

An das
Bundesministerium für Gesundheit
Radetzkystraße 2
1031 Wien

leg.tavi@bmg.gv.at

cc: begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

bvp Hügel Rechtsanwälte OG

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel RA
Dr. Rainer Roniger LL.M. (LSE) RA († 2006)
Dr. Florian Gibitz LL.M. (Michigan) RA
Dr. Rudolf Beck RA
Dr. Bernhard Schatz RA
Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider RA
Mag. Dominik Leiter RA
MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber RA
Mag. Georg Rupprecht RA
Dr. Elke Napokoj LL.M. (London) RA
Dr. Florian Neumayr LL.M. (Nottingham) RA
Mag. Stefan Gaug LL.M. (Manchester) RA
Ass. iur. Florian Plattner RA
Mag. Thomas Lettau LL.M. (Cape Town) RA
MMag. Barbara Pogacar RA
Mag. Gerhard Fussenegger LL.M. (London) RA
Mag. Gerald Schachner RA, StB
Dr. Sonja Dürager LL.M. (IT-Law) RA
Dr. Heinrich Kühnert MJur RA
Dr. Christoph Nauer LL.M. (Int' Tax Law) RA
Dr. Michaela Pelinka LL.M. (Krems) RA
Dr. Ingmar Etzersdorfer RA
Dr. Kornelia Wittmann LL.M. (Int' Tax Law)
RA (RAK München), StB
Mag. Dominik Geyer LL.M. (Wien) RA
Dr. Verena Hügel RA
Mag. Tamara Gaggi RA
Mag. Harald Strahberger RA
Dr. Daniel Reiter RA
Mag. Magdalena Frech RA
Ing. Dr. Christian Macho MSc RA

ARES-Tower
Donau-City-Straße 11
1220 Wien
Tel. +43 (0)1 260 50-0
Fax +43 (0)1 260 50-133

FN 80984w | ATU 5664 6188

office@bvp-huegel.com
www.bvp-huegel.com

Wien, 2. Februar 2016

Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherenschutz (Tabakgesetz) und das Bundesgesetz, mit dem die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH errichtet und das Bundesamt für Ernährungssicherheit sowie das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eingerichtet werden (Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz – GESG) geändert werden

Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf

Sehr geehrte Damen und Herren!

Kernstück des oben zitierten Gesetzesentwurfes ist die Novellierung des – künftig als Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherenschutzgesetz – TNRSG bezeichneten – Tabakgesetzes (TabakG) zum Zwecke der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2014/40/EU (TDP II). Soweit sich der vorliegende Entwurf in weiten Bereichen darauf beschränkt, die TPD II inhaltsgleich und zum Teil sogar wortwörtlich in innerstaatliches Recht zu übernehmen, soll zu diesen Punkten nicht näher Stellung genommen werden.

Allerdings bestehen gegen einige der vorgeschlagenen Bestimmungen erhebliche verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken, auf die im Folgenden näher eingegangen wird:

1. Zu § 4 Abs 2 und 4, § 4b Abs 1, § 4c Abs 2, § 5 Abs 8, § 5a Abs 4, § 7 Abs 12, § 8a Abs 1 TNRSG

1.1 Unionsrechtliche Bedenken

Die angeführten Bestimmungen ermächtigen bzw verpflichten den bzw die BMG durchwegs dazu, entweder „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren“ oder „nach Maßgabe der Vorgaben eines Rechtsaktes der Europäischen Union“ Verordnungen zu erlassen. Während der Tatbestand „nach Maßgabe der Vorgaben eines Rechtsaktes der Europäischen Union“ dazu dient, die Möglichkeit zu eröffnen, dass delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte auf Grund der TPD II durch Rechtsverordnung umgesetzt werden, weist die Ermächtigung zur Erlassung von Verordnungen „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren“ keinen Bezug zum Unionsrecht auf.

Beide Ermächtigungstatbestände sind aus EU-rechtlicher Sicht problematisch:

Das gilt zunächst für die jeweiligen Ermächtigungen zur Verordnungserlassung „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren“. Nach Art 24 Abs 1 der TPD II haben die Mitgliedstaaten nämlich den freien Verkehr von Produkten, die der TPD II entsprechen, zu gewährleisten; sie dürfen das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen, die dieser RL entsprechen, nicht aus Gründen untersagen oder beschränken, die in dieser RL geregelte Gesichtspunkte betreffen. Die Ausnahmen iSd Art 24 Abs 2 und 3 der TPD II erscheinen im vorliegenden Fall nicht einschlägig, weil es dort um Verpackungen bzw um das Verbot ganzer Produktkategorien geht. Vor diesem Hintergrund haben jene Ermächtigungen zur Verordnungserlassung „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren“, welche den freien Verkehr von der TPD II entsprechenden Produkten tangieren, bei unionsrechtskonformer Handhabung keinen Anwendungsbereich, weil einer Verordnungserlassung dort, wo ein delegierter Rechtsakt oder Durchführungsrechtsakt der Union fehlt, Art 24 Abs 1 TPD II entgegensteht.

Die angeführten Ermächtigungen zur Verordnungserlassung „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren“ sollten daher ersatzlos entfallen.

Davon unabhängig erscheinen auch die Ermächtigungen des bzw der BMG zur Verordnungserlassung „nach Maßgabe der Vorgaben eines Rechtsaktes der Europäischen Union“ im Hinblick auf das unionsrechtliche Determinierungsgebot¹ viel zu unbestimmt und daher EU-rechtswidrig. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH müssen EU-Richtlinienbestimmungen „mit der Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit umgesetzt werden, die die Rechtssicherheit erfordert“.² Pauschalverweise auf „Rechtsakte der Europäischen Union“ erfüllen diese Voraussetzungen jedoch nicht.³

1.2 Verfassungsrechtliche Bedenken

Dynamische Pauschalverweise auf „Rechtsakte der Europäischen Union“ sind zudem wegen Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip iSd Art 18 B-VG verfassungswidrig. So hat der VfGH⁴ eine Verweisung im AsylG 1997 auf *„bestehende Rechtsakte des Rates der Europäischen Gemeinschaft“* wegen Unbe-

¹ Zu diesem vgl etwa *Potacs*, Staatliches Legalitätsprinzip und Gemeinschaftsrecht, in FS Rill (2010) 161 (167 ff).

² MwN EuGH 8.7.2004, C-214/03, *Kommission/Österreich*, EU C 2004 424, Rn 35.

³ Zu den strengen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Richtlinienumsetzung durch Verweise siehe zB *Öhlinger/Potacs*, EU Recht und staatliches Recht² (2014) 116 f; *Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 309 f

⁴ VfSlg 16 999.

stimmtheit für verfassungswidrig befunden. Wie der VfGH ausführte, ließ diese Vorschrift nämlich „völlig offen, welche Rechtsakte konkret gemeint sind, da die verweisende Norm die verwiesenen Akte nicht bezeichnet“. Ganz in diesem Sinne hat der VfGH in mehreren Erkenntnissen⁵ Verweisungen auf das „gesamte gemeinschaftsrechtliche Marktordnungsrecht“ als verfassungsrechtlich unzulässig erachtet, weil aufgrund des Art 18 B-VG „das Verweisungsobjekt in der verweisenden Norm ausreichend bestimmt festgelegt werden muss“.⁶

Im vorliegenden Zusammenhang ist wie schon ausgeführt zu beachten, dass die oben zitierten Bestimmungen primär dazu dienen sollen, delegierte Rechtsakte bzw Durchführungsrechtsakte der EU ohne neuerliche Befassung des Gesetzgebers durch innerstaatliche Rechtsverordnung umzusetzen. Dabei dienen diese Verordnungsermächtigungen jeweils der Umsetzung von Vorschriften der TPD II, in denen aber wesentlich präziser festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen die Europäische Kommission delegierte Rechtsakte bzw Durchführungsrechtsakte erlassen darf. An der dortigen Determinierung der delegierten Rechtsakte bzw Durchführungsrechtsakte sollte sich auch die Ermächtigung des bzw der BMG zur Verordnungserlassung orientieren.

Dies sei am Beispiel des vorgeschlagenen § 4 Abs 2 illustriert, der Art 3 Abs 2 der TDP II umsetzen soll: In Art 3 Abs 2 TPD II wird der Kommission die Befugnis übertragen, „gemäß Artikel 27 delegierte Rechtsakte zu erlassen, um die in Abs 1 genannten Emissionshöchstwerte zu verringern, wenn dies aufgrund international vereinbarter Normen erforderlich ist“. In Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung sollte § 4 Abs 2 folgendermaßen⁷ lauten, wobei die vorzunehmenden Änderungen in Fettdruck hervorgehoben sind: „Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Gesundheit hat nach Maßgabe der Vorgaben eines Rechtsaktes der Europäischen Union durch Verordnung eine Verringerung der in Abs. 1 genannten Emissionshöchstwerte zu verringern, **wenn dies aufgrund international vereinbarter Normen erforderlich ist**“.⁸ Die anderen oben angeführten Bestimmungen sollten nach diesem Vorbild unter Berücksichtigung der Formulierungen der jeweiligen Richtlinienbestimmungen, die sie umsetzen sollen, ebenfalls geändert werden.

2. Zu § 16a TNRS

Nach dem vorgeschlagenen § 16a hat der bzw die BMG „durch Verordnung Ergänzungen zu und Abweichungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes samt Anhängen und darauf beruhender Verordnungen festzusetzen, soweit dies zur Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union erforderlich ist“.

Laut den Materialien zum Begutachtungsentwurf soll diese Bestimmung erforderlich sein, um aufgrund der Vielzahl zu erwartender und teils noch ausstehender delegierter Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte in angemessener Zeit die weiteren unionsrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht verankert zu wissen.

Diese höchst unbestimmte Pauschalverweisung ist schon allein im Lichte der Ausführungen unter Pkt 1.1. sowohl unions- als auch verfassungswidrig.

⁵ VfSlg 17 735, 17 698, 18 178, 18.317, 18.331

⁶ VfSlg 17 735

⁷ Auf die – unionsrechtliche – Notwendigkeit des Entfalls der Ermächtigung zur Verordnungserlassung „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren“ wurde bereits oben unter Pkt 1.1 hingewiesen.

⁸ Zur Zulässigkeit einer solchen Verweisung vgl VfSlg 18 142

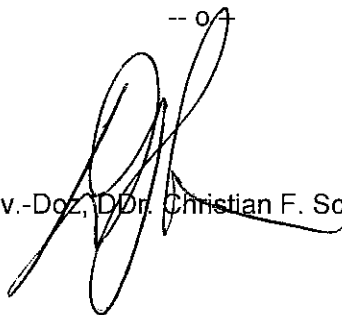
Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dabei noch Folgendes zu ergänzen: Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH⁹ ist eine direkte Umsetzung von EU-Richtlinien ohne gesetzliche Grundlage verfassungswidrig. Denn aufgrund der „*doppelten Bindung*“¹⁰ des österreichischen Gesetzgebers an die Vorgaben des Unionsrechts sowie (bei bestehendem Gestaltungsspielraum) an jene des nationalen Verfassungsrechts ist gemäß Art 18 B-VG eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die überdies im Sinne des verfassungsrechtlichen Determinierungsgebots ausreichend bestimmt sein muss. Der vorgeschlagene § 16a läuft aber auf eine verfassungswidrige formalgesetzliche Delegation heraus, weil der bzw die BMG ohne weitere inhaltliche Determinierung zur Verordnungserlassung verpflichtet wird, „*soweit dies zur Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union erforderlich ist*“. Auf diese Weise werden nämlich letztlich völlig undifferenziert alle auch künftig auf diesem Rechtsgebiet erlassenen EU-Rechtsakte zur Grundlage der innerstaatlichen Rechtsverordnung gemacht. Anders als die Materialien suggerieren, ist die Verordnungsermächtigung in § 16a ihrem Wortlaut nach nämlich nicht etwa darauf beschränkt, delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte auf Grund der TPD II in nationales Recht umzusetzen; sie würde vielmehr dem Wortlaut nach in Bausch und Bogen dazu ermächtigen, das TabakG (künftig: TNRSG) nicht nur zu präzisieren, sondern auch zu ergänzen oder abzuändern, wenn nur irgendein Rechtsakte der Europäischen Union, auch ein solcher ohne Zusammenhang mit der TPD II, Regelungen zu den in diesem geregelten Themen trifft.

Um den Bestimmtheitserfordernissen hinreichend Rechnung zu tragen, wird deshalb folgende Lösung vorgeschlagen: Es sollte für jede Bestimmung der TPD II, welche zur Erlassung von delegierten Rechtsakten oder Durchführungsrechtsakten ermächtigt (Art 3 Abs 2 und 4, Art 4 Abs 3 und 5, Art 5 Abs 5, Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 2, 3, 4, 5, 10, 11 und 12, Art 9 Abs 5 und 6, Art 10 Abs 3 und 4, Art 11 Abs 6, Art 12 Abs 3, Art 15 Abs 11 und 12, Art 16 Abs 2, Art 20 Abs 11 und 12 und 13 TPD II), eine eigenständige Umsetzungsbestimmung im TabakG (künftig: TNRSG) im Form einer entsprechenden, konkreten Verordnungsermächtigung geschaffen werden. Die Determinierung der auf diesen Grundlagen zu erlassenden Rechtsverordnungen sollte dabei jeweils zumindest in jenem Ausmaß erfolgen, in dem die Erlassung der jeweiligen delegierten Rechtsakte bzw Durchführungsrechtsakte in der TPD II determiniert ist.

Wien, am 2. Februar 2016

Priv.-Doz., DDr. Christian F. Schneider

-- o/



⁹ ZB VfSlg 15 189, 15.354, 17.735.

¹⁰ Dazu nur *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 113 mwN