



An das
Bundesministerium für Gesundheit
Radetzkystraße 2
1031 Wien

per E-Mail an: leg.tavi@bmg.gv.at

Wirtschaftskammer Österreich
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW
E gesund@wko.at
W <http://wko.at/sp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
BMG-22181/0118-II/1/2015
8.1.2016

Unser Zeichen, Sacharbeiter
SpG 1-16/2016/Kö/KP
DDr. Wolfgang Königshofer

Durchwahl
5034

Datum
2.2.2016

Novelle des Tabakgesetzes zur Implementierung der TPD II

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich dankt für die Zusendung des oben genannten Entwurfs und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Mit der geplanten Novelle des Tabakgesetzes soll die Richtlinie 2014/40/EU (TPD II) in österreichisches Recht umgesetzt und der Titel des Gesetzes dem erweiterten Geltungsbereich entsprechend in *Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz - TNRSG)* geändert werden.

In den Vorgesprächen zur Umsetzung der TPD II bestand Einvernehmen darüber, dass das Tabakgesetz nur insoweit geändert werden soll, als damit den Mindestvorgaben der TPD II erfüllt sind. Der vorliegende Entwurf geht jedoch darüber hinaus, worauf in dieser Stellungnahme noch einzugehen sein wird.

Zu § 2 Abs. 1 Z 3 TNRSG

Das Verbot des Inverkehrbringens von Kautabak ist im kammerinternen Begutachtungsverfahren abgelehnt worden. Zwar räumt Art. 24 Abs. 3 der TPD II einem Mitgliedstaat das Recht ein, eine bestimmte Kategorie von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen zu verbieten, doch müssen dafür zwei Bedingungen kumulativ erfüllt sein.

Das Verbot muss

- durch die spezifischen Gegebenheiten in dem betreffenden Mitgliedstaat
- und
- zum Schutz der öffentlichen Gesundheit unter Berücksichtigung des hohen mit der TPD II erzielten Schutzes der menschlichen Gesundheit
- gerechtfertigt sein.

Ob die in den Erläuterungen (zu Z 12 des Entwurfs) angeführte Begründung ausreicht, um die Kommission davon zu überzeugen, dass insbesondere die erste dieser beiden Voraussetzungen erfüllt ist, erscheint doch zweifelhaft.

Im Übrigen unterliegt „Kautabak“ ebenso wie „Schnupftabak“ dem Tabakmonopol (§ 1 Abs. 2 Z 2 TabMG 1996).

Zu § 2a TNRS

Nach dieser Bestimmung soll der Versandhandel mit Tabakerzeugnissen sowie mit verwandten Erzeugnissen verboten werden. Aus der Definition des Begriffs „Versandhandel“ im geplanten § 1 Z 12 TNRS folgt, dass damit nicht nur der grenzüberschreitende sondern auch der innerösterreichische Versandhandel verboten werden soll.

Gegen ein künftiges Verbot des Versandhandels mit Tabakerzeugnissen wurde im kammerinternen Begutachtungsverfahren kein Einwand erhoben. Das geplante Verbot des Versandhandels mit verwandten Erzeugnissen, insbesondere mit elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern, wurde hingegen von den betroffenen Verkehrskreisen sehr unterschiedlich beurteilt. Einerseits wurde es begrüßt, andererseits wurde es strikt abgelehnt, da damit ein wesentlicher Vertriebsweg für diese Erzeugnisse wegfallen und folglich eine Einstellung unternehmerischer Tätigkeit drohe.

Art. 18 Abs. 1 der TPD II ermächtigt die Mitgliedstaaten, den grenzüberschreitenden Verkauf von Tabakerzeugnissen im Fernabsatz an Verbraucher zu verbieten. Nach Art. 19 Abs. 6 der TPD II findet Art. 18 auf den grenzüberschreitenden Verkauf von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehälter im Fernabsatz Anwendung, was wohl nur so verstanden werden kann, dass sich die Ermächtigung des Art. 18 Abs. 1 auch auf elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter erstreckt. Ein Verbot des grenzüberschreitenden Verkaufs im Fernabsatz, das in gleicher Weise für Tabakerzeugnisse wie auch für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter gilt, steht daher mit der TPD II in Einklang. Allerdings ist es nach den Vorgaben der TPD II nicht zwingend erforderlich und geht somit über die Mindestanforderungen der TPD II hinaus.

Zu einigen Verordnungsermächtigungen im TNRS (§§ 4 ff)

Der vorliegende Entwurf sieht zahlreiche Ermächtigungen (eigentlich Verpflichtungen) im künftigen TNRS (§ 4 Abs. 2 und 4, § 4b Abs. 1, § 4c Abs. 2, § 5 Abs. 8, § 5a Abs. 4, § 7 Abs. 12, etc.) vor, wonach die Bundesministerin oder der Bundesminister für Gesundheit durch Verordnung bestimmte nähere Vorschriften bzw. Maßnahmen zu erlassen hat. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen erwiesener gesundheitlicher Gefahren oder entsprechende Vorgaben durch Rechtsakte der Europäischen Union. Wie den Erläuterungen zu einigen dieser Bestimmungen zu entnehmen ist, soll damit eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, um Durchführungsrechtsakte oder delegierte Rechtsakte der Europäischen Kommission zu Bestimmungen in der TPD II ohne Änderung des künftigen TNRS in nationales Recht umsetzen zu können. Abgesehen vom Problem, dass damit der Erlass von inhaltlich wichtigen Bestimmungen auf die Verordnungsebene delegiert wird, sollten diese Ermächtigungen auch tatsächlich nur zur Transformation der genannten Rechtsakte in innerstaatliches Recht dienen und nicht dazu, Abweichungen vom Unionsrecht zu schaffen.

Zu § 5 TNRS

Nach dem vorliegenden Text soll diese Bestimmung für „Raucherzeugnisse“ gelten. Gemeint sein dürften jedoch „Rauchtabakerzeugnisse“. Dies folgt aus Art. 9 der TPD II, der ganz offensichtlich mit § 5 TNRS umgesetzt werden soll und der (nur) „Rauchtabakerzeugnisse“ erfasst.

Zu § 5e TNRSK

Nach § 5e Abs. 1 Satz 1 in der Fassung des vorliegenden Entwurfs müssen Zigarettenpackungen quaderförmig sein. Dies entspricht Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der TPD II. Nach Erwägungsgrund 28 der TPD II sollten abgerundete oder abgeschrägte Kanten akzeptabel sein, sofern der gesundheitsbezogene Warnhinweis eine gleichwertige Fläche wie die Fläche auf einer Verpackung ohne solche Kanten einnimmt. Ein gleich- oder ähnlich lautender Hinweis findet sich in den Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf nicht. Wir nehmen jedoch an, dass Zigarettenpackungen mit abgerundeten oder abgeschrägten Kanten auch nach dem künftigen TNRSK (weiterhin) zulässig sein werden.

In den Erläuterungen zu Z 20 des vorliegenden Entwurfs ist u.a. folgender Hinweis zu finden: „Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass die vorgegebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise nur auf den für sie bestimmten Oberflächen und in den dafür vorgesehenen Dimensionen aufgedruckt werden dürfen, ohne dabei in andere Oberflächen hineinzuragen“. Mit diesem Hinweis soll offenbar einem von der DG SANTE erstellten, aber keineswegs verbindlichen „Non-paper“ Rechnung getragen werden, wonach kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise nicht auf abgerundeten oder abgeschrägten Kanten von Zigarettenpackungen gedruckt werden dürfen, zumal diese Kanten der Packung nicht als Teil der Vorder- bzw. Rückseite der Packung angesehen werden könnten, auf denen diese Warnhinweise (nach Art. 10 Abs. 1 Buchstabe c der TPD II) anzubringen sind.

Ob diese Rechtsauffassung zutrifft, kann nur vom Gerichtshof der EU verbindlich festgestellt werden. Nach unserer Meinung dürfte die Sichtbarkeit und Wirksamkeit der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise, für die ja Mindestmaße vorgeschrieben sind, nicht beeinträchtigt werden, wenn geringfügige Teile dieser Warnhinweise auf die abgerundeten oder abgeschrägten Kanten hineinragen.

Daher erscheint der oben wiedergegebene Satz aus den Erläuterungen zu Z 20 des Entwurfs entbehrlich und sollte gestrichen werden.

Ergänzend dazu sei noch angeführt: Sollte es verboten sein, dass geringfügige Teile der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf abgerundete oder abgeschrägte Kanten von Zigarettenpackungen hineinragen, könnte dies dazu führen, dass die Dimensionen der Packungen verändert werden müssen, so dass sie in die bestehenden Verkaufsregale von Tabaktrafiken und in die Schächte von Zigarettenautomaten nicht mehr passen und diese sodann mit unverhältnismäßigem Aufwand an die geänderten Packungsformate angepasst werden müssten.

Zu § 7 TNRSK

In § 7 Abs. 2 des künftigen TNRSK sollen in Z 9, 10 und 11 verschiedene Daten „ von der Herstellung bis zur ersten Verkaufsstelle“ erfasst werden. In § 7 Abs. 5 und 7 sollen Verpflichtungen für „Herstellerinnen bzw. Hersteller bis zur letzten Wirtschaftsteilnehmerin bzw. zum letzten Wirtschaftsteilnehmer vor der ersten Verkaufsstelle“ normiert werden.

Dazu stellt sich die Frage, was unter der „ersten Verkaufsstelle“ zu verstehen ist, zumal der Entwurf keine Definition dafür vorsieht. Die Erläuterungen zu Z 22 (§ 7 TNRSK) des Entwurfs beantworten diese Frage nicht. Auch Art. 15 der TPD II, der mit § 7 TNRSK in österreichisches Recht umgesetzt werden soll, sowie die Definition des Begriffs „Verkaufsstelle“ in Art. 2 Z 41 der TPD II helfen nicht weiter.

Es ist zu vermuten, dass mit „erster Verkaufsstelle“ Tabaktrafikanter und jene Unternehmer gemeint sind, die nach § 40 TabMG 1996 zum Verkauf von Tabakerzeugnissen berechtigt sind (Gastronomieunternehmen einschließlich der Tankstellen, die die Bestimmungen des § 40 TabMG 1996 erfüllen). Jedenfalls sollte unbedingt geklärt werden, dass diese Unternehmer von den genannten Verpflichtungen des § 7 TNRSOG ausgenommen sind; Tabaktrafikanter auch dann, wenn sie Tabakerzeugnisse an nach § 40 TabMG 1996 Berechtigte verkaufen.

Zu § 8b Abs. 6 TNRSOG

In dieser Bestimmung ist offensichtlich ein redaktioneller Fehler unterlaufen. Die vorgesehene Ausnahme müsste sich auf die Absätze 1 und 4 (nicht 3) beziehen. Dies folgt aus Art. 7 Abs. 12 TPD II.

§ 8b Abs. 6 des künftigen TNRSOG müsste daher lauten: „Die Abs. 1 und 4 gelten nicht für Tabakprodukte mit Ausnahme von Zigaretten und Tabak zum Selbstdrehen.“

Zu § 9 Abs. 8 und § 10e Abs. 6

Die vorgesehene Entschädigung des Bundes sollte auch dann zu leisten sein, wenn der Wert der entnommenen Proben im Kalenderjahr 150 Euro übersteigt. Als Alternative dazu schlagen wir vor, den Wert pro gezogener Probe auf 25 Euro herabzusetzen.

Zur Begründung verweisen wir darauf, dass es sich bei Einzelhändlern von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen vorwiegend um Kleinstunternehmer handelt.

Zu §§ 10a und 10b TNRSOG

Nach § 10a des künftigen TNRSOG sollen verwandte Erzeugnisse (das sind nach § 1 Z 1e des künftigen TNRSOG: neuartige Tabakerzeugnisse, pflanzliche Raucherzeugnisse, elektronische Zigaretten und deren Liquids) in Österreich erst dann in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn dafür um eine Zulassung beim BMG angesucht wurde. Art. 19 Abs. 1 TPD II verpflichtet die Mitgliedstaaten, Herstellern und Importeuren von neuartigen Tabakerzeugnissen vorzuschreiben, bei den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten jedes derartige Erzeugnis zu melden, das sie in dem Mitgliedstaat in Verkehr zu bringen beabsichtigen. Art. 19 Abs. 3 TPD II ermächtigt die Mitgliedstaaten, ein System für die Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse, nicht jedoch pflanzlicher Raucherzeugnisse und elektronischer Zigaretten, einzuführen.

Nach § 10b Abs. 2 des künftigen TNRSOG sollen Herstellerinnen bzw. Hersteller und Importeurinnen bzw. Importeure von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern verpflichtet werden, dem BMG jegliche derartige Erzeugnisse, die sie in Verkehr zu bringen beabsichtigen, sechs Monate vor dem beabsichtigten (gemeint wohl: ersten) Inverkehrbringen zu melden. Eine solche Meldepflicht sieht die TPD II in ihrem Art. 20 Abs. 2 vor.

Somit geht der vorliegende Entwurf über die TPD II hinaus, als er für elektronische Zigaretten sowohl eine Zulassungs- als auch eine Meldepflicht normiert. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die in § 10a Abs. 2 geforderten und bereits gemäß § 10b gemeldeten Daten bzw. erforderlichen Unterlagen nicht erneut einzubringen sind, wenn um die Zulassung einer elektronischen Zigarette angesucht wird.

Zu § 11 Abs. 1 bis 3 TNRS

Mit den vorgeschlagenen Änderungen in § 11 Abs. 1 bis 3 TNRS sollen die bestehenden Werbe- und Sponsoringverbote auf verwandte Erzeugnisse ausgedehnt und darüber hinaus inhaltlich verschärft werden.

Nach § 11 Abs. 2 letzter Satz soll das in diesem Absatz normierte Verbot den allgemeinen Geschäftsverkehr nicht erfassen. Nach den Erläuterungen (zu Z 35 des Entwurfs) soll unter dem vom Werbeverbot nicht umfassten allgemeinen Geschäftsverkehr „das Aushändigen von Visitenkarten wie auch die Nennung des Unternehmens, etwa bei Stellen-/Ausschreibungen, Vergaben oder Kundmachungen“ zu verstehen sein. Meinungsäußerungen sollen dann ausgeschlossen sein, wenn sich diese verkaufsfördernd auswirken.

Zur Frage, wann eine Handlung unter das Sponsoringverbot fällt, führen die Erläuterungen aus, dass für die Beantwortung dieser Frage auf das gesamte Erscheinungsbild der Unterstützung abzustellen sei. Aus den dazu in Klammern angeführten Beispielen ist zu schließen, dass verbotenes Sponsoring vorliegt, wenn ein Tabakunternehmen genannt oder sein Logo deutlich sichtbar gezeigt wird. Dies entspricht zwar - soweit überblickbar - der Judikatur zur geltenden Rechtslage, macht aber die (finanzielle) Unterstützung karitativer und kultureller Institutionen durch Tabakunternehmen ohne Nennung dieser Unternehmen bzw. ohne Sichtbarmachung deren Logos unzulässig.

Im kammerinternen Begutachtungsverfahren wurde daher gefordert, dass es neben den in den Erläuterungen beschriebenen Ausnahmen vom Werbeverbot auch zulässig sein müsse, dass Tabakunternehmen im Rahmen der Unterstützung karitativer oder kultureller Institutionen oder Veranstaltungen ihren Namen nennen oder ihr Logo sichtbar machen. Zumindest müsste dies zulässig sein, wenn daraus keine Rückschlüsse auf produzierte und/oder vertriebene Tabakerzeugnisse gezogen werden können. Gleiches muss auch für Unternehmen gelten, die verwandte Erzeugnisse in Verkehr bringen. Daher wurde gefordert, dass in den Erläuterungen zu Z 35 des Entwurfs die Absätze 2 und 3 gestrichen werden und statt dessen ein neuer zweiter Absatz eingefügt wird, dem zu entnehmen ist, dass neben den in der vorliegenden Fassung der Erläuterungen genannten Beispielen auch die Nennung des Namens des Tabakunternehmens (inklusive Abkürzungen und Logos) bei karitativen und kulturellen Unterstützungen, Meinungsäußerungen des Unternehmens sowie das Erscheinungsbild von Firmengebäuden vom Werbe- und Sponsoringverbot ausgenommen sind.

Ob ein solcher Hinweis in den Erläuterungen ausreicht, um eine Änderung der Judikatur zu den Werbe- und Sponsoringverboten herbeizuführen, erscheint jedoch äußerst zweifelhaft. Dafür wäre wohl eine Änderung im Gesetz - etwa durch eine engere Umschreibung der Begriffe „Sponsoring“ und „Werbung“ - erforderlich.

Zu § 11 Abs. 4 TNRS

Im vorgeschlagenen § 11 Abs. 4 Z 3 TNRS müssten - im Sinne einer Gleichbehandlung - nach den Worten „an den zum Verkauf von Tabakerzeugnissen“ und den Worten „befugten Stellen“ die Worte „und verwandten Erzeugnissen“ eingefügt werden.

Nach dem geplanten § 11 Abs. 4 Z 4 TNRS soll es Tabaktrafikantinnen und Tabaktrafikanten erlaubt sein, für Tabakerzeugnisse gemäß § 39 Abs. 1 TabMG 1996 zu werben. Im Sinne einer Gleichstellung muss es auch zulässig sein, für verwandte Erzeugnisse zu werben. Daher wären zum Verkauf von verwandten Erzeugnissen (im Einzelhandel) berechnigte Personen und „verwandte Erzeugnisse“ in § 11 Abs. 4 Z 4 TNRS aufzunehmen. In den Erläuterungen zu Z 35 ist

im ersten Absatz der letzte Satz „Nur die Ausnahmetatbestände des Abs. 4 Z 1 und 2 sind auch auf verwandte Erzeugnisse anzuwenden“ zu streichen.

Zu § 11 Abs. 8 TNRSRG

Ebenfalls im Sinne einer Gleichbehandlung müssen auch Einzelhändler von verwandten Erzeugnissen in den Genuss dieser Ausnahmebestimmung kommen. Daher muss es zulässig sein, auch verwandte Erzeugnisse an Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, anlässlich der Neueinführung einer Marke innerhalb von sechs Monaten nach erstmaligem Inverkehrbringen dieser Marke stückweise in Geschäftslokalen dieser Einzelhändler gratis abzugeben.

Ergänzung zu § 11 TNRSRG

Von den Bestimmungen des künftigen § 11 TNRSRG sollten die Bestimmungen des TabMG 1996 unberührt bleiben.

Nach § 23 TabMG 1996 dürfen Tabaktrafiken neben Tabakerzeugnissen auch bestimmte andere Waren führen. Tabaktrafikantinnen und Tabaktrafikanten sollte es erlaubt sein, für diese Waren etwa durch den Hinweis „in ihrer Trafik erhältlich“ - im Hinblick auf § 39 TabMG 1996 - ohne Namensnennung einzelner Tabaktrafiken zu werben. Eine solche Ermächtigung könnte auch in das TabMG 1996 aufgenommen werden. Auch die Verwendung markenrechtlich geschützter Zeichen entsprechend den Statuten des Bundesgremiums der Tabaktrafikanten soll weiterhin möglich sein.

Zu § 18 Abs. 12 TNRSRG

Nach dem vorgeschlagenen § 18 Abs. 12 Z 1 TNRSRG sollen Großhändler Tabakerzeugnisse, die vor dem 20. Mai 2016 gemäß Tabakgesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 hergestellt oder in Verkehr gebracht und gekennzeichnet wurden, bis 20. Juli 2016 an Tabaktrafikanten abgeben dürfen. Dem Vernehmen nach wird eine Verlängerung dieser Frist um einen Monat diskutiert. Sofern von dieser Fristverlängerung Zigaretten und Tabak zum Selbstdrehen ausgenommen wird, besteht kein Einwand dagegen.

Ihrem Ersuchen entsprechend wird diese Stellungnahme auch der Präsidentin des Nationalrates an die Internetadresse des Parlaments übermittelt.



Freundliche Grüße

Dr. Christoph Leitl
Präsident



Dr. Herwig Höllinger
Generalsekretär-Stv.