

SNME 75



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. (0222) 531 15/0
Telex 1370-900 Telefax 53115/2699
DVR: 0000019

GZ 601.270/1-V/4/94

An das
Präsidium des
Nationalrates

1010 W i e n

Betrifft GESETZENTWURF
Zl. 3 -GE/19-74
Datum: 27. JAN. 1995
Verteilt 30. Jan. 1995

J. Holzinger

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das
Tabakmonopolgesetz 1968 geändert wird

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst übersendet
25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zum Entwurf eines
Bundesgesetzes, mit dem das Tabakmonopolgesetz 1968 geändert wird.

20. Jänner 1995

Für den Bundeskanzler:
HOLZINGER

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

[Handwritten signature]



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. (0222) 531 15/0
Telex 1370-900 Telefax 53115/2699
DVR: 0000019

GZ 601.270/1-V/4/94

An das
Bundesministerium für Finanzen
Abteilung III/11

Himmelpfortgasse 4-8
1015 W i e n

Sachbearbeiter
Achleitner

Klappe/Dw
2465

Ihre GZ/vom
TbM-100/21-III/11/94
22. Dezember 1994

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das
Tabakmonopolgesetz 1968 geändert wird;
Begutachtung

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst teilt zum oz. am
29. Dezember 1994 eingelangten Entwurf folgendes mit:

1. Allgemeines:

Gemäß dem Rundschreiben des Bundeskanzleramtes vom 13. Juni
1973, GZ 33.123-2a/73, soll den begutachtenden Stellen eine
Frist von wenigstens sechs Wochen zur Verfügung stehen, die im
vorliegenden Fall bei weitem unterschritten wurde.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen:

2.1 Es wird im Einleitungssatz die Formulierung "... geändert
durch das Bundesgesetz ..." empfohlen.

2.2 Zu § 1:

Zu Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 ist anzumerken, daß die
Verweisung auf § 1 Abs. 2 des Tabaksteuergesetzes 1995 zu den
Richtlinien 54 und 56 der Legistischen Richtlinien 1990 in
einem Spannungsverhältnis steht. Eine wörtliche Übernahme als
Definition wäre vorzuziehen.

- 2 -

Abs. 2 lit. a wäre im Lichte der Richtlinien 54 und 56 der Legistischen Richtlinien 1990 zu überarbeiten (taxative Aufzählung der vier Arten der Tabakerzeugnisse anstelle der Verweisung).

Abs. 2 lit. c erscheint im Lichte des Art. 18 B-VG nicht ausreichend determiniert.

2.3 Zu § 2:

2.3.1 Der Einleitungssatz hätte zu lauten: "§ 2 einschließlich seiner Überschrift ...".

2.3.2 Aus den Erläuterungen geht hervor, daß "nur mehr die gewerbliche Einfuhr aus Drittstaaten geregelt werden" soll. Es erscheint daher klärungsbedürftig, warum in der Überschrift des § 2 von "Einfuhr", in Abs. 1 von "Überführung" und in Abs. 2 wieder von "Einfuhr" die Rede ist. Die Richtlinie 31 der Legistischen Richtlinien 1990 wäre zu beachten.

Im übrigen erscheint die Formulierung des Abs. 1 sprachlich schwer verständlich ("... Überführung ... in den zollrechtlich freien Verkehr ... ist im Monopolgebiet verboten"), weil der räumliche Anwendungsbereich bei dieser Regelung völlig offen bleibt. Da sich überdies die Wortfolge "in den zollrechtlich freien Verkehr" wohl nicht am allgemeinen Sprachgebrauch orientiert, wäre entweder eine Legaldefinition oder erforderlichenfalls eine Verweisung anzubringen (vgl. die Richtlinien 9, 30 und 54ff der Legistischen Richtlinien 1990).

Es ist auch fraglich, ob eine Regelung dieser Art einen Sinn hat bzw. ihren Zweck erfüllen kann, zumal sie durch die Einfuhr von Tabakerzeugnissen in einen Mitgliedstaat, der keine vergleichbare Regelung hat, mit anschließender - und wohl nicht kontrollierbarer - Weiterlieferung nach Österreich leicht umgangen werden kann.

- 3 -

2.3.3 Aus § 2 Abs. 2 lit. c iVm § 2 Abs. 3 und § 4 Abs. 1 erhellt, daß die bisher dem Bundesminister für Finanzen vorbehaltene behördliche Monopolverwaltung, soweit sie die bescheidmäßig zu erledigende Einfuhrbewilligung (wenngleich dieses Instrument als solches nach der geltenden Rechtslage nur in Ausnahmefällen vorgesehen ist, durch die Neufassung jedoch erweitert werden soll) umfaßt, auf die Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft übertragen werden soll. Der Entwurf sieht in § 2 Abs. 3 vor, daß die "Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft ... die Einfuhr von Tabakerzeugnissen bewilligen (kann)". Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, daß nach do. telefonischer Auskunft mit der Wortfolge "Einfuhr von Tabakerzeugnissen" die "Einfuhr von Tabakerzeugnissen aus Drittstaaten außerhalb der Europäischen Union" zu verstehen sind, was zwingend aus der von do. gewählten Formulierung noch nicht hervorgeht. Eine sprachliche Präzisierung wäre daher wünschenswert.

Zu den Kernproblemen, nämlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Übertragung von bisher der behördlichen Monopolverwaltung vorbehaltene Verwaltungsakte auf einen Privaten und die hierfür gewählte Rechtsetzungstechnik, ist folgendes zu bemerken:

- a) Es ist davon auszugehen, daß es im vorliegenden Fall nicht darum geht, daß der Gesetzgeber bestimmen kann, ob er Rechtsbeziehungen als privatrechtliche oder als öffentlich-rechtliche gestaltet (vgl. hiezu Punkt 2. der Ausführungen des Verfassungsdienstes in seiner Stellungnahme vom 16. Dezember 1994, GZ 601.270/0-V/4/94, zu Fragen der Neuregelung der Trafikvergabe), sondern darum, daß bisher von staatlichen Stellen besorgte Aufgaben an einen Privaten übertragen werden sollen.
- b) Die Übertragung von hoheitlich zu besorgenden Aufgaben auf ein Privatrechtssubjekt, das außerhalb der vom B-VG vorgegebenen Verwaltungsorganisation eingerichtet ist,

- 4 -

wird als Beleihung bezeichnet. Zwar ist der österreichischen Rechtsordnung die Besorgung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte auch in hoheitlicher Form nicht fremd (vgl. die Aufgaben der Österreichischen Nationalbank; hierzu Öhlinger, Verfassungsrechtliche Probleme der Nationalbank, FS Wenger 1983, 679; Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte, Heft 22 der Schriftenreihe der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft, oJ; Koja, die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private in: Rill (Red.), Allgemeines Verwaltungsrecht 1979, 439ff). Auch der Verfassungsgerichtshof hat anerkannt, daß auch bestimmte einzelne Hoheitsbefugnisse übertragen werden können (vgl. etwa die Erkenntnisse 1947/1950 und 4117/1961). Sowohl in der Literatur als auch in der zitierten Judikatur werden aber auch Grenzen der Zulässigkeit der Ausgliederung gesehen, sodaß hoheitlich zu besorgende Aufgaben nicht schrankenlos auf Privatrechtssubjekte übertragen werden dürfen.

- c) Ähnlich wie bezüglich der Übertragung von hoheitlichen Verwaltungsaufgaben auf neu geschaffene Einrichtungen der Selbstverwaltung hat der einfache Gesetzgeber nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung aber jedenfalls bei der Übertragung von einzelnen Verwaltungsaufgaben auf Privatrechtssubjekte jene Kriterien zu berücksichtigen, welche der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis 8215/1977 für die Errichtung von Einrichtungen der Selbstverwaltung entwickelt hat (Siehe Öhlinger, aaO.):

- Die hoheitlich zu besorgende Aufgabe muß geeignet sein, durch den Privatrechtsträger besorgt zu werden;
- der Rechtsträger muß einer staatlichen Aufsicht selbst dann unterworfen sein;
- die Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf ein Privatrechtssubjekt muß im Sinne des Art. 7 B-VG sachlich gerechtfertigt sein.

d) Abgesehen von der noch zu klärenden Frage der Weisungsgebundenheit ist ergänzend darauf hinzuweisen, daß die Übertragung in einer dem Artikel 18 B-VG entsprechenden Weise gesetzlich determiniert werden muß.

Im Lichte des unter den Punkten b) bis d) Angeführten erscheinen § 2 Abs. 3 des Entwurfes und die damit inhaltlich zusammenhängenden Bestimmungen des Entwurfes verfassungsrechtlich bedenklich und wären daher im Lichte dieser Ausführungen zu begründen oder grundsätzlich zu überdenken.

2.4 Zu § 4 Abs. 1:

Die Formulierung "Soweit in diesem oder einem anderen Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ..." steht im Widerspruch zur Richtlinie 5 der Legistischen Richtlinien 1990 und deutet auf eine Unsicherheit des Normsetzers hin.

2.5 Zu § 9 und § 9a:

Aus § 9a samt seinen Erläuterungen geht hervor, daß der Großhandel einer behördlichen Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen bedarf. Damit wird nicht die wirtschaftliche Verwaltung des Tabakmonopols, die der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft vorbehalten ist, sondern der hoheitliche Vollzugsbereich geregelt. § 9 des Entwurfes definiert den "Großhandel" als gewerblichen Vertrieb von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet, der 1. nicht von der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft oder 2. nicht von deren Konzernunternehmen oder 3. nicht aufgrund einer monopolbehördlichen Verschleißbewilligung betrieben wird oder 4. nicht Flughäfen, Flugzeuge und Donauschiffe in bestimmtem Zusammenhang betrifft oder 5. nicht Gast- und Schankgewerbe in bestimmtem Zusammenhang betrifft. Wenn nun die Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft und ihre Konzernunternehmen (unter denen etwa die Tobacoland Handelsgesellschaft den

- 6 -

gesamten Großhandel seitens der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft abwickelt) von der grundsätzlichen behördlichen Bewilligungspflicht für den Großhandel ausgenommen und damit begünstigt werden soll, liegt hierin einer Differenzierung, die im Lichte des Gleichheitsgebots des Art. 7 B-VG sachlich zu begründen wäre.

Gemäß § 9 Abs. 2 des Entwurfes wird in Z 1 als Bewilligungsvoraussetzung der Sitz oder Hauptwohnsitz im Monopolgebiet gefordert. Da - wie im Allgemeinen Teil der Erläuterungen angeführt - der Großhandel mit Tabakwaren aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht mehr diskriminiert werden darf, stellt ein Abstellen auf den Sitz oder Hauptwohnsitz im Inland eine versteckte Diskriminierung dar und ist im Hinblick auf den EWG-Vertrag bedenklich.

In § 9 Abs. 2 Z 4 des Entwurfes wird als weitere Bewilligungsvoraussetzung gefordert, daß der Großhändler weder Tabakverschleißer sein darf noch rechtlich oder faktisch kontrollierend an einem Unternehmen beteiligt sein darf, das ein Tabakverschleißgeschäft führt. Auch an dieser Stelle wird die bereits erwähnte gravierende Ungleichbehandlung im Vergleich zu den begünstigten Konzernunternehmen der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft deutlich, da etwa das Konzernunternehmen Memphis HandelsGesmbH Österreich zehn Tabaktrafiken (Tabakfachgeschäfte genannt) in Österreich führen darf und andererseits von einer Bewilligung für den Großhandel "verschont" bleibt.

In § 9 Abs. 5 des Entwurfes wären durch einen Verweis jene für die Bewilligung zum Großhandel erforderlichen Voraussetzungen zu konkretisieren.

In § 9a Abs. 1 sollte konkretisiert werden, daß es sich um die Erteilung der Bewilligung für den Großhandel handelt.

- 7 -

In § 9a Abs. 5 Z 2 stellt sich die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung des Widerrufstatbestandes der behördlichen Bewilligung, der ohne weitere Gründe auf die bloße Nichtausübung des Großhandels während eines ununterbrochenen Zeitraumes von mehr als sechs Monaten abstellt. Den Erläuterungen ist jedenfalls diesbezüglich nichts weiteres zu entnehmen.

Eines der Widerrufskriterien in § 9a Abs. 5 Z 3 stellt darauf ab, ob der Widerruf der Bewilligung zur Wahrung der Monopolinteressen geboten ist. Diese Bestimmung steht wegen Unbestimmtheit in einem Spannungsverhältnis zu Art. 18 B-VG. Im Hinblick darauf, daß hier kein Monopol mehr geregelt wird und Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG zur Begründung der Zuständigkeit des Bundes zur gesetzlichen Regelung nicht herangezogen werden kann, stellt sich die Frage nach der kompetenzrechtlichen Grundlage dieser Regelung, die im übrigen am Ende der allgemeinen Erläuterungen anzuführen wäre.

2.6 Zu § 9b:

Den Erläuterungen zufolge soll § 9b dazu dienen, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Es muß bezweifelt werden, ob angesichts der Konstruktion der im Entwurf vorliegenden Novelle dieses Ziel erreicht wird, zumal die Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft und ihre Konzernunternehmen - darunter fällt auch die bereits oben erwähnte Tobacoland HandelsGesmbH, die für die Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft den Großhandel abwickeln soll - gemäß der Legaldefinition nicht unter den Begriff "Großhandel" fallen und daher auch nicht dessen Beschränkungen unterliegen und gerade dadurch eine Diskriminierung hervorgerufen wird. Die Bestimmung wäre daher im Hinblick auf die relevanten Bestimmungen aus dem Beitrittsvertrag grundsätzlich zu überdenken und besser zu erläutern.

- 8 -

2.7 Zu § 9c:

Hiezu gilt das zu § 9b Angeführte.

2.8 Zu § 9d:

Bereits aus den Absätzen 1 und 2 wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Entwurf und dem Artikel 71 des Beitrittsvertrages deutlich. Während Abs. 1 nur auf den Großhandel (sh. die Legaldefinition des § 9 Abs. 1 des Entwurfes) und die ihm nach Artikel 71 des Beitrittsvertrages eingeräumten Kontingente bezogen ist, werden dem Großhandel diese Mengen bereits in Abs. 2 des Entwurfes um die Auslieferungen der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft gekürzt. Gemäß Abs. 3 sind nach dem Erreichen einer 80 %-Ausschöpfung des Kontingentes nur die Auslieferungen der Großhändler, nicht jedoch auch jene der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft bewilligungspflichtig. Nach Abs. 4 sind jene Auslieferungen, die seit dem Erreichen der 80 %-Schwelle durch die Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft oder ihre Konzernunternehmen in den Verkehr gebracht wurden, auf die noch offene Kontingentmenge (ungekürzt) anzurechnen. Der Verfassungsdienst bezweifelt, daß diese Regelungen dem in Artikel 71 des Beitrittsvertrages geforderten Ausschluß von Diskriminierungen und dem Ausschluß eines "ausschließlichen Vermarktungsrechts auf Großhandelsebene" entsprechen.

2.9 Zu § 10:

Gemäß der Richtlinie 59 der Legistischen Richtlinien 1990 darf eine "sinngemäße" Anwendung anderer Rechtsvorschriften nicht angeordnet werden.

2.10 Zu § 13:

In der Textgegenüberstellung wird ausdrücklich angegeben, daß Abs. 1 unverändert bleibt. Der Verfassungsdienst weist auch

an dieser Stelle auf sein bereits in Punkt 2.3.3.a angeführtes Gutachten hin und wiederholt, daß es mit der Stellung eines Bundesministers als oberstes Organ der Bundesverwaltung verfassungsrechtlich nicht vereinbar ist, eine Bindung seiner Entscheidung an Willenserklärungen anderer Stellen vorzusehen (vgl. hiezu etwa die in Walter - Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Auflage, Rz 657, angegebene Judikatur des Verfassungsgerichtshofes). Eine gesetzliche Regelung, die den Bundesminister für Finanzen dazu verpflichtet, den von einer anderen Stelle zivilrechtlich bestellten Tabakverschleißern mit Bescheid eine Verschleißbewilligung bzw. eine monopolbehördliche Verkaufsbewilligung zu erteilen - wie dies § 13 Abs. 1 des Tabakmonopolgesetzes 1968 in der geltenden Fassung vorsieht - dürfte daher verfassungsrechtlich unzulässig sein.

2.11 Zu § 19:

§ 19 erscheint - da auch insbesondere die Erläuterungen hiezu nicht aussagekräftig sind - grundsätzlich klärungsbedürftig. Wenn nämlich gemäß § 1 Abs. 1 des Entwurfes Tabakerzeugnisse dem Bund als Monopolgegenstand vorbehalten sind, stellt sich die Frage, warum gemäß § 19 nur jene Tabakerzeugnisse, die von der Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft oder ihren Konzernunternehmen an Tabakverschleißer geliefert werden, der amtlichen Preisfestsetzung unterliegen. Sollte nach der Auffassung des Bundesministeriums für Finanzen es mit den Vorschriften der Europäischen Union nicht vereinbar sein, die Preise jener Tabakerzeugnisse, die von den "anderen" Großhändlern an Tabakverschleißer geliefert werden, amtlich festzusetzen, stellt sich die Frage nach den Disharmonien und deren Zulässigkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht. Die Erläuterungen wären diesbezüglich grundsätzlich zu überarbeiten, bevor von ho. eine endgültige Prüfung dieser Bestimmung erfolgen könnte.

- 10 -

2.12 Zu § 44:

Die getroffenen Regelungen betreffend das Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit und Soziales scheinen klärungsbedürftig zu sein.

3. Zum Vorblatt:

Zu den Kosten:

Der Absatz betreffend die "Kosten" muß sowohl im Hinblick auf das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes vom 9. Dezember 1981, GZ 600.824/8-V/A/2/81, als auch auf das auch dem do. Bundesministerium zur Verfügung stehende, mit einem Vorwort des Herrn Bundesministers für Finanzen versehene Handbuch zur Berechnung der finanziellen Auswirkungen von Gesetzen "Was kostet ein Gesetz?" als nicht ausreichend angesehen werden.

4. Zu den Erläuterungen:

Es wird empfohlen, die Erläuterungen im Sinne einer erhöhten Aussagekraft zu überarbeiten.

5. Zur Textgegenüberstellung:

In der Textgegenüberstellung zu § 28 Abs. 5 ist kein Unterschied erkennbar. Offensichtlich handelt es sich in der vorgeschlagenen Fassung um einen Zitierfehler.

Unter einem wird diese Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrates in 25facher Ausfertigung zugeleitet.

20. Jänner 1995

Für den Bundeskanzler:
HOLZINGER

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

685