

CHSH

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

An das Bundesministerium für Gesundheit, Abt II/1
Per Mail (leg.tavi@bmg.gv.at)

Dr. Hans Kristoferitsch, LL.M
Tel: +43/1/514 35-291
Fax: +43/1/514 35-41
hans.kristoferitsch@chsh.com

Wien, 4. Februar 2016

Stellungnahme zu 179/ME 25. GP NR –
Novelle des Tabakgesetzes zur Implementierung der TPD II
(Bezug: Entwurf des BMG, GZ 22181/0118-II/1/2015 v 8. 1.
2016)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir erlauben uns zum vorliegenden Entwurf für eine Novelle zum Tabakgesetz (Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen – **TPD II**) Stellung zu nehmen. Die nachfolgende Stellungnahme bezieht sich dabei ausschließlich auf Art I des Ministerialentwurfes (Novelle des TabakG).

Mit dem gegenständlichen Entwurf sollen im TabakG weitreichende, verfassungsrechtlich bedenkliche Bestimmungen zur Umsetzung der TPD II aufgenommen werden. Konkret sind dies die in den §§ 4 Abs. 2 und Abs. 4; 4b Abs. 1; 4c Abs. 2; 5 Abs. 8; 5a Abs. 4; 7 Abs 12; 8a Abs. 1; 8b Abs. 7 und 16a des Begutachtungsentwurfes enthaltenen – überaus weitgehenden – **Verordnungsermächtigungen**, die **aufgrund ihrer Unbestimmtheit verfassungsrechtlich problematisch** sind. Dazu im Einzelnen:

Der Begutachtungsentwurf sieht vor, dass die Bundesministerin für Gesundheit durch zahlreiche Verordnungsermächtigungen den gesetzlich definierten Rahmen des Tabakrechts nicht nur „präzisieren“, sondern einseitig erweitern können soll. Dies insbesondere dann, wenn dies nach „Maßgabe eines [*nicht näher im Begutachtungsentwurf präzisierten*]

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

Rechtsaktes der Europäischen Union“ oder aus gesundheitlichen Gründen erforderlich sei (s zB § 4c Abs 2; § 16a neu¹).

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Umsetzung eines Unionsrechtsakts der EU durch eine „außenwirksame“ Norm, daher nach österreichischem Recht durch ein **formelles Gesetz** oder eine Rechtsverordnung erfolgen.² Die Wahl der „richtigen“ Umsetzungsgrundlage bestimmt sich nach staatlichem Verfassungsrecht, in Österreich somit nach Art 18 Abs 2 B-VG. Daher darf ein Unionsrechtsakt nur dann durch eine Rechtsverordnung umgesetzt werden, wenn der EU-Rechtsakt seinerseits „hinreichend bestimmt“ im Sinne der vom VfGH zu Art 18 Abs 2 B-VG entwickelten Kriterien ist.³

Nach Auffassung des VfGH ist die Umsetzung eines EU-Rechtsakts durch eine Rechtsverordnung zudem nur dann zulässig, wenn bereits eine hinreichend bestimmte Grundlage in einem **formellen (Bundes-)Gesetz** gegeben ist, die zwecks Umsetzung des EU-Rechtsakts erlassen wurde.⁴ Die derzeit im Begutachtungsentwurf enthaltenen Verordnungsermächtigungen können jedenfalls weitgehend nicht als „hinreichend bestimmt“ bezeichnet werden.⁵ Besteht daher keine hinreichend gesetzliche Ermächtigung, ist eine Umsetzung eines EU-Rechtsakts zwingend durch ein formelles Gesetz vorzunehmen; eine Durchführung von Unionsrecht alleine durch eine Rechtsverordnung wäre daher unzulässig.

Auch der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts führt in seinen Legistischen Richtlinien – EU Addendum (1990) aus: „*Sofern keine Verfassungsgesetze oder Verfassungsbestimmungen erforderlich sind, sollten **Richtlinien demnach grundsätzlich durch Gesetze umgesetzt werden***“ (Rz 31; Hervorhebung nicht im Original). Dies gilt jedenfalls dann, wenn im nationalen Recht bislang eine gesetzliche Deckung für die Umsetzung eines Unionsrechtsakts fehlt.

¹ „Die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Gesundheit hat 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**“. (Hervorhebung nicht im Original).

² S zB EuGH 30. 5. 1991, Rs 361/88 TA Luft; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 150, 593.

³ Siehe *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 583 f.

⁴ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 150, 593.

⁵ S zB § 16a des Art I des Entwurfes (FN 1).

CHSH

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

Vcelouch hält in seiner Kommentierung zu Art 288 AEUV⁶ (unter Verweis auf VfSlg 15.354) fest: „Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union hat weder dazu geführt, dass den Verwaltungsbehörden eine generelle Ermächtigung zur Umsetzung von Gemeinschaftsrecht durch Rechtsverordnung erteilt wurde, noch eine Veränderung des Art 18 Abs 2 B-VG dahingehend bewirkt, dass den Verwaltungsorganen die Befugnis übertragen wurde, Gemeinschaftsrechtsvorschriften unter Ausschaltung des Gesetzgebers zu konkretisieren.“⁷

Die im Begutachtungsentwurf vorgesehenen Verordnungsermächtigungen sind, was den sachlichen Anwendungsbereich anlangt, überschießend gestaltet, weitestgehend unbestimmt und *in der jetzigen Fassung* nicht mit dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG vereinbar. Das betrifft etwa den mehrfach im Gesetz verwendeten Begriff „erwiesene Gefahren“. Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit für die Rechtsunterworfenen verlangen, dass diese (und andere mehrdeutige) Begriffe im Gesetz präzisiert werden. Nach hA sind Verwaltungsbehörden jedenfalls nicht ermächtigt, undeterminierte Gesetzesbestimmungen – selbst wenn sie im Sinne eines Unionsrechtsakts sein mögen – mittels Rechtsverordnung zu konkretisieren.⁸

Zudem ist nicht nachvollziehbar, wie es im Licht des Art 18 Abs 1 B-VG zulässig sein soll, ein Gesetz mittels Durchführungsverordnung **abzuändern** (dh gegebenenfalls auch zu erweitern; sog „formalgesetzliche Delegation“); dadurch würde der **parlamentarische Vorbehalt des Art 18 B-VG weitgehend ausgehöhlt**.⁹

Die in den Erläuterungen zum ME verwiesene Begründung, dies sei erforderlich, um die „Vielzahl zu erwartender und teils noch ausstehender delegierter Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte“ (zeitgerecht – oder besser gesagt: möglichst ökonomisch) im nationalen Recht zu verankern, **legitimiert die Übergehung des Nationalrates jedenfalls nicht**. Siehe idZ grundlegend VfSlg 15.189: „Es dürfte angesichts des Art 18 Abs 2 B-VG von Verfassungs wegen aber nicht zulässig sein, eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts (...) ohne entsprechende gesetzliche Grundlage durch innerstaatliche Verordnung auszuführen. Dies dürfte auch dann unzulässig sein, wenn es sich um unmittelbar anwendbare Vorschriften des Gemeinschaftsrechts handelt. (...) Der Verfassungsgerichtshof hält dies für

⁶ In Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, rdb.at, Rz 66.

⁷ Hervorhebungen nicht im Original.

⁸ VfSlg 15.888; *Vcelouch*, Art 288 AEUV Rz 66.

⁹ *Vcelouch*, Art 288 AEUV Rz 66.

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

zutreffend und nimmt vorläufig an, daß der Beitritt zur EU den demokratischen Gehalt des Parlamentsvorbehaltes des Art 18 Abs 2 B-VG nicht soweit verändert hat, daß den Verwaltungsorganen die Befugnis übertragen ist, Gemeinschaftsrechtsvorschriften unter Ausschaltung des Gesetzgebers zu konkretisieren.“¹⁰

Insbesondere ist bedenklich, dass im Ministerialentwurf die per Verordnung durchzuführenden Unionsrechtsakte nicht einmal ansatzweise genannt werden (zB delegierter Rechtsakt gemäß Art 27 TPD II).

Die vom BMG angedachte Umsetzungspraxis entspricht außerdem nicht der gängigen le-gistischen Praxis. So wurde es etwa im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts (zuletzt etwa hinsichtlich der Erlassung des **VAG 2016**) – einem Regelungsbereich, der weit intensiver reguliert ist als das Tabakrecht – für erforderlich erachtet, die **maßgebenden Sekundär- und Tertiärrechtsakte der EU durch formalgesetzliche Regelungen** (nicht aber durch Verordnungen) **in nationales Recht zu transformieren** (s idS vorbildlich zB § 345 Abs 2 **VAG 2016**). Die Tatsache, dass eine Richtlinie durch mehrere „Durchführungsrechtsakte“ der Kommission auf Tertiärrechtsebene „präzisiert wird“, mag mehrfachen Novellen eines Bundesgesetzes (in einem Kalenderjahr) zur Folge haben; dies ist un-ausweichliche Konsequenz des Beitritts Österreichs zur EU. Dies ermächtigt die Verwaltung jedoch nicht, den Parlamentsvorbehalt der österreichischen Bundesverfassung zu übergehen und geltendes Tertiärrecht ohne Weiteres durch Durchführungsverordnung in nationales Recht umzusetzen.

Abschließend ist festzuhalten, dass der Ministerialentwurf zudem den **verfassungsrechtli-chen Vorgaben für Verweise auf EU-Rechtsakte nicht gerecht** wird. Nach hA sind (dynamische) Verweise auf Rechtsakte des Unionsrechts nur dann zulässig, wenn das Verweisungsobjekt in der verweisenden Norm ausreichend bestimmt festgelegt ist.¹¹ Diesen Anforderungen wird der gegenständliche Begutachtungsentwurf nicht ansatzweise gerecht (arg „Umsetzung von Rechtsvorschriften der Europäischen Union“ [vgl zB § 16a]). Die verwiesenen Rechtsakte der EU, die durch Österreich zu transformieren sind, müssten daher ausdrücklich im Gesetz genannt werden.

¹⁰ Dieser Rechtsauffassung hat sich der VwGH (zB im Erk v 26. 4. 2005, 2005/03/0031) angeschlossen: „[D]es weiteren kann eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts eine entsprechende gesetzliche Grundlage iSd Art 18 Abs 2 B-VG nicht ersetzen...“.

¹¹ Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015) 139 mH auf VfSlg 16.999 ua.

CHSH

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati

Diese Stellungnahme wurde im Auftrag unserer Mandantin Philip Morris Austria GmbH erstellt. Wir dürfen höflich um Berücksichtigung dieser Anmerkungen ersuchen und stehen für weitere Ausführungen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,



(Dr. Hans Kristoferitsch, LL.M.)