



Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH

Bundesministerium für Gesundheit
Radetzkystraße 2
1030 Wien

per E-Mail:

leg.tavi@bmg.gv.at

begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Assistentin:
Stephanie Schmidt

Telefon:
+43 1 9050100-250

E-Mail:
i.gerstner@scwp.at

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH*

Wächtergasse 1
1010 WIEN / AUSTRIA

Tel: +43 1 9050100
Fax: +43 1 9050100-200
vienna@scwp.com

FN 185084 h LG Linz
DVR: 0623695
UID-Nr.: ATU 47507201
ADVM: P 034120

* Mitglied der SCWP Schindhelm Services SE,
Allianz europäischer Wirtschaftskanzleien

Wien, am 5. Februar 2016

Novelle des Tabakgesetzes zur Implementierung der TPD II 179/ME XXV. GP

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

Wir, Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH („**SCWP Schindhelm**“) erlauben uns, nachstehende Stellungnahme zur im Betreff genannten Regierungsvorlage abzugeben.

Der guten Ordnung halber dürfen wir festhalten, dass sich unsere Stellungnahme ausschließlich auf rechtspolitische und grundrechtliche Überlegungen im Zusammenhang mit der geplanten Änderung des § 11 Tabakgesetz im Hinblick auf das Werbe- und Sponsoringverbot für Tabakerzeugnisse bezieht.

Wie zu zeigen sein wird, bestehen zur geltenden Rechtslage begründete Zweifel an der Verfassungskonformität (siehe dazu insbesondere Punkt 2.). Anstatt diesen zu begegnen, verstärkt die geplante Änderung des § 11 Tabakgesetz *prima vista* verfassungsrechtliche Bedenken.

1. Geltenden Rechtslage

Nach der geltenden Rechtslage bestehen für Hersteller von Tabakerzeugnissen massive Rechtsunsicherheiten, welche Formen der Außenkommunikation erlaubt sind.

Dr. Ernst Chalupsky, M.B.L.-HSG
Dr. Maximilian Gumpoldsberger, M.B.L.-HSG⁶
Dr. Wolfgang Lauss¹
Mag. Dr. Franz Mittendorfer, LL.M. (EMORY)
Dr. Gerald Schmidberger, M.B.L.-HSG
Dr. Immanuel S. Gerstner, LL.M. (NYU)²
Dr. Alexander Anderle³
Dr. Hanno Liebmann
Dr. Reinhard Paulitsch¹
Dr. Alexander Wöß
Mag. Alois Hutterer, LL.M. (LONDON)¹
Dr. Markus L. Nußbaumer
Mag. Markus P. Fellner, LL.M. (LONDON)
Ing. Mag. Franz Waldl
Dr. Susanne Fürst⁶
Mag. Alexander Hüttner, LL.M. (NYU)²
Mag. Heidi Lallitsch⁷
Dr. Thomas Podlesak
Dr. Michael M. Pachinger⁶
Dr. Thomas Ruhm, LL.M. (LSE)⁴
Dr. Birgit Leb, MBA
Mag. Christoph Luegmair, LL.M.
Mag. Paul Haider, MBA
Mag. Bettina Poglies-Schneiderbauer, MBA
Priv.-Doz. Dr. Oliver Plöckinger, LL.M.
Dr. Christina Hummer, LL.M. (NYU)^{2, 4, 5, 7}
Mag. Stephanie Langeder⁷
Mag. Clemens Harsch, LL.M., MBA
Dr. Irene Meingast
Mag. Matthias Lipp⁷
Mag. Erich Hierz, LL.M.⁷
Mag. Michaela Nill, PLL.M.⁷
Dr. Roland Heinrich⁷
Mag. Oskar Takacs, M.B.L.⁷
Dr. Lukas Leitner, LL.M. (Columbia)⁷
Mag. Dr. Christian Pindeus⁷
Mag. Wolfgang Kronawetter⁷
Mag. Simone Högl⁷
Mag. Edwin Scharf⁷
Alice Meissner^{3, 7}
Mag. Fritz Ecker, LL.M.⁷
Mag. Ria Kucera⁷
Mag. Raziye Ordu⁷
Mag. Klaus Ganser, LL.B., LL.M.⁷

¹ auch in der Tschechischen Republik zugelassen

² auch in New York zugelassen

³ auch in der BRD zugelassen

⁴ Solicitor in England und Wales

⁵ europäische Rechtsanwältin in Österreich

⁶ EU-Marken- und Geschmacksmusteranwalt

⁷ angestellte(r) RA



Daher ist grundsätzlich zu begrüßen, dass eine Novellierung des Tabakgesetzes vorgenommen wird. Die nunmehr beabsichtigte Klarstellung, dass das Werbeverbot insbesondere Werbung im Dienste der Informationsgesellschaft, in der Presse oder anderen gedruckten Veröffentlichungen umfasst, ist unseres Erachtens aber gar nicht erforderlich.

Bereits nach der geltenden Rechtslage ist gemäß § 11 Abs 1 Tabakgesetz idF BGBl I Nr 101/2015 („**TabG**“) Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse verboten. Zurückzuführen ist der bestehende Gesetzestext auf die Richtlinie 2003/33/EG¹. Mit der Umsetzung dieser Richtlinie hat der Gesetzgeber sämtliche europarechtliche Verpflichtungen und auch die Vorgaben des Tabakrahenübereinkommens WHA 56.1², unseres Erachtens vollends erfüllt.

Daher ist kritisch zu hinterfragen, warum die beabsichtigte Änderung, speziell des § 11 Abs 2 TabG, überhaupt erforderlich ist. Insbesondere lässt sich aus der Richtlinie 2014/40/EU³ keine Notwendigkeit (für die nunmehr geplanten Änderungen) ableiten.

Dahingegen wird unseres Erachtens verabsäumt, einem drängenderen Problem aus der Praxis zu begegnen. So sind Fälle bekannt, in denen die Verwaltungsstraßenbehörden eine Verwaltungsübertretung iSd § 14 Abs 1 Z 3 TabG in der geltenden Fassung bereits dann annehmen, wenn lediglich Firma und / oder Logo eines Tabakerzeugnisherstellers ohne jegliche Verbindung zu einem Tabakerzeugnis, aufscheinen.

Nach unserem Verständnis sind jedoch die einschlägigen europarechtlichen Vorschriften dahingehend auszulegen, dass nach dem Gesamtbild des Auftretens ein unmittelbarer Konnex zu einem Tabakerzeugnis gegeben sein muss, was auch der Verwaltungsgerichtshof entsprechend ausgesprochen hat.⁴

Vereinzelt wird durch die Verwaltungsstraßenbehörden gar nicht erhoben, ob (zumindest indirekt) eine verkaufsfördernde Wirkung für Tabakerzeugnisse eingetreten ist. Gemäß § 1 Abs 1 Z 7 und 7a TabG idGF muss aber sowohl bei Werbung als auch bei Sponsoring dieser Tatbestand erfüllt sein. Ansonsten liegt keine Verwaltungsübertretung iSd § 14 Abs 1 Z 3 TabG vor, da schon definitionsgemäß die Tatbestandsmerkmale von Werbung und Sponsoring nicht erfüllt sind.

¹ RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.05.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABI L 152/16.

² Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (Tabakrahenübereinkommen) vom 21. Mai 2003 (WHA56.1).

³ Richtlinie 2014/40/EU des Rates vom 3.04.2014 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, ABI L 127/1.

⁴ vgl VwGH 27.04.2015 Ro 2014/11/0077.



Diese Rechtsansicht und Spruchpraxis der Verwaltungsstrafbehörden entspricht sohin unseres Erachtens nicht dem Willen des Gesetzgebers und ist *prima vista* auch nicht mit verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten, insbesondere der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) und der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK, Art 13 StGG), vereinbar.

Aus unserer Sicht sollte aufgrund der geschilderten gesetzlichen Definitionen bereits unmissverständlich klar sein, dass neben dem Vorliegen einer verkaufsfördernden Wirkung der Zusammenhang mit einem Tabakerzeugnis gegeben sein muss, um einer Strafbarkeit zu unterliegen.

Die gegenständliche Novelle könnte daher durch eine klare sprachliche Formulierung des Gesetzgebers zum Anlass genommen werden, um nichtstrafwürdige Fälle, in denen keine verkaufsfördernde Wirkung vorliegt, von tatsächlich strafwürdigen abzugrenzen. Dadurch könnte einer potentiell verfassungswidrigen Spruchpraxis entgegengetreten und folglich eine verfassungs- und richtlinienkonforme Interpretation des Werbe- und Sponsoringverbots gewährleistet werden.

2. Zur Ziffer 35

2.1. Zum Werbeverbot

Die Ausnahme des „*allgemeinen Geschäftsverkehrs*“ vom Werbeverbot ist zu begrüßen, da der allgemeine Geschäftsverkehr gewöhnlich ohnehin nicht mit Werbemaßnahmen in Verbindung gebracht werden kann.

Die Formulierung in den Erläuterungen, wonach das „*(...) Aushändigen von Visitenkarten wie auch die Nennung des Unternehmens, etwa bei Stellen-/ Ausschreibungen, Vergaben oder Kundmachungen zulässig ist (...)*“ legt nahe, dass es sich dabei um eine taxative Aufzählung handelt. Als solche ist diese Aufzählung unseres Erachtens zu eng gefasst. Keinesfalls erschöpft sich der allgemeine Geschäftsverkehr in den aufgezählten Handlungen.

Hier sollte klargestellt werden, dass es sich bloß um eine demonstrative Aufzählung handelt, oder alternativ ein umfassenderer Katalog von Handlungen des allgemeinen Geschäftsverkehrs ausgearbeitet werden.

Die Ausnahme, wie den Erläuterungen zu entnehmen, von Meinungsäußerungen, soweit sich diese nicht verkaufsfördernd auswirken, ist ebenso zu begrüßen. In den Erläuterungen wird exemplarisch die Teilnahme an öffentlichen Diskussionsveranstaltungen genannt, wenn damit kein Werbeauftritt verbunden ist.

Im Lichte der oben angeführten Spruchpraxis, die teilweise das Erfordernis der verkaufsfördernden Wirkung negiert, stellt sich allerdings wiederum die Frage, was tatsächlich unter einem Werbeauftritt zu verstehen ist.



Daher wäre in diesem Zusammenhang – auch aus dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes – wünschenswert, dass der Gesetzgeber hier (im Einklang mit einer Klarstellung zur verkaufsfördernden Wirkung) eine diesbezügliche Präzisierung treffen würde.

2.2. Zum Sponsoringverbot

Die oben dargelegten Bedenken gelten auch für das Sponsoringverbot.

Hierzu wird gemäß den Erläuterungen der gegenständlichen Vorlage (unter Verweis auf höchstgerichtliche Rechtsprechung), bei der Beurteilung, ob es sich um Sponsoring handelt, auf das „*gesamte Erscheinungsbild der Unterstützung*“ abgestellt. Exemplarisch wird angeführt, dass darunter etwa die Nennung eines Tabakunternehmens oder die Sichtbarkeit von Namen und Logo des Tabakunternehmens zu verstehen sind.

Diese Rechtsauslegung steht unseres Erachtens im Spannungsverhältnis mit verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten, sowie mit der dem Werbe- und Sponsoringverbot zu Grunde liegenden RL 2003/33/EG, wonach das Sponsoring „*in Verbindung mit Tabakerzeugnissen*“ erfolgen muss, um dem Sponsoringverbot zu unterliegen.⁵

Dieser europarechtlichen Grundlage folgend, kann in Fällen, in denen weder Firma noch Logo des Tabakerzeugnisherstellers ident mit dem Produktnamen eines Tabakerzeugnisses sind, keine Verbindung zu einem Tabakerzeugnis vorliegen. Eine derartige Klarstellung wäre jedenfalls wünschenswert. Dadurch könnte der oben bereits angesprochenen Spruchpraxis entgegengewirkt werden, die Verwaltungsübertretungen annimmt, ohne eine „*verkaufsfördernde Wirkung*“ zu erheben oder zu bescheinigen. Durch diese Entwicklung besteht nämlich die Gefahr, dass der innere Wille eines Tabakerzeugnisherstellers gänzlich außer Acht gelassen wird. Dies würde theoretisch zu einer Strafbarkeit führen, selbst wenn das Tabakunternehmen von einer Verwendung seiner Firma oder seiner Logos keine Kenntnis hat.

Im Lichte des oben Gesagten sollte daher gegenständliche Novelle zum TabG zum Anlass genommen werden, bestehende Rechtsunsicherheiten zu beseitigen um Tabakerzeugnisherstellern einen grundrechts- und sohin verfassungskonformen Außenauftritt zu ermöglichen.

Wir danken für die Kenntnisnahme und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Dr. Immanuel Gerstner

⁵ vgl Art 1 Abs 1 lit der RL 2003/33/EG.