



An  
Frau Bundesministerin Dr.<sup>in</sup> Sabine Oberhauser  
Bundesministerium für Gesundheit  
Radetzkystrasse 2  
A-1030 Wien  
[leg.tavi@bmg.gv.at](mailto:leg.tavi@bmg.gv.at)

Ergeht zugleich elektronisch an:  
[begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at)

Hofkirchen, 02.02.2016

## **BMG-22181/0118-II/1/2015; 179/ME (XXV. GP) – Ministerialentwurf zur Novelle des Tabakgesetzes zur Implementierung der TPD II Richtlinie in nationales Recht**

Sehr geehrte Frau Präsidentin,  
sehr geehrte Frau Bundesministerin,  
sehr geehrte Damen und Herren,

als eines der führenden Großhandelsunternehmen Österreichs geben wir folgende Stellungnahme zum Ministerialentwurf zur Novelle des Tabakgesetzes ab:

### **1) Verbot von Kautabak und Definition dieses Produktes**

Ein Verbot von Kautabak gemäß § 2 Abs 1 des vorliegenden Entwurfs in Österreich ist nicht nachvollziehbar. Es gibt keine Studien, die belegen, dass Kautabak schädlicher als andere Tabakerzeugnisse sei, alleine die vielleicht schwierige Unterscheidung zum Tabak für oralen Gebrauch kann nicht als Grund für ein komplettes Verbot eines legalen Produktes verwendet werden. Ein Verbot hätte zur Folge, dass gegen den Grundgedanken der TPD2 Richtlinie, nämlich die Harmonisierung des Binnenmarktes, gearbeitet wird und Querimporte aus den Nachbarländern gefördert werden. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf Artikel 24 der TPD2 Richtlinie und empfehlen, das Verbot aus dem Entwurf zu nehmen.

### **2) Versandhandel mit Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen**

Wir begrüßen ausdrücklich das Verbot des Versandhandels gemäß § 2a.

### **3) Verordnungsermächtigungen**

Die in § 4 Abs. 2 und Abs. 4, § 4b Abs. 1, § 4c Abs. 2, § 5 Abs. 8, § 5a Abs. 4, § 7 Abs 12, § 7a Abs. 2, § 8a Abs. 3, § 8b Abs. 3 und § 16a angeführten Verordnungsermächtigungen entsprechen aus unserer Sicht nicht den Vorgaben der TPD2 Richtlinie. Speziell die Formulierung „**aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren**“ bringt dem Bundesministerium für Gesundheit einen uneingeschränkten und willkürlichen Spielraum ohne parlamentarischen Gesetzgebungsweg. Auch ist die Formulierung „**nach Maßgabe eines Rechtsaktes der Europäischen Union**“ zu weit gefasst und überschreitet die bloße



Absicht, die delegierten Rechtsakte zur vorliegenden TPD2 durchführen zu können. Wir verweisen dazu auf das **Gutachten von Herrn Univ.Prof. DDr. Michael Potacs**, welches als **Anlage A** dieser Stellungnahme angehängt ist, und betonen nochmals die verfassungsrechtliche Problematik dieser Verordnungsermächtigungen!

#### **4) Übergangsfrist zum Abverkauf für den Großhandel bei Tabakwaren**

Die TPD2 sieht generell keine Einschränkung innerhalb des Abverkaufsjahres vom 20.05.16 bis 20.05.17 vor. Es gilt generell für Tabakwaren, was vor dem 20.05.16 produziert wurde, kann bis 20.05.17 im Handel bleiben. Der österr. Ministerialentwurf sieht in § 18 Abs 12 eine Übergangsfrist von 2 Monaten für den Großhandel vor. Eine derartig kurze Übergangsfrist ist speziell für kleinere Hersteller angesichts dessen, dass es bis dato keine Gesetzesgrundlage gibt, schlichtweg nicht umsetzbar. Des Weiteren haben speziell kleinere Hersteller Produkte im Portfolio, deren geringer Absatz zu generell längeren Lagerzeiten führt und mit einer zu kurzen Übergangsfrist vernichtet werden müsste. Wir sehen hier eine große Benachteiligung kleiner Tabakwarenhersteller wie wir sie vertreten und würden eine Übergangsfrist für den Großhandel bis wenigstens 01.09.16 vorschlagen.

#### **5) Elektronische Zigaretten und neuartige Tabakerzeugnisse**

Die TPD2 regelt in Artikel 19 und 20 die Produktgruppen neuartige Tabakerzeugnisse und elektronische Zigaretten, wobei sie bewusst zwischen beiden unterscheidet. Zum einen wird in Artikel 19 klar von neuartigen Tabakerzeugnissen gesprochen, zum anderen wird in Artikel 20 klar von elektronischen Zigaretten gesprochen. Der vorliegende Ministerialentwurf zeigt allerdings, dass in §§ 10a ff diese beiden Produktgruppen vermischt worden sind, was zu wesentlichen Verschärfungen für E-Zigaretten und Liquids führt. Dies widerspricht gänzlich dem Grundgedanken der TPD2, welche die Harmonisierung des Binnenmarktes als oberstes Ziel hat. Eine Trennung dieser beiden Produktgruppen und damit eine 1:1 Umsetzung der TPD wird daher von uns als erforderlich angesehen.

Darüber hinaus möchten wir darauf hinweisen, dass bis dato **keine technischen Normen** für den Nachfüllmechanismus laut Artikel 20 Abs 13 der TPD2 vorhanden sind. Gemäß dieser fehlenden Informationen ist es den Herstellern von E-Zigaretten nicht möglich, an der Umsetzung von TPD2-konformen Produkten zu arbeiten.

#### **6) Messung und Kontrolle durch Labore und deren Kosten**

Die TPD2 sieht in Artikel 4 vor, dass Labore die Messungen des Teer-, Nikotin-, und Kohlenmonoxidgehalts überprüfen sollen und diese in keinem Naheverhältnis zur Tabakindustrie stehen dürfen. Der Ministerialentwurf sieht in § 4b und § 10 Abs. 2 jedoch vor, dass die Messung selbst und nicht die Überprüfung von einem derartigen Labor ohne Naheverhältnis zur Tabakindustrie erfolgen muss.

Wir sehen dies als eine maßgebliche Verschärfung zur TPD2 an und fordern eine Klarstellung der Formulierung im vorliegenden Gesetzesentwurf.

Außerdem sieht der Ministerialentwurf in § 8a Abs 4, § 8b Abs 8, § 10a Abs 8, § 10b Abs 7 die Einhebung von Gebühren für diverse Meldungen vor. In diesem Zusammenhang wird der Begriff „kostendeckend“ verwendet, wobei wird diesen als zu ungenau bezeichnen. Er gibt keinerlei Aufschluss darüber, in welcher Höhe Kosten zu erwarten sind.

Die Formulierung müsste zumindest die Begriffe „**angemessen und marktkonform**“ beinhalten, um eine Willkür ausschließen zu können.



Wir bitten um Berücksichtigung unserer Punkte und betonen nochmals, dass wir für eine 1:1 Umsetzung der TPD2 Richtlinie stehen. Zur Harmonisierung des Binnenmarktes als oberstes Ziel der TPD2 ist es notwendig, dass gemäß der Richtlinie gleiche Voraussetzungen in allen Ländern hergestellt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Susanne Moosmayr  
Geschäftsführung  
Moosmayr Ges.m.b.H.

**ANLAGE A: Rechtsgutachten zu Verordnungsermächtigungen in einem Entwurf zur Änderung des Tabakgesetzes von Univ.Prof.DDr. Michael Potacs, welches zu folgenden Ergebnissen kommt:**

1. § 4 Abs 2 ist auf Grund des Abweichungsverbotes in Art 24 TPD II unionsrechtswidrig.
2. Bestimmungen, in denen Teil auf Unionsrecht verwiesen wird, erscheinen zum Teil (§ 5 Abs 8, § 5a Abs 4) im Hinblick auf das Abweichungsverbot des Art 24 TPD II problematisch.
3. § 16a ist auf Grund der Judikatur des VfGH zu Verweisungen auf Unionsrecht verfassungswidrig.
4. Auf Grund der Judikatur des VfGH erscheinen aber auch Bestimmungen im vorliegenden Gesetzesentwurf, in denen zum Teil auf Unionsrecht verwiesen wird, zumindest als bedenklich.

## **Rechtsgutachten zu Verordnungsermächtigungen in einem Entwurf zur Änderung des Tabakgesetzes**

erstellt von

Univ.Prof.DDr. Michael Potacs

### **I. Ausgangslage und Gutachtensauftrag**

Dem Gutachter wurde ein Ministerialentwurf zum Tabakgesetz vorgelegt<sup>1</sup>, mit dem die Richtlinie 2014/40/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (TPD II) umgesetzt werden soll<sup>2</sup>. Erklärtes Ziel dieser Richtlinie ist es, dass „die Vorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen einander weiter angeglichen werden“<sup>3</sup>. Dabei soll nach Art 1 der Richtlinie „von einem hohen Schutz der menschlichen Gesundheit, besonders für junge Menschen“ ausgegangen werden<sup>4</sup>.

Durch den vorliegenden Ministerialentwurf soll das Tabakgesetz in „Tabak- und Nicht-raucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz – TNRSKG“ umbenannt werden. Inhaltlich sind neben gesetzlichen Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie auch eine Reihe von Verordnungsermächtigungen enthalten. Der Gutachter wurde darum ersucht, diese Verordnungsermächtigungen auf ihre Unionsrechtskonformität in Bezug auf ihre Übereinstimmung mit den Vorgaben der TPD II sowie ihre Verfassungskonformität im Hinblick auf das in Art 18 B-VG verankerte Legalitätsprinzip hin zu überprüfen.

### **II. Arten von Verordnungsermächtigungen**

Konkret wurde der Gutachter um eine Begutachtung von zwei Arten von Verordnungsermächtigungen im Ministerialentwurf ersucht. Die meisten Verordnungsermächtigungen im vorliegenden Entwurf zeichnen sich dadurch aus, dass sie zur Erlassung einer Verordnung „aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren oder nach Maßgabe eines Rechtsaktes der Europäischen Union“ ermächtigen. Dazu gehören die Abweichungen von den Höchstwerten in § 4 Abs 2 und 4, die Festlegung von Standards für Messverfahren gemäß § 4c Abs 2, die Positionierung der allgemeinen Warnhinweise und der Informationsbotschaft für Verpackungen von Tabak zum Selbstdrehen in § 5 Abs 8 sowie die Festlegung von Details hinsichtlich technischer Spezifikationen für das Layout, die Gestaltung und die Form der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise in § 5a Abs 4 des Entwurfes. Sie dienen zum Teil der

---

<sup>1</sup> 179/ME XXV.GP.

<sup>2</sup> ABl L 127/1.

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 5 der TPD II.

<sup>4</sup> Nach den Erläuterungen zum Ministerialentwurf verfolgt die TPD II „primär das Ziel, für ein hohes Schutzniveau im Bereich der menschlichen Gesundheit zu sorgen“; EB S 1.

Umsetzung sogenannter „delegierter“ Rechtsakte gemäß Art 290 AEUV, zu denen die TPD II an einigen Stellen die Kommission zur Änderung oder Ergänzung bestimmter Regelungen ausdrücklich ermächtigt.<sup>5</sup> Allerdings ermächtigen diese Bestimmungen zusätzlich auch zur Verordnungserlassung aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren, weshalb diese Vorschriften hier (verkürzt) als *teilweise Umsetzungsermächtigungen* bezeichnet werden<sup>6</sup>.

Von diesen Arten von Verordnungsermächtigung ist die Verordnungsermächtigung in § 16a des Ministerialentwurfes zu unterscheiden, die ausschließlich der Umsetzung von Unionsrecht dient. Danach hat die Bundesministerin bzw der Bundesminister „durch Verordnung Ergänzungen zu und Abweichungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes samt Anhängen und darauf beruhende Verordnungen festzusetzen, soweit dies zur Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union erforderlich ist“. Maßgebliches Kriterium für die Erlassung einer Verordnung ist demnach allein die Umsetzung von Unionsrecht, weshalb man diese Vorschrift (in Abgrenzung von sonstigen Verordnungsermächtigungen im Ministerialentwurf) als *ausschließliche Umsetzungsermächtigung* bezeichnen kann. In den Erläuterungen des Ministerialentwurfes zu dieser Bestimmung heißt es zum Erfordernis für eine solche Verordnungsermächtigung: „Aufgrund der Vielzahl zu erwartender und teils noch ausstehender delegierter Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte ist dies erforderlich, um in angemessener Zeit die weiteren unionsrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht verankert zu wissen“<sup>7</sup>. Diese Feststellung vermag allerdings keine Auslegung überzeugend zu begründen, nach der aufgrund dieser Bestimmung Verordnungen nur zur Umsetzung und Durchführung delegierter Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte erlassen werden dürfen.

Denn zum einen ist im Text des § 16a von der „Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union“ schlechthin die Rede, was auf Grund einer Wortsinninterpretation keine Einschränkung auf delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte bedeutet. Ungeachtet der erwähnten Feststellung in den Erläuterungen ist daher wegen des (in Anbetracht der strengen Publikationsverpflichtungen von Rechtsvorschriften) geltenden Grundsatzes des „Vorrang des Textes“<sup>8</sup> davon auszugehen, dass die im Rechtstext zum Ausdruck kommende Bedeutung einer Rechtsvorschrift die maßgebliche ist. Hinzu kommt, dass auch nicht unbedingt eine Divergenz zwischen der dargelegten Feststellung in den Erläuterungen und dem Rechtstext gesehen werden muss. Ist doch in den Erläuterungen nicht davon die Rede, dass Verordnungen *nur* in Bezug auf die Umsetzung delegierter Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte erlassen werden dürfen. Gerade in Anbetracht der Textierung von § 16a sind die Erläuterungen daher so zu verstehen, dass die delegierten Rechtsakte und Durchführungs-

---

<sup>5</sup> Art 3 Abs 4 (Emissionshöchstwerte), Art 4 Abs 3 (Messverfahren), Art 7 Abs 5 (Inhaltsstoffe), Art 9 Abs 5 (Warnhinweise) und Art 11 Abs 6 (Kennzeichnung).

<sup>6</sup> Der Doppelcharakter dieser Verordnungsermächtigungen wird auch in den Erläuterungen des Ministerialentwurfes angesprochen, wenn es darin heißt: „Seitens der Kommission werden weitere Rechtsakte mit näheren Vorgaben zur TPD II erfolgen, insb. in Bezug auf Inhalts-/Zusatzstoffe, Layout der Verpackungen, etc. Für die Bundesministerin bzw. den Bundesminister für Gesundheit verbleibt in ihrem bzw. seinem Ermessensspielraum die Festlegung weiterreichender Regelungen, wenn aufgrund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes gesundheitliche Gefahren verortet werden, welche als schwer und nachhaltig zu qualifizieren sind“; Erläuterungen zum Ministerialentwurf 179/ME XXV. GP, S 1.

<sup>7</sup> Erläuterungen zum Ministerialentwurf 179/ME XXV. GP, S 7.

<sup>8</sup> Näher dazu etwa *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht (1994), 146 ff; *derselbe*, Rechtstheorie (2015), 186 f.

rechtsakte zwar den primären *Anlass* für die Schaffung von § 16a bilden, aber nicht deren *Reichweite* bestimmen. Im Einklang mit seiner Textierung ist § 16a so zu verstehen, dass er zu Ergänzungen und Abweichungen von Bestimmungen des Entwurfes zur Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union ermächtigt, zu denen etwa auch Vorschriften der TPD II selbst oder allfällige Neufassungen der Richtlinie gehören.

Die Probleme dieser beiden Arten von Verordnungsermächtigungen sind aber jeweils unterschiedlich, wobei die Schwerpunkte der Problematik bei den teilweisen Umsetzungsermächtigungen im Unionsrecht und bei der ausschließlichen Umsetzungsermächtigung im staatlichen Verfassungsrecht liegen.

### III. Unionsrechtliche Beurteilung

#### A. Art 24 TPD II

Die unionsrechtliche Problematik der teilweisen Umsetzungsermächtigungen liegt darin, dass sie nicht nur zur Umsetzung eines (delegierten) Rechtsaktes der Union, sondern auch *allein* auf Grund erwiesener Gefahren für die Gesundheit zur Verordnungserlassung ermächtigen. Das ist in jenen Fällen ein Problem, in denen damit in den Regelungsbereich der Richtlinie eingegriffen wird. Heißt es doch in Art 24 Abs 1 TPD II, dass die Mitgliedstaaten prinzipiell „das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen, die dieser Richtlinie entsprechen, nicht aus Gründen untersagen oder beschränken“ dürfen, „die in dieser Richtlinie geregelte Gesichtspunkte betreffen“. Zwar dürfen von diesem Prinzip nach Art 24 Abs 2 und 3 TPD II „zum Schutz der öffentlichen Gesundheit unter Berücksichtigung des hohen mit dieser Richtlinie erzielten Schutzes der menschlichen Gesundheit“ in bestimmten Fällen abgewichen werden. Dies betrifft konkret gemäß Art 24 Abs 2 „die Vereinheitlichung der Verpackungen“ und gemäß Art 24 Abs 3 das Verbot bestimmter Kategorien von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen nach Maßgabe einer Mitteilungspflicht an die Kommission. Daraus ist aber *e contrario* der Schluss zu ziehen, dass aus Gründen des Gesundheitsschutzes in anderen Fällen als den in Abs 2 und 3 genannten Ausnahmen das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen weder untersagt noch beschränkt werden darf, weil der Gesundheitsschutz ganz unzweifelhaft „ein dieser Richtlinie geregelter Gesichtspunkt“ im Sinne von Art 24 Abs 1 TPD II ist.

#### B. § 4 Abs 2

Unter diesem Aspekt besonders problematisch ist § 4 Abs 2 des Entwurfes. Nach dieser Bestimmung kann (auch) aufgrund erwiesener Gefahren mit Verordnung eine Verringerung der in § 4 Abs 1 vorgesehenen Grenzwerte festgelegt werden. Die in § 4 Abs 1 vorgesehenen Grenzwerte sind aber genau jene, die in Art 3 TPD II als „Emissionshöchstwerte“ für das Inverkehrbringen von Zigaretten festgeschrieben sind. Eine Abweichung von diesen „Emissionshöchstwerten“ ist nach Art 3 Abs 4 TPD II nur durch „delegierte Rechtsakte“ vorgesehen. Damit handelt es sich bei der Verordnungsermächtigung gemäß § 4 Abs 2 insoweit um eine Beschränkung des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen gemäß Art 24 Abs 1 TPD II, die auch durch keine Ausnahmeregelung des Art 24 Abs 2 und 3 TPD II gerechtfertigt werden kann. Denn zum einen betrifft § 4 Abs 2 ganz unzweifelhaft nicht „Verpackungen von Tabak-

erzeugnissen“ gemäß Art 24 Abs 2 TPD II. Zum anderen kann in § 4 Abs 2 auch kein Anwendungsfall des Art 24 Abs 3 gesehen werden, wonach bestimmte „Kategorien“ von Tabakerzeugnissen (nach Billigung durch die Kommission) nicht unter das Beschränkungsverbot des Art 24 Abs 1 fallen.

Denn würde man die Festlegung von „Emissionshöchstwerten“ als „Kategorisierung“ im Sinne von Art 24 Abs 3 ansehen, dann könnte wohl so gut wie jede Verschärfung von Voraussetzungen der TPD II für das Inverkehrbringen von Erzeugnissen als „Kategorisierung“ aufgefasst werden und das prinzipielle Abweichungsverbot des Art 24 Abs 1 TPD II würde weitgehend leer laufen. Eine solche Auslegung der Ausnahmebestimmung des Art 24 Abs 3 TPD II würde nicht nur dem vom EuGH verwendeten Grundsatz der „engen“ Interpretation von Ausnahmebestimmungen<sup>9</sup>, sondern auch dem Gedanken Rechtsvereinheitlichung widersprechen, der nach dem 5. Erwägungsgrund erklärtes Ziel der TPD II ist. Aus diesen Gründen kann nicht angenommen werden, dass „Kategorisierungen“ im Sinne von Art 24 Abs 3 durch Abweichungen von in der TPD II festgelegten Voraussetzungen für das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen oder verwandter Erzeugnisse gebildet werden können. Fällt aber eine Abweichung von den „Emissionshöchstwerten“ nicht unter die Ausnahmen des Art 24 Abs 2 und 3 TPD II, dann erweist sich § 4 Abs 2 insoweit ganz zweifellos als *unionsrechtswidrig* als er eine Verringerung der der Höchstwerte aufgrund erwiesener gesundheitlicher Gefahren durch Verordnung erlaubt.

#### *C. Sonstige teilweise Umsetzungsermächtigungen*

Die unionsrechtliche Beurteilung der sonstigen teilweisen Umsetzungsermächtigungen im vorliegenden Entwurf fällt differenziert aus. Unbedenklich ist die Ermächtigung in § 4 Abs 4, durch Verordnung Höchstwerte für andere als die in § 4 Abs 1 genannten Emissionen von Zigaretten und Tabakerzeugnissen mit Ausnahme von Zigaretten zu erlassen. Ist doch in Art 3 Abs 3 TPD II ausdrücklich vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten der Kommission „etwaige Emissionshöchstwerte“ mitteilen, „die sie für die Emission von Zigaretten – mit Ausnahme der Emissionen nach Absatz 1 – und für Emissionen von Tabakerzeugnissen mit Ausnahme von Zigaretten festlegen“. Damit wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Mitgliedstaaten Grenzwerte für sonstige von Art 3 Abs 1 TPD II nicht erfasste Emissionen festlegen dürfen. Das Abweichungsverbot des Art 24 Abs 1 TPD II gilt demnach nur für die in Art 3 Abs 1 TPD II angeführten Emissionen. Ebenso wenig stößt die teilweise Umsetzungsermächtigung in § 4c Abs 2 auf Bedenken, weil sie sich auf „Standards für Messverfahren“ und damit nicht „auf das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen“ gemäß Art 24 Abs 1 TPD II bezieht.

Weitaus problematischer ist dagegen die teilweise Umsetzungsermächtigung in § 5 Abs 8, die sich auf „nähere Bestimmungen zur Positionierung der allgemeinen Warnhinweise und der Informationsbotschaft für Verpackungen von Verpackungen zum Selbstdrehen“ bezieht. Denn die Ausnahme gemäß Art 24 Abs 2 TPD II betreffend „die Vereinheitlichung der Verpackungen“ gilt nach dem Erwägungsgrund 53 ausdrücklich nicht für Elemente der Aufmachung und Verpackung, „die keine gesundheitsbezogenen Warnhinweise sind“. Auch wird in

<sup>9</sup> Siehe *Potacs*, Auslegung (FN 8), 79 ff.

Art 9 Abs 6 TPD II nur der Kommission (und nicht auch den Mitgliedstaaten) die Ermächtigung erteilt, „im Wege von Durchführungsakten die genaue Anordnung des allgemeinen Warnhinweises und der Informationsbotschaft auf in Beuteln verkauftem Tabak zum Selbst-drehen“ festzulegen. Ebenso erscheint die Ermächtigung zur Festlegung von „Details hinsichtlich technischer Spezifikationen für das Layout, die Gestaltung und die Form der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise“ in § 5a Abs 4 als problematisch, zumal Art 10 Abs 4 TPD II auch hier nur die Kommission (und nicht die Mitgliedstaaten) in dieser Hinsicht Durchführungsrechtsakte zu erlassen hat.

#### IV. Verfassungsrechtliche Beurteilung

##### A. Rechtsprechung des VfGH

Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Entwurfs ist zu bedenken, dass dieser eine Reihe von Verweisungen auf das Unionsrecht aufweist. Solche Verweisungen sind im Hinblick auf das in Art 18 B-VG verankerte Legalitätsprinzip nicht unproblematisch, weshalb sie vom VfGH bereits mehrfach aufgehoben wurden. Verlangt doch der VfGH ganz allgemein in Bezug auf gesetzliche Verweisungen, „dass in der verweisenden Norm das Verweisungsobjekt ausreichend bestimmt festgelegt ist“<sup>10</sup>. Das ist bei Verweisungen auf Unionsrecht aber nicht immer sichergestellt. So hat der VfGH in mehreren Erkenntnissen festgestellt, dass eine Rechtsvorschrift im Sinne von Art 18 B-VG nicht hinreichend bestimmt ist, wenn sie „auf das gesamte staatliche Marktordnungsrecht“<sup>11</sup> verweist. Der entscheidende Gesichtspunkt für diese Auffassung ist dem Prüfungsbeschluss zu dem, diese Rechtsprechung begründenden Erkenntnis zu entnehmen.<sup>12</sup> Ist doch bei einer derart umfassenden Verweisung keineswegs auszuschließen, dass auch auf unionsrechtliche Regelungen verwiesen wird, die den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einen gewissen Spielraum einräumen. In diesem Sinne stellt der VfGH fest: „Stellt also die durchzuführende gemeinschaftsrechtliche Norm den Mitgliedstaaten ausdrücklich mehrere Möglichkeiten zur Wahl, die eine Entscheidung des Gesetzgebers erfordern würde, oder machte die durchzuführende gemeinschaftsrechtliche Norm Maßnahmen erforderlich, die nach innerstaatlichem Recht dem Gesetzgeber vorbehalten wären ..., so dürfte eine gesetzliche Verordnungsermächtigung ... als gesetzliche Ermächtigung für die Durchführung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen im Ordnungswege gemessen an Art 18 B-VG nicht ausreichen“<sup>13</sup>.

Diese Einschätzung wird durch die weitere Rechtsprechung des VfGH zu Verweisungen auf Unionsrecht bekräftigt, das den Mitgliedstaaten einen Spielraum einräumt. Hat doch der VfGH eine Verordnungsermächtigung in § 14 Abs 1 Z 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) mit folgender Begründung für verfassungskonform erklärt: „Der vom Unionsrecht in Art 10 Abs 8 lit a der Verordnung (EG) 853/2004 den Mitgliedstaaten eingeräumte Spielraum wird vom österreichischen Bundesgesetzgeber dahingehend ausgenutzt, dass er den Ordnungsgeber gemäß § 14 Z 1 LMSVG zur Einhaltung eines be-

<sup>10</sup> VfSlg 12947/1991.

<sup>11</sup> Siehe dazu die Nachweise bei *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>5</sup> (2014), 117.

<sup>12</sup> Dazu bereits *Potacs*, Staatliches Legalitätsprinzip und Gemeinschaftsrecht, in Griller ua (Hrsg), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt. FS Rill (2010), 161 (176, FN 69).

<sup>13</sup> VfSlg 17735/2005.



stimmten Verfahrens verpflichtet, wodurch die Einbindung sachverständiger Verkehrskreise sichergestellt ist... Darüber hinaus ist der Verordnungsgeber bei Erlassung der Verordnung gemäß § 2 Abs 1 erster Satz LMSVG verpflichtet, 'den Gesundheitsschutz des Verbrauchers' und den 'Schutz des Verbrauchers vor Täuschung' zu berücksichtigen. § 2 Abs 1 zweiter Satz verweist zudem auf die Unionsrechtslage und legt damit zusätzlich die Verpflichtung zur Einhaltung der Grundsätze der Risikoanalyse, des Vorsorgeprinzips und der Transparenz fest“. Aus einer „Zusammenschau der genannten Aspekte – einzuhaltendes Verfahren, Einbindung von wissenschaftlichem Sachverstand, Zielbestimmung des LMSVG“ weise „die Verordnungsermächtigung des § 14 Abs 1 Z 1 LMSVG jenen Determinierungsgrad“ auf, „der dem Regelungsgegenstand adäquat ist“<sup>14</sup>.

Zusammenfassend erscheint daher ein Verweis auf Unionsrecht mit Spielraum für die Mitgliedstaaten nach der Judikatur des VfGH nur dann verfassungskonform, wenn das die Verordnung erlassende Organ durch Zielbestimmung, Verfahrensregelungen und Einbindung von Sachverstand ausreichend gesetzlich determiniert ist.

#### B. § 16a

Betrachtet man die Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs im Lichte dieser Judikatur, so fällt vor allem § 16a ins Auge. Denn diese Bestimmung ermächtigt die Bundesministerin bzw den Bundesminister uneingeschränkt zu „Ergänzungen zu und Abweichungen von“ Bestimmungen des TNRSG „soweit dies zur Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union erforderlich ist“. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die Wortwahl „zur Umsetzung erforderlich ist“ nach der Judikatur des VfGH für sich genommen keine ausreichende Determinierung darstellt. Hat doch der VfGH zutreffend judiziert, dass auch eine solche Formulierung eine Umsetzung von unionsrechtlichen Regelungen mit Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten nicht ausschließt.<sup>15</sup> Davon muss auch bei § 16a ausgegangen werden, der auf die Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union schlechthin verweist. Ein solcher Verweis lässt sich nach der dargelegten Rechtsprechung des VfGH aber nur dann rechtfertigen, wenn das Verwaltungshandeln durch eine Zusammenschau von Zielbestimmung, Verfahrensregelungen und Einbindung von Sachverstand ausreichend gesetzlich determiniert wird. Bei § 16a ist jedoch keine einzige dieser Voraussetzungen erfüllt, weshalb diese Bestimmung als *verfassungswidrig* zu qualifizieren ist.

#### C. Teilweise Umsetzungsermächtigungen

Hinzuzufügen ist aber noch, dass auch die dargelegten teilweisen Umsetzungsermächtigungen im vorliegenden Gesetzesentwurf nicht ganz unbedenklich sind. Soweit diese auf Rechtsakte der Union verweisen, kommen dafür schon auf Grund der damit verbundenen Detailregelungen (Höchstwerte, Messwerte, etc) grundsätzlich nur delegierte Rechtsakte der Kommission in Betracht. Doch ist auch bei diesen nicht ganz ausgeschlossen, dass sie den Mitgliedstaaten einen gewissen Umsetzungsspielraum einräumen. Insoweit werden auch hier die Anforderungen der Judikatur des VfGH zu Verweisungen auf Unionsrecht nicht erfüllt. So enthalten diese keine Zielvorgaben, weil sich das Ziel der Vermeidung „erwiesener gesundheitlicher Ge-

<sup>14</sup> VfSlg 19569/2011.

<sup>15</sup> VfSlg 17735/2005.

fahren“ in diesen Verweisungen gerade nicht (argumentum „oder“) auf die Umsetzung von Unionsrecht in diesen Verweisungen bezieht. Davon abgesehen werden diese Verweisungen weder durch Verfahrensvorschriften noch durch Regeln über die Einbindung von Sachverständigen gesetzlich determiniert, weshalb sie im Lichte der dargelegten Judikatur des VfGH zumindest als verfassungsrechtlich *bedenklich* erscheinen.

#### V. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann aus den vorangegangenen Darlegungen zu dem vorliegenden Gesetzesentwurf festgehalten werden:

1. § 4 Abs 2 ist auf Grund des Abweichungsverbotes in Art 24 TPD II unionsrechtswidrig.
2. Bestimmungen, in denen Teil auf Unionsrecht verwiesen wird, erscheinen zum Teil (§ 5 Abs 8, § 5a Abs 4) im Hinblick auf das Abweichungsverbot des Art 24 TPD II problematisch.
3. § 16a ist auf Grund der Judikatur des VfGH zu Verweisungen auf Unionsrecht verfassungswidrig.
4. Auf Grund der Judikatur des VfGH erscheinen aber auch Bestimmungen im vorliegenden Gesetzesentwurf, in denen zum Teil auf Unionsrecht verwiesen wird, zumindest als bedenklich.



(Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs)

Wien, 29. Jänner 2016