

E-Zigaretten & E-Shishas: Viel Rauch um nichts?

Keine rechtliche Handhabe gegen zweifelhaften Trend unter Minderjährigen

Die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln hat sich in ihrem nicht rechtskräftigen Urteil vom 25.02.2014 mit dem Konsum von elektronischen Zigaretten in Gaststätten befasst (Az. 7 K 4612/13)*.

Leitsatz der Bearbeiterin

In Nordrhein-Westfalen ist derzeit der Konsum elektronischer Zigaretten in Gaststätten nicht nach dem landesrechtlichen Nichtraucherschutzgesetz (NiSchG NRW) verboten.

■ Sachverhalt

Ein Kölner Gastwirt (K) gestattete den Besuchern seiner Gaststätte den Konsum elektronischer Zigaretten (E-Zigaretten). E-Zigaretten sind elektronische Geräte in Form einer herkömmlichen Zigarette, mit denen ein meist nikotin-, oft auch aromatisches Liquid über eine Heizspirale verdampft und in der Folge inhaliert werden kann. Das Ordnungsamt der Stadt Köln sah in der Rauchgestaltung einen Verstoß gegen das im Nichtraucherschutzgesetz NRW geregelte Rauchverbot. Es kündigte dem Gastwirt daher schriftlich an, bei künftigen Verstößen weitere Ordnungsmaßnahmen wie den Erlass einer Untersagungsverfügung zu ergreifen. Das Ordnungsamt begründete dies insbesondere damit, dass das NiSchG NRW ein ausnahmsloses und produktunabhängiges Rauchverbot in Gaststätten vorsehe, das insbesondere auch elektronische Zigaretten und Shisha-Pfeifen umfasse. Der Gastwirt hat Klage erhoben, um die Zulässigkeit des Konsums von E-Zigaretten in seiner Gaststätte feststellen zu lassen.

■ Argumentation des Gerichts

(...) Der K ist nicht nach → § 4 Abs. 2 Satz 2 NiSchG NRW verpflichtet, den Konsum von E-Zigaretten in seiner Gaststätte zu verbieten, da der Konsument nicht gegen das Rauchverbot nach § 3 und § 2 Nr. 7 NiSchG NRW verstößt.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW ist »das Rauchen« nach Maßgabe dieses Gesetzes in den Einrichtungen nach § 2 Nr. 1-8 NiSchG NRW, und damit auch in Gaststätten, § 2 Nr. 7 NiSchG NRW, verboten.

Jedoch handelt es sich bei dem Konsum einer E-Zigarette nicht um »Rauchen« im Sinne des Gesetzes. Da das Nichtraucherschutzgesetz den Begriff des »Rauchens« nicht definiert und auch Produkte, die beim Rauchen konsumiert werden, nicht benennt, ist eine → **Auslegung** des Begriffs »Rauchen« erforderlich.

Hierbei ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zunächst an den Wortlaut der Vorschrift anzuknüpfen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter »Rauchen« das Einatmen des Rauchs verstanden, der bei der Verbrennung von Tabakwaren, z.B. von Zigaretten, Zigarren oder mit Tabak gefüllten Pfeifen, entsteht. Demnach muss zum einen Rauch erzeugt werden und zum anderen eine Verbrennung von Tabakwaren stattfinden. (...)

Rauch ist ein Gemisch aus Gas und festen Teilchen, das durch einen Verbrennungsvorgang entsteht. Nach diesem Verständnis fällt das Einatmen des Dampfes einer E-Zigarette nicht unter den Begriff des »Rauchens«, weil beim Betrieb der E-Zigarette kein Verbrennungsprozess stattfindet. (...)

→ Besteht ein Rauchverbot – dieses gilt insbesondere auch in Gaststätten – so ist dies durch Verwendung des Verbotsschildes »Rauchen verboten« deutlich sichtbar im Eingangsbereich kenntlich zu machen.

→ Eine Gesetzesauslegung erfolgt mithilfe unterschiedlicher Auslegungsmethoden: Der Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und der Sinn und Zweck der Vorschrift sind hierbei maßgeblich. Außerdem ist eine Norm so auszulegen, dass sie mit den höherrangigen Normen der Verfassung konform bleibt (verfassungskonforme Auslegung). Das Verwaltungsgericht legt das im NiSchG NRW enthaltene Rauchverbot insofern hier geradezu schulbuchmäßig aus.

* voller Wortlaut dieser Entscheidung siehe www.bag-jugendschutz.de/recht_rechtsprechung_jugendschutz.html

Bei dem erzeugten Dampf handelt es sich auch nicht um ein Produkt von Tabakwaren. Das NiSchG NRW erfasst mit seinen »Rauchverboten« in der bisherigen Form nur die Rauch-Emissionen von Tabakprodukten, auch wenn dies dort nicht ausdrücklich bestimmt ist. Dass das herkömmliche Verständnis des Begriffs »Rauchen« das Rauchen von Tabakwaren umfasst, zeigt sich insbesondere bei einem Vergleich mit den entsprechenden Nichtraucherchutzgesetzen anderer Bundesländer. (...)

Dass sich auch das Rauchverbot des NiSchG NRW auf den Rauch von Tabakwaren bezieht, wird bestätigt durch die Begründung des Gesetzentwurfs des ersten Nichtraucherchutzgesetzes aus dem Jahr 2007 (...). Hierbei werden allein die Gesundheitsgefahren beschrieben, die sich aus den im »Tabakrauch« enthaltenen Giftstoffen ergeben. (...) Die im Handel erhältlichen flüssigen Liquids von E-Zigaretten (...) enthalten (...) keinen Tabak, sondern als Hauptbestandteil ein Vernebelungsmittel (...) sowie verschiedene Duft- und Aromastoffe. Die meisten Liquids enthalten Nikotin. Soweit die Liquids kein Nikotin enthalten, handelt es sich zweifelsfrei nicht um Tabakprodukte. (...) Aber auch soweit flüssiges Nikotin oder – in Einzelfällen – flüssiger Tabakextrakt als Aromastoff enthalten ist, können sie nicht als Tabakprodukte eingeordnet werden.

Es liegt nahe, zur Beurteilung der Frage, ob einzelne Substanzen aus der Tabakpflanze in flüssiger Form Tabakprodukte sind, insoweit auf die Definitionen in den einschlägigen tabakrechtlichen Regelungen abzustellen (...). Nach der hier vertretenen Auffassung konnten diese Erzeugnisse jedoch schon bisher nicht als Tabakprodukte angesehen werden, da die Begriffsbestimmungen auf die herkömmlichen Tabakerzeugnisse ausgerichtet und daher für die neuartigen, flüssigen Nikotinprodukte nicht passend waren. (...)

Demgegenüber kann eine verbreitete Auffassung, die das Rauchverbot im Sinne des § 3 NiSchG NRW in einem umfassenden Sinn interpretiert und unter den Wortlaut auch das »Rauchen« von E-Zigaretten fasst, nicht überzeugen. (...) Diese Auffassung stützt sich darauf, dass das Inhalieren des Dampfes aus einer E-Zigarette dem Vorgang des Rauchens optisch sehr ähnlich sehe: Die E-Zigarette habe häufig die Form einer Zigarette, es steige Dampf auf, der Benutzer habe das sensorische Gefühl des Rauchens (...). Diese rein äußerliche Ähnlichkeit kann jedoch zur Beurteilung des Vorgangs nicht maßgeblich sein. Objektiv findet ein Rauchen von Tabakprodukten nicht statt (...).

(...) Auch der Umstand, dass das Rauchen einer mit Tabak betriebenen Wasserpfeife (Shisha) in der Rechtsprechung einhellig als »Rauchen« im Sinne der Nichtraucherchutzgesetze anerkannt ist (...),

kann nicht für die Anwendung des Rauchverbotes auf die E-Zigarette ins Feld geführt werden. Zwar unterscheidet sich der Betrieb einer Wasserpfeife vom Rauchen anderer Tabakprodukte (...). Ungeachtet dieser Unterschiede entsteht jedoch auch bei dem Betrieb der Wasserpfeife Tabakrauch, in dem sich ähnliche gesundheitsschädliche Verbrennungsprodukte wie im Zigarettenrauch befinden (...).

Schließlich kann die Anwendung des Rauchverbots des § 3 NiSchG NRW auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, das NiSchG regle ein allgemeines Rauchverbot und unterscheide nicht zwischen verschiedenen Produktgruppen wie Zigaretten, Zigarren, Kräuterezigaretten und E-Zigaretten (...). Zutreffend ist zwar, dass das NiSchG NRW die erfassten Produktgruppen nicht ausdrücklich nennt, sondern nur ein allgemeines Rauchverbot ausspricht. Daraus kann nicht entnommen werden, dass beliebige Produkte darunter fallen können und es nur auf das Inhalieren ankommt. Vielmehr muss es ein Merkmal geben, das die vom Rauchverbot erfassten Produkte von anderen Gruppen unterscheidet und den Eingriff in die Rechte der Raucher rechtfertigt. Ein anderes Verständnis würde gegen das → **Übermaßverbot** verstoßen.

Dieses gemeinsame Merkmal der vom Rauchverbot erfassten Produkte wird jedoch in der oben zitierten Aufzählung nicht genannt (...).

Dieses Verständnis des Begriffs »Rauchen« wird durch eine Auslegung des Anwendungsbereiches des NiSchG NRW nach Sinn und Zweck des Gesetzes bestätigt. Die erste Fassung des NiSchG (...), auf der die jetzige Fassung aufbaut, hatte einen umfassenden Nichtraucherchutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit zum Ziel. (...)

Dieser Gesetzeszweck rechtfertigt allerdings nicht die Einbeziehung von nikotinhaltigen oder nicht nikotinhaltigen E-Zigaretten in den Anwendungsbereich des NiSchG (...).

Die bisher erkennbaren Risiken, die für Nichtraucher von dem Dampf von E-Zigaretten ausgehen, sind mit den oben aufgeführten Gesundheitsschädigungen durch Passivrauchen, die zum Erlass des NiSchG NRW geführt haben, nicht ansatzweise vergleichbar. Das zuständige Ministerium hat sich bei seiner Beurteilung der von E-Dampf für Nichtraucher eventuell ausgehenden Gesundheitsgefahren ausschließlich auf die Bewertung des Bundesinstituts für Risikobewertung (BfR) (...) gestützt. (...)

→ Das **Übermaßverbot** soll vor zu starken Eingriffen des Gesetzgebers in Grundrechte Einzelner schützen. Staatliche Eingriffe in Rechte Einzelner sind danach nur dann rechtmäßig, wenn sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind.

Diese Einschätzung ist allerdings nicht dazu geeignet, ein vergleichbares Gefährdungspotential von herkömmlichen Zigaretten und E-Zigaretten aufzuzeigen (...). Während die Stoffe, die sich im Passivrauch befinden, und ihre gesundheitsschädliche Wirkung auf Nichtraucher bekannt sind, sind nach der Einschätzung des BfR die im Dampf der E-Zigarette befindlichen Stoffe hinsichtlich ihrer Art und Menge (...) nur teilweise bekannt und damit auch hinsichtlich ihrer Wirkungen nicht zu beurteilen. (...) Bei der Verdampfung dieser Liquids entsteht (...) kein Zigarettenrauch und damit werden die zahlreichen charakteristischen krebserzeugenden und gesundheitsschädlichen Verbrennungsprodukte und Substanzen aus dem Tabakrauch nicht freigesetzt.(...) Darüber hinaus ist die Belastung der

Raumluft durch den Dampf der E-Zigarette erheblich geringer als bei Zigaretten. (...)

Auch die → **Gesundheitsrisiken** durch die Aufnahme von Nikotin durch Nichtkonsumenten sind nicht mit den schwerwiegenden Folgen des Passivrauchens zu vergleichen. (...)

Die Frage, ob die mit der E-Zigarette in Verbindung gebrachten Gesundheitsrisiken für sich betrachtet oder die mit der Vielfalt der Produkte entstehenden Vollzugsprobleme ein eigenständiges und ausdrückliches Verbot von E-Zigaretten in öffentlichen Einrichtungen oder Gaststätten, und damit einen Grundrechtseingriff rechtfertigen würden, lässt die Kammer ausdrücklich offen. Auf diese Frage kommt es hier nicht an, weil eine verfassungskonforme Auslegung des Rauchverbots in § 3 NiSchG NRW nicht erforderlich ist. Denn es führt nach Auffassung der Kammer bereits die einfachgesetzliche Auslegung zum Ergebnis, dass der Gebrauch der E-Zigarette vom Gesetzeswortlaut und Schutzzweck der Norm, nämlich dem Schutz des Nichtrauchers vor den Gefahren des Passivrauchens, nicht erfasst wird.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (...) nicht in Frage gestellt. Zwar hatte der Gesetzgeber eindeutig die Motivation, die E-Zigarette in den Geltungsbereich des NiSchG NRW einzubeziehen. (...) Dieser politische Wille des Gesetzgebers hat jedoch keinen Ausdruck im Wortlaut des Gesetzes gefunden und kann daher bei der Auslegung des Rauchverbotes nicht berücksichtigt werden. (...) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist für die Auslegung eines Gesetzes maßgeblich der »in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommende

objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Vorschrift hineingestellt ist.« (...) Dies gilt insbesondere für grundrechtsintensive Eingriffe und die Einführung neuer Eingriffstatbestände. In diesen Fällen ist der Gesetzgeber aus rechtsstaatlichen Gründen gehalten, Festlegungen im Gesetz selbst zu treffen und klare gesetzliche Vorgaben zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs der Norm zu machen. (...) Diese Anforderungen hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Nichtraucherschutzgesetzes im Jahr 2012 im Hinblick auf die beabsichtigte Einführung eines Rauchverbots für die E-Zigarette nicht beachtet. Hierbei handelte es sich zum einen um einen neuen Eingriffstatbestand und zum anderen um einen nicht geringfügigen Grundrechtseingriff, da die Nichteinhaltung des Rauchverbots mit einem Bußgeld geahndet werden kann. (...)

Der Gesetzgeber hat jedoch den ursprünglichen Wortlaut des Gesetzes, der sich lediglich auf die Regelung eines nicht näher definierten Rauchverbots beschränkt, in § 3 Abs. 1 Satz 1 NiSchG NRW schlicht beibehalten. Es ist daher aufgrund des Wortlauts nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber das Gesetz, das ursprünglich auf den Schutz vor den Gefahren des Tabakrauchs gerichtet war, nun erweitern wollte auf die durch E-Zigaretten ausgelösten Gefahren. (...) Hierzu hätte der Gesetzgeber auch deshalb Anlass gehabt, weil es im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens (...) umstritten war, ob es sich bei E-Zigaretten um Tabakprodukte im Sinne der tabakrechtlichen Vorschriften handelte. (...)

Hierbei hätte der Gesetzgeber allerdings auch eine eigene Risikoabschätzung der E-Zigarette unter Berücksichtigung des bisherigen Forschungsstandes vornehmen müssen und den Grundrechtseingriff mit den betroffenen Grundrechten der Nutzer von E-Zigaretten und Gastwirten abwägen müssen. (...) Dies ist im Gesetzgebungsverfahren – soweit ersichtlich – nicht geschehen. (...)

Dieses Vorgehen kann auch nicht mit der Erwägung gerechtfertigt werden, der Vollzug des Rauchverbots durch die örtlichen Ordnungsbehörden werde massiv behindert, wenn diese zwischen herkömmlichen Zigaretten und E-Zigaretten unterscheiden müssten. (...) Derartige Vollzugsprobleme sind nicht zu erwarten, da eine Unterscheidung zwischen einer Tabakzigarette und einem elektronischen Gerät leicht und zuverlässig zu treffen ist. (...)

Schließlich kann die Einordnung von E-Zigaretten unter das NiSchG NRW auch nicht mit systematischen Überlegungen oder der »Einheit der Rechtsordnung« begründet werden. (...)



Das Urteil verweist auf den bisherigen Kenntnisstand, wonach im Dampf die Schadstoffkonzentration geringer als im Rauch sei und eine Überschreitung von Grenzwerten für **Gesundheitsrisiken** (noch) nicht belegt sei. Auch sei wegen der relativ geringen Verbreitung (noch) keine wesentliche Auswirkung auf die Allgemeinheit anzunehmen.

■ Anmerkung

I) Argumentation des VG Köln

Das Urteil des VG Köln ist im Ergebnis zu begrüßen und besticht durch seine ausgewogene und scharfe Argumentation. Es bescheinigt dem Gesetzgeber in ungewöhnlich klaren Worten Versäumnisse bei der Gesetzesgenese und stellt überzeugend heraus, dass sich bei bußgeldbewehrten Eingriffstatbeständen der Regelungsgehalt der Norm klar aus ihrem Wortlaut ergeben muss, insbesondere wenn sich ein Änderungsgesetz inhaltlich von seiner Vorgängernorm unterscheiden soll. Der Erfolg einer künftigen Regelung eines Verbotes des Rauchens von E-Zigaretten in der Öffentlichkeit wird nach Ansicht des Verwaltungsgerichts ganz maßgeblich davon abhängen, dass der Gesetzgeber die Grundrechte der betroffenen Nutzer von E-Zigaretten und der Gastwirte ausreichend berücksichtigt und überdies eine eigene Risikoabschätzung der E-Zigarette unter Berücksichtigung des derzeitigen Forschungsstandes vornimmt. Will man ein Verbot aus Gründen des Gesundheitsschutzes regeln, so scheint es angesichts der weitgehend ungeklärten Gesundheitsgefahren in der Tat angemessen, sich nicht nur auf ein einziges Gutachten des Bundesinstituts für Risikobewertung zu beziehen, sondern weitergehende Nachforschungen anzustellen, um sich nicht dem Vorwurf politischer Agitation auszusetzen.

Inwiefern sich die nächste Instanz in der Frage der Bewertung nikotinhaltiger Liquids der Wortlautauslegung des VG Köln anschließen wird, bleibt allerdings abzuwarten, da diese Rechtsfrage stark umstritten ist.

II) Bedeutung des Urteils für die rechtliche Beurteilung von E-Shishas

Bedeutung hat die Entscheidung des VG Köln jedoch nicht nur für die Frage der Zulässigkeit des Rauchens von E-Zigaretten in der Öffentlichkeit, sondern sie lässt sich auch auf den Konsum der derzeit bei Jugendlichen im Trend liegenden E-Shishas übertragen, da elektronische Wasserpfeifen im Grundsatz wie E-Zigaretten funktionieren.

Dass das Rauchen einer mit Tabak betriebenen Wasserpfeife (Shisha) in der Rechtsprechung einheitlich als »Rauchen« im Sinne der Nichtraucherchutzgesetze anerkannt ist, ändert an dieser Bewertung nichts. Das VG Köln hat zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Betrieb einer mit Tabak betriebenen Wasserpfeife Tabakrauch entsteht, in dem sich ähnlich gesundheitsschädliche Verbrennungsprodukte wie im Zigarettenrauch befinden, bei elektronischen Rauchgeräten – zu denen auch die E-Shisha zählt – jedoch nicht Rauch, sondern Dampf entsteht.

Viel eher lassen sich auf E-Shishas neben der Entscheidung des VG Köln auch die jüngsten Entscheidungen des OVG Münster (Urteil vom 1. August 2013, Az. 4 B 608/13) und des VG Gelsenkirchen (Urteil vom 24. März 2014, Az. 19 K 2289/13) zu mit Shiazo-Steinen und Früchten betriebenen Wasserpfeifen übertragen, die ebenfalls zu dem Ergebnis gelangen, dass die Inhalation nicht tabakhaltiger Stoffe nicht durch das NiSchG NRW verboten wird, da die Vorschrift lediglich das Rauchen von Tabak verbietet. Eine Vergleichbarkeit besteht hier schon insofern, als auch E-Shishas meist mit nikotinfreien und somit nicht tabakhaltigen Liquids betrieben werden. Im eher seltenen Fall des Betriebs einer E-Shisha mit nikotinhaltenen Liquids sollte dem VG Köln in seiner überzeugenden Annahme gefolgt werden, dass ein Verbot des Rauchens nikotinhaltiger Liquids nach dem NiSchG NRW nicht besteht.

III) Bedeutung des Urteils für die jugendschutzrechtliche Einordnung von E-Shishas und E-Zigaretten

Das Urteil des VG Köln hat – ebenso wie das oben genannte Urteil des OVG Münster – jedoch über das NiSchG NRW hinausragende Bedeutung. Die Argumentation der Gerichte kann insbesondere für die Beurteilung der Zulässigkeit der Abgabe und des Konsums von E-Zigaretten und E-Shishas nach dem Jugendschutzgesetz (JuSchG) fruchtbar gemacht werden. Das JuSchG sieht in § 10 Abs. 1 gleich zwei Regelungen vor: Die Vorschrift untersagt nicht nur, in der Öffentlichkeit Tabakwaren an Minderjährige abzugeben, sondern auch, ihnen das Rauchen zu gestatten.

1) Verbot der Abgabe von Tabakwaren, § 10 Abs. 1 Alt. 1 JuSchG

Die Ausführungen des VG Köln zu der Frage, ob befüllte elektronische Rauchgeräte als Tabakwaren einzuordnen sein können, lassen sich auch auf das JuSchG übertragen, da auch hier für die Definition der Tabakware auf die Definitionen in den einschlägigen tabakrechtlichen Regelungen zurückgegriffen wird. Dass sich die Frage der Einordnung als Tabakware wenn überhaupt nur im Falle einer Befüllung der elektronischen Rauchgeräte mit nikotinhaltenen Liquids, nicht aber bei nikotinlosen Liquids stellt, überzeugt. Insofern leuchtet es auch unmittelbar ein, dass der Verkauf unbefüllter E-Zigaretten und E-Shishas nicht nach dem Jugendschutzgesetz verboten sein kann: Bedarfsgegenstände wie Pfeifen und Mundstücke oder eben unbefüllte E-Zigaretten oder E-Shishas genügen nicht den an eine Tabakware zu stellenden Anforderungen.

Die Ausführungen des Gerichts zur Einordnung mit nikotinhaltenen Liquids befüllter elektronischer Rauchgeräte sind – wenn auch in der juristischen

Literatur und der Rechtsprechung nicht unumstritten – so nachvollziehbar. Die Feststellung, dass die Definition der Tabakware im Tabakgesetz auf neuartige elektronische Rauchgeräte nicht passt, da aufgrund des Verdampfungsprozesses keine Bestimmung zum Rauchen oder zum anderweitigen oralen Gebrauch bejaht werden kann, ist zwar juristisch etwas spitzfindig, wohl aber zutreffend. Dies muss für die Auslegung des JuSchG schon insofern gelten, als Verstöße bußgeldbewehrt sind und die Norm vor diesem Hintergrund bestimmt und hinreichend klar sein muss. Auch der Hinweis, dass die europäischen Tabakgesetze eine Einordnung elektronischer Rauchgeräte als Tabakwaren nicht erlauben, wie insbesondere auch die neue Tabakrichtlinie zeige, in der E-Zigaretten nicht als Tabakware, sondern als eigenständige Produktgruppe eingeordnet würden, überzeugt. Insofern ist es nach dem JuSchG derzeit nicht verboten, E-Shishas und E-Zigaretten an Minderjährige abzugeben, da diese nicht als Tabakware qualifiziert werden können.

2) Rauchverbot, § 10 Abs. 1 Alt. 2 JuSchG

Genauso wie bei dem im NiSchG NRW geregelten Rauchverbot stellt sich bei dem im JuSchG vorgesehenen Rauchverbot die Frage, ob hier ein allgemeines Rauchverbot oder ein Verbot des Rauchens von Tabakwaren bzw. ein Verbot des Rauchens von E-Zigaretten und E-Shishas geregelt werden sollte. Eine Wortlautauslegung stünde der Annahme eines allgemeinen Rauchverbotes nicht zwangsläufig entgegen, da im Zusammenhang mit dem Rauchverbot Tabakwaren nicht noch einmal explizit erwähnt werden. Allerdings sprechen gegen ein allgemeines Rauchverbot systematische und teleologische Erwägungen: Es scheint wenig wahrscheinlich, dass in ein und demselben Satz auf der einen Seite das Verbot der Abgabe von Tabakwaren und auf der anderen Seite ein allgemeines Rauchverbot geregelt werden sollte. Hätte sich das Rauchverbot auf sämtliche »Rauchmittel« beziehen sollen, dann wäre es nur folgerichtig gewesen, wenn der Gesetzgeber auch die Abgabe sämtlicher Rauchmittel verboten und sich hierbei nicht auf Tabakwaren beschränkt hätte. Hierfür streitet auch eine historische Auslegung: Die Gesetzesbegründung (BT/Drs. 14/9013, S. 19 f.) ist Indiz dafür, dass der Gesetzgeber lediglich ein Verbot des Rauchens von Tabakwaren regeln wollte, da sie lediglich den Konsum von Tabakwaren und die hieraus resultierenden Gesundheitsgefahren thematisiert. Dass der Gesetzgeber insbesondere keine Regelungen für die neuartigen, flüssigen Nikotinprodukte treffen wollte, ergibt sich daraus, dass elektronischen Shishas und Zigaretten im Zeitpunkt des Erlasses des JuSchG noch keine nennenswerte Bedeutung zukam.

Da E-Shishas und E-Zigaretten nach der – wie oben ausgeführt – überzeugenden Auffassung des VG Köln nicht als Tabakwaren qualifiziert werden können, greift das in § 10 Abs. 1 JuSchG geregelte Rauchverbot schon insofern nicht. Dies gilt umso mehr, als bei elektronischen E-Shishas und E-Zigaretten statt Rauch Dampf erzeugt wird und eine Gleichstellung von Rauch und Dampf in einem bußgeldbewehrten Verbotstatbestand schon aufgrund des Erfordernisses der Bestimmtheit und Klarheit der Norm problematisch wäre.

3) Vollzugsproblematik

Als weiteres Argument für die Einbeziehung elektronischer Rauchgeräte in das Rauchverbot wird häufig angeführt, der Vollzug des Rauchverbotes durch die örtlichen Ordnungsbehörden werde andernfalls behindert, da für diese schlecht erkennbar sei, mit welchen Stoffen die Geräte befüllt seien. Das VG Köln, das die Geltung des Rauchverbots für nikotinhaltige Liquids verneint, kann sich in diesem Zusammenhang mit dem Hinweis begnügen, dass Vollzugsprobleme nicht zu erwarten seien, da eine Unterscheidung zwischen manuellen und elektronischen Rauchmitteln leicht und zuverlässig zu treffen sei. Sollte die nächste Instanz jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass der Konsum nikotinhaltiger Liquids vom Rauchverbot erfasst wird, wird es sich wohl auch mit der Vollzugsproblematik zu befassen haben. Denn dann ist beim Vollzug der Norm keinesfalls leicht festzustellen, ob das elektronische Gerät mit nikotinhaltigen oder – freien Liquids befüllt ist. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass etwaige Vollzugsprobleme allein keine Rechtfertigung für ein Verbot sein können, wie das OVG Münster in seiner Entscheidung zu mit Shizao-Steinen und Früchten betriebenen Wasserpfeifen zutreffend herausgearbeitet hat.

IV) Ergebnis und Ausblick

Festzuhalten ist, dass Abgabe und Konsum von E-Zigaretten und E-Shishas in der Öffentlichkeit derzeit weder über das NiSchG NRW noch über das JuSchG verboten werden können. Statt des Versuchs, den Konsum und die Abgabe von E-Zigaretten und E-Shishas mit aller Gewalt in den Anwendungsbereich des NiSchG NRW oder des JuSchG zu pressen, sollte der Gesetzgeber eine gesetzliche Neuregelung andenken. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die im Februar 2014 endgültig beschlossene, jedoch noch nicht in Kraft getretene Tabakrichtlinie etwaige von E-Shishas und E-Zigaretten ausgehende Gesundheitsgefahren abmildern könnte: Künftig müssen bei der Anmeldung zum Zwecke des Marktzugangs bei den zuständigen Behörden Unterlagen vorgelegt werden, aus denen

insbesondere toxikologische Daten über die Inhaltsstoffe und ihre Immissionen hervorgehen, sodass dem Gesundheitsschutz stärker Rechnung getragen wird. Dennoch ist selbst die Inhalation nikotinloser und lediglich mit Aromastoffen versetzter Liquids durch Minderjährige keineswegs als harmlos einzustufen: Auch wenn gesundheitliche Gefahren erst noch genauer untersucht werden müssen, ändert dies nichts an der Tatsache, dass das Ziehen an einer E-Zigarette oder E-Shisha ein authentisches Raucherlebnis vermittelt und Kinder und Jugendliche auf spielerische Weise durch die Inhalation süßen Dampfs an das Rauchen gewöhnt werden. Der Schritt zur späteren Befüllung der elektronischen Rauchgeräte mit nikotinhaltigen Liquids und dann der Griff zur Zigarette ist zwar nicht zwingend, aber auch nicht weit. Insofern ist bezogen auf das Gefährdungspotential eine gewisse Vergleichbarkeit mit Alkopops, deren spezielle Regelung der Gesetzgeber im JuSchG für erforderlich gehalten hat, nicht zu leugnen. Hinzu kommt, dass die Liquids auch mit Appetitzüglern versehen sein können und in Internetforen zum Konsum von Haschischöl in elektronischen Rauchgeräten ani-

miert wird, woraus sich gerade für Kinder und Jugendliche weitergehende Gefahren ergeben können. Letztlich obliegt es jedoch dem Gesetzgeber zu entscheiden, ob er die Abwendung der vom Gebrauch elektronischer Rauchgeräte ausgehenden Gefahren den Eltern überlässt oder ob er ein gesetzliches Verbot für erforderlich hält. Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung hat bereits die Forderung erhoben, E-Zigaretten und E-Shishas einer gesetzlichen Regelung im JuSchG zuzuführen und wird hierbei auch von Seiten des E-Zigarettenhandels unterstützt. Das VG Köln jedenfalls deutet an, dass eine solche Regelung durchaus zulässig sein könnte.

Dinah Huerkamp

Autorin

Justiziarin bei der Arbeitsgemeinschaft Kinder- und Jugendschutz Landesstelle NRW e.V. (AJS NRW), Köln

■ Gesetz und Gesetzgebung

Zum 01.05.14 sind die gesetzlichen Regelungen zur vertraulichen Geburt in Kraft getreten (BGBl. I 53/2013, S. 3458-3462). Es wird versucht, *vertrauliche Geburt* zugleich eine Anonymität der Mutter zu gewährleisten und einen Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zu verankern.

■ Rechtsprechung

Die Entscheidung des BGH zu einer unzulässigen Kaufaufforderung gegenüber Kindern, die virtuelle »Zubehörartikel« in einem Fantasy-Rollenspiel zum Gegenstand hatte, sorgt weiter für lebhaftere rechtliche Diskussionen, vielleicht auch weil *Kaufaufforderung gegenüber Kindern* sie in Form eines sog. Versäumnisurteils mit inhaltlicher Begründung und damit noch nicht rechtskräftig ergangen ist. Die Anmerkungen schwanken erheblich zwischen Zustimmung und Ablehnung der Entscheidung: Sosnitzer (NJW 14/2014, S. 1017 f), Krüger/Apel (K&R 3/2014, S. 200 f) und Oehler (MMR 3/2014, S. 172 ff).

Das Bundesverfassungsgericht hat kurz hintereinander (Beschl. v. 17.03.14, Az. 1 BvR 2695/13, und v. 24.03.14, Az. 1 BvR 160/14) zwei Entscheidungen von Instanzgerichten aufgehoben, in denen der dort gebilligte Sorgerechtsentzug unverhältnismäßig gewesen sei. In einem Fall wurde beim Verbleib im Elternhaushalt zwar eine Kindeswohlgefährdung bejaht, doch wurden bei einer *Sorgerechtsentzug* Fremdunterbringung andere und größere Belastungen angenommen. Im anderen Fall sei schon der Nachweis einer stärkeren Kindeswohlgefährdung nicht ausreichend geführt gewesen und es sei ebenfalls nicht der bei Gesamtbetrachtung mildeste Eingriff gewählt worden.

Wenn bei einer Veranstaltung mehrere Bands aus dem politisch extrem rechten Spektrum auftreten, ist es zu rechtfertigen, dass neben dem Verbot indizierte Lieder aufzuführen im Zuge des § 7 JuSchG auch ein Zutrittsverbot für *Zutrittsverbot* Kinder und eine Beschränkung, wonach Jugendliche von Sorgeberechtigten oder erziehungsbeauftragten Personen begleitet werden müssen, ausgesprochen werden (VG Neustadt/Weinstraße, Urt. v. 22.10.13, Az. 5 K 185/13.NW).

Im Zusammenhang mit dem Rauchverbot hat der Bayer. Verfassungsgerichtshof (Entschl. v. 11.09.13, Az. Vf. 100-VI-12) Abgrenzungsmerkmale einer echten »Geschlossenen Gesellschaft« dargelegt, die der betroffene Raucherclub nicht erfüllt hatte. Dazu zählen in der Regel: Einzeltermin, persönliche Einladung, Zuordnung zur Privatsphäre (Familienfeier) oder einer engen Sozialsphäre (Betriebsfeier). Nicht ausreichend sind Beschilderung, Möglichkeit zur kurzfristigen Vereinsmitgliedschaft, offene Mitgliederstruktur.

Die Frage, ob die Bußgeldvorschrift des § 24 Abs. 1 Nr. 4 JMStV bzgl. privater Rundfunkveranstalter mit dem Gleichheitsgebot des Grundgesetzes vereinbar ist oder nicht, nachdem sie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht in gleicher Weise gilt, hat das Bundesverfassungsgericht inhaltlich nicht entschieden, da das vorgelegte Gericht die Notwendigkeit der Normenkontrolle für das Ausgangsverfahren nicht genau genug dargelegt gehabt habe (Beschl. v. 02.12.13, Az.: 1 BvL 5/12).

Ein weiterer Konfliktpunkt zwischen schulischen Inhalten und Glaubensüberzeugungen von Schülern (vgl. KJug 1/2013, S. 25 ff) betrifft den Umgang mit literarischen Inhalten, in denen Spiritismus und Magie eine Rolle spielen. Das Bundesverwaltungsgericht (Urt. v. 11.09.13, Az. 6 C 12/12) hat auch im vorliegenden Fall – Vorführung des Films »Krabat« – konsequent die Ablehnung einer Unterrichtsbefreiung durch die Schule nicht beanstandet. Ausnahmen seien nur geboten, wenn ohne Ausgleichsmöglichkeit der Kern der religiösen Erziehung in Frage gestellt würde.

Nach Auffassung des Sozialgerichts Dresden (Urt. v. 27.01.14 – S 7 AS 1567/13 – Berufung zugelassen) ist bei einem 14-tägigen Jugendarrest gegenüber einem Heranwachsenden, der Leistungen nach dem SGB II bezieht, kein Wechsel des Erbringers von Sozialleistungen angezeigt. Der Jugendarrest stelle keine richterlich angeordnete Freiheitsentziehung im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 2 SGB II dar, weil bei ihm der Erziehungsgedanke im Vordergrund stehe.

Das gezielte »Anrauchen«, d.h. ein Gemisch aus inhalierbarem Zigarettenrauch, Atemluft und Speichelnebel ins Gesicht zu blasen, kann im Einzelfall eine Körperverletzung darstellen. Hiergegen sind Notwehrmaßnahmen gerechtfertigt, hier: ein Wurf mit einem Trinkglas (AG Erfurt, Urt. v. 18.09.13, Az. 910 Js 1195/13 48 Ds).

■ Schrifttum

Kinderrechte ins Grundgesetz? [Das Recht auf Förderung der Entwicklung von jungen Menschen und daraus abgeleitet auf präventive Gefahrenabwehr ergebe sich direkt aus dem Grundgesetz, so dass eine spezielle Verankerung in der Verfassung hierfür nicht erforderlich sei] von Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe in: ZKJ 3/2014, S. 94-99.

Dürfen die Länder Tabakwarenautomaten verbieten? [Auch wenn die bestehenden Regelungen Schwächen hätten, sei wegen der Jugendschutzkompetenz die Bundesgesetzgebung vorrangig und abschließend] von Prof. Dr. Bodo Pieroth und Dr. Tristan Barczak in: DÖV 2/2014, S. 66-73.

Zur Tragung von Kosten des Umgangs von Personen, die nicht rechtliche Eltern sind, mit einem Kind [Die These, wonach mangels gesetzlicher Regelungen die Umgangsberechtigten nur eigene Kosten tragen müssten, aber alle kindbezogenen Umgangskosten von den Unterhaltsberechtigten zu tragen wären, wird in der nachfolgenden Diskussion relativiert und hinterfragt; z.B. sei eine Analogie zu den Regelungen beim Umgang eines Elternteils zu bejahen] von Prof. Dr. Martin Löhnig in: FamRZ 23/2013, S. 1866-1868 mit weiterer Diskussion in FamRZ 5/2014, S. 355-357.

Handel mit Nacktfotos bestrafen? Pro & Contra [Diskussion über eine Schutzlücke zu Lasten von Kindern, allerdings ohne Beachtung von § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV] von Michael Frieser und Prof. Dr. Joachim Renzikowski in: DRiZ 4/2014, S. 132 f.

Unterbringungsähnliche Maßnahmen bei Kindern und Jugendlichen [Weiterer Beitrag zu der in KJug 1/2014, S. 32, dargestellten Rechtsdiskussion] von Christa-Maria Leeb und Martin Weber in: ZKJ 4/2014, S. 143-145.

Sind Pflegekinder nicht (mehr) schutzbedürftig? [Ausgehend von einer BGH-Entscheidung – Beschl. v. 22.01.2014, Az. XII ZB 68/11 – wird die Beachtung einer stärkeren Kontinuität bei kindlichen Bezugspersonen und eine rechtliche Absicherung des Pflegekindschaftsverhältnisses gefordert] von Prof. Dr. Stefan Heilmann und Prof. Dr. Ludwig Salgo in: FamRZ 9/2014, S. 705-711.

Sigmar Roll

Autor

Psychologe/Jurist/Richter
(Zuschriften bitte an die Redaktion der KJug)