



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick, die Hofrätinnen Dr. Pollak, Mag. Hainz-Sator und MMag. Ginthör sowie den Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 1. September 2022, Zl. LVwG-000530/2/FP, betreffend Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen; mitbeteiligte Partei: M M in H, vertreten durch die bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in 1220 Wien, Donau-City-Straße 11), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 23 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Z 40 und Art. 13 Abs. 1 lit. c 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 und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl. L 127/1 vom 29. April 2014, so auszulegen, dass das Verbot, ein Tabakerzeugnis in Verkehr zu bringen, dessen Packung Elemente bzw. Merkmale aufweist, die sich auf den Geschmack beziehen, bereits die Abgabe dieses Tabakerzeugnisses durch einen Großhändler an eine Verkaufsstelle oder erst den Verkauf bei einer Verkaufsstelle an Verbraucher erfasst?





Begründung:

Vorbemerkung

- 1 1. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 2014/40/EU 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. Es stellt sich im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen einen Tabakgroßhändler, dem vorgeworfen wurde, er habe an einen Trafikanten (Verkaufsstelle) Zigaretten in einer Packung mit einer unzulässigen Beschriftung abgegeben. Dabei stellt sich die Frage, ob nach der Richtlinie 2014/40/EU bereits der Großhändler, der einem Trafikanten die Zigarettenpackung liefert, das Tabakerzeugnis „in Verkehr bringt“ oder erst der Trafikant, der die Zigaretten zum Kauf anbietet, und wer daher für eine unzulässige Beschriftung auf einer Zigarettenpackung verantwortlich und strafbar ist.

Sachverhalt und Ausgangsverfahren

- 2 2.1. Mit Straferkenntnis der Behörde vom 30. Mai 2022 wurde der Großhändler schuldig erkannt, die von ihm als Geschäftsführer vertretene und in die Vertriebskette von Tabakerzeugnissen eingebundene Gesellschaft habe ein näher beschriebenes Tabakerzeugnis (Zigaretten) durch Lieferung an eine bestimmte Trafik in Verkehr gebracht und dabei gegen § 5d Abs. 1 Z 3 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG) verstoßen, weil die auf der Packung enthaltenen Angaben „perfekt abgerundet“ und „mit slow curing“ Elemente darstellten, die sich auf den Geschmack beziehen.
- 3 Dadurch habe der Großhändler gegen § 14 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Z 1 und § 5d Abs. 1 Z 3 TNRSG verstoßen, weswegen gegen ihn eine Geldstrafe in der Höhe von € 1.000,-- (und eine Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt wurde.



- 4 Der Großhändler erhob gegen das behördliche Straferkenntnis Beschwerde an das Verwaltungsgericht.
- 5 2.2. Das Verwaltungsgericht gab der Beschwerde Folge, hob das angefochtene Straferkenntnis auf und stellte das Verwaltungsstrafverfahren ein.
- 6 Das Verwaltungsgericht führte begründend aus, die Behörde sei im Straferkenntnis davon ausgegangen, dass das „in Verkehr bringen“ durch die Lieferung des Tabakerzeugnisses an die Trafik erfolgt sei. Das TNRSG übernehme in § 1 Z 2 die Begriffsbestimmung des „Inverkehrbringens“ aus Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU. Der Begriffsinhalt sei „stark eingeschränkt“ zu verstehen und meine die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten - unabhängig vom Ort ihrer Herstellung - für Verbraucher. Der Begriff „Bereitstellung“ sei in der Richtlinie nicht definiert. Zur Auslegung könne jedoch auf die Begriffsbestimmung des Art. 2 Z 41 der Richtlinie 2014/40/EU gegriffen werden. Daraus ergebe sich, dass ein „in Verkehr bringen“ an Konsumenten in Verkaufsstellen oder im Fernabsatz erfolge.
- 7 Der österreichische Gesetzgeber habe sich mit der bloßen Übernahme dieser Definition begnügt. Hingegen werde in Deutschland ausdrücklich geregelt, dass die Begriffsbestimmung des „Inverkehrbringens“ des Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU „mit der Maßgabe [gelte], dass die Bereitstellung von Produkten jede Abgabe eines Produkts zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit umfasst“ (§ 1 Abs. 1 des deutschen Tabakerzeugnisgesetzes - TabakerzG). Außerdem sei in Deutschland vorgesehen, dass alle Wirtschaftsakteure, die am Handel mit Tabakerzeugnissen beteiligt sind, im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit sicherzustellen haben, dass nur Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden, die den Anforderungen des deutschen Tabakerzeugnisgesetzes entsprechen (§ 3 Abs. 1 TabakerzG). Anders als in Deutschland bestehe in Österreich keine Regelung, die sicherstelle, dass sämtliche Marktteilnehmer in der Lieferkette für das Inverkehrbringen verantwortlich seien.



- 8 Nach dem Wortlaut der Begriffsbestimmung sei daher davon auszugehen, dass die „Bereitstellung“ für Verbraucher das Vorhalten von Tabakerzeugnissen zur unmittelbaren Abgabe an den Verbraucher meine, also den letzten Schritt vor dem Verkauf an Konsumenten, der etwa in einer Trafik stattfindet.
- 9 Das Verwaltungsgericht zog daraus den Schluss, der Großhändler habe das Tabakerzeugnis nicht „in Verkehr gebracht“, weil er dieses an den Betreiber einer Verkaufsstelle (Trafik) geliefert habe, der ebenfalls Unternehmer und nicht Verbraucher sei. Gemäß § 14 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Z 1 TNRSG sei aber nur das „in Verkehr bringen“ von Tabakerzeugnissen verboten, die den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes (hier: § 5d Abs. 1 Z 3) nicht entsprechen.
- 10 2.3. Gegen dieses Erkenntnis erhob die Behörde eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof. In der Folge trat der zuständige Bundesminister anstelle der Behörde in das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ein. In der Revision wird geltend gemacht, bei den Verhandlungen zur Richtlinie 2014/40/EU seien die Mitgliedstaaten stets davon ausgegangen, dass alle Marktteilnehmer der Vertriebskette für die Einhaltung der Vorschriften der Richtlinie verantwortlich seien. Andernfalls sei auch eine effiziente Marktüberwachung zur Erreichung und Aufrechterhaltung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht möglich.

Maßgebliche Bestimmungen des Unionsrechts

- 11 3. Die 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 und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, Abl. L 127/1 vom 29. April 2014, lautet (auszugsweise):

„Artikel 1

Gegenstand

Ziel dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für



- a) die Inhaltsstoffe und Emissionen von Tabakerzeugnissen und die damit verbundenen Meldepflichten, einschließlich der Emissionshöchstwerte von Teer, Nikotin und Kohlenmonoxid von Zigaretten;
- b) bestimmte Aspekte der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen, unter anderem die gesundheitsbezogenen Warnhinweise, die auf den Packungen und den Außenverpackungen von Tabakerzeugnissen erscheinen müssen, sowie die Rückverfolgbarkeit und die Sicherheitsmerkmale, die für Tabakerzeugnisse angewendet werden, um ihre Übereinstimmung mit dieser Richtlinie zu gewährleisten;
- c) das Verbot des Inverkehrbringens von Tabak zum oralen Gebrauch;
- d) den grenzüberschreitenden Verkauf von Tabakerzeugnissen im Fernabsatz;
- e) die Pflicht zur Meldung neuartiger Tabakerzeugnisse;
- f) das Inverkehrbringen und die Kennzeichnung bestimmter Erzeugnisse, die mit Tabakerzeugnissen verwandt sind, nämlich elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter sowie pflanzliche Raucherzeugnisse, damit - ausgehend von einem hohen Schutz der menschlichen Gesundheit, besonders für junge Menschen - das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse erleichtert wird und die Verpflichtungen der Union im Rahmen des WHO-Rahmenübereinkommens zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (Framework Convention on Tobacco Control, im Folgenden ‚FCTC‘) eingehalten werden.

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

4. ‚Tabakerzeugnis‘ ein Erzeugnis, das konsumiert werden kann und das, auch teilweise, aus genetisch verändertem oder genetisch nicht verändertem Tabak besteht;

...

10. ‚Zigarette‘ eine Tabakrolle, die mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden kann und die in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2011/64/EU des Rates näher definiert ist;

...

30. ‚Packung‘ die kleinste Einzelverpackung eines Tabakerzeugnisses oder verwandten Erzeugnisses, die in Verkehr gebracht wird;

...



34. ‚grenzüberschreitender Fernabsatz‘ einen Verkauf im Fernabsatz an Verbraucher, bei dem der Verbraucher sich zum Zeitpunkt der Bestellung bei einer Verkaufsstelle in einem anderen Mitgliedstaat befindet als in dem Mitgliedstaat oder Drittland, in dem die Verkaufsstelle niedergelassen ist; eine Verkaufsstelle gilt als in einem Mitgliedstaat niedergelassen

a) im Fall einer natürlichen Person: wenn sie ihren Geschäftssitz in diesem Mitgliedstaat hat;

b) in anderen Fällen: wenn die Verkaufsstelle in diesem Mitgliedstaat ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihren Geschäftssitz einschließlich einer Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung hat;

35. ‚Verbraucher‘ eine natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen;

...

37. ‚Hersteller‘ jede natürliche oder juristische Person, die ein Produkt herstellt bzw. entwickeln oder herstellen lässt und dieses Produkt unter ihrem eigenen Namen oder ihrer eigenen Marke vermarktet;

38. ‚Einfuhr von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen‘ den Eintritt solcher Produkte in das Gebiet der Union, sofern die Produkte bei ihrem Eintritt in die Union nicht in ein zollrechtliches Nichterhebungsverfahren überführt werden, sowie ihre Entlassung aus einem zollrechtlichen Nichterhebungsverfahren;

39. ‚Importeur von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen‘ den Eigentümer oder eine Person, die die Verfügungsgewalt über die Tabakerzeugnisse oder die verwandten Erzeugnisse hat, die in das Gebiet der Union gelangt sind;

40. ‚in Verkehr bringen‘ die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten - unabhängig vom Ort ihrer Herstellung - für Verbraucher, die sich in der Union befinden, auch mittels Fernabsatz; im Fall von grenzüberschreitendem Fernabsatz gilt das Produkt als in dem Mitgliedstaat in Verkehr gebracht, in dem sich der Verbraucher befindet;

41. ‚Verkaufsstelle‘ eine Verkaufsstelle, wo Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden, auch von einer natürlichen Person.

...





Artikel 13

Erscheinungsbild der Erzeugnisse

(1) Die Kennzeichnung der Packung und der Außenverpackung sowie das Tabakerzeugnis selbst dürfen weder Elemente noch Merkmale aufweisen, die

...

c) sich auf den Geschmack, Geruch, eventuelle Aromastoffe oder sonstige Zusatzstoffe oder auf deren Fehlen beziehen;

...

(3) Die nach den Absätzen 1 und 2 verbotenen Elemente und Merkmale können unter anderem sein: Texte, Symbole, Namen, Markennamen, figurative und sonstige Zeichen.

...

Artikel 15

Rückverfolgbarkeit

...

(5) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass alle am Handel mit Tabakerzeugnissen beteiligten Wirtschaftsteilnehmer, vom Hersteller bis zum letzten Wirtschaftsteilnehmer vor der ersten Verkaufsstelle, den Übergang aller Packungen in ihren Besitz, alle zwischenzeitlichen Verbringungen und die endgültige Abgabe der Packungen aus ihrem Besitz erfassen. ...

(6) Die Mitgliedsstaaten sorgen dafür, dass alle natürlichen und juristischen Personen in der Lieferkette der Tabakerzeugnisse vollständige und genaue Aufzeichnungen aller einschlägigen Transaktionen führen.

(7) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Hersteller von Tabakerzeugnissen allen am Handel mit Tabakerzeugnissen beteiligten Wirtschaftsteilnehmern, vom Hersteller bis zum letzten Wirtschaftsteilnehmer von der ersten Verkaufsstelle, einschließlich Importeuren, Lager- und Transportunternehmen, die Ausrüstung bereitstellen, die notwendig ist, um die gekauften, verkauften, gelagerten, transportierten oder auf andere Weise gehandhabten Tabakerzeugnisse zu erfassen. ...

...





Artikel 23

Zusammenarbeit und Durchsetzung

...

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse, die dieser Richtlinie sowie den darin vorgesehenen Durchführungs- und delegierten Rechtsakten nicht entsprechen, nicht in Verkehr gebracht werden. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass Tabakerzeugnisse oder verwandte Erzeugnisse nicht in Verkehr gebracht werden, wenn die in dieser Richtlinie festgelegten Meldepflichten nicht eingehalten werden.

(3) Die Mitgliedstaaten legen für Verstöße gegen die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften Sanktionen fest und treffen die zur Anwendung dieser Sanktionen erforderlichen Maßnahmen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Verwaltungssanktionen finanzieller Art, die für vorsätzliche Verstöße verhängt werden, dürfen so gestaltet sein, dass sie den durch den Verstoß angestrebten wirtschaftlichen Vorteil aufheben.

...“

Maßgebliche Bestimmungen des nationalen Rechts

12

3.2.1. Das Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz - TNRSKG, BGBl. Nr. 431/1995 in der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 66/2019, lautet (auszugsweise):

„Begriffsbestimmungen

§ 1. 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,

...

2. ‚Inverkehrbringen‘ die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten - unabhängig vom Ort ihrer Herstellung - für Verbraucherinnen bzw. Verbraucher,

...





6. ‚Verbraucher‘ jede natürliche Person, die das Tabakerzeugnis für den Eigenverbrauch oder die Weitergabe an bestimmte Dritte für deren Eigenverbrauch erwirbt,

...

12. ‚Versandhandel‘ (Fernabsatz) Versand und Lieferung von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen insbesondere durch Herstellerinnen bzw. Hersteller, Importeurinnen bzw. Importeure, Händlerinnen bzw. Händler an Verbraucherinnen bzw. Verbraucher.

...

Verbot des Inverkehrbringens

§ 2. (1) Das Inverkehrbringen von

1. Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, die den §§ 4 bis 10e oder nach diesem Bundesgesetz erlassenen Verordnungen nicht entsprechen oder

...

ist verboten.

...

Erscheinungsbild

§ 5d. (1) Die Kennzeichnung der Packung und der Außenverpackung sowie das Tabakerzeugnis selbst dürfen weder Elemente noch Merkmale aufweisen, die

...

3. sich auf den Geschmack, Geruch, eventuelle Aromastoffe oder sonstige Zusatzstoffe oder auf deren Fehlen beziehen,

...

(3) Unter die nach den Abs. 1 und 2 verbotenen Elemente und Merkmale fallen insbesondere Texte, Symbole, Namen, Markennamen, figurative und sonstige Zeichen.

...

Strafbestimmungen

§ 14. (1) Wer

1. Tabakerzeugnisse oder verwandte Erzeugnisse entgegen § 2 in Verkehr bringt,

...





begeht, sofern die Tat nicht nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 7 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15 000 Euro zu bestrafen.

...“

- 13 3.2.2. Das Tabakmonopolgesetz 1996 - TabMG 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 104/2019, lautet (auszugsweise):

„Handel mit Tabakerzeugnissen

§ 5. (1) Der Großhandel mit Tabakerzeugnissen ist den nach § 6 berechtigten Personen oder Personenvereinigungen vorbehalten. Großhandel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist der gewerbliche Vertrieb von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet, der nicht auf Grund eines Bestellungsvertrages (§ 34 Abs. 1) betrieben wird oder nicht gemäß Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 erlaubt ist.

(2) Der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, den Tabaktrafikanten vorbehalten. Kleinhandel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die entgeltliche Abgabe von Tabakerzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet, die auf Grund eines Bestellungsvertrages erfolgt.

(3) Der Handel mit Tabakerzeugnissen ist verboten, soweit er nicht auf Grund einer Bestellung zum Tabaktrafikanten oder einer Bewilligung als Großhändler (§ 6) betrieben wird oder nicht gemäß Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 erlaubt ist.

(4) Handel im Sinne des Abs. 3 ist das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet.

...

Bewilligung zum Großhandel

§ 6. (1) Großhändler im Sinne dieses Bundesgesetzes ist derjenige, dem die Bewilligung zum Großhandel erteilt wurde.

...

Pflichten des Großhändlers

§ 8. (1) Der Großhändler hat Tabakerzeugnisse, die er im Monopolgebiet an Tabaktrafikanten abgeben will, nach Maßgabe der vorhandenen Bestände auf Bestellung allen Tabaktrafikanten zu den gleichen Bedingungen zu liefern. Für alle Bestellungen in üblichen Gebindegrößen besteht eine Lieferverpflichtung.

...





(2) Die entgeltliche Abgabe von Tabakerzeugnissen durch Großhändler an Verbraucher ist verboten, ausgenommen in den Fällen, in denen eine tabaksteuerfreie Abgabe zulässig ist.

...

Rechte und Pflichten des Tabaktrafikanten

§ 36. ...

(9) Tabaktrafikanten dürfen Tabakerzeugnisse nur von Großhändlern zu den Lieferpreisen gemäß § 8 Abs. 5 beziehen. ...

...“

Zur Vorlageberechtigung

- 14 4. Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinn des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können.
- 15 Der österreichische Gesetzgeber hat mit der Begriffsbestimmung des „Inverkehrbringens“ in § 1 Z 2 TNRSG die entsprechende Begriffsbestimmung in der Richtlinie 2014/40/EU umgesetzt; durch § 5d TNRSG über das Erscheinungsbild von Tabakerzeugnissen wird Art. 13 der Richtlinie 2014/40/EU umgesetzt (vgl. RV 1056 BlgNR XXV. GP, 1 und 3). Der Verwaltungsgerichtshof geht daher davon aus, dass der Inhalt der fast wortgleichen Begriffsbestimmung des § 1 Z 2 TNRSG mit jenem des Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU und § 5d Abs. 1 lit. c TNRSG mit Art. 13 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2014/40/EU übereinstimmt. Weiters wird durch das in § 2 Abs. 1 Z 1 TNRSG vorgesehene Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen, die den §§ 4 bis 10e dieses Bundesgesetzes (und damit auch dem § 5d TNRSG über das Erscheinungsbild) nicht entsprechen, Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2014/40/EU umgesetzt. Die von Art. 23 Abs. 3 der Richtlinie 2014/40/EU geforderte Sanktion bei einem Verstoß gegen dieses Verbot setzt die Strafbestimmung des § 14 Abs. 1 Z 1 TNRSG fest.
- 16 Für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens ist entscheidend, ob das - mit dem nationalen Recht inhaltlich übereinstimmende - unionsrechtliche Verbot des Inverkehrbringens eines Tabakerzeugnisses, dessen Packung gegen die Vorschriften über das Erscheinungsbild verstößt, bereits die Abgabe dieses



Produktes von einem Großhändler an den Betreiber einer Verkaufsstelle erfasst oder erst die Abgabe durch den Trafikanten an einen Verbraucher. Der Verwaltungsgerichtshof geht daher davon aus, dass sich bei der Entscheidung der gegenständlichen Rechtssache die im Vorabentscheidungsersuchen formulierte Frage der Auslegung des Unionsrechts stellt.

Begründung der Vorlagefrage

- 17 5.1. Im Ausgangsverfahren geht es um die mögliche Bestrafung eines Großhändlers wegen des Inverkehrbringens eines Tabakerzeugnisses. Nach dem Tabakmonopolgesetz 1996 - TabMG 1996 ist Aufgabe eines Großhändlers die Abgabe von Tabakerzeugnissen an Trafikanten. Aufgabe der Trafikanten ist die Abgabe der Tabakerzeugnisse an die Verbraucher. Trafikanten dürfen Tabakerzeugnisse nur von einem Großhändler beziehen. Diese wiederum dürfen Tabakerzeugnisse grundsätzlich nicht an Verbraucher abgeben.
- 18 5.2. Gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2014/40/EU dürfen die Kennzeichnung der (Außenver-)Packung sowie das Tabakerzeugnis selbst weder Elemente noch Merkmale aufweisen, die sich auf den Geschmack, Geruch, eventuelle Aromastoffe oder sonstige Zusatzstoffe oder auf deren Fehlen beziehen. Gemäß Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2014/40/EU sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse, die dieser Richtlinie sowie den darin vorgesehenen Durchführungs- und delegierten Rechtsakten nicht entsprechen, nicht in Verkehr gebracht werden. Gemäß Art. 23 Abs. 3 der Richtlinie 2014/40/EU legen die Mitgliedstaaten für Verstöße gegen die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften Sanktionen fest und treffen die zur Anwendung dieser Sanktionen erforderlichen Maßnahmen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.
- 19 Die Richtlinie 2014/40/EU legt allerdings nicht ausdrücklich fest, welche am Handel mit Tabakerzeugnissen beteiligten Wirtschaftsteilnehmer (vgl. zu dieser Begrifflichkeit Art. 15 Abs. 5 bis 7) durch das Verbot des Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2014/40/EU zu erfassen sind. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage erscheint die Auslegung des Begriffes „in Verkehr bringen“.



- 20 Gemäß Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU bezeichnet „in Verkehr bringen“ die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten - unabhängig vom Ort ihrer Herstellung - für Verbraucher, die sich in der Union befinden, auch mittels Fernabsatz; im Fall von grenzüberschreitendem Fernabsatz gilt das Produkt als in dem Mitgliedstaat in Verkehr gebracht, in dem sich der Verbraucher befindet. Eine Legaldefinition des Begriffes „Bereitstellung von Produkten“, der wiederum einen zentralen Bestandteil des Begriffes „in Verkehr bringen“ bildet, enthält die Richtlinie 2014/40/EU nicht. Als „Verbraucher“, für welche die Produkte bereitgestellt werden, definiert Art. 2 Z 35 der Richtlinie 2014/40/EU eine natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen. Als „Verkaufsstelle“ wird gemäß Art. 2 Z 41 der Richtlinie 2014/40/EU eine Verkaufsstelle bezeichnet, wo Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden, auch von einer natürlichen Person (im Ausgangsverfahren ist das eine Trafik).
- 21 Der Wortlaut der Begriffsbestimmung des Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU gibt keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob ein Tabakerzeugnis erst mit der Bereitstellung an einen Verbraucher oder bereits mit der Bereitstellung an eine Verkaufsstelle „in Verkehr gebracht“ wird. Während etwa in Art. 2 Z 34 und Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/40/EU vom grenzüberschreitenden Verkauf von Tabakerzeugnissen im Fernabsatz „an Verbraucher“ die Rede ist, spricht Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU nicht von der Bereitstellung von Tabakerzeugnissen „an“, sondern „für Verbraucher“. Das schließt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes ein Verständnis nicht aus, nach welchem bereits die Bereitstellung des Tabakerzeugnisses an eine Verkaufsstelle - und nicht erst die Bereitstellung unmittelbar an den Verbraucher - vom Begriff „In Verkehr bringen“ erfasst ist.
- 22 Die englische und die französische Sprachfassung geben keine entscheidenden Hinweise für die hier maßgebliche Auslegungsfrage („‘placing on the market’ means to make products, irrespective of their place of manufacture, available to consumers located in the Union“; „‘mise sur le marché’, le fait de mettre des



produits, quel que soit leur lieu de fabrication, à la disposition des consommateurs de l'Union“).

- 23 5.3. Der Gerichtshof hat zur Begriffsbestimmung des Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU ausgeführt, dass nach dem üblichen Sinn des Wortes „Bereitstellung“ ein Tabakerzeugnis dann als „in den Verkehr gebracht“ anzusehen ist, wenn die Verbraucher sich dieses beschaffen können, was bereits dann der Fall sei, wenn ein Tabakerzeugnis lediglich zum Verkauf bereitsteht, auch wenn es noch nicht gekauft und bezahlt wurde (EuGH 9. März 2023, *Pro Rauchfrei e. V.*, C-356/22, Rn. 20). Überträgt man dieses Verständnis des Begriffes „in Verkehr bringen“, das auf den Verbraucher abstellt, auf das Ausgangsverfahren, würde die Abgabe eines Tabakerzeugnisses durch einen Großhändler noch kein „in Verkehr bringen“ darstellen, weil ein Großhändler das Tabakerzeugnis nach dem TabMG 1996 grundsätzlich nur an einen Trafikanten abgeben darf. Verbraucher wiederum können sich Tabakerzeugnisse nicht von einem Großhändler beschaffen.
- 24 Das Urteil in der Rechtssache C-356/22 betraf die Auslegung des sogenannten Verdeckungsverbots gesundheitsbezogener Warnhinweise. Gemäß Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf einer Packung ua. vollständig sichtbar sind und dass sie, wenn die Tabakerzeugnisse „in Verkehr gebracht“ werden, nicht durch näher genannte Dinge verdeckt werden. Der Gerichtshof antwortete auf die Vorlagefrage des nationalen Gerichts, dass Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU dahin auszulegen ist, dass der Begriff „Inverkehrbringen“ im Sinne dieser Bestimmung das Anbieten von Tabakerzeugnissen über Warenausgabeautomaten erfasst, in denen die Packungen dieser Produkte derart vorrätig gehalten werden, dass sie von außen nicht sichtbar sind.
- 25 In dem diesem Urteil zugrundeliegenden nationalen Ausgangsverfahren ging es um den Verkauf von Tabakerzeugnissen über Warenausgabeautomaten an Supermarktkassen in der Weise, dass die darin befindlichen Zigarettenpackungen zunächst für den Verbraucher nicht sichtbar waren und die Warnhinweise erst sichtbar wurden, wenn die Zigarettenpackung nach der



Auswahl durch den Verbraucher, aber noch vor dem Bezahlvorgang auf das Kassenband ausgegeben wurde. Es ging demnach um die Anwendung des Begriffes „in Verkehr bringen“ auf eine bestimmte Form des Verkaufes von Tabakerzeugnissen an Verbraucher in einer Verkaufsstelle und nicht, wie im vorliegenden Ausgangsverfahren, um die - in der Lieferkette vorangehende - Bereitstellung des Tabakerzeugnisses durch einen Großhändler an die Verkaufsstelle. Gegenstand des dortigen Ausgangsverfahrens war das Verdeckungsverbot des Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2014/40/EU und nicht Art. 13 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2014/40/EU über das Erscheinungsbild des Tabakerzeugnisses.

- 26 Auf Grund dieser Unterschiede erscheint es dem Verwaltungsgerichtshof fraglich, ob die Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil in der Rechtssache C-356/22, Rn. 20, so zu verstehen sind, dass ein „in Verkehr bringen“ von Tabakerzeugnissen stets, also unabhängig vom inhaltlichen Zusammenhang mit einer bestimmten Vorschrift der Richtlinie 2014/40/EU, voraussetzt, dass das Tabakerzeugnis unmittelbar einem Verbraucher (etwa durch Verkauf) bereitgestellt wird, und nicht bereits in einem früheren Stadium der Lieferkette vorliegen kann.
- 27 Zwar hat Generalanwalt *Tanchev* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-370/20, *Pro Rauchfrei e.V.*, Rn. 38, welche dem Urteil in der Rechtssache C-356/22 vorausging, ausgeführt, es genüge für ein „in Verkehr bringen“, dass ein Tabakerzeugnis für Verbraucher in der Union bereitgestellt werde, und dazu in einem Klammersausdruck ergänzt: „(was folglich den Großhandel ausschließt)“. Diese Ausführungen hat der Gerichtshof in sein Urteil in der Rechtssache C-356/22 allerdings nicht übernommen.
- 28 5.4. Es gibt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes auch gute Gründe für die Auffassung, dass ein Tabakerzeugnis, soweit es um die Einhaltung der Vorschriften über das Erscheinungsbild der Packung geht, nicht erst mit der unmittelbaren Bereitstellung an einen Verbraucher „in Verkehr gebracht“ wird.
- 29 Die Richtlinie 2014/40/EU verwendet den in Art. 2 Z 40 allgemein beschriebenen Begriff „in Verkehr bringen“ in unterschiedlichen inhaltlichen



Zusammenhängen. Manche dieser Vorschriften verbieten das „in Verkehr bringen“ bestimmter Tabakerzeugnisse wegen ihrer Inhaltsstoffe, wie etwa Art. 7 Abs. 1, 6, 7 und 9 oder Art. 17, oder binden das „in Verkehr bringen“ an die Übereinstimmung mit den Vorgaben dieser Richtlinie, wie etwa Art. 8 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und 3 lit. a. Andere verpflichten die Hersteller und Importeure zur Information der nationalen Behörden vor bzw. nach dem „in Verkehr bringen“ von Tabakerzeugnissen, wie etwa Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 4, Art. 19 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 1. Wieder andere beziehen sich auf die Verkaufsstellen, bei denen Tabakerzeugnisse unmittelbar an Verbraucher „in Verkehr gebracht“ werden, wie etwa Art. 2 Z 41 und Art. 18 Abs. 2.

30 Eine solche systematische Betrachtung der Richtlinie 2014/40/EU deutet darauf hin, dass der in Art. 2 Z 40 allgemein beschriebene Begriff „in Verkehr bringen“ je nach seinem Zusammenhang mit einer bestimmten inhaltlichen Vorschrift der Richtlinie und je nach konkreter Konstellation verschiedene am Handel mit Tabakerzeugnissen beteiligte Wirtschaftsteilnehmer erfassen kann. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, gemäß Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2014/40/EU dafür Sorge zu tragen, dass Tabakerzeugnisse, die dieser Richtlinie nicht entsprechen, nicht „in Verkehr gebracht“ werden, könnte daher - je nach inhaltlichem Zusammenhang und Sachverhalt - in einem Fall bereits Hersteller, Importeure oder Großhändler erfassen, in einem anderen hingegen erst die Betreiber von Verkaufsstellen.

31 So hatte etwa in dem Ausgangsverfahren in der Rechtssache C-356/22 ausschließlich der Betreiber der Verkaufsstelle durch die Gestaltung seines Warenausgabeautomaten einen Einfluss darauf, dass die auf den Zigarettenpackungen angebrachten Warnhinweise nicht entgegen Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU verdeckt werden, als sie durch Verkauf an Verbraucher in Verkehr gebracht wurden. Hingegen kann im vorliegenden Ausgangsverfahren zunächst der Hersteller der Zigaretten(packung) deren Erscheinungsbild unter Beachtung der Vorschriften des Art. 13 der Richtlinie 2014/40/EU gestalten. Aber auch der Importeur oder ein Großhändler können entscheiden, ob sie eine Verpackung, deren



Erscheinungsbild nicht den Vorgaben dieser Richtlinie entspricht, in der Lieferkette der Tabakerzeugnisse weitergeben. Dasselbe gilt für den Verkauf eines solchen Produkts durch einen Trafikanten in seiner Verkaufsstelle an einen Verbraucher.

32 5.5. Von einem solchen Verständnis des Begriffes „in Verkehr bringen“, das je nach Zusammenhang mit einer bestimmten Vorschrift der Richtlinie 2014/40/EU alle oder nur einzelne der am Handel mit Tabakerzeugnissen beteiligten Wirtschaftsteilnehmer erfasst, scheint auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU ausgegangen zu sein. § 1 Abs. 1 Z 1 des deutschen Tabakerzeugnisgesetzes - TabakerzG übernimmt grundsätzlich die Begriffsbestimmungen des Art. 2 Richtlinie 2014/40/EU. Die Begriffsbestimmung des „Inverkehrbringens“ gilt jedoch mit der Maßgabe, dass die Bereitstellung von Produkten jede Abgabe eines Produktes zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit umfasst. Damit wurde an die Begriffsbestimmung von „Inverkehrbringen“ in Art. 2 Z 1 der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten (vgl. nunmehr Art. 3 Z 1 der Verordnung (EU) 2019/1020) angeknüpft („die erstmalige Bereitstellung eines Produkts auf dem Gemeinschaftsmarkt“), um einen Gleichklang der materiellen Vorschriften und der Marktüberwachungsmaßnahmen sicherzustellen. Nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers fallen Tabakerzeugnisse im Sinne der Richtlinie 2014/40/EU nämlich in den Anwendungsbereich dieser (unmittelbar geltenden) Verordnung, deren Marktüberwachungsmaßnahmen sich auf alle Wirtschaftsakteure erstrecken (vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 18/7218, 35 f.).

33 Durch § 1 Abs. 1 Z 1 des deutschen TabakerzG soll sichergestellt werden, dass der Begriff des „Inverkehrbringens“, den das deutsche Recht grundsätzlich aus Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU übernimmt, nicht nur die unmittelbare Abgabe eines Tabakerzeugnisses an den Verbraucher erfasst, sondern jede



Abgabe auf jeder Stufe der Lieferkette der Tabakerzeugnisse, vom Hersteller bis zur Verkaufsstelle (vgl. *Horst*, § 1 TabakerzG in *Sosnitza/Meisterernst* [Hrsg], Lebensmittelrecht, 186. Lfg. 2023, Rn. 19a). Daran anknüpfend bestimmt § 3 Abs. 1 des deutschen TabakerzG, dass die Wirtschaftsteilnehmer und Inhaber erster Verkaufsstellen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gleichermaßen verpflichtet sind sicherzustellen, dass nur Erzeugnisse in den Verkehr gebracht werden, die den Anforderungen dieses Gesetzes entsprechen.

34 Vergleichbare Regelungen fehlen im österreichischen Recht, welches sich auf die Umsetzung durch weitgehend wortidentische Übernahme der Begriffsbestimmung des Art. 2 Z 40 der Richtlinie 2014/40/EU in § 1 Z 2 TNRSG und des Verbotes des Inverkehrbringens des Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2014/40/EU in § 2 Abs. 1 Z 1 TNRSG beschränkt.

35 5.6. Da die Auslegung des Unionsrechts demnach nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. EuGH 6.10.1982, Rs. 283/81, *Srl C.I.L.F.I.T. u.a.*), wird die eingangs formulierte Frage dem Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorgelegt.

W i e n , am 17. November 2023

