

Verein der Fachhändler zur Förderung
von elektrischen Dampfgeräten

ZVR 579729864

Leobersdorferstrasse 76
2552 Hirtenberg
office@vifed.at



An Frau
Nationalratspräsidentin Doris Bures
Parlament
1017 Wien

An das
Bundesministerium für Gesundheit
BMG – II/1
Radetzkystraße 2
1031 Wien

Per Email: leg.tavi@bmg.gv.at

Hirtenberg, am 1. Februar 2016

Stellungnahme

des Vereins der Fachhändler zur Förderung von elektrischen Dampfgeräten (VFFED)

zum Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtrauchererschutz (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

GZ: BMG-22181/0118-II/1/2015

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin,
sehr geehrte Frau BM Dr. Oberhauser,
sehr geehrte Damen und Herren,

Der Verein der Fachhändler zur Förderung von elektrischen Dampfgeräten (VFFED), dessen Mitglieder in Österreich etablierte Fachhändler von so genannten E-Zigaretten, E-Shishas und Liquids sind, nimmt zum Ministerialentwurf wie folgt Stellung:

1. Allgemeines

Zwei Mitglieder des VFFED haben im vergangenen Jahr Individualanträge auf Gesetzesprüfung beim Verfassungsgerichtshof eingebracht, um gegen die Novelle des Tabakmonopolgesetzes vorzugehen, die vorsah, dass E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopol einbezogen werden sollten und damit nur noch von Tabaktrafikanten hätten verkauft werden dürfen.

Der Verfassungsgerichtshof teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken der Antragsteller und hob die vorgesehenen Neubestimmungen zur Einbeziehung der E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopol als verfassungswidrig auf, da sie gegen die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit vor dem Gesetz sowie auf Freiheit der Erwerbsausübung verstoßen haben.

Nach Ansicht der Vereinsmitglieder missachtet der nunmehr vorliegende Entwurf des TNRSG das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 3. Juli 2015 (G118/2015) und verstößt erneut gegen die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte der Fachhändler auf Gleichheit vor dem Gesetz sowie auf Freiheit der Erwerbsausübung. Darüber hinaus sind weitere, nicht zu rechtfertigende, Grundrechtsverletzungen (betreffend etwa die Grundrechte auf Unversehrtheit des Eigentums und auf Kommunikationsfreiheit) enthalten.

Im Grunde wird mit dem neuen TNRSG dasselbe versucht wie im Vorjahr mit der Novelle des Tabakmonopolgesetzes, nämlich die Fachhändler an der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit zu hindern und ihnen diese zu verunmöglichen.

Insgesamt zielt das Gesetz darauf ab, die E-Zigarette und ihre Liquids vom österreichischen Markt zu verdrängen, womit in logischer Konsequenz eine Rückkehr der Konsumenten zu den gesundheitsschädlicheren Tabakerzeugnissen erzwungen wird. Der vorliegende Gesetzesentwurf entpuppt sich wieder als reine Fördermaßnahme für gesundheitsschädliche Tabakprodukte zulasten der gesünderen Alternative der E-Zigarette.

Die E-Zigaretten und Liquids werden im vorliegenden Gesetzesentwurf ohne Grundlage de facto kriminalisiert, was soweit geht, dass ein Versandhandelsverbot, ein Zulassungsverfahren ohne Beschränkung der Verfahrensdauer und ein extremes Werbeverbot (wonach nicht einmal mehr erlaubt sein soll, die Produkte im eigenen Geschäftslokal auszustellen, was einem Verkaufsverbot gleichkommt) vorgesehen sind. Der VFFED kann nicht glauben, dass ein derartiger Gesetzesentwurf in einer demokratischen Republik vom Gesetzgeber beschlossen würde und appelliert dringend, die entsprechenden Passagen im Entwurf zu überarbeiten.

Das immense Potenzial der E-Zigarette, als nachweislich gesündere Alternative zur Tabakzigarette die österreichische Bevölkerung vor den verheerenden gesundheitlichen Folgen des Tabakkonsums zu schützen, wird vom Gesetzgeber ignoriert und bewusst negiert. Bei Inkrafttreten des geplanten TNRSG wären die Verlierer die österreichischen Dampfer (ebenso wie die Fachhändler) und letztlich auch die Allgemeinheit, die weiterhin horrenden Summen an Steuergeld für die medizinische Behandlung von erkrankten Tabakkonsumenten bezahlen wird müssen.

Die E-Zigarette kann wohl zurecht als revolutionäre Erfindung betrachtet werden und stößt wie alle Innovationen auf Widerstand und Misstrauen, weil es in der Natur des Menschen liegt, Angst vor „Neuem und Unbekanntem“ zu haben. Nichtsdestotrotz hat sich die E-Zigarette durchgesetzt und ist mittlerweile am österreichischen Markt etabliert, wo sie stark nachgefragt wird.

Insofern appelliert der VFFED an den Gesetzgeber, sich mit der Realität abzufinden und die Rahmenbedingungen so festzulegen, dass das Produkt E-Zigarette weiterhin am österreichischen Markt bestehen kann.

Der VFFED gibt hiermit bekannt, dass er wieder bereit ist, gegen das geplante Gesetz vorzugehen und dieses vor dem Verfassungsgerichtshof zu bekämpfen, sofern der Gesetzgeber nicht noch einlenken und die im Gesetzesentwurf enthaltenen unverhältnismäßigen Grundrechtsverletzungen vor Beschließung des Gesetzes beseitigen sollte!

2. Vorbemerkungen zur TPD II (Richtlinie 2014/40/EU)

Nach Ansicht des VFFED enthält bereits die TPD II überschießende Regelungen, welche die Fachhändler in einem unverhältnismäßigen Ausmaß beschränken. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass derzeit noch ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH anhängig ist, in welchem die Zulässigkeit des Artikels 20 der TPD II überprüft wird.

Aus Sicht des VFFED wird insbesondere kritisiert, dass in der TPD II E-Zigaretten und Liquids derartig streng reglementiert werden, ohne dass überhaupt konkrete Nachweise vorgelegen wären, die erkennen ließen, worin die konkrete Gefahr dieser Produkte für die menschliche Gesundheit bestehen würde. Alleine die Annahme, dass eine gesundheitliche Beeinträchtigung nicht ausgeschlossen werden kann, genügt dem EU-Gesetzgeber, um den freien Warenverkehr mit der TPD II unverhältnismäßig

stark einzuschränken. Die Aufnahme der E-Zigaretten in der TPD II wurde mit dem „Vorsorgeprinzip“ (Gesundheitsschutz) begründet, ohne dass verlässliche Grundlagen für die Bewertung der E-Zigaretten und allenfalls von ihnen ausgehenden Gefahren für die menschliche Gesundheit überhaupt vorlagen. Hierzu wird – ohne weitere Kommentierung – das folgende Zitat der Generalanwältin wiedergegeben (Schlussanträge der Generalanwältin zu Rs C-477/14, Rz 65):

„Denn der Unionsgesetzgeber hatte beim Erlass der Richtlinie das Vorsorgeprinzip zu beachten. Gerade dann, wenn es sich als unmöglich erweist, das Bestehen oder den Umfang des behaupteten Risikos mit Sicherheit festzustellen, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, nicht schlüssig oder ungenau sind, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die öffentliche Gesundheit jedoch fortbesteht, falls das Risiko eintritt, rechtfertigt das Vorsorgeprinzip den Erlass beschränkender Maßnahmen, sofern diese Maßnahmen objektiv und nicht diskriminierend sind.“

Der nunmehr vorliegende Gesetzesentwurf setzt die ohnehin schon restriktiven Vorgaben der TPD II in einer überschießenden Weise um. Nicht nur, dass die vorgesehenen Bestimmungen teilweise nicht aus der TPD II abzuleiten und auch nicht mit deren Zielen zu vereinbaren sind (nikotinfreie Liquids, Zulassungsverfahren), übersieht der Entwurfverfasser offenbar auch, dass das TNRSRG nicht nur an den EU-Vorgaben zu messen ist, sondern in den von der TPD II nicht zwingend vorgegebenen Bereichen auch der österreichischen Verfassung genügen muss, die keine unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffe gestattet!

3. Zu den geplanten Bestimmungen im Einzelnen

Zur Einbeziehung nikotinfreier Liquids

Die TPD II bietet keinerlei Grundlage dafür, nikotinfreie Liquids zu reglementieren oder die von der Richtlinie vorgeschriebenen Bestimmungen pauschal auch auf nikotinfreie Liquids mitanzuwenden (bei nikotinfreien Liquids können die mit Nikotin verbundenen potenziellen Gefahren gerade nicht gegeben sein). Der Entwurfverfasser hat in keinsten Weise spezifiziert, auf welcher Grundlage nikotinfreie Liquids den geplanten strengen Regelungen unterworfen werden sollten.

Nach Ansicht des VFFED gibt es keine Grundlage für die Einbeziehung nikotinfreier Liquids in das TNRSRG und es sollte davon Abstand genommen werden (hier wird wieder in unsachlicher Weise Ungleiches gleich behandelt).

Zur Zulassungspflicht und zur Stillhaltefrist in § 10a und § 10b TNRSRG

Artikel 20 Abs 2 der TPD II sieht die Einführung eines Anmeldesystems unter Einhaltung einer 6-monatigen Stillhaltefrist vor. Demnach müssen E-Zigaretten und Nachfüllbehälter lediglich angemeldet werden und dürfen nach Ablauf der 6-monatigen Stillhaltefrist in Verkehr gebracht werden.

Der Umsetzungsvorschlag im Entwurf des § 10a und § 10b TNRSRG stellt hingegen eine noch viel weitergehende Einschränkung dar, denn der Entwurfverfasser will ein Zulassungsverfahren für E-Zigaretten (inklusive ihrer einzelnen Bestandteile!) und Liquids einführen, das es verbietet, vor Erteilung der Zulassung diese Produkte in Verkehr zu bringen. Die Einführung eines Zulassungsverfahrens stellt eine deutliche Einschränkung der Erwerbsfreiheit dar, die einer entsprechenden Begründung bedürfte. Da das – behauptete – gesundheitliche Risiko von E-Zigaretten und Liquids aber bisher nicht einmal erwiesen ist sondern nur behauptet wird, geht der VFFED davon aus, dass der Grundrechtseingriff nicht verhältnismäßig ist.

Darüber hinaus ist im Gesetzesentwurf nicht einmal eine maximal zulässige Verfahrensdauer für das Zulassungsverfahren bei der Behörde vorgesehen (jedoch müssen mindestens 6 Monate eingehalten werden).

Dies bedeutet, dass der anmeldende Hersteller oder Importeur verpflichtet ist, in jedem Einzelfall mit dem Inverkehrbringen des Produkts so lange zuzuwarten, bis er einen positiven Bescheid von der

zuständigen Behörde erhalten hat, wobei für das Prüfverfahren keine zeitliche Obergrenze definiert ist. Der Anmeldende wäre damit de facto der Willkür der Behörde ausgeliefert.

Weiters wird bezweifelt, dass das Durchlaufen eines Zulassungsverfahrens in Österreich für das Inverkehrbringen eines „verwandten Produkts“ unionsrechtlich überhaupt zulässig ist, wenn das Produkt bereits in einem anderen EU-Mitgliedstaat gemäß den Bestimmungen der TPD II angemeldet ist. Nicht zuletzt aus Rücksicht auf die heimischen Produzenten wird angeregt, der Gesetzgeber möge die im Entwurf der §§ 10a und 10b TNRSG enthaltenen Regelungen, die eine Ungleichbehandlung und damit Benachteiligung österreichischer Produzenten gegenüber ihren ausländischen Mitbewerbern bewirken, abändern.

Zum Versandhandelsverbot in § 2a TNRSG

Die Definition des Versandhandels ist zunächst so weit gefasst, dass unklar ist, ob der Entwurfverfasser den Versandhandel an Verbraucher in Österreich meinte oder ob er auch verbieten will, dass österreichische Fachhändler ihre Ware an Verbraucher im Ausland liefern.

Ein (übrigens von der TPD II nicht zwingend vorgeschriebenes) Versandhandelsverbot für „verwandte Erzeugnisse“ stellt einen sehr schweren Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Fachhändler dar. Jene Fachhändler, die ausschließlich einen Online-Shop betreiben, würden bei Inkrafttreten dieser Bestimmung ihre Geschäftsgrundlage verlieren, die Bestimmung hat für sie daher die Wirkung eines plötzlichen Berufsausübungsverbotes.

Der Entwurfverfasser hat mit keiner Silbe erläutert, mit welcher Begründung er den Versandhandel von verwandten Erzeugnissen verbieten möchte, lediglich ein – nicht hilfreicher – Verweis auf das Tabaksteuergesetz findet sich in den Erläuterungen. Ein derartig schwerer Eingriff in die Erwerbsfreiheit bedarf einer entsprechenden Grundlage, die jedoch nicht erkennbar ist.

Weiters wird kritisiert, dass das Versandhandelsverbot bereits am 20. Mai 2016 in Kraft treten soll (§ 16a Abs 9) und den (Versand-)Händlern somit faktisch keine Übergangsfrist eingeräumt wird.

Auch hier könnte der Gesetzgeber (auch ohne Zwang) in Erwägung ziehen, die heimischen Händler nicht schlechter zu stellen, als ihre ausländischen Mitbewerber, zumal der Versandhandel aus dem EU-Ausland nach Österreich – jedenfalls hinsichtlich nikotinfreier Produkte – nicht unterbunden werden kann.

Zum Darbietungsverbot in § 11 TNRSG

In § 11 TNRSG wird ein Werbeverbot für „verwandte Erzeugnisse“ verankert. In § 4 gibt es dazu Ausnahmebestimmungen, wobei laut Erläuterungen nur die Ausnahmetatbestände des Abs 4 Z 1 und 2 auf verwandte Erzeugnisse anzuwenden sein sollen. In Abs 4 Z 3 findet sich dennoch eine Bestimmung zu den verwandten Erzeugnissen, mit dem Detail, dass diese Ausnahmebestimmung nur an den zum Verkauf von Tabakerzeugnissen befugten Stellen gelten soll (somit greift diese Ausnahmebestimmung wieder nur für die Tabaktrafikanter, nicht aber für die Fachhändler).

Die Darbietung der zum Verkauf angebotenen verwandten Erzeugnisse und Preisangaben für diese verwandten Erzeugnisse sollen daher nur in Tabaktrafiken erlaubt sein, nicht hingegen in Fachgeschäften. Dies führt zu einer – wie der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 03.07.2015 (G118/2015) bereits festgestellt hat – nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen Tabaktrafikanter und Fachhändlern, die gegen die Grundrechte auf Erwerbsfreiheit und Gleichheit vor dem Gesetz verstoßen.

Generell gilt, dass ein Werbeverbot, das so weit geht, dass nicht einmal mehr die Darbietung der angebotenen Produkte (inklusive Angabe der Preise) im eigenen Geschäftslokal erlaubt ist, das Recht der Fachhändler, eine bereits ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben stark einschränkt, was bewirkt, dass die entsprechende Tätigkeit mit Inkrafttreten der Bestimmung zur Gänze einzustellen ist (siehe dazu VfGH Erkenntnis 03.07.2015, G118/2015, Rz 53f). **Das Betreiben eines Geschäfts, ohne Ware ausstellen und anbieten zu dürfen wäre ein Berufsverbot.** Faktisch erreicht der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung genau das, was er im Vorjahr mit der Novellierung des Tabakmonopolgesetzes versucht hat, nämlich ein Verbot des Handels mit E-Zigaretten und Liquids für alle Nicht-Trafikanter.

Klarstellend müsste auch erläutert werden, ob das Betreiben einer Homepage, auf der die „verwandten Erzeugnisse“ eines Händlers mit Preisen angegeben sind, vom Werbeverbot ausgenommen sein soll, hier wird eine explizite Aufnahme in den Ausnahmekatalog angeregt.

Zu § 11 Abs 7 und 8 TNRSG

In § 11 Abs 7 TNRSG wird „jede verbilligte Abgabe, Gratisverteilung und Zusendung von (...) verwandten Erzeugnissen, mit dem Ziel der direkten oder indirekten Verkaufsförderung“ verboten.

Dies ist nicht mit der Erwerbsfreiheit zu vereinbaren und zeigt – ebenso wie das Versandhandels- und Darbietungsverbot - die Absicht des Gesetzgebers, die E-Zigarette und ihre Liquids „durch die Hintertüre“ zu monopolisieren. Darüber hinaus ist eine derartige Beschränkung jedenfalls hinsichtlich der rein mechanischen Teile der E-Zigaretten durch nichts zu rechtfertigen. Einem Händler muss es freistehen, die Preisgestaltung der von ihm verkauften Produkte selbst bestimmen zu können, eine verbilligte Abgabe seiner Produkte muss ihm ebenso erlaubt sein, wie die Vergabe von Gratisproben!

Ebenso nicht klar ist, warum Tabaktrafikanten Gratisproben von erwiesenermaßen gesundheitsschädlichen Tabakerzeugnissen anbieten dürfen, während dies für „verwandte Erzeugnisse“ generell nicht erlaubt sein soll (§ 11 Abs 8 TNRSG).

Hierzu wird angeregt, die „verwandten Erzeugnisse“ nicht in den Anwendungsbereich des § 11 Abs 7 TNRSG aufzunehmen oder zumindest eine dem § 11 Abs 8 TNRSG entsprechende Ausnahme auch für verwandte Erzeugnisse einzuführen, damit die Dampfer die Möglichkeit haben, neue Liquids gratis auszuprobieren.

Wir appellieren daher an den Gesetzgeber, er möge den Gesetzesentwurf unter Zugrundelegung unserer Stellungnahme noch einmal gründlich überdenken und nicht bewusst ein Gesetz beschließen, das offenkundig verfassungswidrig ist und auch der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs widerspricht.

**Verein der Fachhändler zur Förderung
von elektrischen Dampfgeräten**

ZVR 579729864

**Leobersdorferstrasse 76
2552 Hirtenberg
office@vifed.at**

