asthma, Bronchitis oder Lungenentzündung zu erkranken (LT-Drs. 14/4834, S. 1);
- Erkrankungen, insbesondere der Passivraucherinnen und –raucher, allerdings auch der Raucherinnen und Raucher, des Herzkreislauf-Systems, Lungenkrebs, chronisch obstruktive Lungenerkrankungen, andere bösartige Erkrankungen sowie plötzlicher Kindstod (LT-Drs. 14/4834, S. 15);
- Begünstigung von Mittelohrentzündungen bei Kleinkindern (LT-Drs. 14/4834, S. 15);
- Beeinträchtigung des Geruchssinns von Kindern sowie der Herz-/Kreislauffunktion (LT-Drs. 14/4834, S. 15);
- Lungenkrebsrisiko, namentlich von Kindern (LT-Drs. 14/4834, S. 15);
- für die Gesundheit unbedenkliche Untergrenzen für die im Tabakrauch enthaltenen Schadstoffe existieren nicht (LT-Drs. 14/4834, S. 15);
- Einstufung des Passivrauchens als „krebserzeugend“ und „möglicherweise erbgutverändernd“ durch Fachkreise (LT-Drs. 14/4834, S. 15);
- sichere Absicherung dieser Erkenntnisse „durch internationale und nationale Studien“ (LT-Drs. 14/4834, S. 15).

Die Gesetzesbegründung stellt dann in den Erläuterungen zum Rauchverbot ferner klar, dass das Rauchverbot sich auf „das Rauchen aller Tabakprodukte“ beziehen soll (LT-Drs. 14/4834, S. 19). Gekennzeichnet werden diese Rauchvorgänge ausweislich durchgängiger Bezugnahme in der Gesetzesbegründung durch das Entstehen von „Tabakrauch“ und „tabakrauchassoziierte Gefahren“.

Das Suchtpotenzial und die Gesundheitsgefahren für die Raucherinnen und Raucher wurden zwar im Gesetzesentwurf angesprochen (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 15 u. 17), nahmen aber schon rein vom Umfang her nur eine ganz untergeordnete Rolle ein und wurden auch hinsichtlich der Rechtfertigung des Rauchverbotes nicht besonders hervorgehoben. Ähnliches gilt für das Belästigungspotenzial des Rauchens für Dritte, auf das in der Gesetzesbegründung ebenfalls nur äußerst knapp eingegangen wird (vgl. insb. LT-Drs. 14/4834, S. 17).

**c) Anwendung der Erkenntnisse aus Sinn und Zweck sowie der Gesetzesbegründung auf die hier in Rede stehende Frage**

Die unter a) und b) gewonnenen Erkenntnisse liefern deutliche Anhaltspunkte dafür, dass der Gebrauch einer E-Zigarette nicht unter das Rauchverbot des NiSchG NRW fällt:



### aa) Kein Vorliegen von Tabakprodukten bzw. Tabakrauch im Sinne der Gesetzesbegründung

Nach der Einschätzung der Verfasser fehlt es bei der E-Zigarette schon an den „Tabakprodukten“ bzw. dem „Tabakrauch“, den der Gesetzgeber im Blick hatte, als er das Rauchverbot erließ:

Das gilt unzweifelhaft bei den E-Zigaretten, bei denen (siehe oben unter A.) kein Nikotin Verwendung findet und damit eine Verwendung von Tabak auch als Vorprodukt nicht ersichtlich ist.

Auch bei den E-Zigaretten, bei denen Nikotin Verwendung findet, das nicht aus oder unter Verwendung von Rohtabak hergestellt wird, kann man nach hiesiger Einschätzung nicht von einem Tabakprodukt bzw. von „Tabakrauch“ sprechen (vgl. auch VG Frankfurt [Oder], Beschl. v. 14.10.2011, 4 L 191/11 juris-Rn. 35).

Schon rein wörtlich käme daher eine Einstufung als „Tabakprodukt“ bei einer nikotinhaltigen E-Zigarette nur dann in Betracht, wenn das in ihr befindliche Nikotin aus oder unter Verwendung von Rohtabak hergestellt wird. Auch bei derart gewonnenem Nikotin ist aber fraglich, ob eine Einstufung als „Tabakprodukt“ tatsächlich zutreffend und zielführend für die hier in Rede stehende Frage nach dem Rauchverbot ist: Andere Rechtsvorschriften jedenfalls unterscheiden zwischen „Nikotin“ und „Tabakerzeugnissen“. So wird beispielsweise in der Richtlinie 89/622/EWG das Nikotin separat in Art. 2 Nr. 3 als „Nikotin-Alkaloid“ definiert, und nicht den in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie definierten „Tabakerzeugnissen“ zugeordnet. Das hat deutsche Gerichte bereits dazu veranlasst, das aus Tabak extrahierte Nikotin tendenziell nicht als Tabakerzeugnis im Sinne des Vorläufigen Tabakgesetzes einzustufen (vgl. VG Potsdam, Beschl. v. 09.06.2008, juris-Rn. 11; vgl. auch VG Frankfurt [Oder], a.a.O.). Darüber hinaus kann nach Ansicht der Verfasser vom Entstehen von „Tabakrauch“ (durch den und dessen Gefahren „das Rauchen“ ausweislich der Gesetzesbegründung gekennzeichnet ist) erst dann gesprochen werden, wenn tatsächlich Tabak als solcher verbrannt bzw. ggfls. auch „verdampft“ wird und nicht nur ein Erzeugnis wie Nikotin, das zwar auch aus Tabak gewonnen werden kann, aber auch aus anderen Pflanzen bzw. synthetisch hergestellt werden kann. Denn bei einem Vorgang, bei dem „lediglich“ Nikotin verdampft wird, mangelt es nach hiesigem Kenntnisstand an den „Schadstoffen“, die dem Tabakrauch in der Gesetzesbegründung als charakteristische Merkmale zugeschrieben werden (vgl. dazu auch noch unten unter bb). Eine Differenzierung zwischen einerseits E-Zigaretten mit aus Tabak gewonnenem Nikotin und andererseits nikotinfreien E-Zigaretten bzw. solchen mit Nikotin, das nicht aus Tabak gewonnen wurde, erübrigt sich daher nach hier vertretener Auffassung.

Die vorstehenden Erwägungen zum Nichtvorliegen von Tabakprodukten und Tabakrauch stellen aus hiesiger Sicht einen ersten Aspekt dar, der gegen die Anwendung des NiSchG NRW auf den Gebrauch einer E-Zigarette spricht. Eine ähnliche Auffassung vertritt im Übrigen der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in

seinem Beschluss vom 30.11.2010, 9 CE 10.2468, hinsichtlich des Rauchverbotes im Bayerischen Gesundheitsschutzgesetz und dessen Anwendung auf Wasserpfeifen. In dieser Entscheidung wurde der aus der Begründung zum Gesetzesentwurf hervorgehende Bezug des Rauchverbots zu den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens durch Tabakrauch sogar als entscheidender Gesichtspunkt eingestuft, der dagegen spricht, den Konsum anderer, „tabakfreier“ Produkte ebenfalls in den Anwendungsbereich des Bayerischen Rauchverbotes mit einzubeziehen (BayVGH, a.a.O., juris-Rn. 24).

#### **bb) Keine vergleichbaren gesicherten Erkenntnisse über Gefahren des Passivrauchens**

Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist nicht nur auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers abzustellen, sondern auf den objektiven, in der Norm zum Ausdruck kommenden Zweck (vgl. nur BGHSt. 10, 157/159 f.). Deshalb gibt es nach Ansicht der Verfasser für die hier zu beantwortende Frage einen Aspekt von noch stärkerem Gewicht als den Umstand, dass der Gesetzgeber das klassische „Tabakrauchen“ im Blick hatte, als das NiSchG erlassen wurde. Dieser Aspekt sind die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Gefahren, denen mit dem Rauchverbot begegnet werden sollte. Liegen diese Gefahren in vergleichbarer Form auch bei der E-Zigarette vor, könnte man nach hiesiger Auffassung durchaus annehmen, dass die Anwendbarkeit des Rauchverbotes auf den Konsum einer E-Zigarette nicht nur mit der gesetzgeberischen Intention vereinbar, sondern sogar durch sie geboten ist. Liegen sie hingegen nicht vor, ist eine Anwendung des Rauchverbotes auf die E-Zigarette zielwidrig.

Bei näherer Betrachtung dieses Aspekts ergibt sich folgendes Bild:

- Die seit Jahren gesicherten Erkenntnisse über das Gesundheitsgefährdungspotenzial von Tabakrauch, die der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung hervorgehoben hat, liegen scheinbar im Hinblick auf den Dampf einer E-Zigarette nicht vor. Es erscheint vor dem Hintergrund der relativen Neuheit der E-Zigarette auch zweifelhaft, ob es überhaupt schon Studien über die Langzeitfolgen des Konsums von E-Zigaretten geben kann; Hinweise darauf liegen den Verfassern jedenfalls nicht vor.
- Auch liegen den Verfassern keinerlei Erkenntnisse dazu vor, dass die „chemische Zusammensetzung“ des Dampfes der E-Zigarette mit der des Tabakrauches vergleichbar ist, oder jedenfalls der Dampf die oben beschriebenen und aus Sicht des Gesetzgebers sein Handeln rechtfertigenden Krankheitsbilder bei Nichtraucherinnen und Nichtrauchern hervorrufen kann.
- Auf die Frage, ob die E-Zigarette sowohl mit Nikotin-„Liquids“ oder nikotinfrei betrieben werden kann, kommt es nach der hier vertretenen Auffassung nicht entscheidend an. Die damit in Zusammenhang stehenden Probleme können vorbehaltlich weiterer Erkenntnisse in tatsächlicher Hinsicht allenfalls im Hinblick auf einen „Raucher-Schutz“ bedeutsam sein, auf den das NiSchG NRW schon der Überschrift nach nicht abzielt.

Vor diesem Hintergrund kann man nach hier vertretener Ansicht nicht davon ausgehen, dass es die gesetzgeberische Intention erfordert und rechtfertigt, das Rauchverbot auch auf E-Zigaretten zu erstrecken. Im Gegenteil: Mangels Vergleichbarkeit des Gefahrpotenzials bzw. mangels gesicherter Erkenntnisse darüber, scheidet nach hier vertretener Auffassung eine Anwendung des Rauchverbotes auf die E-Zigarette aus.

### C. Zusammenfassung

Im Ergebnis resultiert hieraus die bereits eingangs wiedergegebene Schlussfolgerung:

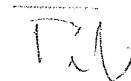
Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Zielsetzung ist das Rauchverbot des NiSchG NRW nicht auf den Gebrauch einer E-Zigarette zu erstrecken.

Anzumerken bleibt, dass dies Erkenntnisse de lege lata sind. Ob der im Hinblick auf den Schutz von Dritten vor Gefahren und Belästigungen bestehende Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers und ggfls. auch das Ziel eines Raucherschutzes es rechtfertigen würde, eine Ausweitung des Rauchverbotes vorzunehmen, mit dem auch der Konsum einer E-Zigarette eingeschränkt werden könnte, ist eine andere Frage und hier nicht Untersuchungsgegenstand.

Essen, 24.11.2011



Prof. Dr. Franz-José Dahm



Dr. Daniel Fischer