jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2020/1/23 VGW-101/056/15462/2019

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.01.2020

Entscheidungsdatum

23.01.2020

Index

40/01 Verwaltungsverfahren
82/02 Gesundheitsrecht allgemein

Norm

AVG §59 Abs1
TNRSG 1995 §10a

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Zeller über die Beschwerde der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, vom 16.05.2019, Geschäftszahl: ..., betreffend den Antrag auf Zulassung zwecks Inverkehrbringens eines rauchlosen neuartigen Tabakerzeugnisses in Österreich,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, und die beiden folgenden Absprüche des angefochtenen Bescheides:

„Das "B. System (B.)" darf nur bestimmungsgemäße entsprechend der Produktbeschreibung im Umfang des Antrages vom 20. Dezember 2018 und der diesem Antrag beigeschlossenen Unterlagen in Verkehr gebracht werden.

Für das "B. System (B.)" gelten die Bestimmungen der § 2a (Verbot des Versandhandels und des Verkaufs für Jugendliche) und 11 TNRSG (Werbe-und Sponsoringsverbot)."

ersatzlos behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

1.) Der angefochtene Bescheid richtet sich an die Beschwerdeführerin und beinhaltet folgenden Spruch:

„Auf Antrag der A. GmbH mit Geschäftssitz in Wien, C.-straße, vom 20. Dezember 2018, wird das Produkt„... Tabakerzeugnis (D.)",welches unter dem Markennamen „E." in dem Produktvarianten

E. (F. Selection)

E. (G. Selection)

E. (H. Selection)

E. (K. Selection)

E. (L. Selection)

E. (M. Selection)

in Verkehr gebracht werden soll, gemäß § 10a Abs. 4 des Tabak-und Nichtraucherinnen-bzw. Nichtraucherschutzgesetzes TNRSG, BGBl. Nummer 431/1995 idgF in Verbindung mit § 5 Abs. 9 der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen hinsichtlich der Zulassung neuartige Tabakerzeugnisse- NTZulV, BGBl. II Nummer 42/2017, als neuartiges Tabakerzeugnis im Sinne des § 1 Z 1a TNRSG zugelassen.

Gemäß § 10a Abs. 8 TNRSG wird das Produkt „... Tabakerzeugnis (D.)“ nach dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik als rauchloses Tabakerzeugnis im Sinne des § 1 Z 1k TNRSG eingestuft, Kennzeichnung und Erscheinungsbild des D. haben demzufolge nach den Bestimmungen der §§ 5c, 5d und 6 TNRSG in Verbindung mit Art. 12 der Richtlinie 2014/40/EU (TPD II) zu erfolgen.

Das “B. System (B.)“ darf nur bestimmungsgemäße entsprechend der Produktbeschreibung im Umfang des Antrages vom 20. Dezember 2018 und der diesem Antrag beigeschlossenen Unterlagen in Verkehr gebracht werden.

Für das “B. System (B.)“ gelten die Bestimmungen der § 2a (Verbot des Versandhandels und des Verkaufs für Jugendliche) und 11 TNRSG (Werbe-und Sponsoringsverbot).

Im Falle von Änderungen des Standes von Wissenschaft und Technik, insbesondere aber bei Änderungen der Einstufung bzw. Kategorisierung von Tabakerhitzungsprodukten/Tabak-und verwandten Erzeugnissen nach internationalen, EU-und nationalen Vorgaben, erfolgt erforderlichenfalls eine Neubewertung/Neueinstufung des Produktes.“

Begründend führte die belangte Behörde im hier gegenständlichen Umfang aus, dass die fachliche Beurteilung keinen Hinweis darauf ergeben habe, dass mit dem Konsum des D. ein höheres gesundheitliches Risiko einhergehe, als mit dem mit dem Konsum von herkömmlichen Zigaretten bzw. Tabakerzeugnissen. Auch seien bestimmte Inhaltsstoffe nicht enthalten. Die Zulassungsvoraussetzungen des TNRSG seien daher erfüllt.

Die belangte Behörde gehe unter Berücksichtigung der vorliegenden Informationen davon aus, dass das D. im Hinblick auf seine chemische Zusammensetzung nicht ohne Einfluss auf die menschliche Gesundheit bleibe. Deshalb sei auch vorzusehen gewesen, dass das “B. System (B.)“ nur gemäß der Produktbeschreibung sowie den dafür bezughabenden Unterlagen in Verkehr gebracht werden dürfe. Insbesondere würden auch aus jugendpräventiven Erwägungen die Bestimmungen der §§ 2a und 11 TNRSG für das B. insgesamt zur Anwendung kommen.

In der fristgerecht dagegen erhobenen Beschwerde wird im Wesentlichen eingewendet, dass 2 der vorgesehenen Nebenbestimmungen rechtswidrig seien. Dies betreffe das bestimmungsgemäße Inverkehrbringen des B., 3. Satz des Spruches des angefochtenen Bescheides, sowie betreffe die Nebenbestimmung betreffend der Geltung der § 2a und 11 TNRSG für das B., 4. Satz des Spruches des angefochtenen Bescheides. Die Beschwerde wendet sich gegen diese beiden Nebenbestimmungen, in eventu - sollte dem nicht Folge gegeben werden und die Nebenbestimmungen nicht aufgehoben werden - werde der gesamte Bescheid angefochten. Es werde die Aufhebung der beiden Nebenbestimmungen, in eventu die Zulassung des Produktes D. als rauchloses neuartiges Tabakerzeugnisse im Sinne des § 1 Ziffer 1a in Verbindung mit Ziffer 1k TNRSG ohne Beisetzung von Nebenbestimmungen beantragt.

2.) Aus dem vorliegenden Verwaltungsakt geht Folgendes hervor:

Die Beschwerdeführerin stellte mit Schreiben vom 20.12.2018 einen Antrag auf Zulassung eines elektronisch erhitzten Tabakproduktes, D., mit Antragsgegenstand: „elektrisch erhitztes Tabakprodukt (D.)“. Der Markenname von D. sei “E.” (N. Selection, F. Selection, G. Selection, H. Selection, K. Selection, L. Selection, M. Selection).

Es wird im Antrag ausgeführt, dass es sich hierbei um ein patentiertes, neuartiges Tabakerzeugnis mit einem, auf spezielle Weise verarbeiteten Tabak handle. Das D. sei Teil eines neuartigen Systems zum Erhitzen von Tabak, dem sogenannten Tabakerhitzungssystem (B.).

Das B. bestehe aus dem D. und einem elektrischen Tabakerhitzungsgerät (THD). Dies sei ein batteriebetriebenes Erhitzungsgerät mit eingebetteter Firmware zur Überwachung der Heiztemperatur, die eine konstante Geräteleistung sicherstelle. Der Erhitzer halte während des Inhalationsvorganges ein vordefiniertes Temperaturprofil im Bereich zwischen 320 °C und 350 °C aufrecht. Die (firmware gesteuerte) Temperaturüberwachung stelle sicher, dass die D.-Temperatur deutlich unter der Schwelle von Verbrennung sei.

Das (antragsgegenständliche) D. diene zum ausschließlichen Gebrauch mit dem THD. Das D. sei ein rauchloses neuartiges Tabakerzeugnis im Sinne von § 1 Ziffer 1a TNRSG. Es falle nicht unter eine der Kategorien der in § 1 Ziffer 1a TNRSG angeführten Kategorien. Es werde bei der Beurteilung auf die bestimmungsgemäße Verwendung abgestellt.

Es sei nicht als Zigarette zu definieren, da eine Zigarette eine Tabakrolle sei, welche mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden könne. Es läge beim D. kein Verbrennungsprozess vor. Das D. könne nicht geraucht werden. Jede nicht bestimmungsgemäße Verwendung, insbesondere eine unbeabsichtigte Entzündung, sei ausgeschlossen. Der Tabak werde auf eine Temperatur unterhalb der Verbrennungstemperatur erhitzt. Während der Erhitzung werde ein inhalierbarer Dampf mit Partikeln in Tröpfchenform ohne jegliche Feststoffpartikeln erzeugt, welcher sich von dem Rauch unterscheide, der durch eine Zigarette oder ein sonstiges Rauchtabakprodukt abgegeben werde und welcher Feststoffpartikel enthalte.

Es sei nicht als Tabak zum Selbstdrehen, Pfeifentabak oder Wasserpfeifen Tabak zu definieren. Die hier genannten Produkte würden ebenso mittels Verbrennungsprozesses konsumiert werden. Ferner sei das D. nicht zur Herstellung von Zigaretten, wie etwa bei Tabak zum Selbstdrehen, oder zur Verwendung in Pfeifen bzw. Wasserpfeifen bestimmt.

Das D. sei keine Zigarre oder Zigarillo. Jede nicht bestimmungsgemäße Verwendung sei ausgeschlossen und es könne nicht geraucht werden.

Das D. sei nicht Kautabak, Schnupftabak oder Tabak zum oralen Gebrauch, da es im THD konsumiert werde. Dabei werde der Tabak des D. im THD erhitzt und erzeuge einen Dampf mit Partikeln in Tröpfchenform, der zur Inhalation über den Mund bestimmt sei. Im Antrag finden sich weitere Ausführungen zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen.

Mit E-Mail vom 11.02.2019 wurde der Antrag auf Zulassung der Variante E. N. Selection zurückgezogen.

Über Aufforderung der Behörde legte die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 04.04.2019 weitere Unterlagen sowie den Zeitplan betreffend das geplante Inverkehrbringens vor.

Aus dem Gutachten der AGES vom 24.04.2019 geht hervor, dass antragsgegenständliche Produkte „E.“ untersucht worden seien. Diese Produkte seien Tabakerzeugnisse. Es handle sich um neuartige Tabakerzeugnisse gemäß § 1 Ziffer 1a TNRSG. Sie würden auch in die Kategorie rauchlose Tabakerzeugnisse gemäß der Definition des § 1 Ziffer 1k TNRSG fallen. Die Produkte seien anhand der eingereichten Unterlagen überprüft worden. Die toxikologisch relevanten Unterlagen, Unterlagen betreffend Kennzeichnung und Erscheinungsbild und betreffend verbotene Zusatzstoffe seien überprüft worden. Auf Basis der vorgelegten Unterlagen seien die eingereichten Produkte bei bestimmungsgemäßer Verwendung als mit den Vorgaben des TNRSG entsprechend zu bewerten. Die Bewertung würde bei Änderung der betroffenen rechtlichen Vorgaben ihre Gültigkeit verlieren.

Ferner werden in der Anlage des Antrages technische und wissenschaftliche Beurteilungen vorgelegt.

Aus den beigelegten wissenschaftlich-technischen Dossiers für das elektrische Tabakerhitzungszeugnis (D.) als Teil des Tabak-Erhitzungssystems (B.) vom 26.11.2018 geht hervor, dass es sich um ein neuartiges Tabakerzeugnis handle. Es komme nicht zu einer Verbrennung. Das D. und das THD seien so konzipiert, dass ein Aerosol ohne Verbrennung entstehe. Es entstünde weder Rauch, noch Feuer oder Asche. Das Fehlen von Verbrennung sei wissenschaftlich überprüft und nachgewiesen. Es handle sich um ein patentiertes Tabakerzeugnis, in dem ausschließlich speziell verarbeiteter Tabak verwendet werde. Zigarettenrauch sei ein komplexes Aerosol, Tabak in Zigaretten verbrenne bei einer Temperatur ab 600 °C, erzeuge Asche, Rauch und große Mengen an HPHCs, welche allgemein als Hauptursache für mit dem Rauchen verbundene Krankheiten anerkannt seien. Das B. bestünde aus dem D. und dem THD und das B. sei entwickelt worden, um ein nikotinhaltiges Aerosol, das D.-Aerosol, durch das Erhitzen von Tabak ohne Verbrennung zu erzeugen und somit die Bildung von HPHCs stark zu reduzieren oder zu verhindern.

Mit Schreiben vom 30.04.2019 wurde eine neuerliche Stellungnahme der Beschwerdeführerin vorgelegt, um auf Medienberichte betreffend B. zu reagieren. Daraus geht unter anderem eine Meldung hervor, dass giftige Dämpfe sich

beim Erhitzen entwickelt hätten. Nach Angaben der Beschwerdeführerin würden diese Dämpfe nicht inhaliert, ferner seien die Untersuchungen unter nicht realitätsnahen Bedingungen getestet worden, da in einem Ofen erhitzt worden. Neben der Beschwerdeführerin gebe es auch Anbieter wie P. und R., welche Erhitzter auf den Markt bringen würden.

In der Folge erging der angefochtene Bescheid.

Wie aus dem Verhandlungsprotokoll, Niederschrift der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 06.11.2019 zur dortigen Zahl ...-1/7Z hervorgeht, hatte die belangte Behörde die Verfahrensakten und auch eine Beschwerdeäußerung übermittelt. Darin habe sie ausgeführt, dass das D. zum ausschließlichen Gebrauch mit dem THD im Rahmen des Gesamttabakerhitzungssystems B. bestimmt sei. Die Beschwerdeführerin habe auch Ausführungen zum THD gemacht. Das D. entfalte erst durch den Erhitzungsprozess mit dem THD Emissionen, welche dem Konsum dienen würden. Dementsprechend sei nicht nur das D., sondern vielmehr das gesamte System einer fachlichen Prüfung zu unterziehen gewesen. Dementsprechend sei es nur folgerichtig, dass das Gesamtsystem B. denselben Regulierungen zu unterwerfen gewesen sei. Ferner sei das Ziel des Gesetzes die Umgehung von Werbebeschränkungen zu vermeiden. Dies ergebe sich auch aus dem Beschluss der COP 8 zur Tabak-Rahmenkonvention. Dies verfolge vorrangig den Schutz von Kindern und Jugendlichen. Auf welche Art und Weise das Produkt in Verkehr gebracht werde, sei unklar. Jugendschutzbestimmungen seien es sei nicht dargelegt worden, wie die Beschwerdeführerin dies handhaben werde. Das Gesamtsystem solle offensichtlich unter dem Markennamen S. geschehen. Konsumenten würden denknotwendigerweise in ihren Konsumvorstellungen zwangsläufig nur das Gesamtsystem, also E. in Kombination mit dem sie Erhitzungsgerät assoziieren. Daher hätte schon die Bewerbung des Erhitzungsgerätes zwangsläufig eine unzulässige indirekte mit Bewerbung von E. zur Folge.

Ferner geht daraus hervor, dass zwischen den Parteien unstrittig ist, dass das vorliegende Produkt, D. („E.“), ein neuartiges rauchloses Tabakerzeugnis darstellt.

Erörtert wurde in der mündlichen Verhandlung auch die Frage eines Gesamtzeugnisses. Behördenvertreter meinten, dass zwar das Elektronikgerät einem anderen Regime unterliege, wie etwa Produktsicherheitsrecht, allerdings seien diese Geräte auch im tabakrechtlichen Zulassungsverfahren mit zu berücksichtigen. Der Vertreter der Beschwerdeführerin erwiderte dazu, dass die Behörde in der Beschwerdevorlage selbst ausgeführt habe, dass das THD kein Tabakerzeugnis im engeren Sinn sei. Dies ergebe sich auch eindeutig aus der Definition von Tabakerzeugnissen und enthalte das THD keinen Tabak. Dies sei auch anders gelagert als bei einer elektrischen Zigarette.

Vertreter der Behörde stimmten zu, dass es sich beim THD um kein Tabakerzeugnis handle. Ein Vertreter der Behörde führte dazu aus, dass gegenständlich nur das „E.“ zugelassen worden sei, nicht jedoch das Erhitzungsgerät. Diese sei im Zulassungsverfahren gesamt mit zu berücksichtigen gewesen. Aus Sicht der Behörde sei das gesamte System, B., einer Beurteilung zu unterziehen gewesen, da das D. erst durch den Erhitzungsprozess mit dem THD Emissionen, welche dem Konsum dienten, entwickle. Ferner hätte die Beschwerdeführerin auch Ausführungen zum THD gemacht. Das D. sei auch zum ausschließlichen Gebrauch mit dem THD im Rahmen des Gesamttabakerhitzungssystems B. bestimmt. Deswegen sei auch aus diesen Gründen das Gesamtsystem einer fachlichen Prüfung zu unterziehen gewesen.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin führte dazu aus, dass sie sich gegen jede Form der Regulierung des THD im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens aussprechen würden, es handle sich um ein Zulassungsverfahren nach dem TNRSG und - würden die verhängten Auflagen in Rechtskraft erwachsen - hätte es die Beschwerdeführerin nicht in der Hand, zu bestimmen in welcher Form THD möglicherweise in Österreich in Verkehr gebracht werden könnte. Dieses Produkt könnte auch von Dritten hergestellt werden oder in Verkehr gebracht werden. Ferner seien Parallelimporte – etwa im Wege von online Versandhandel - nicht zu unterbinden.

Nach Angaben der Behörde sei Ziel des Gesetzes, zu verhindern, dass Werbebeschränkungen umgangen würden. Dazu diene auch die vorgeschriebene Anordnung betreffend Bewerbung des THD. Auch aus dem Beschluss der COP 8 zur Tabak-Rahmenkonvention sei eine sehr restriktive Haltung zu Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen zu erblicken. Dies diene vor allem dem gesundheitspolitisch vorrangig zu verfolgenden Ziel des Schutzes von Kindern und Jugendlichen. Schon alleine die Bewerbung des bloßen Erhitzungsgerätes würde zwangsläufig eine unzulässige, indirekte Mitbewerbung der gegenständlichen Produkte D. zur Folge haben. Wie der Vertreter der Behörde ausführte

war im Zeitpunkt der Gesetzwerdung auf EU-Ebene im Jahr 2014 legistisch kein Bedarf, entsprechende Zubehörprodukte zu regeln. Es habe damals derartige neue Tabakprodukte noch nicht gegeben und sei daher nicht regulatorisch erfasst gewesen.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin legte dar, dass offenkundig eine Rechtsgrundlage dafür fehle, im Rahmen eines Zulassungsverfahrens für Tabakproduktauflagen über ein Elektrogerät, wie vorliegend das THD, zu verhängen. Aus Art. 24 der Richtlinie 2014/40/EU ergebe sich, dass Beschränkungen des Warenverkehrs nicht erlaubt seien. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für das Inverkehrbringen von neuartigen Tabakprodukten seien in der genannten Richtlinie vollständig geregelt. Weitere Vorschriften für ein Inverkehrbringen seien daher nicht möglich und unionsrechtswidrig.

Die im Spruch des angefochtenen Bescheides erwähnte „Produktbeschreibung" beziehe sich auf das THD des T..

Der Vertreter der Beschwerdeführerin legte dar, dass die Beschwerdeführerin es nicht in der Hand hätte, zu bestimmen in welcher Form THD in Österreich möglicherweise in Verkehr gebracht werden könnten, es gebe auch andere Anbieter. Das THD sei kein Tabakprodukt und vergleichbare Produkte könnten auch von Dritten hergestellt werden.

Der Sachverständige legt dar, dass - sollte ein anderes Erhitzungsgerät vorliegen - es sein könnte, dass die vorgelegten Hintergrundfakten, welche Beurteilungsgrundlage gewesen sein, nicht mehr passen würden. Dann sei – wie der Vertreter der Behörde hinwies -ein Widerruf gemäß § 5 Abs. 10 der Zulassungsverordnung durchzuführen. Ferner könnte eine Veränderung des THD nicht nur auf Emissionen Auswirkung haben, sondern auch auf Erscheinungsbildkennzeichnung oder Inhaltsstoffe. Ferner könnte die Diskussion entstehen, ob es sich um ein Rauchtabakprodukt handeln könnte.

Demgegenüber legte der Vertreter der Beschwerdeführerin dar, dass § 10a Abs. 2 TNRSG nur die Vorlage von gewissen Unterlagen verlange. Das Einhalten einer gewissen Immissionsgrenze sei keine Voraussetzung für das Inverkehrbringen. Derartige Grenzen würden im Rahmen einer Verordnung zu definieren sein, welche gestützt auf § 4 Abs. 3 TNRSG zu erlassen wäre. Von dieser Ermächtigung sei noch kein Gebrauch gemacht worden.

Zur Frage des Schutzes vor unerlaubter Werbung führt der Vertreter der Behörde aus, dass die indirekte Bewerbung von Tabakerzeugnissen durch eine Bewerbungsmöglichkeit des THD, welches nicht Tabakerzeugnis sei, indirekt beworben werde. Dies stehe aus Sicht des Ministeriums nicht in Einklang mit § 11 TNRSG in Verbindung mit der bestehenden höchstgerichtlichen Judikatur. Eine Pflicht zur Aufnahme im angefochtenen Bescheid in dessen Spruch hätte es aufgrund gesetzlicher Pflichten nicht gegeben. Als Maßnahme der Rechtssicherheit und zur Klarstellung der Positionierung des Ministeriums auch im Lichte der sich entwickelnden Entschließungen der Mechanismen der Tabak-Rahmenkonvention, sei ein klares politisches Bekenntnis für Tabakkontrollmaßnahmen. Das THD sei von den Bestimmungen des § 11 TNRSG wegen der dadurch erfolgenden indirekten direkten Bewerbung des eigentlichen Erzeugnisses der D. umfasst.

Da es denkunmöglich sei, D. (E.) ohne das THD (S.) zu konsumieren, käme eine Bewerbung des Erhitzungsgerätes einer Bewerbung des Tabakerzeugnisses gleich. Wenn nun das THD in einem Elektrofachmarkt zum Verkauf bereitgehalten werde, so sei dies bereits eine indirekte Werbung für das konkrete Tabakerzeugnis ..., dieses könne ja nur im Wege des Gesamtsystems ... konsumiert werden. Als Grundlage für die Zulassungsanforderungen des Jugendschutzes für den Vertrieb des THD sah der Vertreter der Behörde darin, dass es eine Zielsetzung aus der WHO gebe, den Konsum von der Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen zu reduzieren. Dies bedeute den Konsum allgemein, nicht nur für Jugendliche.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin führte aus, dass es keinen Einfluss darauf gäbe, welche Trafiken die Produkte verkaufen würden. Dies bliebe den Trafiken überlassen. Auch sei die Art des Vertriebes des Erhitzungsgerätes offen. Die Einschränkung des Vertriebes eines Elektrogerätes, wo vollständig der Onlinevertrieb untersagt würde, auch wenn keine Aussage über D. (E.) getroffen würde, bedürfe einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Der Markenname E. sei im gesamten Vermarktungsprozess von S. getrennt.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.11.2019 zur Zahl ...-1/12E wurde die Beschwerde wegen Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zurückgewiesen und in der Folge der Akt an das Landesverwaltungsgericht in Wien weitergeleitet.

3.) Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

§ 1 TNRSG lautet auszugsweise:

Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

1.

„Tabakerzeugnis“ jedes Erzeugnis, das zum Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt ist, sofern es ganz oder teilweise aus Tabak, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Tabak in gentechnisch veränderter oder unveränderter Form handelt, besteht,

...

1a.

„neuartiges Tabakerzeugnis“ jedes Tabakerzeugnis, das nicht in eine der Kategorien Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen, Pfeifentabak, Wasserpfeifentabak, Zigarren, Zigarillos, Kautabak, Schnupftabak und Tabak zum oralen Gebrauch fällt und erstmals nach dem 19. Mai 2014 in Verkehr gebracht wurde,

....

1e.

„verwandtes Erzeugnis“ jedes neuartige Tabakerzeugnis, pflanzliche Raucherzeugnis, die elektronische Zigarette und deren Liquids,

...

1k.

„rauchloses Tabakerzeugnis“ ein Tabakerzeugnis, das nicht mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert wird, unter anderem Kautabak, Schnupftabak und Tabak zum oralen Gebrauch,

...

2.

„Inverkehrbringen“ die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucherinnen bzw. Verbraucher,

....

Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse

§ 10a.

(1) Wird beabsichtigt, ein neuartiges Tabakerzeugnis in Österreich in Verkehr zu bringen, ist dafür eine Zulassung beim Bundesministerium für Gesundheit zu beantragen.

(2) Die Zulassungswerberin bzw. der Zulassungswerber hat dem Bundesministerium für Gesundheit alle notwendigen Unterlagen und Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen und erforderliche Auskünfte zu erteilen. Die Herstellerinnen bzw. Hersteller und Importeurinnen bzw. Importeure haben Folgendes in elektronischer Form bereitzustellen:

...

(4) Die Zulassung ist von der Bundesministerin bzw. des Bundesministers für Gesundheit zu erteilen, wenn den jeweils geltenden Vorschriften dieses Bundesgesetzes für das betroffene neuartige Tabakerzeugnis entsprochen wird.

...

(8) Neuartige Tabakerzeugnisse, die in Verkehr gebracht werden, müssen den Anforderungen dieses Gesetzes genügen. Welche der Bestimmungen dieses Gesetzes auf neuartige Tabakerzeugnisse anwendbar sind, richtet sich danach, ob diese Erzeugnisse unter die Definition der rauchlosen Tabakerzeugnisse oder des Rauchtabakerzeugnisses fallen.

Die Verordnung BGBl. II Nr. 42/2017 zur Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse lautet auszugsweise:

Prüfung und Zulassung von neuartigen Tabakerzeugnissen

§ 5.

(1) Zuständig für die Entscheidung über Anträge auf Zulassung von neuartigen Tabakerzeugnissen gemäß § 10a TNRSG ist die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Gesundheit und Frauen. Diese bzw. dieser bedient sich hinsichtlich der fachlichen Prüfung und Beurteilung des Zulassungsantrages der bei der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH eingerichteten Bewertungsstelle.

...

(9) Die Zulassung ist von der Bundesministerin bzw. dem Bundesminister für Gesundheit und Frauen zu erteilen bzw. zu versagen, wenn den Vorschriften des TNRSG einschließlich der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen für das betroffene neuartige Tabakerzeugnis entsprochen bzw. nicht entsprochen wird. Der Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Zulassung durch die Bundesministerin bzw. den Bundesminister für Gesundheit und Frauen ist ein entsprechendes Gutachten bzw. eine entsprechende Feststellung der Bewertungsstelle zu Grunde zu legen.

10) Die Zulassung ist von der Bundesministerin bzw. dem Bundesminister für Gesundheit und Frauen zu widerrufen, wenn festgestellt wird, dass das betroffene neuartige Tabakerzeugnis den Vorschriften des TNRSG einschließlich der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen nicht mehr entspricht. Der Entscheidung der Bundesministerin bzw. des Bundesministers für Gesundheit und Frauen über den Widerruf der Zulassung ist ein entsprechendes Gutachten bzw. eine entsprechende Feststellung der Bewertungsstelle zu Grunde zu legen.

...

Es steht fest, dass das vorliegende Produkt D. („E.“) ein neuartiges, rauchloses Tabakerzeugnis ist und als solches mit dem angefochtenen Bescheid zugelassen wurde. Das D. ist ein Tabakerzeugnis, welches in Kombination mit einem Elektronikgerät, welches für eine kontrollierte Erhitzung des D., welches speziell verarbeiteten Tabak beinhaltet, sorgt und Tabak dadurch nicht verbrannt wird, sondern sich Dämpfe bilden, welche eingeatmet werden. Die Beschwerdeführerin bringt sowohl das Elektronikgerät (THD, „S.“) als auch das gegenständliche Tabakprodukt (D.) auf den Markt, die Vermarktung beider Produkte erfolgt (auch) getrennt voneinander. Es gibt noch weitere Anbieter am Markt. Der Verkauf von D. und THD ist nicht unabdingbar miteinander verknüpft. Das D. kann nur mit dem Elektronikgerät (THD) bestimmungsgemäß verwendet werden. Bei dem Elektronikgerät selbst handelt es sich um kein Tabakerzeugnis. Das Tabakerzeugnis (D.) gemeinsam mit dem Erhitzungsgerät bildet zusammen das B. (Tabakerhitzungssystem). Gegenstand des Zulassungsverfahrens war das D..

Die Feststellungen ergeben sich aus den nicht angefochtenen Spruchteilen des angefochtenen Bescheides, dem Verwaltungsakt und dem Verhandlungsprotokoll vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 06.11.2019 samt Beilage.

Zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien:

Es wird dazu auf den bestandskräftigen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.11.2019 zur Zahl ...-1/12E und dessen Begründung, sowie insbesondere den Vermerk auf die Zuständigkeit des Bundes auf Grundlage des Art. 10

Abs. 1 Z. 12 B-VG (Gesundheitsweisen) zur Regelung des TNRSG und nur betreffend einzelner Bestimmungen auf dem Kompetenztatbestand der Bundesfinanzen (siehe 163 d.B., XIV. GP sowie 1056 d.B. XXV. GP) verwiesen. Der Beschluss blieb auch von den Parteien unbekämpft, es bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Zuständigkeit.

Zu den strittigen Nebenbestimmungen:

Grundsätzlich ergibt sich aus § 59 Abs. 1 AVG, dass der Spruch des Bescheides den Inhalt der mit dem Bescheid erlassenen Norm wieder gibt. Nur die im Spruch angeordnete Rechtsfolge ist gegebenenfalls vollstreckbar. Sie muss daher entsprechend bestimmt sein. Der Spruch hat die in Verhandlung stehende Angelegenheit, sohin dem Prozessgegenstand, sowie alle diese betreffenden Parteianträge in der Regel zur Gänze zu erledigen.

Zum Spruch gehören auch allfällige Nebenbestimmungen zum Hauptinhalt des Bescheides. Nebenbestimmungen sind insbesondere Bedingungen, Auflagen, Befristungen und Widerrufsvorbehalte. Nebenbestimmungen dürfen das Wesen des Projektes nicht verändern und sind mit dem Hauptinhalt des Bescheides verbunden.

Gegenständlich betreffen der vorliegende Bescheid als Ganzes und der Spruch des vorliegenden Bescheides die Erledigung des verfahrenseinleitenden Antrages vom 20.12.2018 und es handelt sich hierbei um ein Antragsverfahren. Dieser Antrag umfasst als Antragsgegenstand die Zulassung des D.. Das Fachgutachten der AGES und das gesamte Verwaltungsverfahren, welches zum angefochtenen Bescheid geführt hat, drehten sich allein um die Bewilligung des D.. Im Antrag wird zwar auf B. hingewiesen, dies jedoch im Zusammenhang mit der Art der Benützung des D.. Auch der Vertreter der Behörde hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht angegeben, dass Gegenstand der Zulassung nur „E." gewesen sei und das Erhitzungsgerät „gesamt mit zu berücksichtigen" gewesen sei. Liegen die Voraussetzungen vor, so ist die Zulassung zu erteilen, Ermessen wird vom Gesetzgeber nicht eingeräumt.

Es ist zu zunächst klären, ob die im Spruch des Bescheides gefassten strittigen Absprüche (3. Und 4. Absatz des Spruches, betreffend B.) als Nebenbestimmungen angesehen werden können und ob sich diese im Rahmen des Antrages halten oder bei dem vorliegenden Antrag für das vorliegende Produkt diese bescheidmäßigen Absprüche zu B. auch für die Bewilligung des antragsgegenständlichen Produkts mitumfasst sein müssen bzw. können.

Nun sind Nebenbestimmungen eines Bescheides in der Regel wegen des engen sachlichen Zusammenhanges mit dem Hauptinhalt des Spruches eine notwendige, nicht trennbare Einheit mit diesem darstellen (vgl. VwGH 09.11.1999, 99/05/0147).

Bei den beiden Absprüchen könnte es sich jeweils um Nebenbestimmungen einer Auflage oder aber einer Bedingung handeln. Eine Bedingung macht den Bestand der erteilten Bewilligung von einem ungewissen künftigen Ereignis abhängig (bzw. löst es dann die Bewilligung auf) und damit dem Bestand des Aktes, wohingegen eine Auflage den Bestand des Aktes nicht berührt. Die Auflage ist eine, den aus einem Bescheid Begünstigten belastende Nebenbestimmung und besteht in der Normierung einer Verpflichtung des Adressaten neben der im Hauptinhalt erteilten Genehmigung oder Erlaubnis für den Fall, dass von dieser Gebrauch gemacht wird. Eine solche Verpflichtung ist vollstreckbar, ihre Nichterfüllung allenfalls strafbar. Das durch den Hauptinhalt des Spruches gestaltete Rechtsverhältnis bleibt auch bei Nichtbeachtung der Auflage bestehen. Nur für den Fall der Gebrauchnahme vom erteilten Recht wird ein bestimmtes Verhalten (Tun, Unterlassen, Dulden) vorgeschrieben (vgl. zuletzt etwa VwGH, Erkenntnis vom 23.10.2012, Zl. 2012/10/0018). Auflagen binden nur den Inhaber der Bewilligung, nicht aber dritte Personen (vgl. u.a. VwGH, Erkenntnis vom 19.11.1981, Zl. 06/0640/80).

Aus der Begründung des angefochtenen Bescheides ergibt sich zu diesen beiden Absprüchen, dass unter Berücksichtigung der vorliegenden Informationen es darauf hinzuweisen gelte, dass das zulassungsgegenständliche neuartige Tabakerzeugnis im Hinblick auf seine chemische Zusammensetzung nicht ohne Einfluss auf die menschliche Gesundheit bleibe. Daher sei im Spruch festzuhalten gewesen, dass das B. nur entsprechend seiner Produktbeschreibung im Umfang des Antrages vom 20.12.2018 und den darauf bezughabenden Unterlagen in Verkehr gebracht werden dürfe; insbesondere würden aus jugendschutzpräventiven Erwägungen für das B. die §§ 2a und 11 TNRSG zur Anwendung kommen.

Die Absprüche sind daher – wie sich aus dem Spruch in Zusammenhalt mit der Begründung ergibt – als Nebenbestimmungen zu sehen.

Aus dem vorliegenden Spruch ist unklar, um welche Art von Nebenbestimmungen es sich handelt, wenn zum nicht antragsgegenständlichen B. erklärt wird, dass dieses nur entsprechend der Produktbeschreibung (betreffend des THD,

also des Elektronikgerätes) im Umfang des Antrages vom 20.12.2018 in Verkehr gebracht werden darf. Es scheint, dass damit für den Fall der Ingebrauchnahme von eine erteilten Bewilligung (welcher) eine Auflage ausgesprochen wird, also der Beschwerdeführerin eine gewisse Pflicht auferlegt wird. Da bei einem Elektronikgerät nicht davon auszugehen ist, dass eine normative Bewilligung für das jeweilige Inverkehrbringen eines jeweiligen solchen Gerätes selbst vorgesehen ist, ist dies eher eine Auflage als eine Bedingung, wobei aber die Behörde hier von einer auflösenden Bedingung ausgeht, also bei nicht-konformer Verwendung des THD damit dann als Folge jeweils die Verwendung des D. bewilligungslos würde. Andererseits aber wäre eine Auflage betreffend B. nur für die Beschwerdeführerin, als Inhaberin der Bewilligung für D., gültig, nicht aber für (allenfalls) dritte (andere) Anbieter des B..

Der Abspruch, dass das B. unter die Bestimmungen der §§ 2a und 11 TNRSG fällt, ergibt im Ergebnis wohl auch eine Auflage. § 2a TNRSG beinhaltet ein Verbot des Versandhandels und Verkaufs an Jugendliche für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse. Sohin ist dies eine Einschränkung des Verkaufs und damit Inverkehrbringens. § 11 TNRSG beinhaltet ein Verbot der Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse.

Jedoch ist es gegenständlich nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob es sich um Auflagen oder Bedingungen oder eine Mischform daraus handelt – wie hier folgend dargelegt (vgl. zur Unerheblichkeit der Bezeichnung einer Nebenbestimmung für ihre rechtliche Qualifikation z.B. VwGH Erkenntnis vom 29.09.1993, Zl. 93/02/0041).

Beide strittigen Nebenbestimmungen betreffen nicht das antragsgegenständliche D..

Es ist im Spruch (insbesondere dessen ersten beide Absätze) kein Ausspruch etwa dahingehend enthalten, dass D. nur in Verbindung mit THP zugelassen werde, oder dass Gegenstand der Zulassung B. wäre, sondern es wird die Zulassung erteilt. Die ersten beiden Absätze und der letzte Absatz (Bewilligung und Ausspruch nach § 10a Abs. 8 TNRSG sowie Neubewertung bei Änderung des Standes der Wissenschaft) betreffen D.. Der 3. Absatz und der 4. Absatz betreffen B. ohne Bezugnahme auf D.. Die Frage der Trennbarkeit der Absprüche ist für die Frage des vorliegenden Beschwerdegegenstandes damit zunächst von Relevanz (vgl. dazu VwGH vom 23.12.1993, Zl. 92/17/0056). Die Trennbarkeit von Nebenbestimmungen wird vom Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich bejaht, bei Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung ist dann jedoch der gesamte Bescheid zu beurteilen und die Frage zu klären, ob der Hauptinhalt des Spruches ohne die gegenständliche Auflage rechtmäßig aufrecht bleiben kann (vgl. so auch zuletzt etwa VwGH vom 26.05.2014, 2013/03/0133 sowie VwGH 24.02.2016, Ra 2015/09/0138). Für die Beurteilung der Frage der Trennbarkeit ist dabei der jeweilige sachliche und rechtliche Zusammenhang im Einzelfall maßgebend.

Ist jedoch eine Nebenbestimmung nicht bloß gesetzwidrig, sondern gesetzlos, ist (jedenfalls) von einer Trennbarkeit auszugehen und eine gesonderte Beschwerdeführung gegen die Nebenbestimmung zulässig (vgl. VwGH vom 23.12.1993, Zl. 92/17/0056 und vom 27.04.1995, Zl. 94/11/0336). Dies bewirkt dann keine Aufhebung (bzw. – hier wesentlich - vor dem VGW Wien keine Überprüfung des gesamten Bescheidinhaltes).

Wie von der Beschwerdeführerin aufgeworfen, stellt sich die Frage, wie weit eine Nebenbestimmung gesetzlich normiert sein muss (also daher dann nicht gesetzlos ist), um dem Legalitätsprinzip zu genügen: Wie der übrige Inhalt eines Bescheides unterliegen auch Nebenbestimmungen dem Legalitätsgebot. Die Beisetzung einer Nebenbestimmung eines Verwaltungsaktes ist nur dann zulässig, wenn dies das Gesetz bestimmt. Eine Auflage kommt daher etwa nur dann in Frage, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen oder mit dem Sinn der zu treffenden Hauptentscheidung in untrennbarer Weise verbunden ist oder dem Antrag der Partei entspricht (vgl. VwGH vom 25.09.2018, Ra 2017/05/0267 mwN).

Die Frage stellt sich daher, ob die beiden angefochtenen Nebenbestimmungen im Rahmen des vorliegenden Prozessgegenstandes (also des zugrundeliegenden Antrags) ihrem Typus nach in einem Bescheid zur Bewilligung eines Tabakproduktes nach § 10a TNRSG überhaupt vorgesehen werden dürfen und damit ob sie eine gesetzliche Deckung aufweisen. Wenn es keinen, aus dem Gesetz nach dessen Inhalt und Zweck (insbesondere nach dem Schutzzweck der Norm) ableitbaren Regelungszusammenhang gibt, fehlt die Gesetzlichkeit und kann der Hauptinhalt des Spruches jedenfalls selbständig weiter bestehen (vgl. dazu auch nochmals das Erkenntnis des VwGH vom 23.12.1993).

Das hier relevante TNRSG sieht keine unmittelbare Ermächtigung zur Erlassung von Nebenbestimmungen wie etwa Auflagen oder Bedingungen (welche darüber hinaus jedenfalls nur an den vom Bescheid Begünstigten gerichtet sein könnten) vor: Der Regelungsgehalt des vorliegenden Gesetzes (auf Grundlage der RL 2014/340/EU) ist Jugendschutz und Gesundheitsschutz sowie auch Förderung des Binnenmarktes und dessen Warenverkehr. § 10a TNRSG regelt die Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse auf Grundlagen genauer Vorgaben für ein zu erstattendes

Expertengutachtens. Gemäß § 10a Abs. 4 TNRSG ist die Zulassung zu erteilen, wenn den jeweils geltenden Vorschriften dieses Bundesgesetzes für das betroffene neuartige Tabakerzeugnisse entsprochen wird. § 10a Abs. 8 TNRSG regelt, dass neuartige Tabakerzeugnisse, die in den Verkehr gebracht werden, den Anforderungen dieses Gesetzes genügen müssen. Die Erlassung von Auflagen oder Bedingungen ist gesetzlich damit nicht vorgesehen, ein Ermessen wird insofern nicht eingeräumt.

Die auf Grundlage dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen bieten auch keine Grundlage. Aus der Zulassungsverordnung selbst ergeben sich dafür auch keine Hinweise; vielmehr geht aus § 5 Abs. 9 hervor, dass der Entscheidung über die Zulassung ein entsprechendes Gutachten zugrunde zu legen ist. Aus diesem vorliegenden Gutachten ergeben sich keine Hinweise auf allenfalls notwendige Vorkehrungen für Nebenprodukte bzw. „Zubehör" im weiteren Sinn wie vorliegend. Auch der Behördenvertreter sah keine gesetzliche Grundlage für Nebenbestimmungen, wie sich aus der Verhandlungsschrift vom 06.11.2019 ergibt.

Dass das fragliche Tabakerzeugnisse im Sinne der Definition des §1 TNRSG lediglich das vorliegende und antragsgegenständliche D. ist, blieb von beiden Parteien unbestritten und es war Prozessgegenstand die Bewilligung des D.. Gesetzlich ist bei dieser Art von neuartigen Tabakerzeugnissen - im Gegensatz zu etwa § 10b TNRSG, welcher das Inverkehrbringen elektronisch Zigaretten regelt („elektronischen Zigaretten und deren Nachfüllbehälter") - kein Hinweis darauf, dass „Tabakerzeugnisse" auch für den Gebrauch unabdingbare Geräte (quasi Katalysatoren bzw. „Zubehör") mitumfassen und ging die Behörde im angefochtenen Bescheid auch nicht davon aus, sondern hat D. für sich betrachtet als „neuartiges Tabakerzeugnis" zugelassen. Hätte die Behörde etwa das Gesamtprodukt (B.) als Tabakerzeugnis – und damit als möglicher Gegenstand nach § 10a TNRSG gesehen, hätte sie wohl einen Auftrag nach § 13 Abs. 3 AVG gemacht. Dass „Tabakerzeugnis" nur D. gemeinsam mit THD sein könnte, wurde weder von der Behörde noch von der Beschwerdeführerin angenommen. Im bisherigen Verfahren wurde D. selbst für sich betrachtet als neuartiges (rauchloses) Tabakerzeugnis definiert, das THD sei „mit zu berücksichtigen".

Wie sich aus den Äußerungen in der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2019 ergibt, ist der gemeinsame Verkauf von D. und THD nicht unabdingbar (was auch schlüssig ist: einmaliger Kauf des Elektronikgerätes und wiederholte Käufe unabhängig davon ...) und es kann THD auch von anderen Anbietern in Verkehr gebracht werden und werden die beiden Produkte (D. und THD) getrennt voneinander vom Beschwerdeführer vermarktet.

Aus der Richtlinie 2014/40/EU selbst, welche dem vorliegenden Gesetz zugrunde liegt und welche die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen regelt, ergibt sich kein Hinweis auf eine mögliche Rechtsgrundlage für die vorliegenden strittigen Absprüche.

Auch aus dem konkreten Verfahrensablauf ergibt sich kein Hinweis für einen Zusammenhalt der beiden Nebenbestimmungen mit dem Hauptinhalt des angefochtenen Bescheides:

Der Hauptinhalt des vorliegenden Bescheides ist die Zulassung eines neuartigen Tabakerzeugnisses, nämlich des D.. Grundlage dieses Bescheides ist ein entsprechender Antrag, welcher ebenso lediglich die Bewilligung des D. als Antragsgegenstand umfasst hat. Aus der Begründung des Antrages ergibt sich zwar ein Hinweis und Darlegung der Wirkungsweise des B., dies war jedoch nur dazu notwendig, um den Umstand eines „rauchlosen" Tabakerzeugnisses der D. zu erklären. Daraus ist für den Prozessgegenstand nicht ableitbar, dass der Antrag sich auf D. und THD (sohin gesamt B.) bezogen hätte. Entscheidungsgrundlage nach § 10a TNRSG ist ferner ein, dieses Verfahren einleitender Antrag auf Zulassung. Eine amtswegige Vorgehensweise nach § 10a TNRSG ist gesetzlich nicht vorgesehen und es würde eine mangelnde Antragstellung allenfalls das Risiko des Betreibers mit sich, genehmigungslos (und damit gesetzwidrig) ein neuartiges Tabakprodukt in Verkehr zu bringen, nach sich ziehen. Aus dem vorliegenden Verwaltungsakt ergibt sich nicht, dass das Erhitzungsgerät einer inhaltlichen Überprüfung im Zuge des vorliegenden Verfahrens zugeführt worden wäre oder dahingehend Untersuchungen, Einschränkungen etc. von der begutachtenden AGES gemacht worden wären. Der Antrag und das Gutachten der AGES betrifft den Umfang des D. im Rahmen des Verfahrens nach § 10a TNRSG und dazu erlassener Zulassungsverordnung und geht nicht darüber hinaus. Aus dem Gutachten ergibt sich auch nicht, dass entsprechende Regelungen und Einschränkungen für eine Bewilligungsfähigkeit des D. notwendig wären oder derartige Bedingungen zur Hintanhaltung von Gefährdungen nötig wären.

Auch ein Verhindern, dass Werbeverbote umgangen werden könnten (das Verbot von Werbung und Sponsoring betrifft alle Tabakerzeugnisse gemäß § 11 TNRSG), bringt gesetzlich keine Möglichkeit amtswegiger Maßnahmen (ex ante) mit sich, sondern lediglich eine Strafbarkeit (ex post). Zwar ist die Gefährdung vor allem Jugendlicher durch

derartige Werbungen evident und der Sinn des Gesetzes, Umgehungen von Werbeverboten zu verhindern auch unstrittig. Aus dem vorliegenden TNRSG ergibt sich jedoch kein Hinweis darauf, dass dies schon im Rahmen eines Antragsverfahrens über den Prozessgegenstand hinausgehend von amts wegen zu bedenken wäre. Auch wenn auf internationaler Ebene im Rahmen der Mechanismen der Tabak-Rahmenkonvention (deren Mitglied Österreich, aber auch die Europäische Union sind), entsprechende Beschlüsse in einem der Gremien gefasst wurden. Eine entsprechende Transformation von internationalem Recht in das nationale Recht ist (noch) nicht erfolgt, auf unionsrechtlicher Ebene wurde die RL 2014/40/EU zur Umsetzung erlassen. Wie der Vertreter der Behörde ausführte, waren vorliegende Problematiken neuartiger Tabakerzeugnisse im Rahmen der Beschlussfassung dieser Richtlinie vom unionsrechtlichen Gesetzgeber nicht bedacht bzw. davon nach Ziel und Zweck für vorliegende Verfahrenstypen (noch) nicht mitumfasst. Damit kann ein solcher gesetzgeberische Wille nicht unterstellt werden. Der Schutzzweck der Norm ist unbestritten Gesundheitsschutz, der Rahmen ist jedoch normativ klar umgrenzt und bietet keine Möglichkeit, diesen Raum weiter zu interpretieren, als der klare Wortlaut erlaubt. Auch der Unionsgesetzgeber hatte offenkundig derartiges „Zubehör" nicht bedacht.

Es beinhaltet damit auch die Vorgabe im Bescheid eine Beschränkung des Handels vom Erhitzungsgerät. Da es mehrere Hersteller und Verkäufer dieses Erhitzungsgerätes gibt, ist dies nicht für die Beschwerdeführerin möglich einzuhalten. Vor allem, wenn dies eine (auflösende) Bedingung wäre und damit die Zulassung des Tabakerzeugnisses selbst dann infrage stünde. Das strikte Werbe- und Sponsoringverbot auch für indirekte Werbung betraf in den vor dem Verwaltungsgerichtshof anhängigen Fällen die Darbietung des Namens von Tabakunternehmungen selbst und bekräftigte ein umfassendes Werbe- und Sponsoringverbot. Diese Fälle betrafen jedoch nur Tabakprodukte selbst und die Hersteller von Tabakprodukten, nicht – wie es hier ist: Hersteller von Elektronikgeräten, die wiederum zum Konsum von Tabakprodukten dienen.

Zwar ist der Schutzzweck der Norm Gesundheitsschutz und die Anliegen der Behörde nachvollziehbar (z.B. auch Umstände für einen Widerruf nach § 5 Abs. 10 der Zulassungsverordnung betreffen nur das Tabakprodukt selbst), jedoch gibt es weder aufgrund unionsrechtlicher Ebene noch auf der bestehenden gesetzlichen Ebene nach TNRSG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für solche Zubehörprodukte (THD) oder ein Gesamtsystem, welches auch zusätzlich solche Zubehörprodukte umfasst, wie vorliegend. Mangels ausreichendem Regelungszusammenhang, dann kann nicht gesagt werden, dass der Hauptinhalt des Spruches nach Aufhebung der gesetzwidrigen Nebenbestimmung nicht rechtmäßigerweise selbständig weiterbestehen dürfte (vgl. VwGH vom 18.11.1997 Zl. 96/17/0012 mit Hinweis auf VwGH vom 23.12.1993, Zl. 92/17/0056).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich daher, dass es sich bei den beiden strittigen Nebenbestimmungen um trennbare Absprüche handelt, welche gesetzlos ergangen sind. In diesem Fall ist Sache des Beschwerdeverfahrens nur der angefochtene Teil des Spruches des angefochtenen Bescheides, also ausschließlich der 3. und 4. Absatz des Bescheides (vgl. zur Sache des Beschwerdeverfahrens u.a. VwGH vom 09.09.2015, Zl. 2015/03/0032) und mangels gesetzlicher Grundlage sind diese ersatzlos zu beheben.

Aus dem Beschwerdeantrag ergibt sich, dass nur die beiden Absprüche Gegenstand der Beschwerde sind. Der Eventualantrag wäre nur dann zulässig, wenn der Hauptantrag (hier auf Behebung der beiden Absprüche betreffend THD) abgewiesen worden wäre. Da dies nicht der Fall ist, ist der Eventualantrag gegenstandslos geworden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse; Spruch; Nebenbestimmung; Legalitätsprinzip

Anmerkung

VwGH v. 20.5.2020, Ra 2020/11/0051; Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.101.056.15462.2019

Zuletzt aktualisiert am

03.06.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at