



PHILIP MORRIS GmbH, Am Haag 14, 82166 Gräfelfing

Bundesministerium für Gesundheit
Dagmar Reitenbach
Leiterin der Projektgruppe
„Kontrollierte Abgabe von Cannabis“
Mauerstraße 29
11055 Berlin

- Vorab per Mail -

Gräfelfing, den 24.07.2023

Stellungnahme zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften“ (Cannabisgesetz – CanG)

Sehr geehrte Frau Reitenbach,

als betroffenes Unternehmen möchten wir die Gelegenheit nutzen, zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften“ (CanG) Stellung zu nehmen. Hierbei möchten wir unsere Auffassung zu den im Entwurf vorgesehenen Änderungen des Bundesnichtraucherschutzgesetzes (BNichtrSchG) und der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) darlegen.

Wir begrüßen die Regelungsabsicht des § 6 Nr. 1 und § 8 CanG, den Anwendungsbereich des BNichtrSchG und der ArbStättV auf Cannabisprodukte und die Benutzung von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten auszuweiten. Damit wird der veränderten Marktsituation und der größeren Vielfalt an nikotin- und tabakhaltigen Produkten Rechnung getragen.

A. Allgemeine Erwägungen

Erhitzte Tabakerzeugnisse und E-Zigaretten sind bessere Alternativen zu Zigaretten für erwachsene Raucherinnen und Raucher, die nicht aufhören. Bei diesen Produkten findet keine Verbrennung statt, und die fehlende Verbrennung führt zu einer



erheblichen Verringerung schädlicher und potenziell schädlicher Stoffe im Vergleich zum Zigarettenrauch. Ein vollständiger Wechsel auf diese Produkte kann daher dazu beitragen, die mit dem Nikotinkonsum verbundenen Schaden für erwachsene Raucherinnen und Raucher, die nicht aufhören, zu verringern. In der Begründung für die Gesetzesänderung erkennt Ihr Haus den geringeren Gehalt an Schadstoffen im Aerosol von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten im Vergleich zu Zigaretten an.

Im Rahmen der Änderung des BNichtSchG hoffen wir daher, dass Sie die folgenden allgemeinen Überlegungen berücksichtigen können.

1. Aerosole von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten können nicht mit Zigarettenrauch gleichgesetzt werden

Es besteht wissenschaftlicher Konsens darüber, dass es signifikante Unterschiede zwischen Zigarettenrauch und Aerosolen von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten gibt.¹ Daher können Aerosole, die von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten erzeugt werden, nicht mit Zigarettenrauch gleichgesetzt werden.

2. Die Auswirkungen des Aerosols von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten auf Nichtraucherinnen und Nichtraucher unterscheiden sich erheblich vom Zigarettenrauch

Der Konsum von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten führt zu einer geringeren Auswirkung auf die umliegenden Nichtkonsumentinnen und Nichtkonsumenten. Dies liegt daran, dass bei erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten nicht nur die Verbrennung während des Konsums fehlt, sondern auch die Schwelverbrennung zwischen den Zügen, die den so genannten Nebenstromrauch verursacht, welcher wiederum von Unbeteiligten beim Passivrauchen eingeatmet werden kann. Entsprechend hat das britische *Committee on Toxicity (COT)* im Auftrag des britischen Gesundheitsministeriums und von *Public Health England (PHE)* das Risiko von zwei erhitzten Tabakerzeugnissen im Vergleich zum Zigarettenrauchen bewertet. Das COT kam zu folgendem Ergebnis:

“In terms of environmental exposure to bystanders, assessments showed that while some of the measured components increased above background with the use of the heat-not-burn tobacco products, much greater increases occurred following use of conventional cigarettes. [...] A reduction in risk would also be experienced by bystanders where smokers switch to heat-not-burn tobacco products.”²

¹ Schaller, J.-P., et al., Evaluation of the Tobacco Heating System 2.2. Part 2: Chemical composition, genotoxicity, cytotoxicity, and physical properties of the aerosol. *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, 2016. 81(Supplement 2): p. S27-S47.; Mallock, N., et al., Levels of selected analytes in the emissions of “heat not burn” tobacco products that are relevant to assess human health risks. *Archives of Toxicology*, 2018. 92(6): p. 2145-2149.; Kärkelä, T., Jean-Christophe Ebinger, Unto Tapper, et al.: Investigation into the Presence or Absence of Solid Particles Generated from Thermal Processes in the Aerosol from an Electrically Heated Tobacco Product with and without Filter Elements, *Aerosol Air Qual.* (2021), Res. 21(10): 200667.; Amorós-Pérez, A., Laura Cano-Casanova, María del Carmen Román-Martínez, et al. Comparison of particulate matter emission and soluble matter collected from combustion cigarettes and heated tobacco products using a setup designed to simulate puffing regimes, *Chemical Engineering Journal Advances*. (2021), 8: 100144.

² Committees on Toxicity, Carcinogenicity and Mutagenicity of Chemicals in Food, Consumer Products and the Environment (COT, COC and COM), Statement on the toxicological evaluation of novel heat-not-burn tobacco products, December 2017, abrufbar über: [heat_not_burn_tobacco_statement.pdf \(food.gov.uk\)](https://www.food.gov.uk/heat-not-burn-tobacco-statement.pdf)



Also:

„Hinsichtlich der Umweltexposition umstehender Personen zeigten die Bewertungen, dass einige der gemessenen Komponenten bei der Verwendung der erhitzten Tabakerzeugnisse über den Hintergrundwert hinaus ansteigen, während bei der Verwendung herkömmlicher Zigaretten ein viel größerer Anstieg zu verzeichnen ist. [...] Eine Verringerung des Risikos würde auch für Umstehende eintreten, wenn Raucher auf Heat-Not-Burn-Produkte [d.h. erhitzte Tabakerzeugnisse] umsteigen.“ [Anmerkung hinzugefügt]

Public Health England empfiehlt in seinem Leitfaden von 2016, dass der Gesetzesrahmen für den öffentlichen Gebrauch von E-Zigaretten auf einer Reihe von Grundsätzen beruhen sollte, von denen einer lautet:

“Ensure policies are informed by evidence on health risks to bystanders: Evidence of harm from secondhand smoke is conclusive and provides the basis for smoke-free legislations (Health Act 2006). However, scientific evidence shows that the risk to health from secondhand vapor is extremely low compared to smoke and insufficient to justify prohibiting e-cigarettes”³

Also:

„Sicherzustellen, dass die Politik auf Erkenntnissen über die Gesundheitsrisiken für Unbeteiligte beruht: Die Beweise für die Schädigung durch Passivrauchen sind schlüssig und bilden die Grundlage für die Gesetzgebung zu rauchfreien Zonen (Health Act 2006). Die wissenschaftlichen Erkenntnisse zeigen jedoch, dass das Gesundheitsrisiko durch Passivrauchen im Vergleich zu Rauch extrem gering ist und nicht ausreicht, um ein Verbot von E-Zigaretten zu rechtfertigen.“⁴

3. Eine Gleichstellung der Vorschriften des Nichtrauchererschutzes würde sich negativ auf ehemalige Raucherinnen und Raucher auswirken, die auf rauchlose Produkte umgestiegen sind.

Eine vollständige Angleichung der Vorschriften für erhitzte Tabakerzeugnisse und E-Zigaretten an die für Rauchtabak würde dazu führen, dass erwachsene Raucherinnen und Raucher, die nicht aufhören, weniger bereit sind, vollständig von Zigaretten auf rauchlose Alternativen umzusteigen: Wenn sowohl Nutzerinnen und Nutzer rauchloser Alternativen als auch Raucherinnen und Raucher in denselben ausgewiesenen Bereichen Produkte konsumieren, sind sie (1) dem Passivrauch von Zigaretten ausgesetzt und (2) dürften weniger bereit sein, das Zigarettenrauchen vollständig aufzugeben. Daher muss bei der Ausweisung rauchfreier Zonen klar zwischen Zigaretten und rauchlosen Alternativen, wie erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten, unterschieden werden.

³ Public Health England, Use of e-cigarettes in public places and workplaces: advice to inform evidence-based policy making, July 2016, available at Use of e-cigarettes in public places and workplaces - GOV.UK (www.gov.uk)

⁴ Public Health England, Use of e-cigarettes in public places and workplaces: advice to inform evidence-based policy making, July 2016, available at Use of e-cigarettes in public places and workplaces - GOV.UK (www.gov.uk)



Wir unterstützen die Grundsätze des BNichtrSchG zum Schutz gefährdeter Gruppen, wie Nichtraucherinnen und Nichtraucher, Kinder, Jugendliche und Schwangere. Aufgrund der oben dargestellten Unterschiede des Aerosols von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten plädieren wir daher dafür, dass die oben dargestellten allgemeinen Erwägungen bei der Novellierung des BNichtrSchG und zukünftigen Regelungen wohlwollend Berücksichtigung finden.

B. Rechtliche Bewertung

Im Zusammenhang mit diesen allgemeinen Erwägungen haben wir mehrere rechtliche Einschränkungen in Bezug auf die textliche Umsetzung im Gesetz festgestellt, insbesondere in Bezug darauf, den Begriff „Rauchen“ grundsätzlich zu definieren und ihn dementsprechend auf rauchlose Produkte auszudehnen, was im Widerspruch zur wissenschaftlichen Evidenz steht. Damit gerät die vorliegende Gesetzesinitiative in Widerspruch zu geltenden Rechtsnormen und Verfassungsgrundsätzen.

In der Anlage finden Sie eine ausführliche gutachterliche Stellungnahme (Anlage 1), die alle rechtlichen Grenzen des vorliegenden Änderungsentwurfs aufzeigt.

Auf drei Aspekte dieser Stellungnahme möchten wir näher eingehen:

1. Definition des Rauchens ist nicht notwendig

Grundsätzlich ist anzumerken, dass in der Begründung zur Gesetzesänderung der Begriff des Rauchens explizit „neu bestimmt und umfassend erweitert wird“. Eine solche Definition des Rauchens war im Rahmen des BNichtrSchG bisher nicht nötig, um seine Anwendung zu gewährleisten, und wäre auch sowohl nicht notwendig noch dem Sachverhalt angemessen, um seinen Anwendungsbereich auf die Benutzung von erhitzten Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten rechtssicher auszuweiten.

2. Das Klassifizierungskriteriums der Verbrennung wird missachtet

Der europäische und deutsche Rechtsrahmen (Tabakproduktrichtlinie EU/2014/40 und TabakerzG) unterscheiden **anhand des Kriteriums der Verbrennung** eindeutig und grundlegend zwischen zwei unterschiedlichen Tabakproduktkategorien: Zwischen **Rauchtabakerzeugnissen** einerseits, die mittels einer Verbrennung konsumiert werden, und **rauchlosen Tabakerzeugnisse** andererseits, die ohne eine Verbrennung konsumiert werden. Die hierzulande zugelassenen erhitzten Tabakerzeugnisse erfüllen alle Kriterien für rauchlose Erzeugnisse, da sie nachweislich ohne Verbrennung konsumiert werden. Daher sind alle in Deutschland erhältlichen erhitzten Tabakerzeugnisse als rauchlose Tabakerzeugnisse klassifiziert. E-Zigaretten werden auch ohne einen Verbrennungsprozess konsumiert.

Die beabsichtigte Formulierung zu § 1 Abs. 1 BNichtrSchG“



„das Rauchen von Tabak- und Cannabisprodukten, **einschließlich** der Benutzung von elektronischen Zigaretten und erhitzten Tabakerzeugnissen“ [Hervorhebung hinzugefügt]

würde dazu führen, dass der Begriff des Rauchens unter Missachtung des Klassifizierungskriteriums der Verbrennung auf rauchlose Produkte ausgeweitet werden würde.

3. (Neu-)Definition des Begriffs des Rauchens verletzt das verfassungsgemäße Konsistenzverbot

Die Missachtung des Klassifizierungskriteriums der Verbrennung würde zur Verletzung des verfassungsrechtlichen Konsistenzgebotes führen. So müssen Rechtsnormen **innere Klarheit und Konsistenz** besitzen und daher

„so bestimmt sein, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“

(BVerfG NVwZ-RR 2002, 81, 91 – Schleswig-holsteinisches Naturschutzgesetz; st. Rspr.).

Die Ausweitung der Definition des Rauchens auf rauchlose Produkte würde jedoch dazu führen, dass im Rahmen des Anwendungsbereiches des BNichtrSchG *per definitionem* das **Rauchen rauchloser Erzeugnisse** verboten würde.

Das Bundesverfassungsgericht erkennt darüber hinaus die Notwendigkeit der grundsätzlichen „**Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung**“ an, d.h. die Konsistenz bestimmter Regelungen in verschiedenen Gesetzen (BVerfG NVwZ 2022, 1038, 1044 – *Bettensteuer*). Daraus ergibt sich die Forderung nach einer schlüssigen Gesamtsystematik unterschiedlicher Vorschriften, die den gleichen Lebenssachverhalt betreffen. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass es beispielsweise unschlüssig ist,

„wenn identischen Gefährdungen in denselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigemessen wird“. [Hervorhebung hinzugefügt]

(BVerfG NVwZ 2022, 1038, 1044 – *Bettensteuer*)

Daher ist es unvereinbar, wenn ein bestimmter Begriff innerhalb desselben Gesetzes oder in verschiedenen, jedoch materiell zusammenhängenden Gesetzen auf sich widersprechenden Kriterien fußt oder dieses unterschiedliche Gewicht beimisst.

Um daher Inkonsistenzen innerhalb des BNichtrSchG einerseits und Widersprüchen mit anderen europäischen und deutschen Regulierungsrahmen andererseits zu



vermeiden, halten wir es für sinnvoll und rechtsstaatlich geboten, von solchen widersprüchlichen und für die Regelungsabsicht unnötigen Definitionsbestrebungen abzu-
sehen.

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Stellungnahme und die beigefügte gutachterliche Stellungnahme in Ihrer Arbeit wohlwollend berücksichtigen würden.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink that reads 'Claudia Oeking'.

Claudia Oeking
Geschäftsführerin

A handwritten signature in blue ink that reads 'M. Wahl'.

Minke Wahl
Leiterin Regulatory Affairs & RRP

Anlage 1: Gutachterliche Stellungnahme „Anpassung der Nichtraucherchutz-
gesetze im Entwurf eines Cannabisgesetzes. Rechtsstaatliche Grenzen einer
Erweiterung des Begriffs „Rauchen“ im Bundesnichtraucherschutzgesetz“

**ANPASSUNG DER NICHTRAUCHERSCHUTZGESETZE
IM ENTWURF EINES CANNABISGESETZES**
**Rechtsstaatliche Grenzen einer Erweiterung des Begriffs
„Rauchen“ im Bundesnichtraucherschutzgesetz**

**GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME
IM AUFTRAG DER PHILIP MORRIS GMBH**

Vorgelegt von Rechtsanwälten

Dr. Niels Lutzhöft, LL.M. (Columbia)

Dr. Christoph Hendel

am 24. Juli 2023

A. HINTERGRUND

Nach dem kürzlich veröffentlichten „*Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften*“ („**CannG-E**“)¹ plant die Bundesregierung eine Erweiterung des jeweiligen Anwendungsbereichs von Bundesnichtraucherschutzgesetz („**BNichtrSchG**“) und Arbeitsstättenverordnung („**ArbStättV**“). Die Nichtraucherschutzvorschriften sollen zukünftig insbesondere auch auf Cannabisprodukte, elektronische Zigaretten und erhitzte Tabakerzeugnisse anwendbar sein. Dazu will die Bundesregierung laut der Gesetzesbegründung den Begriff „*Rauchen*“ in § 1 Abs. 1 BNichtrSchG umfassend erweitern.

B. ZUSAMMENFASSUNG

1. Der Begriff „*Rauchen*“ soll gemäß Art. 6 Nr. 1 CannG-E **neu bestimmt** und dabei **substanzuell geändert** werden. Er soll zukünftig unter anderem die Benutzung von E-Zigaretten und erhitzten Tabakerzeugnissen einschließen – und damit Erzeugnisse, die sich von den bislang erfassten Rauchtabakerzeugnissen wie Zigaretten wesentlich unterscheiden.
2. Diese Neufassung des § 1 Abs. 1 BNichtrSchG geht über die vom Gesetzgeber eigentlich bezweckte, bloße Erweiterung des Anwendungsbereichs des Rauchverbots hinaus. Zur Umsetzung dieses Ziels ist es **nicht erforderlich**, atypische Regelbeispiele zu ergänzen und damit eine Quasi-Legaldefinition mit unklaren Konturen einzuführen. Stattdessen kann der Gesetzgeber in § 1 BNichtrSchG die **entsprechende Geltung** der relevanten Vorschriften für rauchlose Erzeugnisse festlegen, ohne sich mit dem gefestigten und dem natürlichen Wortsinn entsprechenden Verständnis von „*Rauchen*“ in Widerspruch zu setzen.
3. Art. 6 Nr. 1 CannG-E stellt das „*Rauchen*“ mit Nutzungsformen wie der „*Verdampfung*“ oder dem „*Dampfen*“ gleich – ohne Rücksicht darauf, ob eine **Verbrennung** stattfindet und ob **Rauch oder Dampf** entsteht. Damit missachtet der Gesetzgeber den **natürlichen Wortsinn** des Begriffs „*Rauchen*“ nach dem allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch. Dieser setzt das Einatmen von Rauch verbrennender Pflanzenteile voraus. Darüber hinaus widerspricht diese erweiterte Verwendung von „*Rauchen*“ dem **gefestigten Verständnis** der übrigen Rechtsordnung, insbesondere der regulatorischen Vorschriften und der Nichtraucherschutzgesetze der Länder. Diese Bestimmungen unterscheiden kategorisch zwischen „*Rauchen*“ mittels Verbrennung und der Nutzung rauchloser Erzeugnisse, die ohne Verbrennung und Rauch auskommen. Die abgestufte Regulierung beruht auf einer wissenschaftlich fundierten, typisierenden Risikoeinschätzung des Gesetzgebers. Diese **normative Vorprägung** des Begriffs muss der Gesetzgeber berücksichtigen.
4. Art. 6 Nr. 1 CannG-E verstößt gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze der **Rechtssicherheit und -klarheit** sowie gegen das daraus abzuleitende **Konsistenzgebot**. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen Bestimmungen **in sich widerspruchsfrei** sein. Die Bundesregierung missachtet dies bei der geplanten Erweiterung des Begriffs „*Rauchen*“. Denn im Übrigen sieht das CannG-E eine kategorische Unterscheidung zwischen „*Rauchen*“ und „*Verdampfen*“ beziehungsweise zwischen Rauch und Dampf vor. Zugleich setzt sich der Gesetzgeber in Art. 6 Nr. 1 CannG-E mit der **Gesamtsystematik** der Regelungen in Widerspruch, die denselben Lebenssachverhalt betreffen und von den gleichen Gesetzgebungszielen getragen sind. Dies betrifft vor allem die regulatorischen Vorschriften sowie die Landesnichtraucherschutzgesetze.

¹ Online verfügbar unter https://www.lto.de/fileadmin/files/artikel/2023/Mai/Cannabisgesetz-CanG_RefE.pdf.

C. RECHTLICHE ANALYSE

I. Überschießende Regelung durch Ausweitung des Begriffs „Rauchen“ im CannG-E

Der Entwurf der Bundesregierung „bestimmt den Begriff des Rauchens neu und erweitert diesen umfassend“ (Begründung des Gesetzesentwurfs zu Art. 6 Nr. 1 CannG-E, S. 159²). Nach der in **Art. 6 Nr. 1 CannG-E** vorgesehenen Neufassung würde § 1 Abs. 1 BNichtrSchG zukünftig wie folgt lauten:

„Das Rauchen von Tabak- und Cannabisprodukten, einschließlich der Benutzung von elektronischen Zigaretten und erhitzten Tabakerzeugnissen sowie von Geräten zur Verdampfung von Tabak- und Cannabisprodukten ist nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 verboten [...]“. [Änderungen im Vergleich zur aktuellen Fassung hervorgehoben]

Der Begriff „Rauchen“ umfasst hiernach zukünftig auch die „Benutzung von elektronischen Zigaretten und erhitzten Tabakerzeugnissen“ sowie „von Geräten zur Verdampfung von Tabak- und Cannabisprodukten“. Anders als es in der Begründung zu Art. 6 Nr. 1 CannG-E zwei Absätze später heißt, wäre dies keine bloße „Erweiterung der gesetzlichen Rauchverbotsregelung“ (Begründung des Gesetzesentwurfs zu Art. 6 Nr. 1 CannG-E, S. 159). Die neu eingeführten Nutzungsformen sollen vielmehr von dem Merkmal „Rauchen“ **eingeschlossen** werden („einschließlich“). Diese Formulierung kann nur so verstanden werden, dass die drei eingefügten Nutzungsformen zukünftig Beispiele für das „Rauchen“ sein sollen. Zudem spricht die Begründung zu Art. 6 Nr. 1 CannG-E am Ende dieses Absatzes von „Rauchprodukten“, die „in Form einer Zigarette, E-Zigarette oder anderer Form [...] konsumiert werden“ können (Begründung des Gesetzesentwurfs zu Art. 6 Nr. 1 CannG-E, S. 160). Auch diese Formulierung erweckt den Eindruck, dass E-Zigaretten und erhitzte Tabakerzeugnisse – ebenso wie Zigaretten – Produkte seien, die „Rauch“ erzeugen und zum „Rauchen“ bestimmt seien.

Dies geht über den eigentlichen Regelungszweck des Art. 6 Nr. 1 CannG-E hinaus. Der Gesetzgeber will den Anwendungsbereich des Bundesnichtraucherschutzgesetzes auf weitere Produktkategorien erstrecken. Die Vorschrift führt stattdessen **Regelbeispiele** für den Begriff „Rauchen“ ein, die sprachlich und wissenschaftlich kein Fall des „Rauchens“ sind. Dadurch werden wesentlich ungleiche Erzeugnisse und Nutzungsformen unter denselben Begriff gefasst. Denn die Nutzung von E-Zigaretten, erhitzten Tabakerzeugnissen und Geräten zur Verdampfung unterscheidet sich grundlegend von der Nutzung von Rauchtabakerzeugnissen wie Zigaretten oder von pflanzlichen Raucherzeugnissen wie Hanfzigaretten.

Raucherzeugnisse müssen zur Verwendung angezündet werden und erzeugen mittels Verbrennung einen Rauch, den der Nutzer inhalieren kann. E-Zigaretten sind dagegen dazu bestimmt, die Inhalation eines (ggf. nikotinhaltigen) Dampfes zu ermöglichen. Eine Verbrennung findet dabei nicht statt. Dasselbe gilt für die Nutzung von „Geräten zur Verdampfung“ wie etwa E-Shishas oder Vaporizer. Auch erhitzte Tabakerzeugnisse werden typischerweise nicht mittels eines Verbrennungsprozesses genutzt. Aus diesem Grund sind die derzeit auf dem deutschen Markt befindlichen erhitzten Tabakerzeugnisse regulatorisch als rauchlose Tabakerzeugnisse klassifiziert (BT-Drs. 20/6314, S. 2; zur Begründung siehe VG Braunschweig BeckRS 2021, 31549). Ohne Verbrennung erzeugen diese Produkte auch keinen Rauch. Denn unter Rauch versteht man üblicherweise „ein Gemisch aus Gas und festen Teilchen, das durch einen Verbrennungsvorgang entsteht“ (VG Köln, LMRR 2014, 23 – Keine Verbrennung bei E-Zigaretten). Aktuelle

² Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich die Zitate der Gesetzesbegründung in dieser Stellungnahme auf den Bearbeitungsstand: 5. Juli 2023, 15:59 Uhr.

wissenschaftliche Studien belegen, dass das Aerosol typischer erhitzter Tabakerzeugnisse keine Feststoffpartikel enthält.³

Der Gesetzgeber führt also atypische Regelbeispiele in § 1 Abs. 1 BNichtrSchG ein, um den Begriff „Rauchen“ neu zu bestimmen und zu erweitern. Die eigentlich beabsichtigte Erweiterung des Anwendungsbereichs kann der Gesetzgeber allerdings auch durch eine Regelung erreichen, mit der er das Verbot nach § 1 Abs. 1 BNichtrSchG ausdrücklich auf andere Erzeugniskategorien erstreckt. Diese Lösung wäre juristisch präziser und leichter verständlich.

II. Missachtung des natürlichen Wortsinns und der normativen Vorprägung des Begriffs „Rauchen“

1. Gebotene Ausrichtung am natürlichen Wortsinn setzt das Vorhandensein von Verbrennung und Rauch voraus

Eine dem allgemeinen Sprachverständnis entgegenlaufende Verwendung des Begriffs „Rauchen“ in § 1 Abs. 1 BNichtrSchG liefe dem Grundsatz der Rechtssicherheit und -klarheit zuwider. Danach müssen Rechtsvorschriften **für Adressaten und Rechtsanwender verständlich** sein. Denn sie sollen „die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können“ (BVerfG NJW 2005, 2363, 2371 – Übertragung des Bestands von Lebensversicherungsverträgen; st. Rspr.).

Dazu gehört auch, dass das gegenwärtige allgemeine Sprachverständnis nicht missachtet wird. Mit den Worten des Bundesgerichtshofs:

„Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Auslegung, wobei dieser aus der Sicht des Normadressaten – also grundsätzlich nach dem allgemeinen Sprachverständnis der Gegenwart – zu bestimmen ist (BVerfGE 71, 108 [115] [...]).“

BGH NJW 2007, 524, 525 – Halluzinogen wirkende Pilze.

Der „mögliche Wortsinn“ des Begriffs „Rauchen“ erfasst nach dem allgemeinen Sprachverständnis nur solche Erzeugnisse, die mittels Verbrennung einen Rauch produzieren, der vom Nutzer inhaliert werden kann. So heißt es etwa im Online-Glossar zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes unter dem Stichwort „Rauchen“:

„Rauchen ist definiert als bewusstes Einatmen von Rauch verbrennender Pflanzenteile bis in die Mundhöhle oder bis in die tieferen Atemwege und Lunge. Am weitesten verbreitet ist das Rauchen von zerkleinerten Blättern der nikotinhaltigen Tabakpflanze in Form von Zigaretten, Zigarillos oder Zigarren. Auch einige Rauschmittel, v.a. Haschisch und Marihuana, werden durch Rauchen aufgenommen. [...]“ [Hervorhebung hinzugefügt]

Robert Koch Institut / Statistisches Bundesamt, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Glossar, Stichwort „Rauchen“.⁴

Der Einschluss nicht-verbrennender, dampferzeugender Produkte in den Begriff „Rauchen“ widerspricht diesem allgemeinen Sprachgebrauch und macht die Vorschrift daher für die Normadressaten unverständlich. Dasselbe gilt für den in der Gesetzesbegründung verwendeten Begriff „Rauchprodukte“, soweit darunter auch E-Zigaretten, erhitzte Tabakerzeugnisse und Geräte zur Verdampfung fallen sollen. Denn die Normadressaten verstehen unter diesem Begriff nach seinem natürlichen Wortsinn nur

³ Kärkelä/Ebinger et al., Investigation into the Presence or Absence of Solid Particles Generated from Thermal Processes in the Aerosol from an Electrically Heated Tobacco Product with and without Filter Elements. Aerosol Air Qual. Res. 21, 200667 (2021); online verfügbar unter: <https://doi.org/10.4209/aaqr.200667>.

⁴ Online verfügbar unter <https://www.gbe-bund.de/glossar/Rauchen.html>.

Produkte, die Rauch erzeugen und/oder zum „Rauchen“ im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs bestimmt sind.

2. Normative Vorprägung des Begriffs „Rauchen“ entspricht dem natürlichen Wortsinn

2.1 Gefestigtes Verständnis nach regulatorischen Vorschriften

Der erweiterte „Rauchen“-Begriff des Art. 6 Nr. 1 CannG-E widerspricht dem Verständnis des Merkmals „zum Rauchen“ nach § 3 Abs. 1 Vorläufiges Tabakgesetz („VTabakG“; galt bis 2016). Dazu stellte das LG Frankfurt in einer Entscheidung zu E-Liquids fest:

„Im Gegensatz zu Tabakzigaretten findet bei den E-Zigaretten kein Verbrennungsprozess statt. Die E-Liquids werden elektronisch zu Dampf vernebelt und durch Inhalation aufgenommen. Die E-Zigaretten simulieren das Rauchen mit technischen Mitteln, ohne Tabak zu verbrennen. E-Zigarettennutzer ‚rauchen‘ nicht, sondern ‚dampfen‘.“

LG Frankfurt LMRR 2013, 107 – E-Zigaretten

Der Bundesgerichtshof hat dieses Verständnis des Begriffs „Rauchen“ in seinem Revisionsurteil bestätigt (BGH NJW 2016, 1251, 1254 – E-Zigaretten).

Diese grundlegende Unterscheidung von „rauchen“ und „dampfen“ hat sich mit der Einführung der Tabakprodukttrichtlinie 2014/40/EU („TPD“) sowie deren Umsetzung im Tabakerzeugnisgesetz („TabakerzG“) und in der Tabakerzeugnisverordnung („TabakerzV“) nicht geändert. „Rauchtabakerzeugnisse“ sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG i. V. m. Art. 2 Nr. 5 und 9 TPD alle Tabakerzeugnisse, die „mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert“ werden. Elektronische Zigaretten sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzG i. V. m. Art. 2 Nr. 16 TPD dagegen Erzeugnisse, die „zum Konsum nikotinhaltigen Dampfes“ bestimmt sind. Dazu erläutert der EU-Gesetzgeber, dass mit E-Zigaretten „der Vorgang des Rauchens nachgeahmt“ werde (ErwGr. 43 TPD). Die Nutzung von E-Zigaretten imitiert also in gewisser Weise den Konsumvorgang bei Zigaretten – sie ist aber ihrem Wesen nach etwas anderes als das „Rauchen“. Daher sind E-Zigaretten auch in separaten Bestimmungen der TPD geregelt.

Die Vorschriften schaffen ein abgestuftes System der Regulierung, in dem vor allem drei Gruppen von Erzeugnissen nach den typischerweise mit ihrem Konsum verbundenen Risiken unterschieden werden: Rauchtabakerzeugnisse, rauchlose Tabakerzeugnisse (einschließlich typischer erhitzter Tabakerzeugnisse) und E-Zigaretten. Die zugrundeliegende typisierende Risikoeinschätzung des Gesetzgebers ist davon abhängig, ob ein Verbrennungsvorgang stattfindet und wie viele Schadstoffe sich in dem jeweils erzeugten Aerosol befinden. Diese Bewertung der drei Erzeugniskategorien hat der Gesetzgeber bei der Einführung differenzierter Werberegulungen im Zweiten Gesetz zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes erneut deutlich zum Ausdruck gebracht (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/19495, S. 17 f.).

Eine Erweiterung des Begriffs „Rauchen“ unter Einschluss von E-Zigaretten und rauchlosen Tabakerzeugnissen würde demnach der Gesamtsystematik des Regulierungsregimes widersprechen. Besonders deutlich wird dieser Widerspruch in der Gesetzesbegründung, in der der Gesetzgeber den Begriff „Rauchprodukte“ als Sammelbegriff unter anderem für Zigaretten, E-Zigaretten und erhitzte Tabakerzeugnisse verwendet und damit „Rauchtabakerzeugnisse“ mit den beiden anderen Erzeugniskategorien der TPD und des Tabakerzeugnisgesetzes – elektronische Zigaretten und rauchlose Tabakerzeugnisse – zusammenwirft.

2.2 Bestätigung des regulatorischen Verständnisses durch Nichtraucherchutzgesetze der Länder

Das Verständnis des Begriffs „Rauchen“ in den Nichtraucherchutzgesetzen der Bundesländer entspricht seinem natürlichen Wortsinn sowie seiner Verwendung in VTabakG und TPD. Gemäß § 1 Abs. 1 Nichtraucherchutzgesetz Mecklenburg/Vorpommern ist unter „Rauchen“ das „Anzünden oder Am-Brennen-Halten

eines Tabakerzeugnisses“ zu verstehen. Die Nichtrauchererschutzgesetze der übrigen Länder enthalten zwar keine Definition von „Rauchen“, ihnen liegt aber dasselbe Begriffsverständnis zugrunde. Daher lehnt das OVG Münster es ab, die Nutzung von E-Zigaretten unter das „Rauchen“ nach § 3 Abs. 1 Nichtrauchererschutzgesetz NRW zu subsumieren:

„Dem Wortlaut nach umfasst das Rauchverbot die Nutzung einer E-Zigarette nicht. Unter „Rauchen“ versteht man im allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch das Einatmen des Rauchs, der bei dem Verbrennungsvorgang (Pyrolyse) von Tabakwaren entsteht [...]“.

OVG Münster NVwZ-RR 2015, 211 – *Kein Verbot von E-Zigaretten in Gaststätten*

Der neue erweiterte „Rauchen“-Begriff im Bundesniechtraucherschutzgesetz schlosse dagegen Nutzungsformen ein, bei denen kein Verbrennungsvorgang stattfindet und kein Rauch, sondern Dampf entsteht. Dies stünde im Widerspruch zu den Landesvorschriften.

III. Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots der Widerspruchsfreiheit von Normen

1. Maßstäbe des verfassungsrechtlichen Konsistenzgebots

Der Gesetzgeber muss sich bei der Fassung von Normen an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit gemäß Art. 20 GG orientieren. Vorschriften müssen *„so bestimmt sein, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“* (BVerfG NVwZ-RR 2002, 81, 91 – *Schleswig-holsteinisches Naturschutzgesetz*; st. Rspr.). Diese Anforderung an die inhaltliche Klarheit von Rechtsnormen erfüllen nur *„in sich widerspruchsfreie“* Bestimmungen (BVerfG NVwZ 2003, 1497, 1498 – *Verwaltungszuständigkeiten nach dem Telekommunikationsgesetz*; st. Rspr.).

Neben dieser **inneren Klarheit und Konsistenz** einzelner Gesetze fordert das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung auch die grundsätzliche *„Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“* – d. h. die Konsistenz bestimmter Regelungen in verschiedenen Gesetzen (BVerfG NVwZ 2022, 1038, 1044 – *Bettensteuer*). Nach dem Bundesverfassungsgericht ist es beispielsweise unschlüssig,

„wenn identischen Gefährdungen in denselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigemessen wird“.
[Hervorhebung hinzugefügt]

BVerfG NJW 2003, 1027 – *Impfstoffversand- und Werbeverbot*.

Das Konsistenzgebot verlangt also auch eine **schlüssige Gesamtsystematik** von Vorschriften, die einen bestimmten einheitlichen Lebenssachverhalt betreffen und von den gleichen Gesetzgebungszielen getragen sind. Damit ist es nicht vereinbar, wenn die Anwendung eines bestimmten Begriffs innerhalb desselben Gesetzes oder in verschieden, materiell zusammenhängenden Gesetzen auf sich widersprechende Kriterien gestützt wird.

2. Unschlüssige Verwendung des „Rauchen“-Begriffs innerhalb des CannG-E

Die Einführung eines neuen erweiterten Begriffs „Rauchen“ nach Art. 6 Nr. 1 CannG-E verstößt gegen das verfassungsrechtliche Gebot der inneren Konsistenz von Gesetzen. Denn die Einbeziehung von Nutzungsformen, bei denen Dampf statt Rauch erzeugt wird, in den Begriff „Rauchen“ ist innerhalb des CannG-E nicht schlüssig:

- Art. 2 CannG-E sieht vor, dass in § 24 des neuen Medizinal-Cannabisgesetzes die Anwendung von Cannabis zu medizinischen Zwecken *„mittels Inhalation“* im öffentlichen Raum unter bestimmten Umständen verboten wird. Nach der Begründung des Gesetzgebers ist unter „Inhalation“ in dieser Vorschrift *„das Rauchen oder Verdampfen von Cannabis zu medizinischen Zwecken“* zu verstehen (Begründung des Gesetzesentwurfs zu Art. 2 CannG-E, S.150). Der Gesetzgeber trifft hier eine

kategorische Unterscheidung zwischen den beiden Nutzungsarten. Wäre das „*Verdampfen*“ bereits vom „*Rauchen*“ umfasst, müsste es nicht zusätzlich genannt werden.

- Nach Art. 8 CannG-E sollen in § 5 Abs. 1 ArbStättV anstelle des Wortes „*Tabakrauch*“ zukünftig die Wörter „*Rauche und Dämpfe von Tabak- und Cannabisprodukten sowie elektronischen Zigaretten*“ verwendet werden. Auch hier differenziert die Bundesregierung zwischen Rauch und Dampf. Dies sind zwei Kategorien von Aerosolen, die bei der Nutzung von Tabak- und Cannabisprodukten sowie E-Zigaretten entstehen können.
- Nach der Begründung zu Art. 6 CannG-E sei das „*Rauchen*“ die am weitesten verbreitete Form der Nutzung von Cannabisprodukten. Dagegen werde Cannabis seltener „*als Dampf inhaliert*“ – und zwar mittels spezieller Geräte wie z.B. „*Vaporizer, Wasserpfeifen oder E-Zigaretten*“ (Begründung des Gesetzesentwurfs zu Art. 6 CannG-E, S. 160). Es gibt also eine Nutzungsform, bei der mittels E-Zigaretten „*Dampf*“ erzeugt und inhaliert wird. Diese Nutzungsform wird hier von der Nutzungsform „*Rauchen*“ abgegrenzt. Letztere betrifft das Erzeugen und Inhalieren der in Art. 8 CannG-E neben den Dämpfen genannten „*Rauche*“.

Es ist daher inkonsistent, wenn das „*Rauchen*“ im Sinne des Art. 7 Nr. 1 CannG-E so weit verstanden wird, dass es auch das „*Verdampfen*“ mitumfasst. Damit wären das Erzeugen und Inhalieren von Rauch und Dampf in dieser Vorschrift gleichgesetzt, während sie im selben Gesetz im Übrigen kategorisch unterschieden werden. Es ist also nicht nur unnötig, sondern auch mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar, wenn der Gesetzgeber atypische Regelbeispiele in § 1 Abs. 1 BNichtRSchG einführt, um den Begriff „*Rauchen*“ auf die Nutzung von rauchlosen, Dampf erzeugenden Produkten zu erstrecken.

3. Inkonsistenz des „*Rauchen*“-Begriffs des CannG-E gegenüber anderen Gesetzen

Eine Erweiterung des Begriffs „*Rauchen*“ unter Einschluss der Nutzung von E-Zigaretten und rauchlosen Tabakerzeugnissen nach Art. 6 Nr. 1 CannG-E stünde im Widerspruch zu der Gesamtsystematik des deutschen Regulierungsregimes (siehe oben, III.2.1) sowie zu den Nichtraucherschutzgesetzen der Länder (siehe oben, III.2.2).

Die bundes- und landesrechtlichen Nichtraucherschutzvorschriften betreffen „*dieselbe Materie*“. Das „*Rauchen*“ ist in allen Nichtraucherschutzvorschriften zentraler Anknüpfungspunkt für die jeweiligen Verhaltensgebote. Die regulatorischen Vorschriften des früheren VTabakG sowie der TPD, des TabakerzG und der TabakerzV betreffen ebenfalls den Umgang mit Tabakerzeugnissen und ähnlichen, zur Inhalation von Aerosolen bestimmten Produkten. Die regulatorischen Vorgaben orientieren sich wie die Nichtraucherschutzgesetze primär an Gesichtspunkten des Gesundheits- und Jugendschutzes. Auch sie beziehen sich also auf „*dieselbe Materie*“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Das Verständnis des Begriffs in den landesrechtlichen Nichtraucherschutzbestimmungen und den regulatorischen Vorschriften beruht auf dem allgemeinen Sprachgebrauch und ist von seiner einheitlichen Verwendung in den Gesetzen geprägt. Die Systematik dieser Gesetze beruht auf der typisierenden Risikoeinschätzung des Gesetzgebers: Das abgestufte Risikopotenzial erfordert eine grundsätzliche Differenzierung zwischen Raucherzeugnissen, rauchlosen Erzeugnissen und E-Zigaretten. Es wäre mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht zu vereinbaren, wenn der Begriff „*Rauchen*“ in § 1 Abs. 1 BNichtRSchG entgegen dieser Gesamtsystematik der materiell zusammenhängenden Gesetze unabhängig von den Kriterien Verbrennung und Rauchentstehung zu bestimmen wäre.



Dr. Niels Lutzhöft



Dr. Christoph Hendel