



## EINSCHREIBEN

An  
Bundesministerium für Gesundheit  
Radetzkystraße 2  
1030 Wien

Vorab per E-Mail: [begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at)  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)  
[leg.tavi@bmq.gv.at](mailto:leg.tavi@bmq.gv.at)

Einbringer:                   TELOS Law Group  
Winalek, Wutte-Lang, Nikodem  
Rechtsanwälte GmbH  
Hörlgasse 12  
1090 Wien

im Auftrag von:             Fink-Brot Bäckerei und Konditorei R. Koch  
Gesellschaft m.b.H. (**Dampferhütte**)  
Fasangartenstraße 1  
1130 Wien



# **STELLUNGNAHME**

**ZUR NOVELLE DES TABAKGESETZES ZUR  
IMPLEMENTIERUNG DER TPD II**



## TABLE OF CONTENTS

I.	EXECUTIVE SUMMARY .....	4
II.	Fakten.....	4
III.	Begriffsbestimmungen .....	4
IV.	Verbot von Versandhandel.....	6
V.	Zulassung verwandter Erzeugnisse .....	7
VI.	Übergangsbestimmungen .....	8
VII.	Verstoß gegen die TPD II (insbesondere mit dem Versandhandelsverbot) .....	10
VIII.	Generell mangelhafte Umsetzung der TPD II.....	11



## I. EXECUTIVE SUMMARY

Die geplante Novelle des Tabakgesetzes zur Implementierung der TPD II ist zur unionsrechtlich und verfassungsrechtlich korrekten Umsetzung der Richtlinie nicht geeignet. Der Entwurf muss daher überarbeitet werden. Wesentliche Definitionen sind zu schaffen bzw. zu verdeutlichen, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und Auslegungsprobleme zu vermeiden. In einigen Bereichen wurde der Richtlinien text bloß abgeschrieben, ohne die – für das österreichische Recht – notwendigen Anpassungen vorzunehmen. Diesbezüglich besteht Überarbeitungsbedarf. Das Versandhandelsverbot und das Zulassungsverfahren gehen zu weit und entsprechen nicht der TPD II. Sie müssen daher aus dem Entwurf entfernt und dürfen nicht in das Tabakgesetz eingefügt werden, um Unionsrecht und Verfassungsrecht nicht zu verletzen. Aufgrund der unionsrechtlich vorgesehenen Meldepflichten, macht das Zulassungsverfahren keinen Sinn, da es sich erübrigt und kein Mehr an Rechtssicherheit und gesundheitlicher Sicherheit bietet.

## II. Fakten

Im Gesetzesentwurf sind einige Regelungen enthalten, die insbesondere Händler/Verkäufer von E-Zigaretten und Liquids betreffen. Diese Stellungnahme bezieht sich auf die diesbezüglichen Regelungen. Es werden teilweise sehr einschneidende Gesetzesänderungen vorgenommen, wobei die vorgesehenen Übergangsfristen sehr kurz und unklar formuliert sind.

Auch aus einigen weiteren, im Entwurf vorgesehenen, Bestimmungen ergeben sich Probleme, die nachstehend erläutert werden:

## III. Begriffsbestimmungen

1. In § 1 Z. 1b Tabakgesetz ist bereits in der aktuellen Fassung die elektronische Zigarette definiert wie folgt:

„ein Erzeugnis, das zum Konsum nikotinhaltigen oder nikotinfreien Dampfes (Nebels) mittels eines Mundstücks verwendet werden kann, oder jeder Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks, und des Gerätes ohne



Kartusche oder Tank. Elektronische Zigaretten können Einwegprodukte oder mittels eines Nachfüllbehälters oder Tanks nachfüllbar sein oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden“

Dieser Begriff ist sehr weit definiert und führt bei der Auslegung der im Entwurf enthaltenen Bestimmungen zu Unklarheiten. Zwar ist diese Definition der E-Zigarette bereits im Tabakgesetz in der jetzigen Fassung enthalten, sie hat aber aktuell noch kaum Konsequenzen. Durch die geplante Novellierung wird sie zu unzumutbaren Auslegungsproblemen führen und würde Händler (nicht nur solche die grundsätzlich mit E-Zigaretten handeln) einem Risiko zivilrechtlicher (durch Konkurrenten) und strafrechtlicher Verfolgung aussetzen. Insbesondere die Formulierung „oder jeder Bestandteil dieses Produkts, einschließlich ihrer Kartuschen, eines Tanks“ führt dazu, dass nicht klar ist, was der Gesetzgeber mit E-Zigaretten meint. Alle Händler, welche Produkte verkaufen die auch Bestandteil einer E-Zigarette sein könnten, verkaufen nach dieser Definition „elektronische Zigaretten“. Überspitzt formuliert wäre ein Draht – der auch in E-Zigaretten verbaut wird – eine „elektronische Zigarette“. Drähte die auch in elektronischen Zigaretten verbaut werden, dürfen nach dem Gesetzesentwurf nicht mehr im Versandhandel verkauft werden, was völlig absurd ist.

Diese Definition geht auf Art. 2 Z. 16 der Richtlinie 2014/40/EU (im Folgenden TPD II) zurück. In der Richtlinie ist diese Formulierung nicht weiter problematisch, da sie durch den nationalen Gesetzgeber in nationales Recht umzusetzen ist. Bei der Umsetzung muss die Definition an die Normen, mit welchen die Richtlinie umgesetzt werden soll, angepasst werden. Durch das bloße Abschreiben tritt große Rechtsunsicherheit ein. Gerade das wortwörtliche und an die nationale Gesetzeslage nicht angepasste Übernehmen von Formulierungen der TPD II stellt ein großes Problem der gegenständlichen Novelle dar.

2. Durch die geplante Änderung von § 1 Z. 1e Tabakgesetz sollen Liquids unter verwandte Erzeugnisse verfallen. Liquids sollen in § 1 Z.1l wie folgt definiert werden:

„Liquid“ jede nikontinhältige oder sonstige nikotinfreie Flüssigkeit, die dafür vorgesehen ist, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions und Wirkungsweise verdampft zu werden,“

Auch die Formulierung „dafür vorgesehen“ schafft erhebliche Auslegungsprobleme, da aufgrund der Definition jede Flüssigkeit „die dafür vorgesehen ist“ in E-Zigaretten



verdampft zu werden, betroffen wäre. Fraglich ist, was mit „dafür vorgesehen ist“ gemeint wird bzw. auf wen abgestellt wird, also wer sie „dafür vorsieht“ (Händler oder Verbraucher).

#### **IV. Verbot von Versandhandel**

Das sofortige Verbot des Versandhandels (ab 20.05.2016) mit verwandten Erzeugnissen hat weitreichende Konsequenzen für Verkäufer von E-Zigaretten und Liquids.

Mit § 2a Tabakgesetz soll der Versandhandel mit Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen verboten werden. Diese Bestimmung soll mit dem 20.05.2016 in Kraft treten. Es ist zu erwarten, dass das Gesetzgebungsverfahren noch einige Zeit in Anspruch nimmt. Voraussichtlich wird zwischen dem geplanten Inkrafttreten und der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt nur sehr kurze Zeit liegen. Es würde durch die neue Gesetzesänderung in eine seit mehreren Jahren bestehende und etablierte Branche eingegriffen werden. In der heutigen Zeit muss auf den Online-Handel gesetzt werden, um sich gegenüber der inländischen und ausländischen Konkurrenz behaupten zu können. Da der Online-Handel bisher nicht verboten, sondern zulässig war, verfügen einige Händler nicht über die notwendige Infrastruktur (Geschäftsräumlichkeit, Lager etc.) um kurzfristig auf ausschließlichen stationären Handel umzusteigen. Das Vorhaben den Versandhandel zu verbieten bedroht somit die Existenzgrundlage vieler Unternehmen sowie der dahinter stehenden Personen und des Personals. Bei vielen Unternehmen, die Versandhandel und stationären Handel/Verkauf betreiben, würde der Wegfall des Umsatzes aus Versandhandel nicht nur bloß zu einem Umsatzrückgang führen, sondern auch den stationären Handel gefährden. Es wurden Investitionen getätigt, die weit über die Anschaffung und Adaptierung der notwendigen Räumlichkeiten, über die Anschaffung der Ausgangsstoffe, sowie der Ausgestaltung von Arbeitsplätzen für Dienstnehmer hinausgehen. Es ist unzumutbar, den Händlern zu verbieten Versandhandel zu betreiben, obwohl sie diese Investitionen in einer Zeit getätigt haben, in welcher der Versandhandel erlaubt war und in der weiterhin mit Einnahmen gerechnet werden konnte. Im Zusammenhang mit dem kurzfristigen Inkrafttreten dieses Verbots wirkt es sich extrem negativ auf die wirtschaftliche Zukunft der Händler aus. Sofern das Versandhandelsverbot nicht fallen gelassen wird, wäre eine lange Übergangsfrist vorzusehen. Alles andere ist aus rechtsstaatlicher, aber auch aus rechtspolitischer, verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Sicht bedenklich.



## V. Zulassung verwandter Erzeugnisse

In § 10a Tabakgesetz soll die Zulassung verwandter Erzeugnisse geregelt werden. So soll, um eine Zulassung beim Bundesministerium für Gesundheit angesucht werden, wenn beabsichtigt wird, ein verwandtes Erzeugnis in Österreich in Verkehr zu bringen. Gemäß dem geplanten Abs. 5 ist die Zulassung zu erteilen, wenn den jeweils geltenden Vorschriften dieses Bundesgesetzes für das betroffene verwandte Erzeugnis entsprochen wird. Durch Verordnung können nähere Bestimmungen hinsichtlich der Voraussetzung und der Zulassung sowie hinsichtlich des Zulassungsverfahrens erlassen werden.

Problematisch ist, dass der Ablauf des Zulassungsverfahrens nicht aus dem vorliegenden Gesetzesentwurf hervorgeht. Es ist insbesondere keine Dauer für das Zulassungsverfahren vorgesehen. Dies ist besonders problematisch, da die verwandten Erzeugnisse ständig weiterentwickelt werden. Nimmt das Zulassungsverfahren lange Zeit in Anspruch, sind die Produkte bereits veraltet, wenn sie zugelassen werden. Das ist aus gesundheitspolitischen Abwägungen kontraproduktiv, da Drittanbieter die ohne Einhaltung der österreichischen Rechtslage Versandhandel vom Ausland nach Österreich betreiben von der geplanten österreichischen Rechtslage profitieren würden. Ihre Produkte wären moderner und besser. Verbraucher würden vermehrt auf solche „illegalen“ Produkte zurückgreifen.

Bedenklich ist weiters, dass der Bundesminister für Gesundheit durch Verordnung nähere Bestimmungen hinsichtlich der Voraussetzung der Zulassung sowie des Zulassungsverfahrens erlassen **kann**. Es besteht Ungewissheit, ob je die wichtige Begrenzung der Dauer des Zulassungsverfahrens und die dringend erforderliche Klarstellung des Zulassungsverfahrens erfolgen.

Die Zulassungsbestimmungen laut dem aktuellen Entwurf wären für den Fall, dass sie tatsächlich in das Tabakgesetz einfließen unionsrechtswidrig und aufgrund der dadurch eintretenden Inländerdiskriminierung auch verfassungswidrig.



## **VI. Übergangsbestimmungen**

### **1. Bekanntgabe von Informationen:**

Bis längstens 15.03. eines jeden Kalenderjahres müssen bestimmte Informationen an das Bundesministerium für Gesundheit übermittelt werden (§ 8 Tabakgesetz). Dem Gesetzesentwurf ist eine spezielle Übergangsbestimmung zu entnehmen, nach der diese Informationen spätestens drei Monate nach Inkrafttreten des Bundesgesetzblattes, mit dem die Änderung des Gesetzes veröffentlicht wird, zu übermitteln sind. D.h., nach der Veröffentlichung des Bundesgesetzblattes, haben Händler drei Monate zur Erstellung und Übermittlung der Informationen Zeit. Bei jenen Produkten, die bereits in Verkehr gebracht wurden, muss die Meldung bis spätestens 20.11.2016 erfolgen (§ 18 Abs 11 Tabakgesetz).

### **2. Inverkehrbringen von E-Zigaretten:**

Elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter, die vor dem 20.11.2016 hergestellt oder in Verkehr gebracht wurden, dürfen bis zum 20.05.2017 in Verkehr gebracht werden (§ 18 Abs 13 Z 1 Tabakgesetz). Leider ist die Bedeutung dieser Bestimmung undurchsichtig und unklar:

#### **2.1. Zulassung verwandter Erzeugnisse (§ 10a)**

Wird beabsichtigt, ein verwandtes Erzeugnis in Österreich in Verkehr zu bringen, ist dafür um eine Zulassung beim Bundesministerium für Gesundheit anzusuchen. Der Zulassungswerber hat alle notwendigen Unterlagen und Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen und erforderliche Auskünfte zu erteilen. Die Hersteller und Importeure haben gewisse Informationen in elektronischer Form bereitzustellen.

#### **2.2. Inverkehrbringen elektronischer Zigaretten (§ 10b)**

Hersteller und Importeure von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern haben dem Bundesministerium für Gesundheit jegliche derartige Erzeugnisse, die sie in Verkehr zu bringen beabsichtigen, zu melden. Die Meldung muss in elektronischer Form mindestens sechs Monate vor dem beabsichtigten Inverkehrbringen erfolgen. Bei elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern, die bei Inkrafttreten dieser Bestimmung bereits in Verkehr sind, muss die Meldung innerhalb von sechs Monaten ab diesem Zeitpunkt erfolgen.





### 2.3. Inkrafttreten

Diese Bestimmungen treten mit 20.05.2016 in Kraft.

### 2.4. Übergangsbestimmung hinsichtlich des Inverkehrbringens bis zum 20.05.2017 (§ 18 Abs. 13):

Wie bereits dargelegt, ist das Inverkehrbringen elektronischer Zigaretten oder Nachfüllbehälter, die vor dem 20.11.2016 hergestellt oder in Verkehr gebracht wurden, bis zum 20.05.2017 zulässig. Es wird leider nicht dargelegt, in welchem Verhältnis diese Bestimmung zu den Zulassungsbestimmungen und Meldebestimmungen steht. Liest man den § 18 Abs 13 leg cit für sich, würde seine Formulierung darauf hindeuten, dass all jene elektronischen Zigaretten oder Nachfüllbehälter, die für den 20.11.2016 hergestellt wurden, nach dem 21.05.2017 gar nicht mehr verkauft werden dürfen. Das kann damit aber wohl nicht gemeint sein, da in § 18 grundsätzlich Regelungen getroffen werden, die es gestatten zu handeln, ohne neue gesetzliche Vorschriften einzuhalten (klassische Übergangsbestimmungen).

Im Entwurf ist oft von „Inverkehrbringen“ und „in Verkehr bringen“ die Rede. Das schafft ebenfalls gewisse Unklarheiten, da offenbar nicht mit jeder Verwendung dieser Begriffe dasselbe gemeint ist, aber auch nicht hinreichend klar definiert wird, was gemeint ist. In § 1 Z 2 leg cit soll dargelegt werden, was mit „Inverkehrbringen“ gemeint ist. „Inverkehrbringen“ soll die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucherinnen bzw. für Verbraucher sein. Die Übergangsbestimmung in § 18 Abs. 13 ist in gewisser Weise auch in der TPDII zu finden und zwar in Artikel 30 lit b TPDII. Demnach dürfen Mitgliedsstaaten das Inverkehrbringen von elektronischen Zigaretten oder Nachfüllbehältern, die vor dem 20.11.2016 hergestellt oder in den freien Verkehr gebracht wurden und der Richtlinie nicht genügen, bis zum 20.05.2017 zulassen. „In Verkehr bringen“ ist nach Artikel 2 Z 40 der Richtlinie die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucher, die sich in der Union befinden. Unklar ist grundsätzlich auch, was mit dem „freien Verkehr“ gemeint ist, wobei damit nur der freie Warenverkehr innerhalb der EU gemeint sein kann. D.h. nach Artikel 30 der Richtlinie kann die obige Ausnahme für jene elektronischen Zigaretten oder Nachfüllbehälter geschaffen werden, die vor dem 20.11.2016 hergestellt oder in den freien **Warenverkehr** gebracht wurden, also auch bereits zwischen Unternehmern gehandelt wurden. In weiterer Folge müsste dann die Bestimmung in



§ 18 Abs 13 auch so verstanden werden, dass all jene Produkte, die bis zum 20.11.2016 hergestellt oder zwischen Unternehmen gehandelt werden, noch bis 20.05.2017 verkauft werden dürfen. Es bedarf einer Konkretisierung dieser Bestimmung, damit für die Händler Rechtssicherheit geschaffen wird.

Für Liquids gilt die Übergangsregelung nicht. Demnach, müssen die Bestimmungen des Gesetzes bezogen auf Liquids bereits mit Inkrafttreten (also Großteils ab dem 20.5.2016) eingehalten werden. Das ist nicht nachvollziehbar und muss ebenfalls angepasst werden.

## **VII. Verstoß gegen die TPD II (insbesondere mit dem Versandhandelsverbot)**

Die TPD II ist bis 20. Mai 2016 in nationales Recht umzusetzen. Diese Richtlinie betrifft auch E-Zigaretten sowie Liquids. Der Tabakprodukterichtlinie ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass der freie Warenverkehr nicht beeinträchtigt werden soll. Dies geht schon aus den Erwägungsgründen, insbesondere Erwägungsgrund 53, hervor. Auch in Erwägungsgrund 55 wird darauf hingewiesen, dass Aspekte, die durch die Richtlinie nicht geregelt werden, durch nationale Rechtsvorschriften geregelt werden können, sofern die nationalen Vorschriften mit dem AEUV vereinbar sind und die vollständige Anwendung der Tabakprodukterichtlinie nicht gefährden. Diese Formulierung wurde gewählt, weil zwar mit der Tabakprodukterichtlinie der Gesundheitsschutz und der Verbraucherschutz gewahrt und gefördert werden, wobei hierfür bestimmte Sorgfalts- und Kennzeichnungspflichten für den Handel mit Tabakprodukten und verwandten Erzeugnissen vorgesehen werden, aber darüber hinaus der freie Warenverkehr nicht beeinträchtigt werden soll. Außerdem ist dem freien Warenverkehr der Artikel 24 der Tabakprodukterichtlinien gewidmet, in dem eindeutig ein Verbot einer Beschränkung ausgesprochen wird. So dürften die Mitgliedsstaaten gemäß Artikel 24 Abs. 1 das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen (wie E-Zigaretten und Liquids), die der Tabakprodukterichtlinie entsprechen, nicht aus Gründen untersagen oder beschränken, die in der Tabakprodukterichtlinie geregelte Gesichtspunkte betreffen. Gerade dies wird aber mit dem Entwurf der Novelle des Tabakgesetzes getan. Lediglich weitere Anforderungen betreffend die Vereinheitlichung der Verpackungen von Tabakerzeugnissen sind hievon ausgenommen, wenn diese zum Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sind oder, wenn bestimmte Kategorien von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen verboten werden und dies durch spezifische Gegebenheiten im betreffenden Mitgliedsstaat und zum Schutz der öffentlichen Gesundheit unter



Berücksichtigung des hohen mit der Tabakprodukterichtlinie erzielten Schutzes der menschlichen Gesundheit gerechtfertigt ist. Das Tabakgesetz in der Fassung des Entwurfs entspricht diesen Voraussetzungen jedoch nicht.

Durch den Inhalt des Entwurfs wird offensichtlich das Ziel der Tabakprodukterichtlinie, die Warenverkehrsfreiheit nicht zu beeinträchtigen, verletzt.

Unionrechtswidrige Bestimmungen haben gegenüber den Staatsbürgern der Mitgliedstaaten unangewendet zu bleiben, gelten jedoch für Inländer weiter. In diesem Fall kommt es zu einer Schlechterstellung der Inländer und somit zu einer Inländerdiskriminierung (*Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012/17 (166)). Eine solche Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern ist am Gleichheitssatz zu messen und bedarf einer besonderen sachlichen Rechtfertigung (VfGH 6.10.2011, G 41/10 ua).

Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass Inländer wesentlich schlechter gestellt werden als die übrigen Unionsbürger besteht nicht.

## **VIII. Generell mangelhafte Umsetzung der TPD II**

Es fällt auf, dass der Text des Entwurfes sehr stark an den Text der TPD II angelehnt ist. Textpassagen die für eine Richtlinie passend sind, eignen sich oft nicht für einen nationalen Gesetzestext. Ganz im Gegenteil, Bestimmungen die in einer Richtlinie weit weniger Konkretisierung bedürfen, müssen in der nationalen Gesetzgebung sehr wohl exakt definiert sein und dürfen keine Unklarheiten hervorrufen. Der österreichische Gesetzgeber hat sich mit der Umsetzung der TPD II lange Zeit gelassen und versucht diese nun kurzfristig umzusetzen, was zu eben diesen Unklarheiten führt. Im Sinne der Rechtssicherheit ist es erforderlich den Entwurf zu überarbeiten und rechtssicher zu gestalten.