

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 118/2015-25, G 131/2015-23, G 204/2015-19

3. Juli 2015

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein des verfassungsrechtlichen Mitarbeiters

Armin AHARI, LL.M. BSc. als Schriftführer,

über die Anträge 1. des ***** als Gesellschafter der ** **** *,
***** , **** ***** , 2. der *** ***** ,
***** , **** ***** , beide vertreten durch Oberhammer Rechtsanwält
te GmbH, Karlsplatz 3/1, 1010 Wien, 3. der ***** ***** *
***** * * * * * , ***** , ***** , vertreten
durch TELOS Law Group Winalek, Wutte-Lang, Nikodem, Hörlgasse 12,
1090 Wien, jeweils auf Aufhebung näher bezeichneter Bestimmungen und
Wortfolgen im Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. 830/1995 idF BGBl. I 105/2014,
als verfassungswidrig, nach der am 24. Juni 2015 durchgeführten öffentlichen
mündlichen Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters
und der Ausführungen des Vertreters des Erstantragstellers und der zweitantrag-
stellenden Gesellschaft Rechtsanwalt Mag. Kamen SIRAKOV (mit o. Univ.-Prof.
Dr. Bernd MAYER als Auskunftsperson) und des Vertreters der drittantragstellen-
den Gesellschaft Rechtsanwalt Dr. Thomas NIKODEM, LL.M. sowie der Vertreter
der Bundesregierung, MR Dr. Roland GRABNER, Dr. MMMag. Franz
KOPPENSTEINER, LL.M. und MR Dr. Franz PIETSCH, gemäß Art. 140 B-VG zu Recht
erkannt:

- I. Folgende Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem das Tabakmonopol
neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), BGBl. Nr.
830/1995, idF des 2. Abgabenänderungsgesetzes 2014, BGBl. I Nr. 105, wer-
den als verfassungswidrig aufgehoben:
 - in § 1 Abs. 1 die Wortfolge: "und die in Abs. 2a angeführten verwandten
Erzeugnisse";
 - § 1 Abs. 2a;
 - § 1 Abs. 2b;
 - § 1 Abs. 2c;
 - in § 5 Abs. 2 Satz 1 die Wortfolge: "und verwandten Erzeugnissen";
 - in § 5 Abs. 2 Satz 2 die Wortfolge: "und verwandten Erzeugnissen";

- der letzte Satz in § 5 Abs. 2: "Die entgeltliche Abgabe von verwandten Erzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet ist ausschließlich Tabaktrafikannten vorbehalten.";
 - § 5 Abs. 6;
 - in § 42 die Wortfolge: "Abs. 2 letzter Satz oder";
 - in § 47g Abs. 1 die Wortfolge: "§ 1 Abs. 2a bis 2c, § 5 Abs. 2 und 6 und § 42, jeweils".
- II. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- III. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.
- IV. Im Übrigen wird der Antrag zu G 204/2015 abgewiesen.
- V. Die zu G 118/2015 und G 131/2015 protokollierten Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung werden zurückgewiesen.
- VI. Der Bund (Bundesminister für Finanzen) ist schuldig, den Antragstellern zu G 118/2015 und zu G 131/2015 zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 3.357,60 bestimmten Prozesskosten und der antragstellenden Gesellschaft zu G 204/2015 zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 2.856,- bestimmten Prozesskosten jeweils binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

I. Antrag

1. Mit ihren zu G 118/2015 und G 131/2015 protokollierten, auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG gestützten Anträgen begehren der Erstantragsteller und die zweit Antragstellende Gesellschaft folgende Bestimmungen des Tabakmonopolgesetz-

1

zes 1996 (TabMG 1996), BGBl. 830/1995, idF des 2. Abgabenänderungsgesetzes 2014, BGBl. I Nr. 105, als verfassungswidrig aufzuheben:

"in § 1 Abs. 1 die Wortfolge: 'und die in Abs. 2a angeführten verwandten Erzeugnisse'; den gesamten § 1 Abs. 2a, den gesamten § 1 Abs. 2b, den gesamten § 1 Abs. 2c, in § 5 Abs. 2 Satz 1 die Wortfolge: 'und verwandten Erzeugnissen'; in § 5 Abs. 2 Satz 2 die Wortfolge: 'und verwandten Erzeugnissen'; den gesamten letzten Satz in § 5 Abs. 2: 'Die entgeltliche Abgabe von verwandten Erzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet ist ausschließlich Tabaktrafikanten vorbehalten.'; den gesamten § 5 Abs. 6; in § 42 die Wortfolge 'Abs. 2 letzter Satz oder'; in § 47g Abs. 1 die Wortfolge: '§ 1 Abs. 2a bis 2c, § 5 Abs. 2 und 6 und § 42, jeweils'."

in eventu

"in § 1 Abs. 2a Z 2 die Wortfolge: 'und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte'; in § 1 Abs. 2b die Wortfolge: 'oder nikotinfreien'; in § 1 Abs. 2c die Wortfolge: 'oder eine sonstige'."

2. Mit ihrem zu G 204/2015 protokollierten, auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG gestützten Antrag begehrt die drittantragstellende Gesellschaft

2

"[...] der Verfassungsgerichtshof möge:

1. § 1 Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'und die in Abs. 2a angeführten verwandten Erzeugnisse' als verfassungswidrig aufheben.

2. § 1 Abs. 2a Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

2.1. § 1 Abs. 2a Z 1 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

2.2. § 1 Abs. 2a Z 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2a Z 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte' und die Wortfolge 'die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden, und Nachfüllbehälter' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2a Z 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte' und die Wortfolge 'und Nachfüllbehälter' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2a Z 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder nicht aromatisierte' und die Wortfolge 'und Nachfüllbehälter' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2a Z 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'und Nachfüllbehälter' als verfassungswidrig aufheben.

3. § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder nikotinfreien' und die Wortfolge 'oder jeden Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks und des Gerätes ohne Kartusche oder Tank. Elektronische Zigaretten können Einwegprodukte oder mittels eines Nachfüllbehälters oder eines Tanks nachfüllbare Produkte sein oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden.' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

3.1. Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder jeden Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks und des Gerätes ohne Kartusche oder Tank' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder jeden Bestandteil dieses Produktes, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder jeden Bestandteil dieses Produkts,' als verfassungswidrig aufheben.

3.2. Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'Elektronische Zigaretten können Einwegprodukte oder mittels eines Nachfüllbehälters oder eines Tanks nachfüllbare Produkte sein oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden.' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder mittels eines Nachfüllbehälters oder eines Tanks nachfüllbare Produkte' und die Wortfolge 'oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2b Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder mittels eines Nachfüllbehälters oder eines Tanks nachfüllbare Produkte' als verfassungswidrig aufheben.

4. § 1 Abs. 2c Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 1 Abs. 2c Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'oder eine sonstige' als verfassungswidrig aufheben und

5. § 5 Abs. 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 5 Abs. 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBl. 830/1995, in der Fassung BGBl. I 105/2014, die Wortfolge 'und verwandten Erzeugnissen' des ersten Satzes und 'und verwandten Erzeugnissen' des zweiten Satzes und den dritten Satz 'Die entgeltliche Abgabe von verwandten Erzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet ist ausschließlich Tabaktrafikanten vorbehalten.' als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

5.1. Betreffend § 5 Abs. 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in

BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, die Wortfolge 'und verwandten Erzeugnissen' des ersten Satzes als verfassungswidrig aufheben.

5.2. Betreffend § 5 Abs. 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, die Wortfolge 'und verwandten Erzeugnissen' des zweiten Satzes als verfassungswidrig aufheben.

5.3. Betreffend § 5 Abs. 2 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, die Wortfolge 'Die entgeltliche Abgabe von verwandten Erzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet ist ausschließlich Tabaktrafikanten vorbehalten.' als verfassungswidrig aufheben.

6. § 5 Abs. 6 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

7. § 42 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 42 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, die Wortfolge 'Abs. 2 letzter Satz oder' als verfassungswidrig aufheben.

8. § 47g Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, als verfassungswidrig aufheben.

in eventu

Betreffend § 47g Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 – TabMG 1996), kundgemacht in BGBI. 830/1995, in der Fassung BGBI. I 105/2014, die Wortfolge '§ 1 Abs. 1, § 1 Abs. 2a bis 2c, § 5 Abs. 2 und 6 und § 42, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. I Nr. 105/2014, treten mit 1. Oktober 2015 in Kraft.' als verfassungswidrig aufheben."

II. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Zu den zu G 118/2015 und G 131/2015 protokollierten Anträgen wird begründend im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: 3

1.1. Der Erstantragsteller und die zweitantragstellende Gesellschaft würden seit geraumer Zeit elektrische Dampfgeräte, die als "elektronische Zigaretten" oder "elektronische Shishas" (folgend als "E-Zigaretten" bezeichnet) bekannt sind, samt Zubehör sowie die dazu gehörigen Flaschen, welche die zu verdampfenden Flüssigkeiten enthalten ("Liquids"), hauptsächlich an Privatkunden – die zweitantragstellende Gesellschaft auch an Fachhändler – vertreiben. Bei den Liquids 4

handle es sich um Flüssigkeiten, die Propylenglycol und/oder Glycerin als Trägerstoff, fünf bis zehn Prozent Wasser, einige Lebensmittelaromen und fallweise Nikotin enthielten. Die Liquids seien in den unterschiedlichsten Geschmacksrichtungen und Zusammensetzungen erhältlich. Es gebe auch zahlreiche Liquids, die kein Nikotin, sondern nur Geschmacksstoffe enthalten. Der Großteil der nachgefragten Liquids enthalte jedoch Nikotin. Die Antragsteller würden aber auch Einweg-E-Zigaretten verkaufen. Der Erstantragsteller ist Gesellschafter einer OG, die ca. 50 % ihres Umsatzes mit dem Verkauf von E-Zigaretten und mit dem Verkauf von Liquids weitere 50 % erwirtschaftete. Der Gewinn entfalle zu 25 % auf den Verkauf von E-Zigaretten und zu 75 % auf den Verkauf von Liquids. Die zweitantragstellende Gesellschaft erwirtschaftete 60 % ihres Umsatzes in einer Sparte durch E-Zigaretten und Liquids. Dieser werde zu ca. 63 % durch den Verkauf an Verbraucher und zu ca. 37 % mit dem Vertrieb an Fachhändler erwirtschaftet. Der Gewinn in dieser Produktparte entfalle zu ca. 20 % auf den Verkauf von E-Zigaretten und zu ca. 80 % auf den Verkauf von Liquids, da die Liquids eine höhere Gewinnspanne aufweisen würden. Die Produkte würden bei beiden Antragstellern größtenteils über einen Online-Shop vertrieben, wobei die OG auch ein Geschäftslokal besitze und betreibe.

1.2. Durch die Neuerungen des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl. I 830/1995, idF des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I 105/2014, die mit 1. Oktober 2015 in Kraft treten, werde das Tabakmonopol nun ausgedehnt und der Verkauf von nikotinhaltigen und nikotinfreien Liquids und (Einweg-)E-Zigaretten ausschließlich Tabaktrafikanten vorbehalten. Damit würde den Antragstellern lediglich der Verkauf von Dampfgeräten bleiben. Diese Situation sei vergleichbar mit einem Verkaufsverbot für Kaffee-Kapseln außerhalb eines Monopols. Die Kaffeemaschinen dürften zwar noch in Spezialgeschäften verkauft werden, die gewinnbringenden Kapseln dürften jedoch nicht mehr verkauft werden. Ein separates Verkaufsgeschäft nur für den Verkauf der Kaffeemaschinen sei wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll. Ähnlich verhalte es sich laut den Antragstellern mit dem Verkauf von Dampfgeräten für den Gebrauch von Liquids. Die Antragsteller behaupten durch die Gesetzeslage ab 1. Oktober 2015 in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt zu sein.

5

1.3. Zur Antragslegitimation und zu den Eingriffen in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte bringt der Erstantragsteller zu G 118/2015 Folgendes vor (Der Antrag zu G 131/2015 ist nahezu wortgleich mit G 118/2015, weswegen dahingehend auf die folgenden Ausführungen aus dem Antrag zu G 118/2015 verwiesen wird):

6

"4.1. Aktuelle und unmittelbare Betroffenheit in der Rechtsposition des Antragstellers

[...]

Die aktuelle Rechtsposition des Antragstellers verändert sich durch die bekämpften Bestimmungen gravierend zu seinem Nachteil.

Bisher war er berechtigt, als Gesellschafter und gewerberechtlicher Geschäftsführer der [...] OG sowohl E-Zigaretten (egal ob Einwegprodukte oder Produkte für die mehrmalige Verwendung) sowie Liquids (ohne Nikotin und mit Nikotin) an Kunden in Österreich zu verkaufen.

Die bekämpften Bestimmungen führen dazu, dass der Antragsteller ab 1. Oktober 2015 keine Einweg-E-Zigaretten und keinerlei Liquids mehr verkaufen darf. Der Verkauf von Liquids machte bisher aber rund die Hälfte seines Umsatzes und drei Viertel seines Gewinns aus und der Antragsteller rechnete damit, dass die Liquids in Zukunft den Großteil seines Umsatzes ausmachen würden. Der Antragsteller würde durch die bekämpften Bestimmungen seine wesentliche und gewinnbringende Geschäftsgrundlage verlieren und müsste sein Geschäft aufgeben.

Aktuell ist die nachteilige Auswirkung auf die Rechtsposition des Antragstellers aber schon jetzt, seine rechtliche Betroffenheit besteht nicht erst ab 1. Oktober 2015. Den Antragsteller trifft nämlich die unternehmensrechtliche Verpflichtung, als persönlich haftender Gesellschafter und Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Geschäftstätigkeit zu führen und auszurichten. Die Rechtsänderung zwingt ihn, schon jetzt zu reagieren und den größten Teil seines Sortiments und damit seiner Geschäftstätigkeit aufzugeben. Würde er auf das bereits normierte und bald in Kraft stehende Verbot nicht rechtzeitig – und das bedeutet angesichts der zu kurzen Legisvakanz: sofort – reagieren, wäre er in Kürze zahlungsunfähig und würde von seinen Gläubigern mit höchster Wahrscheinlichkeit wegen kridaträchtigen Handelns zur Verantwortung gezogen, wobei dem Antragsteller in dieser Hinsicht auch strafrechtliche Konsequenzen drohen. Daher liegt der Eingriff in die Rechtssphäre des Antragstellers, insbesondere in dessen Privatautonomie, schon jetzt vor, nicht erst wenn die Bestimmungen in Kraft getreten sind.

Die derzeitige Rechtsposition des Antragstellers würde durch die bekämpften Bestimmungen in gravierender Weise zu seinem Nachteil verändert werden. Er ist daher aktuell und unmittelbar in seinen Rechten betroffen.

Die bekämpften Bestimmungen betreffen den Antragsteller aktuell und unmittelbar, da sie sich gegen ihn richten und ihm den Verkauf von Einweg-E-Zigaretten und Liquids ex lege verbieten, weil der Antragsteller weder eine Konzession als Tabaktrafikanter innehat noch die Eröffnung eines solchen Geschäftszweiges beabsichtigt. Adressat der bekämpften Normen ist im Hinblick auf

die zentrale Bestimmung des § 1 Tabakmonopolgesetz jede Person oder Personengruppe, die beabsichtigt, ab dem 1. Oktober 2015 den Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen im Sinne des Abs. 2 oder den in Abs. 2a angeführten 'verwandten Erzeugnissen' im 'Monopolgebiet' Österreich weiterzubetreiben. Der Antragsteller ist im Hinblick auf seinen laufenden Handelsbetrieb für den Kleinhandel mit den 'verwandten Erzeugnissen' unmittelbar Normadressat, zumal ihm die Norm vorschreibt, zur Fortführung seines Handelsbetriebs die weiteren Bedingungen des Tabakmonopolgesetzes zu erfüllen oder widrigenfalls bestraft zu werden.

Doch selbst für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof zur Überzeugung gelangen sollte, dass der Antragsteller nicht unmittelbar Adressat der Norm ist, würde dies seine Antragslegitimation nicht negieren. Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht wird hier vorgebracht, dass auch eine Reflexwirkung der angefochtenen Normen die Antragslegitimation iSd Art. 140 B-VG auslöst, solange diese in die Rechtssphäre des Antragstellers und nicht bloß in dessen wirtschaftliche Sphäre eingreift.

Die Eigenschaft als Normadressat ist nicht unbedingt eine notwendige Voraussetzung für die unmittelbare Betroffenheit in der Rechtssphäre [...].

Die bekämpften Bestimmungen greifen unmittelbar in die Vertragsfreiheit und damit in die Rechtssphäre des Antragstellers als Inhaber eines Fachgeschäftes für E-Zigaretten und Liquids ein und werden für diesen ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung und ohne Erlassung eines Bescheides wirksam.

Ganz im Sinne des liberalen Abwehrcharakters der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechte gilt die Privatautonomie als Grundsatz durch die grundrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit geschützt.

Das dem Antragsteller durch Art. 5 StGG sowie durch Art. 1 1. ZP EMRK garantierte Recht ist zwar nicht schrankenlos gewährleistet, erfordert aber jedenfalls die sachliche Rechtfertigung einer gesetzlichen Beschränkung der Privatautonomie unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Weiters stellt die gegenständliche Einbeziehung 'verwandter Erzeugnisse' in das Tabakmonopol für den Antragsteller einen Eingriff in die durch Art. 6 StGG (im EMRK Regime ebenfalls Art. 1 1. ZP EMRK) geschützte Erwerbsfreiheit dar. Die sachlich nicht gerechtfertigte Ausweitung des Tabakmonopols auf die 'verwandten Erzeugnisse' verletzt schließlich das allgemeine Gebot der Sachlichkeit und damit das Recht des Antragstellers auf Gleichbehandlung vor dem Gesetz gemäß Art. 7 B-VG sowie Art. 2 StGG [...].

Voraussetzung für die Zulässigkeit ist, dass der Antragsteller in seiner rechtlichen Sphäre betroffen ist und nicht bloß faktische/wirtschaftliche Interessen berührt sind. Die betroffenen Rechte müssen nicht notwendigerweise verfassungsgesetzlich gewährleistet sein. Erst im Hinblick auf die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Normen müssen konkrete verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden. Im vorliegenden Fall begründen aber die Eingriffe in die Rechte des Antragstellers zugleich die Verfassungswidrigkeit der bekämpften Normen. Dieses Zusammenfallen von Eingriff in die Rechtssphäre und Verfassungswidrigkeit der bekämpften Normen ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrags nach Art. 140 B-VG, sie indiziert jedoch, dass der

vorliegende Individualantrag für den Antragsteller der einzige Weg ist, die aktuelle Verletzung seiner Rechte zu beseitigen.

Das Inkrafttreten der bekämpften Bestimmungen ist in der ebenfalls bekämpften und bereits in Kraft getretenen Bestimmung des § 47g Abs. 1 erster Satz des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, mit 1. Oktober 2015 vorgesehen.

Der Antragsteller ist bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung berechtigt, seinen Individualantrag auf Gesetzesprüfung zu stellen, da nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes in Fällen, in denen eine Regelung eine Berechtigung mit einem bestimmten künftigen Zeitpunkt zum Erlöschen bringt, mit der Antragstellung nicht bis zu dem Zeitpunkt gewartet werden muss, zu dem die Berechtigung kraft Gesetzes verloren geht [...]. Die bekämpften Bestimmungen würden genau dazu führen, dass der Antragsteller seine aufrechte Berechtigung zum Verkauf von Einweg-E-Zigaretten und Liquids mit Ablauf des 30. September 2015 ex lege verlieren würde. Es wäre dem Antragsteller daher unzumutbar, mit der Antragstellung auf Gesetzesprüfung bis zu dem Zeitpunkt zuzuwarten, zu dem er die Berechtigung kraft Gesetzes verliert.

4.2. Unzumutbarkeit der Erlangung eines Urteils oder Bescheides

Dem Antragsteller ist kein zumutbarer Rechtsweg eröffnet, die Normbedenken nach einem Verwaltungsverfahren oder aus Anlass eines Gerichtsverfahrens an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. Würde der Antragsteller über den 30. September 2015 hinaus Einweg-E-Zigaretten und/oder Liquids verkaufen, würde er gegen den bekämpften Bestandteil des § 42 des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014 (Wortfolge 'Abs. 2 letzter Satz oder') verstoßen und wäre daher nach dem Finanzstrafgesetz zu bestrafen. Der Verfassungsgerichtshof erachtet es als unzumutbar, eine strafbare Handlung zu setzen, um ein gerichtliches oder verwaltungsbehördliches Strafverfahren zu provozieren [...], oder auch nur rechtswidriges Verhalten zu provozieren [...], nur um in diesem die Verfassungswidrigkeit einer Norm einwenden zu können.

Ebenso unzumutbar ist der denkbare Einwand, der Antragsteller solle sich um eine Tabaktrafikanten-Konzession bemühen und im entsprechenden Verwaltungsverfahren dann die Bestimmungen als präjudiziell bekämpfen. Der Antragsteller beabsichtigt nicht, sein Geschäft auf den Kleinhandel mit Tabakwaren auszudehnen, er will allein seinen aufrechten und bisher zulässigen Handel mit E-Zigaretten und Liquids weiterführen. Es ist dem Antragsteller daher nicht zumutbar, eine Trafikanten-Konzession im Verwaltungsweg anzustreben, die er eigentlich gar nicht will, allein um einen möglichen Weg zum Verfassungsgerichtshof zur Bekämpfung der Normen zu finden. Dem entspricht die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach die Erlangung eines Feststellungsbescheides unzumutbar ist, wenn der einzige Zweck darin besteht, damit ein Mittel zu gewinnen, um die gegen ein Gesetz bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen [...].

Auch der Zivilrechtsweg eröffnet für den Antragsteller schließlich keine Möglichkeit, um die Verfassungswidrigkeit der bekämpften Bestimmungen durch den Verfassungsgerichtshof prüfen zu lassen."

1.4. Dem Erstantragsteller zufolge verletzen die angefochtenen Bestimmungen ihn in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichbehandlung aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG), auf die Freiheit der Erwerbstätigkeit (Art. 6 StGG) und auf die Unverletzlichkeit des Eigentums (Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK).

7

"Die geplante Einbeziehung von Einweg-E-Zigaretten und den in Mehrweg-E-Zigaretten zu verdampfenden Flüssigkeiten (Liquids) in das Tabakmonopolgesetz und das damit einhergehende Verbot des Verkaufs dieser Produkte außerhalb von Tabaktrafiken, stellt einen unsachlichen und nicht verhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des Antragstellers und aller anderen in Österreich bereits etablierten Händler dieser Produkte dar. Die bekämpften Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014 [...] sind aus diesem Grund verfassungswidrig.

Wie nachfolgend ausführlich dargelegt wird, liegt ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff vor. Die Einbeziehung von Einweg-E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopolgesetz (§ 1 Abs. 1, § 5 Abs. 2 und 6, § 42 und § 47g Abs. 1 der bekämpften Bestimmungen) und im Speziellen die Zuweisung des ausschließlichen Verkaufsrecht von Einweg-E-Zigaretten und Liquids an Tabaktrafikanen in § 5 Abs. 2 der bekämpften Bestimmungen, verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz, das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums. Schon die Definitionen der E-Zigaretten und Liquids im bekämpften § 1 Abs. 2a, 2b und 2c sind unsachlich und verstoßen gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die Übergangsfrist in § 47g Abs. 1 erster Satz ist zudem zu kurz bemessen und ist, im Übrigen auch weil sie sich auf verfassungswidrige Bestimmungen bezieht, ebenfalls als verfassungswidrig aufzuheben."

1.5. Zu Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG bringt der Erstantragsteller Folgendes vor:

8

"5.1.1. Zur unsachlichen Gleichbehandlung von (Einweg-)E-Zigaretten sowie (nikotinhaltigen und nikotinfreien) Liquids und Tabakerzeugnissen

Die Einbeziehung von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids als den Tabakerzeugnissen 'verwandte Erzeugnisse' in das Tabakmonopol ist sachlich nicht gerechtfertigt, da dadurch ungleiche Produkte rechtlich gleich behandelt werden. Die rechtliche Gleichbehandlung von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids mit den Tabakerzeugnissen berücksichtigt nicht die tatsächlichen Unterschiede dieser Produktgruppen.

5.1.1.1. Tabakprodukte iSd Tabakmonopols

Das österreichische Tabakmonopol ist ein Finanzmonopol und dient neben den Aufgaben der Einnahmenerzielung für den Bund und der Sicherung der Erhebung der Steuern auf Tabakwaren, einem besonders hoch versteuerten Produkt, auch

sozialpolitischen Zielen. Weiters soll das Einzelhandelsmonopol die Nahversorgung mit Tabakwaren und anderen wichtigen Dienstleistungen sicherstellen (vgl. Gesetzesmaterialien zum Tabakmonopolgesetz 1996, NR: IA 408/A AB 390 19. GP).

Nach der Intention des historischen Gesetzgebers sollen Monopolgegenstand nur Waren sein, die der harmonisierten Tabaksteuer unterliegen, sowie Kau- und Schnupftabake (vgl. Erläuterungen zu § 1 Tabakmonopolgesetz 1996, NR: IA 408/A AB 390 19. GP). Es sollten also nur Tabakerzeugnisse unter das Tabakmonopol fallen. Tabakwaren sind nach der Definition des § 2 Tabaksteuergesetz 1995 Zigaretten, Zigarren und Zigarillos und Rauchtobak (Feinschnitt für selbstgedrehte Zigaretten und anderer Rauchtobak). Laut § 1 Tabakgesetz ist ein 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.

Die Definitionen von Tabakerzeugnissen im Tabaksteuergesetz und im Tabakgesetz stellen somit grundlegend auf den Bestandteil 'Tabak' in diesen Produkten ab. Nach der Intention des historischen Gesetzgebers sollen nur Tabakerzeugnisse (die auch tatsächlich Tabak enthalten) in das Tabakmonopol einbezogen werden.

5.1.1.2. Nicht-Vergleichbarkeit von (Einweg-)E-Zigaretten/Liquids mit Tabakerzeugnissen

Nunmehr wurden im § 1 Abs. 2a, 2b, 2c Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, (Einweg-)E-Zigaretten und sämtliche Liquids (egal ob nikotinhaltig oder nicht) als den Tabakerzeugnissen 'verwandte Erzeugnisse' definiert. Diese Produkte sind jedoch tatsächlich nicht mit Tabakerzeugnissen vergleichbar, weshalb ihre Einbeziehung in das Tabakmonopolgesetz (außerhalb des Anwendungsbereiches des § 23 Tabakmonopolgesetz) gegen den Gleichheitssatz verstößt.

(Einweg-)E-Zigaretten sind elektrische Geräte, mit denen Flüssigkeiten verdampft werden können. Die allgemein bekannte Bezeichnung dieser Geräte als 'E-Zigaretten' ist auf die optische Ähnlichkeit von gewissen E-Zigaretten-Modellen (vor allem ältere Produkte und gewisse Einwegprodukte) mit Tabak-Zigaretten, sowie auf die auf den ersten Blick scheinbar ähnliche Verwendungsweise (oralen Gebrauch, Inhalieren) zurückzuführen. Die optische Ähnlichkeit von E-Zigaretten ist heute nur noch bei einigen Einweg-Produkten zu finden, die einen gelb gefärbten Tank (ähnlich dem Filter einer Tabakzigarette), einen weißen Akku (ähnlich dem Tabak-Körper einer Tabakzigarette) und an der Spitze eine Leuchtdiode, die das Glimmen einer Zigarette simuliert, aufweisen. Die heute am Markt erhältlichen E-Zigaretten für den langfristigen Gebrauch weisen hingegen keine optischen Ähnlichkeiten mit Tabakzigaretten auf [...].

Faktisch unterscheiden sich E-Zigaretten von Zigaretten jedoch nicht nur optisch, sondern vor allem aufgrund ihrer Funktionsweise und Inhaltsstoffe.

Zum einen ist die Funktionsweise unterschiedlich: beim Rauchen von Zigaretten werden Verbrennungsprozesse in Gang gesetzt, während bei den elektrisch betriebenen E-Zigaretten lediglich ein Verdampfen von Flüssigkeiten durch Erhitzen stattfindet. Viele der gesundheitsschädlichen Substanzen, die sich im

Tabakrauch einer Zigarette finden, entstehen erst durch den Verbrennungsvorgang, beispielsweise entsteht das giftige Kohlenmonoxid (CO) und das Rauchkondensat Teer erst beim Abbrennen einer Zigarette. Das Verdampfen von Liquids lässt hingegen kein Kohlenmonoxid entstehen und der Konsument nimmt auch keinen Teer auf. Eine E-Zigarette besteht aus einem Tankdepot, in welches die Liquids eingefüllt werden, einem Akku und einem elektrischen Vernebler, der die Flüssigkeit erhitzt - der so erzeugte Dampf wird vom Benutzer eingeatmet.

Zum anderen unterscheiden sich die Inhaltsstoffe grundlegend: Zigaretten enthalten als Hauptbestandteil Tabak, der beim Verbrennungsprozess mehr als 3.800 chemische Verbindungen freisetzt, von denen über 200 giftig und mindestens 40 krebserregend sind. E-Zigaretten werden hingegen mit Flüssigkeiten (Liquids) befüllt. Die Liquids sind in den unterschiedlichsten Variationen und Zusammensetzungen erhältlich, einige enthalten Nikotin, andere bloß Aromastoffe. Bei E-Zigaretten entsteht im Übrigen auch kein schädlicher 'Passiv-Dampf', da der entstehende Wasserdampf im Gegensatz zum Passivrauch einer Zigarette, keine für Dritte schädlichen Substanzen (zB Blei, Teer, Arsen, etc.) enthält.

Die E-Zigaretten, die vom Antragsteller für den langfristigen Gebrauch verkauft werden, weisen keine optischen Ähnlichkeiten mit Zigaretten auf. Auch die Zusammensetzung und Funktionsweise dieser E-Zigaretten unterscheidet sich wesentlich von der einer Zigarette. Aus diesen Gründen sind E-Zigaretten grundsätzlich nicht mit Zigaretten vergleichbar. Genauso gut könnten sonst 'Kaugummi-Zigaretten' oder 'Schokoladenzigaretten', die wie Zigaretten aussehen sollen, aufgrund ihrer 'optischen Ähnlichkeit' oder Inhaliergeräte, aufgrund ihrer 'ähnlichen Verwendungsweise' in das Tabakmonopol einbezogen werden.

Der Gesetzgeber definiert nicht nur in § 1 Abs. 2a Z 1 und § 1 Abs. 2b Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, die (Einweg-)E-Zigaretten fälschlicherweise als den Tabakerzeugnissen verwandte Produkte, sondern in § 1 Abs. 2a Z 2 Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, auch pauschal sämtliche 'nikotinhaltige und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte Flüssigkeiten, die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden, und Nachfüllbehälter'. In § 1 Abs. 2c Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, wird die Kartusche, welche die Liquids enthält, näher definiert:

'Der Ausdruck 'Nachfüllbehälter' im Sinne dieses Bundesgesetzes bezeichnet ein Behältnis, das eine nikotinhaltige oder eine sonstige Flüssigkeit enthält, die dafür vorgesehen ist, zum Nachfüllen elektronischer Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbarer Erzeugnisse mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verwendet zu werden.' In § 1 Abs. 2b Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, wird die E-Zigarette als 'Erzeugnis, das zum Konsum nikotinhaltigen oder nikotinfreien Dampfes mittels eines Mundstücks verwendet werden kann, oder jeden Be-

standteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks und des Gerätes ohne Kartusche oder Tank (...)’ definiert.

Die genannten Produkte (E-Zigaretten und Liquids in Kartuschen) haben allesamt nichts mit Tabak zu tun, ihr wesentlicher Vorteil ist gerade, dass kein Tabak in diesen Produkten enthalten ist und daher auch nicht konsumiert wird.

Wenngleich in einigen Liquids Nikotin enthalten ist, rechtfertigt dieser Umstand alleine noch keine Einbeziehung dieser Liquids in das Tabakmonopol. Nikotin ist nicht nur in der Tabakpflanze enthalten, sondern auch in anderen Nachtschattengewächsen. Darüber hinaus ist Nikotin nur einer von unzähligen weiteren Inhaltsstoffen der Tabakpflanze. Der Umstand, dass ein Inhaltsstoff (von vielen), der in Tabak vorkommt, auch in einem Liquid enthalten ist, begründet noch keine Vergleichbarkeit von nikotinhaltigen Liquids mit Tabakprodukten. Nikotin ist auch in zahlreichen weiteren Produkten enthalten, die ebenfalls nicht dem Tabakmonopol unterliegen und daher in Tabaktrafiken nicht verkauft werden dürfen (zB Nikotinkaugummis, Schädlingsbekämpfungsmittel, etc.). Die Einbeziehung von nikotinhaltigen Liquids in das Tabakmonopol entbehrt aus diesen Gründen der sachlichen Rechtfertigung, der Inhaltsstoff Nikotin alleine rechtfertigt keine Einbeziehung von nikotinhaltigen Liquids in das Tabakmonopol, da es sich bei nikotinhaltigen Liquids und Tabakerzeugnissen um grundverschiedene Produkte handelt. Noch weniger ist nachvollziehbar, warum sogar Liquids, die kein Nikotin enthalten, und (Einweg-)E-Zigaretten, mit denen diese Liquids verdampft werden können, in das Tabakmonopol einbezogen wurden. Bei diesen Produkten besteht nicht einmal irgendeine denkmögliche Ähnlichkeit zu Tabakprodukten, da sie nicht einmal das in den Tabakprodukten enthaltene Nikotin beinhalten. Nach dem Gesetzeswortlaut unterliegen beispielsweise auch Kartuschen, die reines Wasser mit Himbeeraroma (also Himbeersaft) enthalten, dem Tabakmonopol. Dies geht nach Meinung des Antragstellers zu weit und stellt eine unsachliche Gleichbehandlung und folglich auch eine unverhältnismäßige Beschränkung der Erwerbsfreiheit dar. Aus diesem Grund wird der Eventualantrag gestellt, dass jedenfalls die Wortfolgen 'und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte' in § 1 Abs. 2a Z 2, 'oder nikotinfreien' in § 1 Abs. 2b und 'oder eine sonstige' in § 1 Abs. 2c des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, als verfassungswidrig aufgehoben werden.

Der Gesetzgeber hat durch die Einbeziehung von Einweg-E-Zigaretten und Liquids gemäß der in § 1 Abs. 2a, 2b und 2c Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. Nr. 830/1995, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 29. Dezember 2014, BGBl. I Nr. 105/2014, vorgenommenen Definitionen nicht vergleichbare Produkte (Tabakerzeugnisse einerseits und Einweg-E-Zigaretten sowie Liquids andererseits) in unsachlicher Weise rechtlich gleich behandelt.

Ein weiterer grundlegender Unterschied, der vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt wurde, ist die unterschiedliche Konsumenten-Zielgruppe der beiden Produktarten. Zigaretten werden von Rauchern, E-Zigaretten und Liquids von Nicht-Rauchern gekauft. Die Verwendung beider Produktsorten parallel kommt in der Praxis nicht vor, was der Antragsteller aus eigener Kommunikation mit Kunden weiß.

Der Gleichheitssatz verbietet nicht nur Gleiches ungleich zu behandeln, sondern auch Ungleiches unsachlicherweise gleich zu behandeln. Wesentliche Unter-

schiede im Tatsächlichen müssen zu einer unterschiedlichen Regelung führen (Gebot der differenzierenden Regelung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte). Dies wurde vom Gesetzgeber jedoch nicht berücksichtigt, als er die bekämpften Bestimmungen beschloss und (Einweg-)E-Zigaretten und alle Liquids in den Anwendungsbereich des Tabakmonopolgesetzes als den Tabakerzeugnissen 'verwandte Erzeugnisse' mit einbezogen hat.

5.1.2. Zur unsachlichen Ungleichbehandlung von Tabaktrafikanten und Fachhändlern von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids

Durch die bekämpften Bestimmungen wird eine Monopolisierung des Verkaufs von Einweg-E-Zigaretten und Liquids zu Gunsten der Tabaktrafikanten und zum Nachteil des Antragstellers und der anderen etablierten Fachhändler vorgenommen. Tabaktrafikanten werden durch die bekämpften Bestimmungen, insbesondere durch § 5 Abs. 2, im Vergleich zu etablierten Fachhändlern von E-Zigaretten und Liquids ungleich behandelt und bevorzugt.

Bisher konnten (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids in Österreich frei von jedermann verkauft werden. Sowohl der Antragsteller als Fachhändler, als auch Tabaktrafikanten durften diese Produkte verkaufen.

Die bisher rechtlich zulässig hauptberuflich ausgeübte und exklusiv auf den Verkauf von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids beschränkte Tätigkeit des Antragstellers ist aufgrund der bekämpften Regelungen ab 1. Oktober 2015 zum Großteil nicht mehr zulässig und daher von ihm einzustellen. Faktisch wird ihm durch das Verkaufsverbot von Liquids nicht nur sein Kerngeschäft, mit dem er 75% seines Gewinnes erzielt, entzogen, sondern auch die verbleibende Tätigkeit des Verkaufs von wiederverwendbaren E-Zigaretten verunmöglicht, da die untrennbar zu diesen E-Zigaretten gehörenden Liquids nicht mehr von ihm verkauft werden dürfen und ungerechtfertigter Weise nur Tabaktrafikanten übertragen werden. Ihm wird daher die Geschäftsgrundlage gänzlich entzogen, während den Tabaktrafikanten auch weiterhin der Verkauf der wiederverwendbaren E-Zigaretten erlaubt bleibt.

Die erheblichen nachteiligen Folgen für den Antragsteller treten gleichermaßen auch für alle anderen auf Grund einer Gewerbeberechtigung rechtmäßig tätigen Fachhändler von E-Zigaretten und Liquids ein, da durch die bekämpften Regelungen jedermann, mit Ausnahme der Tabaktrafikanten, vom Verkauf dieser Produkte ausgeschlossen wird.

Die im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern gesetzlich vorgesehene Bevorzugung der Tabaktrafikanten im Tabakmonopolgesetz kann nicht sachlich begründet werden, aus diesem Grund ist die Ausweitung des Tabakmonopols durch die bekämpften Bestimmungen sachlich nicht gerechtfertigt.

Tabaktrafikanten sollen nach den Gesetzesmaterialien zum Tabakmonopolgesetz 1996 (vgl. NR: IA 408/A AB 390 19. GP) deshalb bevorzugt werden, weil Tabaktrafiken bevorzugt an Kriegsinvaliden bzw. Opferbefürsorgte, Empfänger von Hinterbliebenenrente oder –beihilfe nach dem Opferfürsorgegesetz, dem Kriegsopferversorgungsgesetz und dem Heeresversorgungsgesetz sowie begünstigte Behinderte nach dem Behinderteneinstellungsgesetz und gewisse Angehörige vergeben werden. Diese besonders schutzwürdigen Personen sollen durch den Betrieb von Tabaktrafiken eine Existenzgrundlage aufbauen können. Nach einer

Statistik der Monopolverwaltung GmbH waren im Jahr 2013 51,60% der Tabakfachgeschäftsinhaber in Österreich vorzugsberechtigte Personen [...].

48,4% der Tabakfachgeschäftsinhaber sind demnach keine bevorzugten Personen und mit den Fachhändlern für E-Zigaretten und Liquids uneingeschränkt vergleichbar. Tabaktrafikanter werden gesetzlich jedoch insgesamt bevorzugt, obwohl für etwa die Hälfte der Tabaktrafikanter eine gesetzliche Bevorzugung sozialpolitisch nicht begründbar und daher unsachlich ist.

Eine Ausweitung des Tabakmonopols und das damit einhergehende Verkaufsverbot von Einweg-E-Zigaretten und Liquids außerhalb von Tabaktrafikanter, entzieht dem Antragsteller seine in den letzten Jahren aufgebaute und derzeit bestehende wirtschaftliche Existenzgrundlage. Dies kann nicht sachlich begründet werden, dass vorzugsberechtigten ebenso wie nicht vorzugsberechtigten (und damit dem Antragsteller uneingeschränkt vergleichbaren) Tabaktrafikanter durch ein zusätzliches exklusives Verkaufsrecht eines weiteren Produkts, eine weitere Einkünftesteigerung ermöglicht wird (was im Übrigen durch die bekämpften Bestimmungen nicht einmal gesichert ist).

Im konkreten Fall zur Frage des Vorliegens einer sachlichen Rechtfertigung für die Erweiterung des exklusiven Verkaufsrechts für Tabaktrafikanter, ist eine sachliche Rechtfertigung auch keinesfalls gegeben, weil das gegenständliche exklusive Verkaufsrecht Nebenartikel zum Tabakmonopol (Einweg-E-Zigaretten und Liquids) betrifft.

Nach § 23 Tabakmonopolgesetz dürfen Inhaber von Tabaktrafikanter, bestimmte Waren als Nebenartikel verkaufen, sofern nach Art und Umfang dieser Tätigkeiten der Charakter eines Tabakfachgeschäftes gewahrt bleibt. Vor Beschließung der bekämpften Regelungen waren E-Zigaretten und nikotinhaltige oder nicht nikotinhaltige Liquids zur Verwendung in E-Zigaretten als von der Monopolverwaltung zugelassene Waren iSd § 23 Abs. 3 2. Satz definiert und durften daher von den Tabaktrafikanter als Nebenartikel verkauft werden. Nebenartikel sind aber schon definitionsgemäß und daher nach der Intention des Gesetzgebers und nach der offenbar von der Monopolverwaltung GmbH vorgenommenen Auslegung des § 23 Abs. 3 keine Tabakerzeugnisse, die das Kerngeschäft der Tabaktrafikanter bilden, sondern dürfen nur in untergeordnetem Ausmaß ergänzend verkauft werden.

Die Einbeziehung eines Nebenartikels in den Hauptanwendungsbereich des Tabakmonopolgesetzes, wie es vom Gesetzgeber nun mit der Beschließung der bekämpften Bestimmungen vollzogen wurde, überschreitet nach Meinung des Antragstellers den Ermessensspielraum des Gesetzgebers.

Wie in den Erläuterungen zum Tabakmonopolgesetz 1996 ausgeführt ist, muss im Zusammenhang mit dem Verkauf von sonstigen wichtigen Waren oder Dienstleistungen '(...) darauf Bedacht genommen werden, daß andere Einzelhändler nicht unzumutbar benachteiligt werden. Es ist daher der Kreis der Waren, mit der ein selbständiger Trafikant handeln darf, zu beschränken' (Gesetzesmaterialien zum Tabakmonopolgesetz 1996, NR: IA 408/A AB 390 19. GP).

Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers ist also in Hinblick auf die anderen Marktteilnehmer darauf zu achten, dass der Handel mit Nicht-Tabakwaren durch Tabaktrafikanter eingeschränkt bleibt. Dies wurde bei der Beschließung der bekämpften Bestimmungen vom Gesetzgeber jedoch nicht berücksichtigt und so wurde den Tabaktrafikanter in unsachlicher Weise und unter grober

Benachteiligung der etablierten Fachhändler, das exklusive Verkaufsrecht für Einweg-E-Zigaretten und Liquids zugewiesen, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung vorliegt.

Im Hinblick auf die gravierenden Nachteile für den Antragsteller und alle anderen etablierten Fachhändler, erweisen sich die bekämpften Regelungen als unsachlich und verstoßen gegen den Gleichheitsgrundsatz. Tabaktrafikanter werden durch die bekämpften Regelungen absichtlich (und durch ein ausgewiesenes Ziel in den Erläuterungen vgl. ErläutRV 360 BlgNR 25. GP, 28) und zum gravierenden Nachteil aller anderen, in unsachlicher und unverhältnismäßiger Weise bevorzugt.

Die vom Gesetzgeber gewollte Bevorzugung der Tabaktrafikanter gegenüber den Fachhändlern stellt eine unsachliche Ungleichbehandlung dar und verstößt daher gegen das Gleichheitsgebot, zumal es keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung dieser beiden Berufsgruppen gibt [...].

Es liegt keine ausreichende Rechtfertigung für einen derart schweren Grundrechtseingriff vor, da Tabaktrafikanter nach wie vor das exklusive Verkaufsrecht für Tabakprodukte zukommt, wodurch sie ohnehin eine Bevorzugung erfahren haben und ihre Existenz sichern können. Eine darüber hinaus gehende Ausweitung des Tabakmonopols zu ihren Gunsten, durch Überführen von Nebenprodukten aus dem Nebenartikelkatalog iSd § 23 in das Tabakmonopol, ist nicht gerechtfertigt. Der Vorteil, den die Tabaktrafikanter durch die bekämpften Regelungen erhalten (exklusives Verkaufsrecht für die Nicht-Tabak-Produkte Einweg-E-Zigaretten und Liquids), steht in keinem angemessenen Verhältnis zum Nachteil, den der Antragsteller und die Fachhändler erleiden, da sie durch das Verkaufsverbot praktisch ihre gesamte Geschäftsgrundlage verlieren und ihre bisher rechtmäßig ausgeübte Erwerbstätigkeit nicht mehr ausüben dürfen.

Sollte staatlicherseits die Einbeziehung der Nebenprodukte aus dem Nebenartikelkatalog iSd § 23 in das Tabakmonopol aus der RL/2014/40/EU und hier speziell mit dem Schutz der Gesundheit argumentiert werden, erweist sich diese Logik als inkonsistent. Unter der Zielgruppe des Antragstellers befinden sich auch – eigentlich sogar besonders viele – ehemalige Raucher, die anstatt Tabak nunmehr E-Zigaretten (sei es mit oder ohne Nikotin) konsumieren. Durch die Einbeziehung der E-Zigaretten in das Vertriebsmonopol der Trafikanter treibt der Gesetzgeber die ehemaligen Tabaksüchtigen gleichsam zurück zu ihren 'Dealern'. [...]"

1.6. Der Erstantragsteller behauptet, dass durch die knapp neunmonatige Übergangsfrist eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes vorliege, da diese zu gering sei.

9

1.7. Außerdem behauptet der Erstantragsteller durch die angefochtenen Rechtsvorschriften des Tabakmonopolgesetzes in seinem Recht auf Freiheit der Er-

10

werbsausübung (Art. 6 StGG) verletzt zu sein. In den Schutzbereich des Grundrechts werde eingegriffen, da

"der Antragsteller österreichischer Staatsbürger [ist] und seit mehr als 3 Jahren als selbständiger Verkäufer von E-Zigaretten und Liquids in Österreich über seine K[...]OG tätig [ist]. Mit den Einnahmen aus dieser Erwerbstätigkeit finanziert er den Lebensunterhalt für sich und seine Familie.

Durch die Einbeziehung von Einweg-E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopolgesetz wird in das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit des Antragstellers jedenfalls eingegriffen, da er die Liquids, die den Kern seiner Geschäftstätigkeit ausmachen, ab Inkrafttreten der bekämpften Bestimmungen, somit ab 1. Oktober 2015, nicht mehr verkaufen darf.

Der Eingriff in die Erwerbsfreiheit ist intentional, da die bekämpften Bestimmungen gerade auf die Beschränkung der Erwerbstätigkeit abzielen (erklärtes Ziel der bekämpften Bestimmungen ist, dass E-Zigaretten auf der Einzelhandelsstufe nur mehr von Tabaktrafikanten und Tabakverkaufsstellen gehandelt werden sollen; vgl. Vorblatt zur RV 360 BlgNR 25. GP, 4; Anmerkung: die Beschränkung auf Einweg-E-Zigaretten erfolgte erst zu einem späteren Zeitpunkt durch einen Abänderungsbeschluss des Nationalrates). Die bekämpften Bestimmungen bedeuten für den Antragsteller (sowie für jedermann, mit Ausnahme der Tabaktrafikanten) ein generelles Verkaufsverbot für sämtliche Liquids (sowohl nikotinhaltige, als auch nicht nikotinhaltige) und für Einweg-E-Zigaretten.

Darüber hinaus stellt die Einbeziehung dieser Produkte in das Tabakmonopol und die Zuweisung des ausschließlichen Verkaufsrecht an die Tabaktrafikanten auch eine generelle Zutrittsbeschränkung für die Allgemeinheit dar, weil sämtliche Liquids (sowohl nikotinhaltige, als auch nicht nikotinhaltige) und Einweg-E-Zigaretten ab 1. Oktober 2015 nur noch von Tabaktrafikanten verkauft werden dürfen und daher alle 'Nicht-Trafikanten' als potentielle Verkäufer dieser Produkte grundsätzlich ausschließt.

Durch die Einbeziehung von Liquids und Einweg-E-Zigaretten in das Tabakmonopol und die Zuweisung des ausschließlichen Verkaufsrechts an die Tabaktrafikanten, wurden Vorschriften geschaffen, die den Zugang zur Ausübung des Berufs des Fachhändlers für (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids generell verhindern.

Die bekämpften Bestimmungen werden bei einer realistischen Betrachtung nicht nur die Erwerbsausübung der bestehenden Fachhändler beschränken und den Erwerbsantritt für Nicht-Tabaktrafikanten verhindern, sondern es wird die bereits etablierte Berufssparte der Fachhändler für (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids gänzlich vernichtet werden. Mit der den Fachhändlern verbleibenden Berechtigung zum Verkauf von wiederverwendbaren E-Zigaretten, ohne die dazugehörigen Liquids, kann deren wesentliche Geschäftsgrundlage nicht aufrecht erhalten werden.

Gleichzeitig mit der Vernichtung der bereits etablierten Berufssparte, wird auch jedem potentiellen Interessenten der Einstieg in diesen Beruf verwehrt. Ein Interessent könnte Einweg-E-Zigaretten und Liquids zukünftig nur noch dann legal verkaufen, wenn er eine Tabaktrafik betreibt. Dann müssten neben den eigentlich gewünschten Produkten jedoch hauptsächlich Tabakerzeugnisse vertrieben werden, woran Fachhändler für E-Zigaretten und Liquids in aller Regel

gerade kein Interesse haben. Darüber hinaus erfolgt eine Bestellung zum Tabaktrafikanter nach den Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes einerseits nur aufgrund einer Bedarfsprüfung und andererseits unter Bevorzugung bestimmter Personengruppen. Daher ist es nicht für jedermann möglich, ohne weiteres eine Tabaktrafik zu eröffnen, um (auch) Einweg-E-Zigaretten und Liquids verkaufen zu können, es wurde somit mit den bekämpften Bestimmungen nicht nur ein Verkaufsverbot und daher eine Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit, sondern sogar eine objektive Zutrittsbeschränkung geschaffen, die die Erwerbsfreiheit im höchst möglichen Ausmaß einschränkt."

1.8. Der Eingriff sei nach Punkt 5.2.2. der Ausführungen des Erstantragstellers unverhältnismäßig. Gesetzliche Einschränkungen der Freiheit der Erwerbsausübung seien nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. Eine objektive Beschränkung des Erwerbsantritts durch Hürden, die der Betroffene nicht aus eigener Kraft überwinden kann, könne nur angemessen sein, wenn dafür besonders wichtige öffentliche Interessen sprechen würden und wenn keine Alternativen bestünden, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise, zu erreichen.

11

"5.2.2.1. Öffentliches Interesse

Wie in den Gesetzesmaterialien erläutert wird, sollen durch die '(...) Einbeziehung von Erzeugnissen, die den Tabakerzeugnissen verwandt sind, in das Tabak-einzelhandelsmonopol (...) gesundheitspolitische Ziele und Jugendschutzziele unterstützt werden (vgl. Vorblatt zur RV 360 BlgNR 25. GP, 4). Gemäß Vorblatt zur RV 360 BlgNR 25. GP, wird die Einbeziehung von elektronischen Zigaretten, E-Shishas und vergleichbaren Erzeugnissen in das Tabakmonopol als Maßnahme zur Umsetzung des Ziels 3 (Förderung der Gesundheitspolitik) dargestellt. Dazu wird in den Gesetzesmaterialien ausgeführt: 'Derzeit werden elektronische Zigaretten, E-Shishas und vergleichbare Erzeugnisse faktisch ohne Reglementierung und Aufsicht verkauft. Durch die Einbeziehung dieser den Tabakerzeugnissen ähnlichen Erzeugnissen in das Tabakeinzelhandelsmonopol soll eine Beaufsichtigung des Verkaufes dieser Produkte ermöglicht werden, was den Zielen der Gesundheitspolitik und des Jugendschutzes entspricht.' (Vorblatt zur RV 360 BlgNR 25. GP, 6).

Die Ziele der bekämpften Regelungen sind nach den Gesetzesmaterialien der Gesundheitsschutz und der Jugendschutz.

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage findet sich ein weiteres Ziel der bekämpften Regelungen, nämlich die 'Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikanter' (ErläutRV 360 BlgNR 25. GP, 28).

Ob nun die genannten Ziele im öffentlichen Interesse gelegen sind, ist in einem ersten Schritt zu prüfen.

Der Antragsteller führt dazu aus, dass die 'Förderung der Gesundheitspolitik' und der Jugendschutz grundsätzlich als im öffentlichen Interesse gelegene Ziele betrachtet werden können. Der Gesetzgeber hat jedoch keinerlei Bestimmungen erlassen, die konkret dem Gesundheits- oder Jugendschutz dienen (zB Altersbeschränkungen, Warnhinweise, besondere Vorschriften für die Herstellung von E-Zigaretten und Liquids, allfällige Beschränkungen bezüglich der Inhaltsstoffe der Liquids, etc.). Nach Meinung des Antragstellers sind die Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes daher nur vorgeschobene Ziele, die die Einbeziehung von E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopol rechtfertigen sollen. Aus den beschlossenen bekämpften Bestimmungen ist tatsächlich aber nur ein einziges Ziel ersichtlich, nämlich das Ziel der Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikan-ten.

Das Ziel der Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikan-ten ist aus Sicht des Antragstellers aber nicht im öffentlichen Interesse gelegen. Dem Interesse der Einkünftesicherung der Tabaktrafikan-ten steht auf gleicher Ebene das Interesse der seit Jahren in Österreich etablierten Fachhändler an der Sicherung ihrer eigenen Einkünfte und Existenzgrundlagen gegenüber. Es ist nicht ersichtlich, warum Tabaktrafikan-ten eine zusätzliche gesetzliche Bevorzugung gegenüber anderen Fachhändlern und das exklusive Recht zum Verkauf von Einweg-E-Zigaretten und Liquids erhalten sollten, zumal es sich bei diesen Produkten um keine Tabakerzeugnisse handelt. Das genannte Ziel verstößt daher gegen den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz, insbesondere da Tabaktrafikan-ten exklusiv eine Reihe anderer Produkte verkaufen dürfen (und damit ihre Einkünfte erzielen können), während die etablierten Fachhändler sich ausschließlich auf den Verkauf von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids spezialisiert haben, und bei einem Verkaufsverbot dieser Produkte ihre Geschäftsgrundlage verlieren.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes stellt der Schutz eines bestimmten Berufsstandes vor Konkurrenz kein Ziel dar, das im öffentlichen Interesse liegt [...].

[Der] Verfassungsgerichtshof [habe] zwar ausgeführt, dass die Sicherung eines Gebiets- und Existenzschutzes der Tabaktrafikan-ten im gesetzlichen System des Tabakwarenvertriebs ein grundsätzlich zulässiges, im öffentlichen Interesse gelegenes Ziel darstellt. Im zugrundeliegenden Sachverhalt ging es allerdings um den Preisaufschlag auf Tabakerzeugnisse beim Verkauf durch Gastgewerbetreibende.

Wie schon ausgeführt, werden durch das Tabakmonopol unter anderem auch sozialpolitische Ziele verfolgt: Bei der Vergabe von Tabaktrafiken werden behinderte Menschen bevorzugt. 'Diese Bevorzugung erfolgt aus Gründen der öffentlichen Fürsorge und ermöglicht diesem im wirtschaftlichen Leben benachteiligten Personenkreis oft die Gründung einer Existenz und die Ausübung eines Berufes' (Erläuterungen zum Tabakmonopolgesetz 1996, NR: IA 408/A AB 390 19. GP). Da aus den Erlösen der Tabaktrafik die wirtschaftliche Existenz des Inhabers gesichert werden soll, werden Tabaktrafikan-ten durch einen Gebietsschutz und das ausschließliche Verkaufsrecht von Tabakerzeugnissen im Rahmen des Anwendungsbereiches des Tabakmonopolgesetzes vor Konkurrenz geschützt.

Der Antragsteller anerkennt das öffentliche Interesse an einer Existenzsicherung für behinderte Menschen. Allerdings ist es Fakt, dass ca. die Hälfte der Tabaktrafikanter nicht behindert ist und dennoch durch das Tabakmonopol bevorzugt behandelt wird, was sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. Weiters bezieht sich der zulässige Konkurrenzschutz nur auf den Anwendungsbereich des Tabakmonopolgesetzes und den Verkauf von Tabakerzeugnissen. Wie bereits ausgeführt, sollen nach der Intention des historischen Gesetzgebers nur Tabakerzeugnisse vom Monopol umfasst sein und die Einbeziehung von anderen Nebenprodukten, wie E-Zigaretten und Liquids, stellt eine unzulässige, gleichheitswidrige Erweiterung des Tabakmonopols dar.

Aus diesem Grund muss bei der Prüfung des Vorliegens eines öffentlichen Interesses am Ziel der 'Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikanter' der allgemeine Grundsatz zur Anwendung kommen, dass der Schutz eines bestimmten Berufsstandes vor Konkurrenz kein Ziel darstellt, das im öffentlichen Interesse liegt. Tabaktrafikanter sind hinsichtlich von Produkten, die ihnen monopolrechtlich nicht zugewiesen sind (und auch nicht zugewiesen werden dürfen), nicht anders zu behandeln, als andere Berufsstände. Der besondere monopolrechtliche Schutz erstreckt sich nur auf das gesetzliche System des Tabakwarenvertriebs. Ein darüber hinaus gehender Konkurrenzschutz für Tabaktrafikanter, der auch andere Produkte (Nicht-Tabakwaren) erfasst, kann aus der Intention des historischen Gesetzgebers des Tabakmonopolgesetzes 1996 nicht abgeleitet werden.

Ein öffentliches Interesse an der Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikanter ist daher im Hinblick auf die bekämpften Bestimmungen nicht gegeben. Das Ziel der Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikanter liegt im konkreten Fall nicht im öffentlichen Interesse.

Andernfalls könnte man auch argumentieren, dass Tabaktrafikanter zukünftig ein exklusives Verkaufsrecht[s] an [...]Kaffee-Kapseln zukommen sollte, da diese Produkte gerade stark nachgefragt werden und die Zuweisung des exklusiven Verkaufsrecht an die Tabaktrafikanter zu deren Existenzsicherung beitragen könnte (obwohl koffeinhaltige Kaffee-Kapseln, ebenso wenig wie nikotinhaltige Liquids, sachlich dem Tabakmonopol zu unterwerfen sind, da es sich nicht um Tabakerzeugnisse handelt).

5.2.2.2. Geeignetheit der bekämpften Bestimmungen zur Zielerreichung

Als geeignete Maßnahme zur Zielerreichung hat der Gesetzgeber die Einbeziehung von, den Tabakerzeugnissen vermeintlich verwandten Erzeugnissen, in das Tabakmonopol und die Zuweisung des ausschließlichen Verkaufsrecht[s] an die Tabaktrafikanter angesehen, da dadurch 'eine Beaufsichtigung des Verkaufes dieser Produkte' erreicht werden könne (vgl. Vorblatt zur RV 360 BlgNR 25. GP, 6).

Zum Ziel des Gesundheitsschutzes führt der Antragsteller aus, dass der Gesundheitsschutz nur vorgeschoben wurde, um eine Rechtfertigung für das Gesetz zu schaffen. Der Gesetzgeber hat tatsächlich keinerlei Ausführungen zur – offenbar vermuteten – Gesundheitsgefährdungseignung von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids getätigt. Das Thema Gesundheitsschutz wurde im Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht ausreichend, diskutiert und wird in den Gesetzesmaterialien auch nicht näher erläutert. In diesem Zusammenhang wird

darauf hingewiesen, dass der Gesetzesvorschlag vom Finanzministerium (und nicht vom Gesundheitsministerium) erarbeitet wurde und im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der Finanzausschuss Bericht erstattete. Fragen der Gesundheitspolitik wurden überhaupt nicht diskutiert. Die Einbeziehung von Einweg-E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopol kann nicht als geeignete Maßnahme zur Förderung der Gesundheitspolitik angesehen werden, da allein mit dieser Maßnahme keine Veränderung gegenüber der aktuell bestehenden Situation bewirkt wird, denn die Zusammensetzung von E-Zigaretten und Liquids bleibt durch die gesetzliche Maßnahme unverändert bestehen. Ob der Konsument das Produkt nun in der Tabaktrafik oder bei einem Fachhändler kauft, ändert nichts an dessen Zusammensetzung und Wirkungsweise.

Weiters werden im bekämpften § 1 Abs. 2a Z 2 pauschal alle 'nikotinhaltige und sonstigen aromatisierte oder nicht aromatisierte Flüssigkeiten, die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden, und Nachfüllbehälter' (also die Liquids) dem Tabakmonopolgesetz unterworfen. Der Antragsteller bezweifelt, dass dieser Formulierung ein ausreichender Diskussionsprozess, insbesondere hinsichtlich einer allfälligen Gesundheitsgefährdungseignung von Liquids, vorausgegangen ist. Es ist überhaupt nicht ersichtlich, warum pauschal jede erdenkliche verdampfbare Flüssigkeit (aromatisiertes Wasser), egal welche Inhaltsstoffe sie enthält, als gesundheitsgefährdend eingestuft und aus diesem Grund in den Verantwortungsbereich der Tabaktrafikanten gelegt wird, zumal der Beitrag der Tabaktrafikanten zur Förderung des Gesundheitsschutzes nicht erkennbar ist.

Nach Meinung des Antragstellers sind (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids grundsätzlich nicht gesundheitsschädlich. Es gibt zahlreiche wissenschaftliche Studien, die dies belegen und die, bei einem tatsächlichen Interesse des Gesetzgebers am Gesundheitsschutz, im Gesetzgebungsprozess hätten diskutiert werden müssen. Der ausschließliche Verkauf von Einweg-E-Zigaretten und Liquids in Tabaktrafiken, macht die Produkte weder gesünder, noch weniger gesund. Wie die Einbeziehung dieser Produkte in das Tabakmonopol also zum Gesundheitsschutz beitragen soll, ist nicht erkennbar. Die Beaufsichtigung des Verkaufes dieser Produkte durch Tabaktrafikanten kann dem Gesundheitsschutz nicht dienen, die bekämpften Bestimmungen sind daher zur Erreichung des Zieles der Förderung der Gesundheitspolitik nicht geeignet.

Zum Ziel des Jugendschutzes merkt der Antragsteller an, dass er selbst seine Produkte nur an Personen über 18 Jahren verkauft, in Zweifelsfällen werden stets die Ausweise der Kunden kontrolliert. Der Verkauf ausschließlich an über 18-Jährige ist unter den Fachhändlern üblich, einige Fachhändler haben sich mittlerweile auch zu einem eigenen Verein zusammengeschlossen (Verein der Fachhändler zur Förderung der elektrischen Dampfgeräte), die Mitglieder haben sich freiwillig selbst verpflichtet, ihre Produkte ausschließlich an über 18-Jährige zu verkaufen.

Die Standesregeln der Tabaktrafikanten erlauben den Verkauf an Kunden bereits ab dem Alter von 16 Jahren. Insofern, stellen die Standesregeln der Tabaktrafikanten einen geringeren Jugendschutz gegenüber der gelebten Praxis der Fachhändler von Dampfgeräten dar.

Darüber hinaus gewährleistet ein Verkauf in Tabaktrafiken noch nicht eine faktische 'Beaufsichtigung des Verkaufes' von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids, zumindest nicht in einem größeren Ausmaß als in Geschäften von Fachhändlern, die diese Produkte exklusiv und daher mit der entsprechend größeren Expertise, verkaufen.

Der Antragsteller ist daher der Meinung, dass die bekämpften Regelungen auch nicht zur Erreichung des Zieles des Jugendschutzes geeignet sind.

Zum Ziel 'Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikanten', das nach Meinung des Antragstellers nicht im öffentlichen Interesse gelegen ist, wird angemerkt, dass die bekämpften Bestimmungen nicht zur Zielerreichung geeignet sind, da die (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids nur einen kleinen Bestandteil des in der Tabaktrafik erhältlichen Sortiments darstellen und für sich alleine nicht die Einkünfte der Tabaktrafikanten 'sichern' können. Aufgrund der üblicherweise kleinen Verkaufsflächen und begrenzten Lagerflächen in Tabaktrafiken haben die Tabaktrafikanten faktisch nicht einmal die Möglichkeit, eine große Auswahl an Liquids und (Einweg-)E-Zigaretten anzubieten.

5.2.2.3. Erforderlichkeit ('gelindestes Mittel')

Sollte der Verfassungsgerichtshof dennoch zu dem Schluss kommen, dass die Ziele im öffentlichen Interesse gelegen und die bekämpften Bestimmungen zur Zielerreichung geeignet sind, führt der Antragsteller folgendes zur Erforderlichkeit der bekämpften Bestimmungen aus:

Die Erweiterung des Tabakmonopols und das Verkaufsverbot von Einweg-E-Zigaretten und Liquids außerhalb von Tabaktrafiken durch die bekämpften Bestimmungen ist jedenfalls nicht das gelindeste Mittel zur Zielerreichung. Die Grundrechtsposition des Antragstellers wird durch die bekämpften Maßnahmen nicht im geringst möglichen Ausmaß, sondern unverhältnismäßig stark eingeschränkt, dem Gesetzgeber wären zahlreiche gelindere Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung gestanden.

Dem Gesetzgeber wären etwa mehrere Alternativen zur Verfügung gestanden, um den Gesundheits- und Jugendschutz hinsichtlich des Verkaufs von (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids zu gewährleisten und dabei weniger stark in die Grundrechte des Antragstellers einzugreifen.

So wäre zB eine bestimmte Kennzeichnungspflicht der Liquids oder eine genaue Auflistung der Inhaltsstoffe denkbar gewesen ('Banderolen-System'). Ein strenges Zulassungsverfahren für Liquids am österreichischen Markt hätte gesetzlich verankert werden können, um sicherzustellen, dass in Österreich nur 'nicht gesundheitsschädliche' Liquids verkauft werden, die bestimmte Inhaltsstoffe nicht oder nur in einem bestimmten Ausmaß enthalten dürfen. Oder es wäre die Aufnahme des Handels mit E-Zigaretten und Liquids in die Liste der reglementierten Gewerbe denkbar gewesen, wonach ein bestimmter Befähigungsnachweis für den Verkauf dieser Produkte zu erbringen wäre.

Eine weitere denkbare Maßnahme zur Sicherung des Jugendschutzes wäre die gesetzliche Verankerung eines Verkaufsverbotes für E-Zigaretten und Liquids an Personen unter 18 (oder 16) Jahren in Kombination mit entsprechenden Sanktionen bei einem Gesetzesverstoß. Der Gesetzgeber hat auch bei anderen Produkten keine Schwierigkeiten darin gesehen, ein generelles Abgabeverbot an Ju-

gendliche zu etablieren, das von der Allgemeinheit einzuhalten ist. ZB wird einer Kassiererin im Supermarkt zugetraut, dass sie keinen Alkohol an Jugendliche verkauft, ebenso müssen Verkäufer von Kinotickets die Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen kontrollieren.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass beispielsweise im Oberösterreichischen Jugendschutzgesetz 2001 in der geltenden Fassung bereits ein Abgabeverbot von E-Shishas und E-Zigaretten sowie Liquids an Jugendliche bis zum vollendeten 16. Lebensjahr verankert ist (vgl. § 8 Abs. 2 Oö. JSchG 2001). Bei einem Verstoß gegen dieses Gesetz, ist eine Geldstrafe bis zu EUR 7.000 vorgesehen, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen (vgl. § 12 Abs. 1 Z 3 Oö. JSchG 2001). Diese Maßnahme gilt für alle gleichermaßen (sowohl für Tabaktrafikanter als auch für Fachhändler, die E-Zigaretten und Liquids verkaufen) und kann als Beispiel für ein angemessenes und gelinderes Mittel zur Sicherung des Jugendschutzes genannt werden. Sie greift, im Gegensatz zur Zuweisung des ausschließlichen Verkaufsrecht[s] von Einweg-E-Zigaretten und Liquids an Tabaktrafikanter, nicht in unverhältnismäßiger Weise in die Grundrechte des Antragstellers und der anderen bereits etablierten Fachhändler ein.

Wollte man den Tabaktrafikanter die Einkünfte sichern, wären dafür ebenfalls gelindere Mittel möglich gewesen, beispielsweise die Preisspannen bei den zu verkaufenden Tabakerzeugnissen zu erhöhen. Dass einer ganzen Berufssparte ihr Kerngeschäft (Verkauf von Liquids) und damit faktisch die Berufsberechtigung entzogen wird, stellt jedenfalls nicht das gelindeste Mittel zur Zielerreichung dar.

5.2.2.4. Adäquanz

Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe, führt zu dem Ergebnis, dass der Grundrechtseingriff unverhältnismäßig ist.

Durch die bekämpften Bestimmungen wird ein Geschäftszweig, der seit Jahren frei ausgeübt werden konnte, monopolisiert. Eine Ausweitung des Tabakmonopols unter Einbeziehung von Produkten, die mit Tabakerzeugnissen überhaupt nicht vergleichbar sind, ist nicht gerechtfertigt, der Gesetzgeber hat seinen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum dabei wohl überschritten und überschießende Regelungen im Hinblick auf die Zielerreichung gefasst.

Eine Monopolisierung stellt eine strenge Reglementierung und damit einen sehr schweren Eingriff in die Erwerbsfreiheit dar, die durch das Monopol praktisch ausgeschlossen wird. Die Gründe für die Einbeziehung neuer Produkte in das Monopol müssten daher umso schwerer wiegen. Als Grund wird einerseits die 'Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikanter' angeführt, ohne dabei zu berücksichtigen, dass den Interessen der Tabaktrafikanter, die (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids bereits unter dem bisher bestehenden Rechtssystem verkaufen durften, die berechtigten Interessen der seit Jahren etablierten Fachhändler gegenüber stehen, denen durch ein gänzlich Verbot der Kern ihrer Erwerbsausübung völlig entzogen wird. Die Schwere dieses Grundrechtseingriffes kann auch nicht mit den vorgeschobenen und vom Gesetzgeber unzureichend ausgeführten Gründen des 'Gesundheits- und Jugendschutzes' gerechtfertigt werden, da diese Ziele in einer gleich wirksamen, aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise mit gelinderen Mitteln erreicht werden können."

1.9. Des Weiteren liege laut Erstantragsteller auch eine Verletzung des Rechts auf Unversehrtheit des Eigentums (Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK) vor. Der Erstantragsteller sei seit drei Jahren ein etablierter Händler in der E-Zigaretten- und Liquids-Branche. Besonders die Einbeziehung der Liquids in das Tabakmonopol würde einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht darstellen. Dadurch würden nämlich 75 % seines Gewinns entfallen. Der Erstantragsteller dürfe durch das Verkaufsverbot keine Kaufverträge mehr über Liquids abschließen, wodurch in die Privatautonomie eingegriffen werde. Die potentiell geringere Auswahl an Liquids durch den ausschließlichen Verkauf von Tabaktrafikanten würde das Interesse der Kunden an dem Produkt der E-Zigarette schmälern. Dadurch sei auch der restliche Gewinn durch Dampfgeräte gefährdet und der Erstantragsteller würde aller Voraussicht nach sein Geschäft ganz schließen müssen. Jedenfalls müsste er durch den sicheren Gewinnverlust sein Geschäft erheblich verkleinern oder sogar zusperren. Das allein stelle einen schweren Eingriff in das Eigentumsrecht des Erstantragstellers dar. Bezüglich der Verhältnismäßigkeit verweist der Erstantragsteller im Wesentlichen auf die Ausführungen zur Freiheit der Erwerbsausübung (Art. 6 StGG). Zur Adäquanz bringt der Erstantragsteller vor, dass die Privatautonomie der Wirtschaftstreibenden, insbesondere das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge, durch das Monopol in einer kaum vergleichbaren Weise sehr stark eingeschränkt und das Eingehen privatrechtlicher Verträge über Monopolprodukte völlig ausgeschlossen werde.

1.10. Aus all diesen Gründen sieht der Erstantragsteller zu G 118/2015 die angefochtenen Bestimmungen als verfassungswidrig an und beantragt deren Aufhebung.

1.11. Beide Antragsteller behaupten, dass die Frist bis zum Inkrafttreten der bekämpften Bestimmungen am 1. Oktober 2015 zu kurz sei und beantragen deshalb gemäß § 85 VfGG die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung, damit das Inkrafttreten bis zur endgültigen Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes aufgeschoben werde. Im Hinblick auf die behaupteten unionsrechtlichen Dimensionen des Antrages (Grundrechte-Charta und 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, ABl.

2014 L 127, 1) wird von den Antragstellern zugleich ein "Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz im Sinne des § 20a VfGG" gestellt.

2. Zu dem zu G 204/2015 protokollierten Antrag wird im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: 15

2.1. Die drittantragstellende Gesellschaft betreibe ein Unternehmen, welches E-Zigaretten, Zubehör und Liquids verkaufe. Diese Waren seien die einzigen, welche von der antragstellenden Gesellschaft gehandelt werden. 16

2.2. Die drittantragstellende Gesellschaft bringt zur Begründung der Zulässigkeit ähnliches vor wie die Antragsteller zu G 118/2015 und G 131/2015. 17

2.3. Zur Sache führt die drittantragstellende Gesellschaft Folgendes aus: 18

"III. Beschwerdebehauptung und Begründung:

Die § 1 Abs. 1, Abs. 2a bis 2c, § 5 Abs. 2, Abs. 6, § 42, § 47g Abs. 1 Tabakmonopolgesetz in der Fassung BGBl. I 105/2014 verletzen die Antragstellerin unmittelbar durch ihre Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten. Konkret ist das angefochtene Gesetz aus den folgenden Gründen verfassungswidrig:

1. Zu unbestimmte Formulierung des § 1 Abs. 2a, Abs. 2b sowie Abs. 2c Tabakmonopolgesetz:

Art. 18 B-VG impliziert die Verpflichtung des Gesetzgebers, das Handeln der Verwaltung inhaltlich hinreichend zu determinieren. Gesetzliche Regelungen die zu unbestimmt sind oder in anderer Weise das Handeln der Verwaltungsorgane nicht hinreichend genau bestimmen, sondern diesen einen zu großen Spielraum belassen, sind daher verfassungswidrig.

Insbesondere Bestimmungen, die eine (verwaltungs)strafrechtliche Verantwortung festlegen – wie im gegenständlichen Fall – haben den Tatbestand, wann diese verwirklicht werden, genauestens zu umschreiben, damit sich die Normunterworfenen rechtskonform verhalten können, was jedoch bei den bekämpften Bestimmungen nicht der Fall ist, wie gezeigt wird.

Über den Verweis § 42 iVm § 5 Abs. 2 Tabakmonopolgesetz stellt der Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen durch Nicht-Trafikanten eine Finanzordnungswidrigkeit dar und nach § 51 Abs. 2 Finanzstrafgesetz ist er ebenfalls zu bestrafen.

Gemäß § 1 Abs. 2a Tabakmonopolgesetz sind verwandte Erzeugnisse im Sinne dieses Bundesgesetzes:

1. Elektronische Zigaretten, einschließlich E-Shishas und vergleichbare Erzeugnisse mit derselben Funktions- und Wirkungsweise, sofern es sich um Einwegprodukte handelt.

2. Nikotinhaltige und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte Flüssigkeiten, die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder

vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden, und Nachfüllbehälter.

In § 1 Abs. 2b Tabakmonopolgesetz ist der Begriff 'elektronische Zigarette' definiert:

'Der Ausdruck 'elektronische Zigarette' im Sinne dieses Bundesgesetzes bezeichnet ein Erzeugnis, das zum Konsum nikotinhaltigen oder nikotinfreien Dampfes mittels eines Mundstücks verwendet werden kann, oder jeden Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks und des Gerätes ohne Kartusche oder Tank. Elektronische Zigaretten können Einwegprodukte oder mittels eines Nachfüllbehälters oder eines Tanks nachfüllbare Produkte sein oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden.'

Die Formulierung des Abs. 2a Z 1 ist so unklar, dass nicht nachvollziehbar ist, inwiefern elektronische Zigaretten vom Tabakmonopolgesetz umfasst sein sollen. Aus rein grammatikalischer Sicht gilt, dass der Bereich zwischen den Beistrichen eine Einfügung in den Satz, der aus den Worten vor dem ersten und den Worten nach dem zweiten Beistrich besteht, darstellt. Das heißt, dass neben elektronischen Zigaretten auch E-Shishas und vergleichbare Erzeugnisse gemeint sind. Der dritte Teilsatz 'sofern es sich um Einwegprodukte handelt' muss sich daher auf elektronische Zigaretten und durch die Einfügung zwischen den Beistrichen auch auf E-Shishas und vergleichbare Erzeugnisse beziehen. Dies bedeutet, dass ausschließlich elektronische Zigaretten vom Tabakmonopolgesetz umfasst sind, wenn es sich um Einwegprodukte handelt (das gilt auch für E-Shishas und vergleichbare Erzeugnisse). Unklar ist jedoch, ob dies vom Gesetzgeber tatsächlich auch so gemeint ist, wobei die Formulierung aus grammatikalischer Sicht dafür spricht.

Eine elektronische Zigarette soll gemäß § 1 Abs. 2b Tabakmonopolgesetz ein Erzeugnis sein, das zum Konsum nikotinhaltigen oder nikotinfreien Dampfens mittels Mundstücks verwendet werden kann oder jeder Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks und des Geräts ohne Kartusche oder Tank. Es wird mit der Definition der elektronischen Zigarette nicht darauf eingegangen, dass eine solche überhaupt eine Elektronik enthalten muss. Im Gegenteil, die Formulierung ist viel weiter gefasst. In keiner Weise ist aber ausgeführt, wie eine solche elektronische Zigarette ausgestaltet sein muss. Stattdessen aber wird angeführt, dass auch jeder Bestandteil einer elektronischen Zigarette vom Ausdruck 'elektronische Zigarette' umfasst ist. Das führt dazu, dass letztendlich jeder einzelne Bestandteil einer elektronischen Zigarette (Drähte, Batterien, Akkus, Knöpfe zur Bedienung, etc.) den Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes unterliegt. Da dies nicht vom Gesetzgeber gewollt sein kann, ist für den Gesetzesanwender nicht nachvollziehbar, was tatsächlich mit dem Ausdruck 'elektronische Zigarette' gemeint ist.

§ 1 Abs. 2a Z 2 Tabakmonopolgesetz ist zu unbestimmt formuliert, da die Formulierung vollkommen offen lässt, um welche Flüssigkeiten es sich handelt und somit auch eine Vielzahl an Flüssigkeiten erfasst sein könnten, die grundsätzlich nicht dem Tabakmonopolgesetz unterliegen sollen, da sie vor allem für andere Zwecke vorgesehen sind, als in elektronischen Zigaretten verdampft zu werden. Es wird nicht dargelegt, dass von Z 2 ausschließlich die Endprodukte (Liquids)

erfasst sein sollen, die unmittelbar zum Verdampfen bestimmt sind. Somit umfasst die Z 2 auch sämtliche Flüssigkeiten, die erst durch Verarbeitung/Vermengung/Vermischung zu Flüssigkeiten werden, die man in E-Zigaretten verdampft. Streng genommen wird durch die bestehende Formulierung auch Wasser vom Tabakmonopol umfasst. Die Definition der Flüssigkeiten stellt die Normenwender vor eine unlösbare Aufgabe, nämlich den Geltungsbereich der gegenständlichen Normen zu erfassen und sich dementsprechend zu verhalten. Auch der Begriff Nachfüllbehälter samt seiner Definition ist nicht konkret genug: Nachfüllbehälter ist gemäß § 1 Abs. 2c Tabakmonopolgesetz ein Behältnis, das eine nikotinhaltige oder sonstige Flüssigkeit enthält, die dafür vorgesehen ist, zum Nachfüllen elektronischer Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbarer Erzeugnisse mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verwendet zu werden. Diese Bestimmung ist nicht konkret genug. Unklar ist, ob mit Nachfüllbehälter nur solche Nachfüllbehälter gemeint sind, die der Endverbraucher verwendet, um darin Liquids aufzubewahren, welche er in E-Zigaretten, etc. füllt, oder ob damit auch Großbehältnisse mit zig Litern Liquids als Inhalt erfasst sein sollen.

All die genannten Bestimmungen sind daher als verfassungswidrig aufzuheben. Durch die Aufhebung dieser Bestimmungen wird auch § 5 Abs. 2 Tabakmonopolgesetz idF BGBl. I 105/2014 zu unbestimmt und damit verfassungswidrig, da die verwandten Erzeugnisse nicht mehr definiert sind. Durch die Verweise in den §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 6, 42, 47g Tabakmonopolgesetz auf den Begriff Verwandte Erzeugnisse bzw. auf die oben genannten verfassungswidrigen Bestimmungen die aufzuheben sind, werden auch die §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 6, 42, 47g Tabakmonopolgesetz zu unbestimmt im Sinne der obigen Ausführungen und damit verfassungswidrig.

2. Verletzung des Gleichheitssatzes durch die bekämpften Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes:

A. Allgemeines

[...]

Dem Gesetzgeber ist nur die unsachliche Ungleichbehandlung verwehrt.

Ungleichbehandlungen sind sachlich gerechtfertigt, wenn sie auf einem vernünftigen Grund beruhen und dieser verhältnismäßig ist (*Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72). Die Unterschiede der jeweils betroffenen Sachverhalte müssen wesentlich sein, um eine Differenzierung zu rechtfertigen (*Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs. 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 14). Die Beeinträchtigung einer bestimmten Gruppe durch die Differenzierung ist mit dem sachlichen Interesse der Differenzierung zu vergleichen (*Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs. 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 14 und *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72). Die verwendeten Mittel zur Erreichung des Ziels müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein (*Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs. 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 15).

Mit den bekämpften Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes idF BGBl. I 105/2014 wird gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, da Ungleichbehandlungen erfolgen, die nicht sachlich gerechtfertigt sind. Diese Verfassungswidrigkeit bezieht sich auf sämtliche der bekämpften Bestimmungen, da sie alle sich auf verwandte Erzeugnisse beziehen – diese Einbeziehung und deren Definition führt letztendlich zur Verfassungswidrigkeit – und in einem engen Zusammenhang stehen:

B. Rein innerstaatlich bezogene Verletzung des Gleichheitssatzes

Der Handel mit Waren unterliegt generell der Gewerbeordnung. Dies gilt für diverse Elektronikartikel wie auch für viele andere Waren und insbesondere Flüssigkeiten.

Mit den angefochtenen Bestimmungen sollen E-Zigaretten unabhängig einer Befüllung mit einem Nikotin(Liquid) verboten werden. Für die Einbeziehung von E-Zigaretten in das Tabakmonopol und damit die Unterwerfung einer Handelsbeschränkung bestehen keine sachlich gerechtfertigten Grundlagen.

Von der E-Zigarette an sich geht keinesfalls Gefahrenpotential aus, da diese für sich allein kein Suchtpotential in sich birgt, handelt es sich doch nur um einen Gegenstand, der ohne Liquids nicht betrieben werden kann. Weder der Gesundheitsschutz noch der Jugendschutz kann daher die geschaffene Ungleichbehandlung von E-Zigaretten mit anderen Elektroartikeln sachlich rechtfertigen. Ein Verbot des Verkaufes der E-Zigarette ist daher gleichheitswidrig, da ungleiche Sachverhalte ungerechtfertigter Weise gleich geregelt werden. Gerade mehrfach verwendbare E-Zigaretten können ohne Liquid kein Gefährdungspotential in sich bergen. Dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht aber auch die Einbeziehung von Flüssigkeiten, die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten verdampft zu werden (Liquids) in das Tabakmonopol. Die offene Formulierung [...] führt dazu, dass auch Flüssigkeiten vom Tabakmonopol umfasst sind, welche bloßer Bestandteil von Liquids sind, bisher keinen besonderen Handelsbeschränkungen unterworfen waren und keine gesundheitsgefährdende Wirkung haben oder sonstige Eigenschaften aufweisen, die eine Sonderregelung erforderlich machen und sachlich rechtfertigen.

Aber auch die Einbeziehung der Endprodukte in das Tabakmonopolgesetz ist nicht sachlich gerechtfertigt und stellt einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar. Gesundheitsgefährdete Wirkungen dieser Endprodukte sind nicht nachgewiesen. Dies gilt insbesondere für nicht nikotinhaltige Liquids. Selbst für den Fall, dass sie eine die Gesundheit gefährdende oder beeinträchtigende Wirkung hätten – was für nikotinfreie Liquids keinesfalls gilt –, wäre die Schaffung bzw. Einbeziehung in ein Monopol überschießend und ungerechtfertigt.

Diese Gleichbehandlung mit herkömmlichen Tabakwaren, obwohl zwischen diesen Produkten Unterschiede im Tatsächlichen vorhanden sind, entspricht keinem öffentlichen Interesse, ist sachlich nicht gerechtfertigt und inadäquat.

Die durch das Tabakmonopolgesetz in der bekämpften Fassung geschaffenen Beschränkungen in einem Bereich, welcher bisher auf Grund der Gewerbeordnung ausgeübt werden durfte, zeitigt besonders nachteilige Folgen.

Die getroffenen Regelungen stellen keinesfalls das gelindeste Mittel zur Verfolgung öffentlicher Ziele dar. Vor allem ein Verbot von mehrfach verwendbaren E-

Zigaretten, kann nicht das gelindeste Mittel darstellen, da sie kein Suchtpotential aufweisen. Das gelindeste Mittel wäre das Schaffen von gewissen technischen Standards oder von Standards betreffend die Flüssigkeiten die verdampft werden.

[...]

3. Verletzung des Grundrechts auf Eigentum:

Auch das Grundrecht auf Eigentum gemäß Artikel 5 StGG und Artikel 1 1. Zusatzprotokoll der europäischen Menschenrechtskonvention als Jedermanns-Recht ist verletzt. Es soll entsprechend der ständigen Judikatur die Privatautonomie, somit das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge, schützen. Das Vertragsgeschäft über ein Verkaufsgeschäft verwandter Erzeugnisse im Sinne des § 1 Abs. 2a Tabakmonopolgesetz in der bekämpften Fassung (BGBl. I 105/2014) fällt somit zweifelsfrei in den Schutzbereich. Mit § 5 Abs. 2 iVm § 42 Tabakmonopolgesetz in der bekämpften Fassung wird der Vertragsabschluss über die Kaufgeschäfte betreffend verwandte Erzeugnisse unter Strafe gestellt. Somit handelt es sich um einen exzessiven, dem Wesensgehalt des Grundrechts auf Eigentum verletzenden Eingriff. Diese Verfassungswidrigkeit bezieht sich auf sämtliche der bekämpften Bestimmungen, da sie alle sich auf verwandte Erzeugnisse beziehen - diese Einbeziehung und deren Definition führt letztendlich zur Verfassungswidrigkeit - und in einem engen Zusammenhang stehen. Ein Rechtfertigungsgrund liegt nicht vor. Ein Ziel, das mit dem Tabakmonopolgesetz in der Fassung BGBl. I 105/2014 verfolgt wird und besser verfolgt werden kann, als mit gelinderen gesetzlichen Maßnahmen, liegt nicht vor und ist auch dem Gesetz selbst und den Materialien nicht zu entnehmen.

Zwar schiebt der Gesetzgeber den Jugend- und Gesundheitsschutz vor, doch können diese Interessen auch mit gelinderen Mitteln erreicht werden. Dem Tabakmonopolgesetz in der bekämpften Fassung sind keinerlei Anforderungen an verwandte Erzeugnisse zu entnehmen, die einen Vorteil der bisherigen und aktuell in Kraft befindlichen Bestimmungen gegenüber den bekämpften Bestimmungen im Sinne der Wahrung des Jugend- und Gesundheitsschutzes schaffen. Somit sehen die bekämpften Regelungen nicht nur keine Qualitätsstandards für verwandte Erzeugnisse vor, sondern sind definitiv nicht geeignet, die Ziele Jugend- und Verbraucherschutz zu erreichen. Dies hat insbesondere auch einen 'praktischen' Grund:

Tabaktrafikanter sind bereits jetzt aufgrund des Nebenartikelkatalogs berechtigt, E-Zigaretten und sonstige den Tabakprodukten verwandte Erzeugnisse zum Verkauf anzubieten. Dennoch führt lediglich ein äußerst geringer Anteil der Tabaktrafiken solche verwandte Erzeugnisse. Dies unabhängig vom bestehenden Markt für diese verwandten Erzeugnisse. Zwar existieren auch nicht besonders viele Geschäfte, welche verwandte Erzeugnisse zum Kauf anbieten, doch versorgen diese den gegenständlichen Markt in einem notwendigen Ausmaß, um einen Schwarzmarkt zu vermeiden, welcher durch die mit der bekämpften Fassung des Tabakmonopolgesetzes vorgesehenen und bekämpften Handelsbeschränkungen geschaffen wird. Da die Tabaktrafikanter kein besonderes Interesse an der Veräußerung der verwandten Erzeugnisse haben und durch das Verbot des freien Verkaufs der Erhalt von verwandten Erzeugnissen für Verbraucher sehr stark beeinträchtigt wird, führt dies unweigerlich zum Entstehen eines nationalen Schwarzmarktes und auch dazu, dass verwandte Erzeugnisse aus dem Aus-

land angeschafft werden. Zu erwarten ist, dass die dortige Herstellung und Produktion keinen adäquaten Beaufsichtigungen und gesetzlichen Grundlagen unterliegt. Der Gesetzgeber nimmt sich mit dieser Maßnahme die Schaffung von Qualitätsstandards sowie einer angemessenen Aufsicht über den Handel mit verwandten Erzeugnissen. Weiters ist den bestehenden Unternehmen, welche den Handel mit verwandten Erzeugnissen betreiben, ihre Verantwortung im Bereich des Gesundheits- und Jugendschutzes bekannt und bewusst. Die Mitglieder des Vereins der Fachhändler zur Förderung elektronischer Dampfgeräte (VFFED) – der Verein umfasst soweit ersichtlich 25 Mitglieder – haben sich verpflichtet, ihre Produkte erst an Kunden ab dem vollendeten 18. Lebensjahr anzubieten. Nach den diversen landesgesetzlichen Regelungen ist die Abgabe von Tabakwaren jedoch bereits ab Vollendung des 16. Lebensjahres erlaubt bzw. ist die entsprechende Regelung so unklar, dass zum jetzigen Zeitpunkt nicht nachvollziehbar ist, ob überhaupt Altersbeschränkungen für den Kauf von verwandten Erzeugnissen bestehen. Dies ist zumindest in Tirol und in Vorarlberg der Fall. Verboten sind außerdem – wenn überhaupt – Stoffe welche ein Suchpotential in sich bergen, womit Liquids ohne Nikotingehalt und wiederverwendbare E-Zigaretten und sonstige verwandte Erzeugnisse ohne Altersbeschränkungen abgegeben werden dürfen. Auch wenn die Verpflichtung im Rahmen des Vereins eine freiwillige ist und ein Verstoß keine verwaltungsrechtlichen sondern nur, aber immerhin wesentliche zivilrechtliche, Konsequenzen nach sich zieht, so stellt der Umstand der freiwilligen Abgabebeschränkung doch eine wesentliche Maßnahme im Sinne des Jugend- und Gesundheitsschutzes dar, die nicht unterschätzt werden darf.

[...]

Die Antragstellerin ist zwar nicht Mitglied des genannten Vereins, gibt jedoch auch keine verwandten Erzeugnisse an Personen ab, welche das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben.

Die Schaffung des Tabakmonopolgesetzes in der Fassung BGBl. I 105/2014 stellt auch nicht das gelindeste Mittel zur Erreichung des im öffentlichen Interesse gelegenen Zieles (wobei die Verfolgung bestritten wird) dar. Der Bedarf an Tabaktrafikannten ist nahezu gesättigt. Bei den weniger aktuellen und zukünftig zu erwartenden Ausschreibungen herrscht eine positive Diskriminierung. Es ist sehr unwahrscheinlich, den Zuschlag zu einer Tabaktrafik zu erhalten und somit sind die Unternehmer, welche verwandte Erzeugnisse momentan anbieten, vom zukünftigen Markt betreffend den Verkauf von verwandten Erzeugnissen ausgeschlossen. Gelinder wäre eine Regulierung der Gestalt, dass gewisse Voraussetzungen eingehalten werden müssen - insbesondere technische Standards sowie Informationspflichten - um verwandte Erzeugnisse verkaufen zu dürfen.

Zwischen dem öffentlichen Interesse und der durch den Eingriff verkürzten Grundrechtsposition besteht keine angemessene Relation. Der Abschluss von Verträgen muss in einer frei demokratisch organisierten Marktwirtschaft zulässig sein. Es kommt zu einer quasi materiellen Enteignung. Die verwandten Erzeugnisse, welche derzeit auf Lager stehen und bis zum Inverkehrtreten nicht verkauft werden können, sind ab dann nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll verwertbar [...].

4. Verletzung der Freiheit der Erwerbsfähigkeit:

Mit dem Tabakmonopolgesetz in der Fassung BGBl. I 105/2014 wird die Freiheit der Erwerbsfähigkeit im Sinne des Artikels 6 StGG verletzt. Da inländische juristische Personen und Tätigkeiten, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet sind, geschützt werden, liegt eine verfassungswidrige Verletzung der Grundrechte der Antragstellerin vor. Da generell die Einbeziehung der verwandten Erzeugnisse in das Tabakmonopolgesetz zur gegenständlichen Verfassungswidrigkeit führt, sind sämtliche der bekämpften Bestimmungen – mit diesen wird die Einbeziehung geregelt – aufgrund der Verletzung des gegenständlichen Grundrechts verfassungswidrig.

Es findet sich kein öffentliches Interesse, die gewerblich frei geordnete Branche der Verkäufe von verwandten Erzeugnissen ihrer rechtlichen Grundlage zu berauben. [...] Für den Fall der Annahme eines öffentlichen Interesses an mehr Regulierung und Kontrolle ist der vorliegende Eingriff unverhältnismäßig. Die Regulierung ist in keiner Weise geeignet im öffentlichen Interesse liegende Ziele zu erreichen. Auch wurde nicht die gelindeste Maßnahme gewählt, um die öffentlichen Interessen am Gesundheits- und Jugendschutz zu gewährleisten. Denkbar wären Vorgaben und Anforderungen, welche die Händler erfüllen müssen und Eigenschaften, welche die verkauften Produkte aufzuweisen haben. Der vorliegende Grundrechtseingriff ist insofern besonders schwerwiegend, als es sich hierbei um eine objektive Beschränkung des Erwerbanspruchs handelt, da es von der Monopolverwaltung GmbH abhängt, wann und ob neue Ausschreibungen stattfinden und an wen die zur Verfügung stehenden Berechtigungen vergeben werden. Dies selbst dann, wenn der Bewerber alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt. Zwischen dem öffentlichen Interesse und der durch den Eingriff verkürzten Grundrechtsposition besteht keine angemessene Relation. Ein Verkaufsverbot für Nicht-Trafikanten aufgrund des Gesundheits- und Jugendschutzes steht in keiner angemessenen Relation zum Grundrecht auf Erwerbsfreiheit. Alle Nicht-Trafikanten, unabhängig ihrer Eignung und ihres Fachwissens zum Verkauf von verwandten Erzeugnissen und unabhängig von der Qualität und den Sicherheitsstandards der verkauften Erzeugnisse, werden generell vom Markt ausgeschlossen. Es gibt keine Ausnahmeregelungen, die einem Nicht-Trafikanten erlauben würden, seine Eignung darzutun. Den Nicht-Trafikanten wird die Geschäftsgrundlage zur Gänze entzogen.

Erschwerend kommt bei der vorliegenden Grundrechtsbeeinträchtigung noch hinzu, dass aufgrund der Tabakprodukterichtlinie[...] eine Anpassung der Regelungen in der Fassung BGBl. I 105/2014 in weniger als acht Monaten nach Inkrafttreten der bekämpften Bestimmungen erforderlich wird, um dem Unionsrecht zu genügen (unabhängig davon, dass bereits zum jetzigen Zeitpunkt Unionsrechtswidrigkeit vorliegt).

An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass die vorliegenden Bestimmungen nicht nur einfache E-Zigaretten umfassen, welche vergleichbar einer herkömmlichen Zigarette zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und keinerlei Zubehör (wie Akkus, Ladegeräte, Tanks etc.) erfordern. Dass der Verkauf dieses Zubehörs an Verbraucher künftig verboten werden soll, ist in keiner Weise nachvollziehbar. Nochmals darf nicht unerwähnt bleiben, dass es sich bei E-Zigaretten und den übrigen Gegenständen, deren Verkauf dem Tabakmonopol zugeordnet werden soll, um elektronische Gegenstände handelt. Deren Verkauf ausschließlich

Tabaktrafiken zu ermöglichen, wäre schon grundsätzlich mit der Geschäftswelt nicht vereinbar. Elektronische Gegenstände sind generell dem Geschäftszweck von Tabaktrafiken nicht zuzuordnen. Dennoch wurde –[...] durch die Monopolverwaltung GmbH eine Änderung des Nebenartikelkatalogs durchgeführt. Es sind auch elektronische Zigaretten, E-Shishas to go, skinny-Shishas und weitere Artikel in diesen Katalog aufgenommen worden. Demnach dürfen neben den eigentlichen Tabakerzeugnissen die genannten Gegenstände angeboten werden. Fraglich ist, ob diese Ergänzung des Nebenartikelkatalogs zulässig war. Jedenfalls wird – unabhängig von der Rechtmäßigkeit – Tabaktrafiken bereits der Handel mit den obigen Gegenständen gestattet. Die Konkurrenz durch eine gesetzliche Ausweitung des Tabakmonopols auszuschalten, wäre ein extremer Eingriff in die freie Marktwirtschaft und würde auch dem Prinzip des Tabakmonopols widersprechen.

Aufgrund der Erweiterungen des Tabakmonopolgesetzes ist auch auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Schaffung eines Monopols einzugehen. Grundsätzlich beschränkt die Schaffung eines Monopols das Grundrecht auf Eigentum sowie der Erwerbsfreiheit. In Artikel 10 Abs. 1 Z 4 B-VG ist der Kompetenztatbestand im Monopolwesen geregelt.

Das Tabakmonopolgesetz und somit das Tabakmonopol – welches mit dem gegenständlichen Gesetzesentwurf ausgeweitet werden soll – beruhen kompetenzrechtlich auf Artikel 10 Abs. 1 Z 4 B-VG. Dort ist geregelt, dass das Monopolwesen in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist. Bei der Auslegung der verfassungsrechtlichen Kompetenztatbestände ist auf die Versteinerungstheorie abzustellen. Gemäß der besagten Theorie haben die in den Kompetenztatbeständen gebrauchten Begriffe dieselbe Bedeutung, welche ihnen zur Zeit ihrer Schaffung zugemessen wurde. Der Umfang der Kompetenztatbestände ist somit nach dem Inhalt der ihnen zum Zeitpunkt ihrer Erlassung – dem Versteinerungszeitpunkt – zugeordneten Rechtsgebiete bestimmt. Die Kompetenztatbestände müssen daher auf der Grundlage der Rechtsordnung vom 1.10.1925 ausgelegt werden. E-Zigaretten sind keine Tabakprodukte. Nach der Zoll und Staatsmonopolordnung 1835 war aber nur Tabak von der Tabakpflanze vom Monopol umfasst (Herrmann Leitenberger, Gemeinfassliche und erläuternde Darstellung der K. K. Österreichischen Zoll- und Staats-Monopols-Ordnung vom Jahre 1835, für den Handels- und Gewerbestand (286ff)). Sonstige Pflanzenstoffe ausschließlich, wenn sie durch besondere Kundmachung unter den Begriff Tabak erklärt wurden. Diese Rechtsgrundlage war im Wesentlichen bis zur Schaffung des Tabakmonopolgesetzes[es] 1949 gültig. Zum Versteinerungszeitpunkt waren somit nur (Rauch und Schnupf) Tabakprodukte auf pflanzlicher Basis vom Monopol umfasst. In E-Zigaretten befindet sich aber kein Tabak oder Pflanzenstoff der seinerzeit durch besondere Kundmachung unter den Tabakbegriff erklärt wurde, sondern lediglich (nikotinhaltige) Flüssigkeit. Auch findet streng genommen kein Verbrennungsprozess statt. Es wird daher die E-Zigarette nicht geraucht sondern 'gedampft'. Wird diesen Argumenten zur Versteinerungstheorie nicht gefolgt, so muss der Gesetzgeber nach Raschauer zumindest fiskalische Zwecke verfolgen, um ein einfaches Bundesgesetz auf Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG stützen zu können,

dies liegt aber bei den bekämpften Bestimmungen nicht vor. Sie enthalten keine fiskalischen Regelungen.

Zwar bestehen grundsätzlich keine kompetenzrechtlichen Bedenken daran, dass der Bundesgesetzgeber für die bekämpften gesetzgeberischen Maßnahmen zuständig ist, doch kann aus Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG – in dem kompetenzmäßig explizit das Monopolwesen geregelt wird – auch Aufschluss im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gewonnen werden. Die Schaffung und die Ausweitung eines Monopols ist schon grundsätzlich aus unionsrechtlicher Sicht und aus verfassungsrechtlicher Sicht – Grundrecht auf Eigentum und auf Erwerbsfreiheit – äußerst bedenklich. Da aber die Verfassung einen Kompetenztatbestand enthält, der dem Versteinerungsprinzip unterliegt, ist daraus zu schließen – auch wenn der Bundesgesetzgeber ohnehin zur Gesetzgebung betreffend sonstiger Erzeugnisse, bzw. betreffend der hinter diesem Begriff stehenden Produkte zuständig ist –, dass die Monopole nur in dem Umfang zulässig sind, in welchem sie bereits in der Rechtsordnung 1.10.1925 vorgelegen haben. Somit lässt diese Regelung einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit im vorliegenden und bekämpften Ausmaß nicht zu. Dementsprechend dürfen vom Tabakmonopol ausschließlich herkömmliche Zigaretten, nicht aber E-Zigaretten und Liquids umfasst sein, da ansonsten die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Bestimmung vorliegt. Dass Artikel 10 Abs. 1 Z 4 B-VG nur auf diese Weise verstanden werden darf, ergibt sich aus der Natur des B-VG sowie dem Zweck der Kompetenzbestimmungen und dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit. Sofern die Ansicht vertreten würde, dass die einfachgesetzliche Änderung und erhebliche Ausweitung des Monopols keinen Verstoß gegen die Kompetenzverteilung darstellt, würde dies auch bedeuten, dass der Bundesgesetzgeber durch einfachgesetzliche Vorschriften seine Kompetenz ausweiten und dadurch die Kompetenzbestimmungen des B-VG ausheben könnte.

Der Verkauf von E-Zigaretten und Liquids sowie der weiteren vom Gesetzesänderungsentwurf umfassten Gegenstände darf somit keinesfalls dem Monopolkompetenztatbestand zugeordnet werden und nicht vom Tabakmonopol umfasst sein.

[...]"

3. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der den in den Anträgen erhobenen Bedenken entgegengetreten wird und die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Anträge beantragt wird, sowie verlangt wird, den Anträgen auf Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung und einstweiligen Rechtsschutz keine Folge zu geben. Die Bundesregierung verweist hinsichtlich des zu G 204/2015 protokollierten Antrages auf die Ausführungen zu G 118/2015 und G 131/2015:

19

"I.

Zu den Prozessvoraussetzungen

[...]

1. Zumutbarer Weg

Sind mit der Einleitung und Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens für den (bzw. die) Betroffenen keine unverhältnismäßigen Kosten oder sonstige Nachteile verbunden, so betrachtet es der VfGH für zumutbar, dass ein entsprechendes Verfahren erst anhängig zu machen ist (vgl. in diesem Sinne etwa VfSlg. 13.659/1993 uva.). Es wird etwa als durchaus zumutbar angesehen, gegebenenfalls eine Ausnahmegewilligung zu erwirken, um die Frage der Verfassungsmäßigkeit der einschränkenden Norm prüfen zu lassen (vgl. in diesem Sinne etwa VfSlg. 11.623/1988, 12.829/1991). Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob das Beschreiten dieses Weges in der Sache selbst angesichts der einfachgesetzlichen Regelung aussichtslos ist oder war (vgl. VfSlg. 15.030/1997, 15.163/1998, 15.524/1999).

Übertragen auf die gegenständlichen Individualanträge wird von der Bundesregierung zur Erwägung gestellt, das Vorliegen eines zumutbaren Weges zur Geltendmachung der behaupteten Verfassungswidrigkeiten der angefochtenen Gesetzesbestimmungen zu bejahen. Die Antragsteller haben es in der Hand sich nach § 28 des Tabakmonopolgesetzes (TabMG 1996) um eine Tabaktrafik bei der Monopolverwaltung GmbH zu bewerben, um auch ab dem 1. Oktober 2015 E-Zigaretten, einschließlich E-Shishas sowie nikotinhaltige und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte Flüssigkeiten, die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden, und Nachfüllbehälter, anzubieten. In diesem Zusammenhang sei auch auf die §§ 32 und 33 TabMG 1996 verwiesen, wonach zum einen die Monopolverwaltung GmbH alle Bewerber, deren Angebote nicht berücksichtigt wurden, unter Angabe der Gründe schriftlich zu verständigen hat (vgl. dazu näher § 32 Abs. 5 TabMG 1996) und zum anderen alle Bewerber schriftlich beantragen können, dass die Monopolverwaltung GmbH innerhalb von drei Monaten endgültig entscheiden solle, wer zum Tabaktrafikanten zu bestellen ist (vgl. dazu näher § 33 Abs. 1 und 2 TabMG 1996). Da nach ständiger Rechtsprechung des VfGH die Bestellung durch die Monopolverwaltung GmbH in Form eines Bestellungsvertrages nach § 34 TabMG 1996 einen Akt des Privatrechts darstellt (vgl. etwa VfSlg. 6591/1971, 12.114/1989 uva.), steht es den Antragstellern frei – sollten sie nicht zu Tabaktrafikanten bestellt werden – im Zivilrechtswege Einwendungen gegen die Nichtberücksichtigung oder die Nichtbestellung zu erheben. Damit wäre den Antragstellern die Möglichkeit eröffnet, im Zivilrechtswege die Verfassungswidrigkeit der bekämpften Bestimmungen durch den VfGH prüfen zu lassen.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass das seitens der Antragstellerin im Verfahren G 131/2015 vorgebrachte Argument, wonach sie als juristische Person sich nur dann um ein Tabakfachgeschäft bewerben kann, wenn sie im Alleineigentum einer Organisation der Kriegsoffer oder Behinderten stehen würde, die im Beirat gemäß § 10 Behinderteneinstellungsgesetz vertreten ist (vgl. § 27 Abs. 2 TabMG 1996), die Möglichkeit verkennt, sich um eine Tabakverkaufsstelle zu bewerben. Im Unterschied zu Tabakfachgeschäften, die ausschließlich Tabakerzeugnisse oder neben Tabakerzeugnissen andere Waren nur in einem solchen Umfang führen, dass der Charakter eines Tabakfachgeschäftes gewahrt bleibt, gelten andere Tabaktrafiken als Tabakverkaufsstellen (vgl. § 23 Abs. 5 TabMG

1996). Um eine Tabakverkaufsstelle kann sich allerdings auch eine juristische Person bewerben (vgl. dazu auch § 28 Abs. 2 Z 3 TabMG 1996 worin explizit auf juristische Personen abgestellt wird: 'falls eine juristische Person oder Personenvereinigung ein Ansuchen stellt, ein Auszug aus dem Firmenbuch, der nicht älter als sechs Monate sein darf'; ähnliches gilt für § 36 Abs. 4 TabMG 1996, worin es heißt '[i]st eine juristische Person oder eine Personenvereinigung Tabaktrafikanter, so trifft die Pflicht zur persönlichen Führung die mit der Geschäftsführung beauftragte natürliche Person.').

[...]

II. Zu den erhobenen Bedenken

[...]

1. Zu den Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz

Die Antragsteller in den Verfahren G 118/2015 und G 131/2015 behaupten eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes. Erstens sei es unsachlich (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids – also Kartuschen mit Flüssigkeit, die zum Vaporisieren benötigt werden – mit (konventionellen) Tabakerzeugnissen zu vergleichen. Zweitens würde die angeblich vom Gesetzgeber intendierte Bevorzugung der Tabaktrafikanter gegenüber den E-Zigaretten- und Liquids-Händlern mangels sachlicher Begründung den Gleichheitsgrundsatz verletzen. Drittens bewirke das ab 1. Oktober 2015 außerhalb von Tabaktrafiken geltende Verkaufsverbot von E-Zigaretten und Liquids einen plötzlichen und intensiven Eingriff in wohl erworbene Rechtspositionen der Antragsteller und führe sohin zu einer Verletzung des Vertrauensschutzes.

Die Bundesregierung teilt diese Bedenken aus folgenden Gründen nicht:

1.1. Zielsetzung und Gegenstand des Tabakmonopols

Das Tabakmonopol dient nach der Privatisierung der Austria Tabak nicht länger der Erzielung von Einnahmen für den Bund, sehr wohl aber der Sicherung der Erhebung der Steuern auf Tabakwaren. Durch die Kanalisierung des Verkaufs im Wege des bestehenden Trafikensystems soll zunächst eine leichtere Überwachung des Handels mit Tabakerzeugnissen in Österreich gewährleistet werden. Auf diese Weise dürfen Tabakerzeugnisse grundsätzlich nur durch vertraglich bestellte, streng überwachte Trafikanter an den Verbraucher abgegeben werden (siehe § 5 Abs. 2 und § 8 Abs. 2 TabMG 1996). Das Einzelhandelsmonopol (Trafikensystem) ist aber auch ein wichtiger Faktor in der Nahversorgung. Es gewährleistet nicht nur österreichweit den flächendeckenden Tabakwarenverkauf, sondern sichert auch die flächendeckende Versorgung mit sonstigen wichtigen Waren oder Dienstleistungen. Alle diese Aufgaben und Ziele sind im Rahmen eines Einzelhandelsmonopols sehr gut realisierbar.

Darüber hinaus dient das Tabakmonopol insbesondere auch sozialpolitischen Zielen: Bei der Vergabe von Tabaktrafiken werden bestimmte Personen bevorzugt. Dies gilt vor allem für sogenannte selbständige Tabaktrafiken (Tabakfachgeschäfte). Es sind dies solche Trafiken, die nicht in Verbindung mit einem anderen Gewerbe geführt werden dürfen, weshalb die wirtschaftliche Existenz des Inhabers der Trafik aus den Erlösen der Trafik gesichert werden muss; dies wird mittels eines Gebietsschutzes (Verbot der Neuerrichtung bei unzumutbarer Schmälerung des Ertrages benachbarter Trafiken; siehe § 24 und § 36 Abs. 1, 2, 7 und 8 TabMG 1996) und höherer Handelsspannen erreicht. Als bevorzugte Personen gelten Opferbefürsorgte, Kriegs- und Heeresopfer sowie deren Hinter-

bliebene und nach dem Behinderteneinstellungsgesetz begünstigte Personen (§ 29 TabMG 1996). Diese Bevorzugung erfolgt aus Gründen der öffentlichen Fürsorge und ermöglicht diesem im wirtschaftlichen Leben benachteiligten Personenkreis oft erst die Gründung einer Existenz und die Ausübung eines Berufes.

Wenn die Antragsteller nunmehr behaupten, dass nach der Intention des Gesetzgebers nur 'Tabakerzeugnisse (die auch tatsächlich Tabak enthalten)' in das Tabakmonopol einbezogen werden sollten, ist ihnen zu entgegnen, dass Monopolgegenstände, nämlich Tabakwaren im Sinne des Tabaksteuergesetzes 1995, BGBl. Nr. 704/1994 – und der Richtlinie 2011/64/EU über die Struktur und die Sätze der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren (vgl. dazu Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2011/64/EU) – auch aus anderen Stoffen als Tabak bestehen können: So gelten als Zigarren oder Zigarillos auch Erzeugnisse, die teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestehen, und als Zigaretten oder Rauchtobak gelten auch Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestehen (§§ 2 iVm § 3 Abs. 5 und 6 Tabaksteuergesetz 1995). Hinsichtlich des Tabakgesetzes weist der Antragsteller selbst darauf hin, dass nach § 1 als 'Tabakerzeugnis' jedes Erzeugnis gilt, das zum Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt ist, sofern es ganz oder teilweise aus Tabak besteht.

Der Anwendungsbereich sowohl des Tabakgesetzes als auch des TabMG 1996 wird demnächst – ab 1. Oktober 2015 – um weitere Produkte, die sogenannten 'verwandten Erzeugnisse' erweitert. Bei dieser Weiterentwicklung wird 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 Rechnung getragen. Gerade die Richtlinie 2014/40/EU nennt in Art. 1 lit. f als eine ihrer wesentlichen Ziele 'die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für (...) das Inverkehrbringen und die Kennzeichnung bestimmter Erzeugnisse, die mit Tabakerzeugnissen verwandt sind, nämlich elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter sowie pflanzliche Raucherzeugnisse'. Die genannten E-Zigaretten und Nachfüllbehälter stellen sohin nicht auf den Bestandteil Tabak ab. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den Definitionen der genannten Begriffe in Art. 2 der Richtlinie [...].

1.2. Zum Vorwurf der unsachlichen Gleichbehandlung von (Einweg-)E-Zigaretten bzw. Liquids und Tabakerzeugnissen

Die von den Antragstellern angezogene (teils gegebene, teils fehlende) optische Ähnlichkeit von E-Zigaretten mit Zigaretten aus Tabak ist tatsächlich nicht von entscheidender Bedeutung. Hinsichtlich der Funktionsweise von E-Zigaretten und der Inhaltsstoffe der in diesen Geräten zu verdampfenden Flüssigkeiten ist den Ausführungen der Antragsteller jedoch Folgendes entgegen zu halten.

Was den Gebrauch von E-Zigaretten anbelangt, ist nach Ansicht der Bundesregierung vor allem die Verwendung dieser Produkte durch Jugendliche problematisch zu sehen. Zwar sind jugendliche Konsumenten dieser Erzeugnisse meist Raucher, jedoch ignorieren die Antragsteller andere Ergebnisse wie z.B. jene einer Publikation des Deutschen Krebsforschungszentrums (DKFZ), wonach bis zu

20 Prozent der Verwender von E-Zigaretten Nichtraucher sind [...]. Darüber hinaus sind diese Produkte speziell durch ihre Aromen und ihre Aufmachung sehr attraktiv für Jugendliche und junge Erwachsene. Eine ungleiche Regelung von E-Zigaretten und herkömmlichen Tabakprodukten würde die Glaubwürdigkeit der Politik zur Suchtprävention untergraben. Schon aus diesem Grund sind diese tabakwarenähnlichen Produkte und Tabakerzeugnisse nach Ansicht der Bundesregierung gleich zu behandeln.

In der Argumentation der Antragsteller wird das sog. Dampfen als gesundheitlich (weitgehend) unbedenklich dargestellt. Zwar werden Liquids verdampft und nicht verraucht und enthalten Liquids auch andere Inhaltsstoffe als Tabakwaren, hingegen ist nicht gesichert, dass der Konsum tatsächlich (weitaus) weniger gesundheitsschädlich ist. Beide Arten von Erzeugnissen werden in gleicher Art und Weise durch Einatmen in die Lunge verwendet, wodurch die Schadstoffe in den Körper aufgenommen und (anschließend) an die Umgebung abgegeben werden. Es ist auch richtig, dass E-Zigaretten grundsätzlich keinen Tabak beinhalten, sie enthalten jedoch toxische und krebserregende Inhaltsstoffe. Die tatsächlichen Inhaltsstoffe in E-Zigaretten und E-Shishas sind oftmals nicht bekannt, handelt es sich dabei doch um Großteils noch nicht analysierte und vielfach nicht begutachtete Produkte. Überprüfungen des deutschen Bundesinstitutes für Risikobewertung kamen beispielsweise zu dem Ergebnis, dass eine Vielzahl der getesteten und als nikotinfrei gehandelten E-Zigaretten tatsächlich Nikotin beinhalten. Auf Basis diverser aktueller Publikationen des Deutschen Krebsforschungszentrums [...] zu E-Zigaretten und den Inhaltsstoffen und Risiken der Liquids gilt zudem als erwiesen, dass diese Produkte keinesfalls als harmlos einzustufen sind. Zu diesem Ergebnis kommt auch die im Bundesministerium für Gesundheit seit 2014 eingerichtete ExpertInnengruppe zur Thematik E-Zigaretten.

Zu bedenken ist, dass beim Gebrauch von E-Zigaretten ein Aerosol eingeatmet wird, das gesundheitsgefährdende Substanzen wie Propylenglykol (atemwegreizend), Glycerin, Aromen (Kontaktallergene), sowie teilweise krebserzeugende Stoffe wie insbesondere Formaldehyd, Acetaldehyd und Acrolein (möglicherweise krebserzeugend) enthält. Diese ultrafeinen Partikel können tief in die Lunge eindringen und bei kurzfristiger Exposition Augen-, Rachen- und Atemwegsreizungen verursachen, bei langandauernder Belastung das Asthmarisiko erhöhen und krebserregend wirken. Ein Gesundheitsrisiko ergibt sich daher nicht nur aufgrund des Nikotins (welches abhängig macht, Wachstum von Tumoren fördert und im Verdacht steht, Krebs zu erregen), sondern auch aufgrund der anderen Inhaltsstoffe, die auch in nikotinfreien E-Zigaretten enthalten sind. Demzufolge ist es gesundheitspolitisch jedenfalls geboten, auch nikotinfreie Flüssigkeiten in die restriktiven Regelungen einzubeziehen. Nach Ansicht von Gesundheitsexperten ist schwer vorhersehbar, welche Folgen die dauerhafte und häufige Inhalation des Chemikaliengemischs im E-Zigaretten-Aerosol auf den Körper und insbesondere die Lunge hat. Zwar ist die Menge der Kanzerogene, die in den Liquids und im Aerosol einiger E-Zigaretten gefunden wurde, gering, jedoch gibt es keinen Schwellenwert für Kanzerogene. Unter Berücksichtigung u.a. von Publikationen des Deutschen Krebsforschungszentrums kann nicht von einer Unbedenklichkeit ausgegangen werden. Vielmehr ist bei Dauerkonsum eine Krebsgefährdung nicht auszuschließen. So gibt es durchaus Anhaltspunkte, dass

durch den Vorgang des Verdampfens weitere toxische bzw. gesundheitsgefährdende Substanzen entstehen. Daher kann – entgegen der Annahme der Antragsteller – aus fachlicher und wissenschaftlicher Perspektive die Schlussfolgerung, dass bei E-Zigarettengebrauch ein (weitaus) geringeres Gesundheitsrisiko als beim Rauchen von herkömmlichen Zigaretten gegeben sei, nicht gesichert gezogen werden.

Im Übrigen wird auch auf den aktuellen Ministerialentwurf betreffend ein 'Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherenschutz (Tabakgesetz), das Einkommensteuergesetz 1988 und das Körperschaftssteuergesetz 1988 geändert werden' (112/ME XXV. GP) hingewiesen. Dieser ist bereits am 10. April 2015 zur Begutachtung im Nationalrat eingelangt. Intendiert wird, in Hinkunft sämtliche tabakähnlichen Erzeugnisse aufgrund der oben beschriebenen Risiken den Nichtraucherenschutzbestimmungen zu unterwerfen. In den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf werden die mit E-Zigaretten – unabhängig davon, ob es sich um nikotinhaltige oder nikotinfreie Produkte handelt – verbundenen Risiken eingehend beschrieben. Entgegen der Behauptungen der Antragsteller wird dabei auch festgehalten, dass der Konsum von E-Zigaretten sowohl für die aktive 'Dampferin' bzw. den aktiven 'Dampfer' als auch für die sich in der Umgebung befindlichen Personen gesundheitsschädliche Auswirkungen haben kann. So heißt es insbesondere im allgemeinen Teil der Erläuterungen [...]:

'Neben den klassischen Tabakerzeugnissen wird auch die Verwendung von Wasserpfeifen und verwandter Erzeugnisse (wie z.B. E-Zigaretten) in von Rauchverboten erfassten Bereichen untersagt. Studien belegen, dass der Konsum von E-Zigaretten sowohl für die 'aktive Dampferin' bzw. den 'aktiven Dampfer' als auch für die sich in der Umgebung befindlichen Personen gesundheitsschädliche Auswirkungen haben kann ('Passivdampfproblematik'). Aus gesundheitspolitischer Sicht erscheint es geboten, diesen Gefahren und Risiken mit geeigneten Maßnahmen entgegenzutreten. (...) Im Hinblick auf E-Zigaretten lassen die bisher zur Verfügung stehenden Studien (Deutsches Krebsforschungszentrum, Medizinerinnen und Mediziner, Toxikologinnen und Toxikologen, Präventionsexpertinnen und Präventionsexperten) bereits jetzt den Schluss zu, dass davon ausgegangen werden kann, dass von diesen, unabhängig davon, ob es sich um nikotinhaltige oder nikotinfreie Produkte handelt, sowohl für die 'Dampferin' bzw. den 'Dampfer' als auch für die Umgebung ('Passivdampf') schädliche Stoffe freigesetzt werden.'

Ferner ist festzuhalten, dass die Art des Konsumierens auch nicht nikotinhaltiger Liquids genauso als dem Rauchen nachgebildete Ersatzhandlung, wie sie das Dampfen nun einmal darstellt, einzuschätzen ist. Deshalb wird auch der Genuss dieser Produkte als verwandt mit dem Tabakgenuss eingestuft. Das Eventualbegehren der Antragsteller, wenigstens die nicht nikotinhaltigen Liquids von der Monopolisierung auszunehmen, erweist sich sohin als sachlich unbegründet. In diesem Zusammenhang sei insbesondere bemerkt, dass das gleiche 'Ritual' des Zu-Sich-Nehmens beim Rauchen sowie beim Dampfen ausgeführt wird. Dabei wird vom DKFZ unterstrichen, dass es bei Nichtraucherinnen und Nichtrauchern,

vor allem bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen, zur Einübung des Rauchrituals kommen kann, welches einen wesentlichen Bestandteil der psychischen Abhängigkeit darstellt. Insofern ist es hinsichtlich E-Zigaretten jedenfalls gesundheitspolitisch geboten, diese dem gleichen Regelungsregime wie herkömmliche Zigaretten zu unterwerfen. [...]

Schließlich behaupten die Antragsteller, dass E-Zigaretten und Liquids (ausschließlich) von Nichtraucherern gekauft würden, die parallele Verwendung von Tabak-Zigaretten und E-Zigaretten komme in der Praxis nicht vor. Diese Behauptung steht im Widerspruch zu den Erkenntnissen der Gesundheitsbehörden, wonach jugendliche Konsumenten von E-Zigaretten meist auch Raucher sind. Auch die Monopolverwaltung hat – gestützt auf die Erfahrungen jener Trafikanten, die sich bereits jetzt mit dem Thema E-Zigarette beschäftigen (dies sind bereits einige Hundert Trafikanten) – festgestellt, dass es sich bei den Käufern von E-Zigaretten keineswegs nur um ehemalige Tabakraucher oder sonstige Nichtraucher handelt. Vielmehr kaufen zahlreiche Raucher E-Zigaretten zusätzlich zu Tabakwaren. Diese Produkte werden gerne dafür verwendet, einen inhalativen Nikotingenuss auch dort zu haben, wo Rauchen nicht erlaubt ist. Andererseits gibt es zahlreiche spontane E-Zigarettenkonsumenten, welche bis dahin keine Zigaretten geraucht haben.

1.3. Zum Vorwurf der unsachlichen Ungleichbehandlung von Fachhändlern für (Einweg-)E-Zigaretten bzw. Liquids und Tabaktrafikanten

Ganz allgemein ist der Ansicht der Antragsteller, die Einbeziehung des Vertriebs von (Einweg)E-Zigaretten und Liquids in das Tabakeinzelhandelsmonopol sei unsachlich und daher gleichheitswidrig, entgegen zu halten, dass die Einbeziehung in das Monopol aus mehreren Gründen sachlich gerechtfertigt ist.

1.3.1. Sozialpolitische Aspekte des Tabakmonopols

Tatsache ist, dass das in Österreich bestehende Tabakmonopol ein Sozialmonopol ist. Durch das TabMG 1996 wird für zahlreiche behinderte Menschen durch Verleihung eines Tabakfachgeschäftes eine wirtschaftliche Existenzgrundlage geschaffen. Dies ist auch in den Erläuterungen zum TabMG 1996 im allgemeinen Teil festgeschrieben [...]:

'Bei der Vergabe von Tabaktrafiken werden derzeit und sollen auch in Hinkunft bestimmte Personen bevorzugt werden. Es gilt dies vor allem für die Vergabe von sogenannten selbständigen Tabaktrafiken (Tabakfachgeschäften). Es sind dies solche Trafiken, die nicht in Verbindung mit einem anderen Gewerbe geführt werden, weshalb aus den Erlösen der Tabaktrafik allein die wirtschaftliche Existenz des Inhabers der Tabaktrafik gesichert sein muss. Als bevorzugte Personen gelten Opferbefürsorgte, Kriegs- und Heeresopfer sowie deren Hinterbliebene und nach dem Behinderteneinstellungsgesetz begünstigte Personen. Diese Bevorzugung erfolgt aus Gründen der öffentlichen Fürsorge und ermöglicht diesem im wirtschaftlichen Leben benachteiligten Personenkreis oft die Gründung einer Existenz und die Ausübung eines Berufes.' (vgl. IA 408/A XIX GP, 48).

Seit der Einbeziehung der zivilbehinderten begünstigten Personen im Jahr 1978 ist der Anteil an behinderten Trafikanten stetig steigend. Hier hat eine Substitution der nach den Weltkriegern als Tabaktrafikanten tätigen Kriegsoffer durch zivilbehinderte Menschen stattgefunden. Der Einwand der Antragsteller in den Verfahren G 118/2015 und G 131/2015 [...], dass lediglich 51,60% der Tabakfach-

geschäftsinhaber in Österreich vorzugsberechtigte behinderte Personen seien, ist unberechtigt; tatsächlich ist das Eintrittsrecht naher Angehöriger nach § 31 TabMG 1996 – bis auf wenige, seltene Ausnahmefälle – die Erklärung für den Anteil nicht behinderter Personen von mehr als 48%. Die Sonderstellung naher Angehöriger ist aber gleichfalls sozialpolitisch motiviert, was aus den in § 31 TabMG 1996 geregelten Voraussetzungen für deren Bestellung deutlich wird (nahe Angehörige des Trafikanten; bisherige Mitarbeit in der Trafik; wesentliche Erschwerung der Existenz mangels eigener sonstiger Einkünfte; Bedürftigkeit).

Ziel der Monopolverwaltung ist es, den Anteil an behinderten Trafikanten auch in Hinkunft weiter anzuheben, um möglichst vielen behinderten Menschen eine Existenzgrundlage durch Verleihung eines Tabakfachgeschäftes zu verschaffen. Damit einher geht auch die Gestaltung des Nebenartikelkatalogs. Faktum ist, dass bei den meisten in den Trafiken erhältlichen Produkten nur geringe Handelsspannen erzielt werden, weshalb auf Marktanteilsverluste beim Hauptprodukt (Tabakerzeugnisse) besonderes Augenmerk zu legen ist. Dies [...] deshalb, weil durch die Verleihung von Tabakfachgeschäften an behinderte Menschen dieser Personenkreis auch als Leistungsempfänger für Leistungen der öffentlichen Hand an beschäftigungslose Behinderte wegfällt: Die öffentliche Hand erspart sich dadurch erhebliche Beträge an Sozialleistungen.

Vor dem Hintergrund der oben zitierten Erläuterungen zum TabMG 1996 wird ersichtlich, wie wichtig es für den Gesetzgeber ist, dass aus den Erlösen des Tabakfachgeschäftes allein die wirtschaftliche Existenz des Inhabers gesichert wird.

Das zum damaligen Zeitpunkt noch nicht bekannte Phänomen der E-Zigarette gefährdet nunmehr – wenn sie nicht den Tabaktrafiken vorbehalten würde – die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Trafikantenschaft. So konnte in zahlreichen europäischen Ländern festgestellt werden, dass die neuen 'verwandten Produkte' – also insbesondere E-Zigaretten und Liquids – zu Marktanteilsverlusten im Tabakbereich führen.

Ein weiterer wichtiger Grund für die Monopolisierung von E-Zigaretten und Liquids besteht in der Tatsache, dass Trafikanten (Fachgeschäfte) lediglich im § 23 TabMG 1996 erschöpfend aufgezählte Produkte verkaufen dürfen. Demzufolge besteht ein Nebenbeschäftigungsverbot, das sich auch auf eine Tätigkeit als Großhändler bezieht. Dagegen sind die Antragsteller zum Teil auch als Großhändler für E-Zigaretten und Liquids tätig und vertreiben bereits heute über zahlreiche Trafiken ihre Produkte; sie erschließen sich dadurch ein wesentlich größeres Vertriebsnetz als ihre in den Beschwerden angeführten eigenen Filialen. Für Trafikanten besteht diese Ausweich- bzw. Ausgleichsmöglichkeit als Großhändler gerade nicht.

1.3.2. Jugendschutzrechtliche Aspekte des Tabakmonopols

Durch die Einbeziehung von elektronischen Zigaretten, E-Shishas und vergleichbaren Erzeugnissen in das Tabakeinzelhandelsmonopol soll eine Beaufsichtigung des Verkaufes dieser Produkte ermöglicht werden (vgl. u.a. ErIRV 360 BlgNR XXV. GP, 28). Wenn auch von der 'Dampferbranche' eine freiwillige Selbstbeschränkung ab 18 Jahren ins Treffen geführt wird, so hat diese in rechtlicher Hinsicht keine weitergehende Relevanz. Wie die Antragsteller auch selbst ein-

räumen, haben sich lediglich 'einige' Verkäufer von E-Zigaretten bzw. Liquids zu einem Verein zusammen geschlossen, dessen Mitglieder sich freiwillig selbst verpflichtet haben, ihre Produkte ausschließlich an über 18-jährige zu verkaufen. Die Trafikanten haben sich eine diesbezügliche Selbstbeschränkung im Wege ihrer Standesregeln ebenfalls auferlegt, unterliegen hingegen wesentlich strengeren gesetzlichen Regelungen. Gemäß § 35 Abs. 2 Z 3 TabMG 1996 droht einem Trafikanten, der die bei der Führung der Tabaktrafik einzuhaltenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen (wie z.B. Jugendschutzbestimmungen) verletzt, nach einer Verwarnung (§ 35 Abs. 4 TabMG 1996) die Kündigung des Bestellsungsvertrages und damit der Verlust der Existenzgrundlage. Lediglich bei Vorliegen besonders berücksichtigungswürdiger Gründe kann die Monopolverwaltung anstelle der Kündigung eine Geldbuße verhängen (§ 35 Abs. 6 TabMG 1996). Aus diesem Grund ist klar, dass es für Trafikanten von größter Wichtigkeit ist, Jugendschutzbestimmungen genau einzuhalten. Dies ist auch ein gravierender Unterschied zu anderen Marktteilnehmern, die lediglich mit (in der Regel geringen) Verwaltungsstrafen zu rechnen haben.

1.3.3. Gesundheitspolitische Aspekte des Tabakmonopols

Da E-Zigaretten auch auf EU-Ebene als den Tabakerzeugnissen 'verwandte Produkte' eingestuft sind, ist es schlüssig und nachvollziehbar, dass der österreichische Gesetzgeber für diese Produkte nationale Vertriebsregeln erlässt, welche dem Tabaksystem in Österreich entsprechen. Es entspricht dem Ziel des Gesundheitsschutzes, die Zahl der Verkaufspunkte für derartige Produkte zu beschränken. Eine Ausweitung auf beliebig viele 'Dampfershops', die als freie Handelsgewerbe von jedermann betrieben werden können, erscheint nicht mit dem Ziel einer aktiven Gesundheitspolitik vereinbar (siehe auch die aktuelle Einbeziehung in das Rauch- und Dampfverbot in der Gastronomie).

Dem Vorwurf der Antragsteller, die Einbeziehung der E-Zigaretten in das Monopolregime konterkariere gesundheitspolitische Zielsetzungen, ist entgegenzuhalten, dass es bisher weder erwiesen ist, dass das Dampfen von E-Zigaretten tatsächlich weniger Gesundheitsrisiken birgt als der Konsum herkömmlicher Zigaretten, noch dass E-Zigaretten ein wirkungsvolles Produkt zur Raucherentwöhnung darstellen. Das Argument, ehemalige Raucher würden beim Kauf von E-Zigaretten in Trafiken zurück zu ihren 'Dealern' geschickt, geht folglich grundsätzlich ins Leere: Es geht insbesondere von der falschen Prämisse aus, dass das Dampfen im Gegensatz zum Rauchen (absolut) gesund sei.

Als Zwischenfazit lässt sich demnach festhalten, dass entgegen der Ansicht der Antragsteller die Einbeziehung eines Nebenartikels (seit 2014 im Nebenartikelkatalog) in den Hauptanwendungsbereich des Tabakmonopols somit nicht den Ermessensspielraum des Gesetzgebers überschreitet und sachlich begründet ist. [...]"

3.1. Dem Vorbringen der Antragsteller es liege eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes vor, tritt die Bundesregierung in ihrer Äußerung entgegen, da keine schützenswerte Vertrauenslage vorgelegen habe und eine Übergangsfrist von neun Monaten ausreichend sei.

20

"2. Zu den Bedenken im Hinblick auf die Erwerbsfreiheit

Die Antragsteller machen geltend, dass sie durch die Einbeziehung von Einweg-E-Zigaretten und Liquids in das TabMG 1996 in ihrem Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit verletzt seien.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass durch die angefochtenen Bestimmungen der Antritt oder die Ausübung der Erwerbsbetätigung der Antragsteller – nämlich der Handel mit E-Zigaretten und Liquids – nicht zur Gänze untersagt (oder sonst verhindert) wird. Die Behauptung in den Anträgen G 118/2015 und G 131/2015, dass die bekämpften Bestimmungen für den Antragsteller (sowie für jedermann, mit Ausnahme der Tabaktrafikanten) 'ein generelles Verkaufsverbot für sämtliche Liquids (sowohl nikotinhaltige, als auch nicht nikotinhaltige) und für Einweg-E-Zigaretten' bedeuten würden, ist insoweit unzutreffend; ebenso die Behauptung, dass die 'Berufssparte der Fachhändler für (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids gänzlich vernichtet werde'. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz [...] ausgeführt, stehen den Antragstellern Möglichkeiten für den Vertrieb ihrer Produkte an andere Großhändler und an mehr als 6.100 Tabaktrafikanten offen; parallel dazu können sie nach wie vor E-Zigaretten – solange sie nicht als Einwegprodukte konzipiert sind – ohne Liquids verkaufen.

2.1. Zum Vorliegen eines öffentlichen Interesses

Den angefochtenen Bestimmungen des TabMG 1996 liegen gewichtige öffentliche Interessen zugrunde. Wie die Antragsteller selbst zutreffend ausführen, erfolgte die Ausweitung des Einzelhandelsmonopols auf die 'verwandten Erzeugnisse' im Interesse des Jugend- und Gesundheitsschutzes sowie zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der Trafikanten (vgl. u.a. ErlRV 360 BlgNR XXV. GP, 28).

Alle diese Zielsetzungen liegen eindeutig im öffentlichen Interesse.

Im Bereich des Einzelhandelsmonopols sind zuvorderst sozialpolitische Zielsetzungen zu berücksichtigen. So gewährt das System des österreichischen Tabakmonopols den Tabaktrafikanten aus sozialpolitischen Gründen eine besonders geschützte Stellung und leistet darüber hinaus einen wesentlichen Beitrag für die Nahversorgung der Bevölkerung mit Tabakerzeugnissen und verschiedenen Nebenartikeln bzw. Dienstleistungen (vgl. dazu etwa VfSlg. 15.509/1999).

Darüber hinaus werden durch das bestehende Trafikensystem Zielsetzungen im Bereich des Gesundheits- und Jugendschutzes gefördert, da der Verkauf von Tabakerzeugnissen und 'verwandten Erzeugnissen' an den Verbraucher ausschließlich durch besonders geschulte und mit strengen gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen bestellte Einzelhändler zulässig ist. Trafikanten haben die mit der Führung der Tabaktrafik zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insbesondere auch zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes – dazu gehören insbesondere auch die Jugendschutzvorschriften und die Standesregeln – zu beachten. So verbieten die Standesregeln (§ 2 Jugendschutz) – entsprechend der derzeit geltenden gesetzlichen Altersgrenze für die Abgabe von Tabakwaren – jegliche Abgabe von Produkten, die aufgrund ihres Erscheinungsbildes oder ihrer Funktion einem Tabakprodukt ähneln (z.B. E-Shishas, Shishas to go, Skinny Shishas, Steam-Stones, etc.), an Personen, die das

16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Die Einhaltung wird von der Monopolverwaltung kontrolliert.

In Berücksichtigung der Gesundheitsgefährdungen durch E-Zigaretten bzw. Liquids gilt es ein bewährtes und taugliches Kontrollsystem einzuziehen, das in besonderer Weise Präventionsaspekten und Zielsetzungen des Jugendschutzes Rechnung trägt. Kontrollmöglichkeiten innerhalb des Systems monopolrechtlicher Verantwortung erscheinen dafür besonders geeignet und erleichtern solche Zielsetzungen.

[...]

Schließlich wird ganz allgemein auf die Ausführungen [...] verwiesen, in denen bereits ausführlich dargelegt wurde, aus welchen Gründen die Einbeziehung des Vertriebs von (Einweg)E-Zigaretten und Liquids in das Tabakeinzelhandelsmonopol gerechtfertigt erscheint. Hinzukommen fiskalpolitische Zielsetzungen des Monopols. Durch eine strenge Reglementierung des Handels mit Tabakwaren und ein funktionierendes Trafikensystem wird insbesondere die Sicherung des Steueraufkommens bzw. die Hintanhaltung von Steuerhinterziehung gewährleistet. Die Ausweitung der Geschäftstätigkeit der Trafikanten auf den Tabakerzeugnissen verwandte Produkte soll die Existenz des Trafikensystems sichern und dient damit [indirekt] diesen – zweifellos im öffentlichen Interesse gelegenen – fiskalpolitischen Zielsetzungen. Es sei auch darauf hingewiesen, dass durch die Einbeziehung in das Monopolsystem eine künftige Besteuerung von E-Zigaretten (Liquids) über eine Art Sonderverbrauchsteuer, besser genutzt werden könnte. Zudem wäre es möglich im Wege einer solchen Verbrauchsbesteuerung dem Kauf- und Konsumverhalten insbesondere von preissensiblen jugendlichen Konsumenten wirksam entgegenzusteuern, was wiederum auch im Interesse des Jugend- und Gesundheitsschutzes wäre.

2.3. Zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Nach Ansicht der Bundesregierung ergeben sich aus den Bedenken der Antragsteller keine Belege für die (sonstige) Unverhältnismäßigkeit der 'Monopolisierung' von E-Zigaretten und Liquids.

Wenn die Antragsteller etwa behaupten, dass das Thema Gesundheitsschutz im Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht diskutiert worden sei, so ist zunächst auf die zahlreichen im Begutachtungsverfahren eingelangten befürwortenden Stellungnahmen von Gesundheitsexperten, insbesondere aus dem Bereich der Suchtbekämpfung und -prävention, hinzuweisen.

Ferner sei bemerkt, dass aufgrund der Erlassung der Richtlinie 2014/40/EU es eine EU-rechtliche Verpflichtung gibt, E-Zigaretten dem Tabakrecht zu unterwerfen. In mehreren Schritten werden daher (nunmehr) E-Zigaretten einem aus gesundheitspolitischer Sicht notwendigen Regelungsregime unterworfen. Laut Angaben der Europäischen Kommission ist eine Regulierung insbesondere deshalb notwendig, weil der E-Zigarettenmarkt EU-weit ein Wachstum bis zu 30% pro Monat aufweist. Als Sofortmaßnahme wurde fürs erste die Einbeziehung der E-Zigaretten in das Tabakmonopolrecht (Trafikensystem) beschlossen. Dies garantiert die sofortige Wirksamkeit der Kontrollmaßnahmen, da bereits einschlägige Bestimmungen wie die verpflichtenden Standesregeln und § 35 TabMG 1996 vorhanden sind und ein Zurückgreifen auf bewährte, gegebene Strukturen möglich ist. Die Einbeziehung in das Tabakmonopol bewirkt, dass die

Überwachung der Einhaltung der diesbezüglichen Rechtsvorschriften durch den Einzelhandel von einer eigenen dafür gegründeten Gesellschaft – der Monopolverwaltung GmbH – besorgt wird.

Demzufolge wird die Einbeziehung in das Tabakmonopol als gut geeignete Maßnahme gesehen, durch die sichergestellt wird, dass die für den Handel mit E-Zigaretten und Liquids geltenden Rechtsvorschriften auch eingehalten werden. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragsteller geltend machen, dass bisher keine Bestimmungen erlassen wurden, die konkret dem Gesundheits- oder Jugendschutz dienen (zB Altersbeschränkungen, Warnhinweise, besondere Vorschriften für die Herstellung von E-Zigaretten und Liquids, allfällige Beschränkungen bezüglich Inhaltsstoffe etc.), so ist zu bedenken, dass die Einbeziehung von E-Zigaretten und Liquids in das Tabakmonopol lediglich einen ersten Schritt darstellt: Sämtliche dem Gesundheitsschutz dienenden Maßnahmen werden im Zuge der nächsten Novellen des Tabakgesetzes und der Implementierung der Richtlinie 2014/40/EU in nationales Recht mitberücksichtigt und verankert werden. Insbesondere die Regelungen betreffend Verbote gewisser Inhaltsstoffe, verpflichtende Warnhinweise, Meldeverpflichtungen, etc. müssen bis Mai 2016 in nationales Recht umgesetzt werden [...].

Auch die Behauptung, dass die 'Fachhändler' die 'verwandten Erzeugnisse' mit 'größerer Expertise' verkaufen als Trafikanten, erscheint schwer nachvollziehbar. Die besondere Eignung von Trafikanten zum Vertrieb der Monopolgegenstände und der Kundenberatung ergibt sich daraus, dass eine Tabaktrafik nur jemand übernehmen kann, der eine fachspezifische Ausbildung – nämlich das von der Monopolverwaltung und der Wirtschaftskammer Österreich angebotene Tabakfachhändlerseminar – absolviert hat (§ 27 Z 11 TabMG 1996). Das Monopolsystem gewährleistet demnach den Vertrieb durch besonders geschulte und mit strengen gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen bestellte Einzelhändler. Seitens der Trafikanten werden schon jetzt intensive Schulungen auf dem Sektor E-Zigaretten durchgeführt. Zahlreiche E-Zigarettenhändler kooperieren auch mit den Trafikanten und haben ihre Marktchancen als Großhändler wahrgenommen. Schließlich erweist sich das Argument, wonach die (Einweg-)E-Zigaretten und Liquids nur einen kleinen Bestandteil des in der Tabaktrafik erhältlichen Sortiments darstellen und für sich alleine nicht die Einkünfte der Tabaktrafikanten sichern könnten als zu kurz gegriffen. Im Vergleich zur heutigen Situation wird durch die Einbeziehung in das Tabakmonopol eine wesentlich größere Verkaufsfläche zur Verfügung stehen, da die Verkaufsfläche durch die Anzahl der Trafiken insgesamt festgelegt wird und der Verkauf überdies flächendeckend – es besteht ein gesetzlich verankerter Nahversorgungsauftrag (§ 14 Abs. 1; § 5 Abs. 6 i.V.m. § 36 Abs. 1 und 2 TabMG 1996) – erfolgen muss. Außerdem wird die Produktvielfalt durch das TabMG 1996 für jede einzelne Trafik vorgeschrieben: Der Trafikant hat ein ausgewogenes und den jeweiligen Erfordernissen der Nahversorgung entsprechendes Produktangebot bereitzustellen, ebenso wird eine entsprechende Vorratshaltung vorgeschrieben (§ 5 Abs. 6, § 36 Abs. 1 und 2 TabMG 1996).

Dessen ungeachtet werden durch die Übernahme des Vertriebs von verwandten Erzeugnissen Verluste aus dem Einnahmefall, der aus der zunehmenden Substitution von Tabakerzeugnissen durch E-Zigaretten resultiert, kompensiert.

Wie die Antragsteller selbst zum Teil einräumen, werden E-Zigaretten als 'Lifestyle-Produkte' empfunden und sind die Umsätze bzw. Gewinne aus dem Verkauf dieser Produkte nicht nur in den letzten Jahren stark gestiegen, sondern befinden sich weiter im Zunehmen. Das Argument, dass der Verkauf der 'verwandten Erzeugnisse' an der wirtschaftlichen Situation der Trafikanten nichts verbessern würde bzw. dass sogar die Nachfrage nach diesen Erzeugnissen sinken würde, ist sohin nicht nachvollziehbar.

3. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Grundrecht auf Eigentum

Die Antragsteller in den Verfahren G 118/2015 und G 131/2015 befürchten, dass durch die angefochtenen Maßnahmen ihr Umsatz und ihr Gewinn aus dem Vertrieb von E-Zigaretten erheblich geschmälert würde: hierdurch sehen sie sich im Endeffekt in ihrem Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums verletzt.

Da die Argumente der Antragsteller betreffend das Grundrecht auf Eigentum im Wesentlichen einer Wiederholung ihrer Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und der Erwerbsfreiheit entsprechen, verweist die Bundesregierung – zur Vermeidung von Wiederholungen – auf ihre [bisherigen] Ausführungen [...].

[...]

III. Zum Antrag auf aufschiebende Wirkung und einstweiligen Rechtsschutz

In den Verfahren G 118/2015 und G 131/2015 stellen die Antragsteller den Antrag 'auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung iSd § 85 VfGG und/oder des einstweiligen Rechtsschutzes iSd § 20a VfGG'.

Was die Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung iSd § 85 VfGG anbelangt, ist für die Bundesregierung nicht ersichtlich, wie diese Regelung auf Fälle eines Individualantrags nach Art. 140 B-VG anwendbar ist: Auch nach der Gesetzessystematik des VfGG gilt § 85 VfGG lediglich für Fälle des Art. 144 B-VG.

Die Bundesregierung geht auch davon aus, dass die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Anordnung nach § 20a VfGG nicht erfüllt sind. Eine Berufung auf eine allfällige Verletzung von Unionsrecht überzeugt nicht [...]. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass sich der Verfassungsgerichtshof nach seiner Rechtsprechung – außer im Fall der Grundrechtecharta – grundsätzlich für unzuständig erachtet, über die Unionsrechtskonformität einer innerstaatlichen generellen Norm zu befinden: Wenn er aber diesbezüglich einer Zuständigkeit ermangelt, fehlt ihm auch die Befugnis, im Zuge der zur Durchsetzung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit gestellten Anträge eine einstweilige Anordnung zu erlassen (vgl. in diesem Sinne etwa VfSlg. 17.722/2005 und VfSlg. 16.127/2001)."

4. Der Äußerung der Bundesregierung sind der Erstantragsteller und die zweit-
antragstellende Gesellschaft mit einer Replik entgegengetreten. 21

5. Der Verfassungsgerichtshof führte am 24. Juni 2015 eine mündliche Verhandlung durch, in der unterschiedliche Standpunkte zu den gesundheitlichen Gefahren von E-Zigaretten vertreten wurden. Nach übereinstimmenden Angaben der 22

Parteien bestehen derzeit über 6.100 Tabaktrafiken, davon rund 2.500 Tabakfachgeschäfte und rund 3.600 sonstige Tabakverkaufsstellen. Rund 1.300 Tabaktrafiken werden derzeit von Begünstigten iSd § 29 Abs. 3 TabMG 1996 betrieben.

III. Rechtslage

Die maßgeblichen Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl. 830/1995, welche durch BGBl. I 105/2014 mit Inkrafttreten ab 1. Oktober 2015 novelliert werden, lauten wie folgt (die angefochtenen Gesetzesbestimmungen sind hervorgehoben):

23

"§ 1. (1) Tabakerzeugnisse im Sinne des Abs. 2 und die in Abs. 2a angeführten verwandten Erzeugnisse sind im Monopolgebiet nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes dem Bund als Monopolgegenstände vorbehalten.

[...]

(2a) Verwandte Erzeugnisse im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

1. Elektronische Zigaretten, einschließlich E-Shishas und vergleichbare Erzeugnisse mit derselben Funktions- und Wirkungsweise, sofern es sich um Einwegprodukte handelt,

2. nikotinhaltige und sonstige aromatisierte oder nicht aromatisierte Flüssigkeiten, die dafür vorgesehen sind, in elektronischen Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbaren Erzeugnissen mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verdampft zu werden, und Nachfüllbehälter.

(2b) Der Ausdruck 'elektronische Zigarette' im Sinne dieses Bundesgesetzes bezeichnet ein Erzeugnis, das zum Konsum nikotinhaltigen oder nikotinfreien Dampfes mittels eines Mundstücks verwendet werden kann, oder jeden Bestandteil dieses Produkts, einschließlich einer Kartusche, eines Tanks und des Gerätes ohne Kartusche oder Tank. Elektronische Zigaretten können Einwegprodukte oder mittels eines Nachfüllbehälters oder eines Tanks nachfüllbare Produkte sein oder mit Einwegkartuschen nachgeladen werden.

(2c) Der Ausdruck 'Nachfüllbehälter' im Sinne dieses Bundesgesetzes bezeichnet ein Behältnis, das eine nikotinhaltige oder eine sonstige Flüssigkeit enthält, die dafür vorgesehen ist, zum Nachfüllen elektronischer Zigaretten, E-Shishas oder vergleichbarer Erzeugnisse mit derselben Funktions- und Wirkungsweise verwendet zu werden.

§ 5. (1) [...]

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

che Abgabe von verwandten Erzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet ist ausschließlich Tabaktrafikanten vorbehalten.

(3)-(5) [...]

(6) Die Bestimmungen des § 14 Abs. 1 und 5, § 23, § 27 Abs. 1 Z 3, 4 und 8, § 35 Abs. 6, § 36 Abs. 1, 2, 3, 7, 8, 12 und 15, § 37 Abs. 1 und § 39 gelten auch für verwandte Erzeugnisse.

§ 23. (1) Tabaktrafiken sind Geschäfte, in denen der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen betrieben wird. Die Inhaber von Tabaktrafiken sind Tabaktrafikanten.

(2) Ein Tabakfachgeschäft ist eine Tabaktrafik, die ausschließlich Tabakerzeugnisse oder neben Tabakerzeugnissen andere im Abs. 3 angeführte Waren nur in einem solchen Umfang führt, daß der Charakter eines Tabakfachgeschäftes gewahrt bleibt.

(3) Der Inhaber eines Tabakfachgeschäftes darf, falls er die hiezu erforderlichen Berechtigungen besitzt,

1. Stempelmarken, Postwertzeichen und Fahrscheine für öffentliche Verkehrsmittel und Parkscheine verkaufen,
2. eine Lotto- und Totoannahmestelle betreiben sowie Spielanteile von Lotterien und Tombolaspielen vertreiben,
3. Rauchrequisiten, Papier- und Schreibwaren, Galanteriewaren, Lederwaren, Reiseandenken, Zeitungen und Zeitschriften, Ansichts- und Spielkarten (Nebenartikel) verkaufen,

wenn nach Art und Umfang dieser Tätigkeiten der Charakter eines Tabakfachgeschäftes gewahrt bleibt. Die Monopolverwaltung GmbH kann im Einvernehmen mit dem Bundesgremium der Tabaktrafikanten weitere Waren als Nebenartikel und bestimmte Dienstleistungen zulassen.

(4) Pro Bundesland können jeweils ein, in Wien maximal zwei Tabakfachgeschäfte, die als Schulungstrafik vorgesehen sind (§ 27 Abs. 2 Z 2), eingerichtet werden. Diese sind im Bestellungsvertrag als 'Tabakfachgeschäft zu Schulungszwecken' zu bezeichnen und haben für Trafikbewerber Ausbildungsmaßnahmen anzubieten.

(5) Andere Tabaktrafiken als Tabakfachgeschäfte gelten als Tabakverkaufsstellen.

§ 28. (1) Der Bewerber um eine Tabaktrafik hat sein Ansuchen schriftlich bei der Monopolverwaltung GmbH einzubringen.

(2) Der Bewerbung sind anzuschließen:

1. Urkunden, die dem Nachweis über Namen, Firma, Alter, Wohnung, Geschäftslokal, Gewerbeberechtigung, Vorzugsrechte, Staatsangehörigkeit und das Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen dienen;
2. eine Strafregisterbescheinigung, die nicht älter als sechs Monate sein darf;
3. falls eine juristische Person oder Personenvereinigung ein Ansuchen stellt, ein Auszug aus dem Firmenbuch, der nicht älter als sechs Monate sein darf.

(3) Urkunden, die nicht in einer Amtssprache abgefaßt sind, sind in beglaubigter Übersetzung vorzulegen.

§ 35. (1) Der Bestellungsvertrag erlischt:

1. mit dem Tod des Tabaktrafikanten;
2. durch Verlust des Verfügungsrechts über das Geschäftslokal;

3. mit Wirksamkeit der Kündigung durch den Tabaktrafikanter; der Tabaktrafikanter ist berechtigt, eine ausgesprochene Kündigung bis zur Ausschreibung oder, falls keine Ausschreibung stattfindet, bis zur Nachbesetzung der Tabaktrafik zurückzuziehen;

4. mit dem Erlöschen der Gewerbeberechtigung, in Verbindung mit der eine Tabakverkaufsstelle geführt wurde;

5. durch Fristablauf, wenn der Bestellungsvertrag nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen war.

(2) Der Bestellungsvertrag ist durch die Monopolverwaltung GmbH zu kündigen:

1. wenn nachträglich Umstände eintreten, die im Zeitpunkt der Bewerbung oder Bestellung des Tabaktrafikanter einen Ausschließungsgrund (§ 27) dargestellt hätten;

2. wenn der Tabaktrafikanter gegen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder des Bestellungsvertrages verstößt;

3. wenn der Tabaktrafikanter infolge schwerwiegender Verstöße gegen die im Zusammenhang mit der Führung der Tabaktrafik zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insbesondere auch zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, die für die Führung der Tabaktrafik erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt;

4. wenn der Tabaktrafikanter die vorgeschriebenen Entgelte oder den Kaufpreis für die gelieferten Tabakerzeugnisse nicht innerhalb einer angemessenen Frist bezahlt;

5. wenn der Tabaktrafikanter seine Bestellung durch wissentlich unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen hat;

6. wenn der Tabaktrafikanter eine verhängte Geldbuße (Abs. 6) nicht innerhalb angemessener Frist bezahlt;

7. wenn die Tabaktrafik nicht als Schulungstrafik (§ 27 Abs. 2 Z 2) geführt wird.

(3) Die im Abs. 2 Z 1 bis 3 angeführten Gründe gelten auch für die zur Geschäftsführung befugten Personen.

(4) Der Kündigung hat

1. in den Fällen des Abs. 2 Z 2 bis 4 bei Vorliegen besonderer Verdachtsgründe oder bei Verstößen von geringerem Umfang,

2. in den Fällen des Abs. 2 Z 7

eine schriftliche Verwarnung unter Androhung der Kündigung durch die Monopolverwaltung GmbH voranzugehen. Die Monopolverwaltung GmbH kann gemeinsam mit dieser Verwarnung eine Geldbuße gemäß Abs. 6 verhängen.

(5) Die Monopolverwaltung GmbH hat vor der Kündigung des Bestellungsvertrages das Landesgremium der Tabaktrafikanter anzuhören.

(6) Die Monopolverwaltung GmbH kann im Einvernehmen mit dem Landesgremium der Tabaktrafikanter anstelle einer Kündigung gemäß Abs. 2 Z 2, 3 oder 5 bei Vorliegen besonders berücksichtigungswürdiger Gründe eine Geldbuße in Höhe von höchstens zehn Prozent des durchschnittlichen Monatsumsatzes mit Tabakerzeugnissen der vorangehenden zwölf Monate verhängen. Die eingenommenen Bußgelder sind der Wohlfahrtseinrichtung der Tabaktrafikanter zu überweisen.

- (7) Wenn über das Vermögen des Tabaktrafikanten der Konkurs eröffnet oder der Antrag auf Konkurseröffnung mangels eines zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich hinreichenden Vermögens abgewiesen wird, kann die Monopolverwaltung GmbH den Bestellungsvertrag kündigen.
- (8) Ein Bestellungsvertrag zur vorläufigen Führung einer Tabaktrafik (§ 32 Abs. 3) kann von der Monopolverwaltung GmbH ohne Angabe von Gründen und ohne Anhörung des Landesgremiums der Tabaktrafikanten und vom Tabaktrafikanten jederzeit gekündigt werden.

§ 36. (1) Tabaktrafikanten haben ihre Tätigkeit so auszuüben, dass der durch § 24 gewährte Gebietsschutz und das Monopolinteresse an der Nahversorgung gewahrt bleiben. Sie haben stets das Standesehnen zu wahren. Bei der Sortimentsgestaltung der Tabakwaren ist auf ein ausgewogenes und den jeweiligen Erfordernissen der Nahversorgung entsprechendes Angebot an verschiedenen Tabakwaren zu achten. Jede Einflussnahme Dritter, die auf eine Nichtanwendung der angeführten Grundsätze abzielt, ist verboten. Insbesondere ist dem Tabaktrafikanten die Annahme von Geld oder geldwerten Vorteilen in diesem Zusammenhang verboten.

(2) Tabaktrafikanten haben unter Beachtung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und des Bestellungsvertrages die Nachfrage nach Tabakerzeugnissen an ihrem Geschäftsstandort jeweils bestmöglich zu befriedigen. Der Vorrat an Tabakerzeugnissen hat stets zumindest der durchschnittlichen Verkaufsmenge dreier Geschäftstage zu entsprechen.

(3) Die Berechtigung zum Handel mit Tabakerzeugnissen ist ein persönliches Recht des Tabaktrafikanten. Er hat die Tabaktrafik persönlich zu führen.

(4) Ist eine juristische Person oder eine Personenvereinigung Tabaktrafikant, so trifft die Pflicht zur persönlichen Führung die mit der Geschäftsführung betraute natürliche Person. Diese ist der Monopolverwaltung GmbH als Verantwortlicher schriftlich anzuzeigen. Änderungen der Person des Verantwortlichen sind der Monopolverwaltung GmbH unverzüglich schriftlich anzuzeigen.

(5) Dem Inhaber eines Tabakfachgeschäftes ist es verboten, eine andere selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben oder ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Die Monopolverwaltung GmbH kann im Einvernehmen mit dem Landesgremium der Tabaktrafikanten befristete Ausnahmen von diesem Verbot zulassen.

(6) Jede Art von Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäftes und die Einräumung von Gewinnbeteiligungen an einem Tabakfachgeschäft sind verboten.

(7) Tabaktrafikanten dürfen den Handel mit Tabakerzeugnissen nur in dem im Bestellungsvertrag angegebenen Geschäftslokal (Standort) ausüben. Das Aufsuchen zwecks Entgegennahme von Bestellungen außerhalb des Standortes, die Zustellung und der Versand von Tabakerzeugnissen sind verboten. Die Monopolverwaltung GmbH kann einen Verkauf von Tabakerzeugnissen außerhalb des Standortes für kurze Zeit bei Bedarf genehmigen.

(8) Tabaktrafikanten sind berechtigt, für den Verkauf von Tabakerzeugnissen auch Automaten zu verwenden, die im Geschäftslokal oder an dessen Außenfront angebracht sind. Das Bereitstellen und Betreiben von Automaten an anderen Standorten ist nur mit Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH gestattet; § 24 gilt sinngemäß. Der Bestellungsvertrag ist auf den Standort des Automaten

zu erweitern. Für das Bereitstellen und Betreiben von Automaten gilt § 36 Abs. 1 sinngemäß.

(9) Tabaktrafikanten dürfen Tabakerzeugnisse nur von Großhändlern zu den Lieferpreisen gemäß § 8 Abs. 5 beziehen. Dies gilt nicht im Fall einer Geschäftsnachfolge für vom vorigen Geschäftsinhaber bezogene Tabakerzeugnisse. Der Handel mit anderen Tabakerzeugnissen ist verboten. Der wissentliche Verkauf von Tabakerzeugnissen an Wiederverkäufer, ausgenommen in den Fällen des § 40, ist verboten.

(10) Tabaktrafikanten dürfen von Großhändlern oder von Dritten die Gewährung von direkten oder indirekten Vorteilen, wie Rabatte, Skonti, unzulässige Zahlungsziele und Zugaben jeder Art, wenn diese im Zusammenhang mit der Lieferung von Tabakerzeugnissen stehen, weder fordern noch dürfen sie diesbezügliche Angebote annehmen.

(11) Tabakerzeugnisse dürfen von den Tabaktrafikanten nur zu den veröffentlichten Kleinverkaufspreisen (§ 9) verkauft werden.

(12) Inhaber von Tabakverkaufsstellen dürfen ihren Kunden keine direkten oder indirekten Vorteile, wie Rabatte, Skonti, Zahlungsziele und Zugaben jeder Art, die mit dem Verkauf von Tabakerzeugnissen im Zusammenhang stehen, anbieten oder gewähren.

(13) Inhaber von Tabakfachgeschäften dürfen ausnahmslos keine direkten oder indirekten Vorteile gewähren.

(14) Eine Veränderung der für den Verkauf bestimmten Tabakerzeugnisse durch den Tabaktrafikanten ist nicht zulässig.

(15) Die Öffnungszeiten einer Tabakverkaufsstelle, die in Verbindung mit einem Gewerbe geführt wird, richten sich nach den Betriebszeiten für dieses Gewerbe. In einer solchen Verkaufsstelle sind die Tabakerzeugnisse tunlichst getrennt von den anderen Waren zu lagern.

§ 42. Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des § 5 Abs. 2 letzter Satz oder Abs. 3, soweit sie nicht Finanzvergehen nach §§ 44 oder 46 des Finanzstrafgesetzes darstellen, und vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen der §§ 8 Abs. 7, 11, 36 Abs. 11 und 14 und § 40 sind Finanzordnungswidrigkeiten und nach § 51 Abs. 2 des Finanzstrafgesetzes zu bestrafen.

§ 47g. (1) § 1 Abs. 1, § 1 Abs. 2a bis 2c, § 5 Abs. 2 und 6 und § 42, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 105/2014, treten mit 1. Oktober 2015 in Kraft. § 7 Abs. 5, § 8 Abs. 1, 4 und 8, § 9 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1, 3 und 4, sowie § 14a Abs. 1, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 105/2014, treten mit 1. April 2015 in Kraft. § 38a Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 105/2014, tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2014 in Kraft.

(2) § 8 Abs. 1 und 8, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 105/2014, sind auf Fälle anzuwenden, in denen der Bestellungseingang nach dem 31. März 2015 erfolgt. § 8 Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 105/2014 ist auf Fälle anzuwenden, in denen die Zustellung nach dem 31. März 2015 erfolgt."

IV. Erwägungen

Der Verfassungsgerichtshof hat über die in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 Abs. 1 VfGG zur gemeinsamen Verhandlung, Beratung und Entscheidung verbundenen Anträge erwogen: 24

1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. 25

Voraussetzung der Antragslegitimation gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG ist einerseits, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch das angefochtene Gesetz – im Hinblick auf dessen Verfassungswidrigkeit – in seinen Rechten verletzt worden zu sein, dann aber auch, dass das Gesetz für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist, dass das Gesetz in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese – im Falle seiner Verfassungswidrigkeit – verletzt. 26

Nicht jedem Normadressaten aber kommt die Anfechtungsbefugnis zu. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass das Gesetz selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch das Gesetz selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des – behaupteterweise – rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg. 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003). 27

1.2. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für 28

von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden.

Dieser Grundposition folgend geht der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. zB VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 13.915/1994, 14.131/1995, 14.498/1996, 14.890/1997, 16.212/2002). Unter dem Aspekt einer nicht trennbaren Einheit in Prüfung zu ziehender Vorschriften ergibt sich ferner, dass ein Prozesshindernis auch dann vorliegt, wenn es auf Grund der Bindung an den gestellten Antrag zu einer in der Weise isolierten Aufhebung einer Bestimmung käme, dass Schwierigkeiten bezüglich der Anwendbarkeit der im Rechtsbestand verbleibenden Vorschriften entstünden, und zwar in der Weise, dass der Wegfall der angefochtenen (Teile einer) Gesetzesbestimmung den verbleibenden Rest unverständlich oder auch unanwendbar werden ließe. Letzteres liegt dann vor, wenn nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt (VfSlg. 16.869/2003 mwN).

29

1.3. Die Antragsteller waren bereits im Zeitpunkt der Einbringung der Anträge und zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes aktuell von den angefochtenen Regelungen betroffen. Die angefochtenen Regelungen zur Monopolisierung der "verwandten Erzeugnisse" treten zwar erst zu einem Zeitpunkt nach Stellung des Antrages beim Verfassungsgerichtshof, nämlich am 1. Oktober 2015, in Kraft. Ungeachtet dessen zeitigen die Bestimmungen jedoch Vorwirkungen dergestalt, dass die Antragsteller bereits ab Kundmachung entsprechende Maßnahmen (zB müssen Vertragsverhältnisse [Mietverträge für Lagerräume und Geschäftslokale, bindende Kauf- und Lieferverträge, Arbeitsverträge mit Mitarbeitern etc.] gekündigt werden) vorzunehmen haben.

30

Der Verfassungsgerichtshof hat in den Erkenntnissen VfSlg. 18.896/2009 und VfSlg. 15.773/2000 festgestellt, dass es sich bei Verpflichtungen, die durch das Gesetz auferlegt worden sind, dann nicht um bloße – in der Regel verfassungsrechtlich unerhebliche – wirtschaftliche Reflexwirkungen handelt, wenn sie ab einem bestimmten Stichtag zu erfüllen sind und es zur Vermeidung von strafrechtlichen Sanktionen tatsächlich unvermeidlich (weil auch gesetzlich vorgesehen) ist, vor diesem Stichtag administrative, technische oder sonstige Vorkehrungen, die mit ins Gewicht fallenden Aufwendungen verbunden sind, zu treffen, um ab dem Stichtag die Pflichten gesetzeskonform erfüllen zu können. Vielmehr ist in einem solchen Fall davon auszugehen, dass der gesetzlich vorgesehene nachteilige Eingriff bereits vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Gebots eine aktuelle Beeinträchtigung der Rechtssphäre des von der Verpflichtung Betroffenen bewirkt. Die Zulässigkeit ist sohin ab jenem Zeitpunkt zu bejahen, der es erlaubt, über die Rechtmäßigkeit des beanstandeten Eingriffs eine Klärung derart herbeizuführen, dass die damit verbundenen Aufwendungen vermieden oder doch verringert werden können.

31

Die Kundmachung des Gesetzes erfolgte mit Bundesgesetzblatt vom 29. Dezember 2014. Aus dem zum 1. Oktober 2015 vorgesehenen Inkrafttreten der angefochtenen Regelung resultierte daher bereits ab dem 30. Dezember 2014 die Notwendigkeit zur Schaffung umfangreicher Vorkehrungen, um sich ab 1. Oktober 2015 rechtskonform verhalten zu können.

32

1.4. Die Annahme der Bundesregierung, es gäbe einen anderen Weg die Verfassungswidrigkeit an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen als jenen des Individualantrages, trifft nicht zu. Der Bundesregierung zufolge bestünde ein zumutbarer anderer Weg darin, dass sich die Antragsteller nach § 28 TabMG 1996 um eine Tabaktrafik bei der Monopolverwaltung GmbH bewerben könnten, um ab dem 1. Oktober 2015 verwandte Erzeugnisse anbieten zu können, ohne nach dem Finanzstrafgesetz bestraft zu werden. Alle Bewerber, deren Angebote für eine Tabaktrafik nicht berücksichtigt wurden, wären durch die Angabe von Gründen schriftlich zu verständigen (§ 32 Abs. 5 TabMG 1996), zum anderen könnten alle Bewerber schriftlich beantragen, dass die Monopolverwaltung GmbH innerhalb von drei Monaten endgültig entscheide, wer zum Tabaktrafikanten zu bestellen sei (§ 33 Abs. 1 und 2 TabMG 1996). Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sei die Bestellung eines Tabaktrafikanten durch die

33

Monopolverwaltung GmbH in Form eines Bestellungsvertrages ein Akt des Privatrechts (VfSlg. 6591/1971, 12.114/1989). Die antragstellenden Parteien könnten den Zivilrechtsweg beschreiten und auf diesem Wege die Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen durch den Verfassungsgerichtshof überprüfen lassen.

1.5. Der beschriebene Weg ist für die Antragssteller nicht zumutbar. Erstens streben diese – wie sie in ihren Anträgen ausführen – nicht den Betrieb einer Tabaktrafik an, sondern nur den Vertrieb von E-Zigaretten, deren Zubehör und Liquids. Die Antragsteller zu G 118/2015 und G 131/2015 vertreiben ihre Produkte über einen Online-Shop, dieser Vertriebsweg könnte selbst bei der Erlaubnis zum Betrieb einer Tabaktrafik nicht weiter ausgeübt werden. Hinzu kommt, dass das Verfahren der Bewerbung und das zivilgerichtliche Verfahren selbst bei unverzüglicher Antragsstellung eines Gerichts zur Aufhebung der angefochtenen gesetzlichen Bestimmungen nicht vor Inkrafttreten der Rechtsvorschriften mit 1. Oktober 2015 abgeschlossen wäre, weswegen der Betrieb mit verwandten Erzeugnissen für die Zeit bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes im Gesetzesprüfungsverfahren ausgesetzt werden müsste. Bei einem fortgesetzten Betrieb der Produkte über den 30. September 2015 hinaus drohte eine Sanktion gemäß § 42 TabMG 1996. Der Verfassungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung aber davon aus, dass es einem Normunterworfenen nicht zumutbar ist, eine verbotene Handlung zu setzen, um sich in einem gegen ihn eingeleiteten Verfahren mit der Behauptung zur Wehr zu setzen, dass die Verbotsnorm verfassungswidrig sei (VfSlg. 12.379/1990, 11.853/1988).

34

1.6. Eine Bewerbung bei der Monopolverwaltung GmbH zur Bestellung als Tabaktrafikant kann schon deshalb kein zumutbarer Weg sein, weil die angefochtenen Bestimmungen des TabMG 1996 (§§ 1, 42 und 47g Abs. 1 TabMG 1996 idF BGBl. I 105/2014) im Bestellungsverfahren und im anschließenden zivilrechtlichen Verfahren nicht präjudiziell wären. Die Bestellung ist nämlich nicht davon abhängig, welche Produkte der Tabaktrafikant verkaufen darf.

35

1.7. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweisen sich die Anträge insgesamt als zulässig.

36

2. In der Sache

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

2.1. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 7 B-VG: 38

2.1.1. Die Antragsteller erblicken in den angefochtenen Bestimmungen zusammengefasst einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz wegen der Ungleichbehandlung von Händlern für E-Zigaretten und Liquids einerseits und Tabaktrafikanten andererseits. 39

2.1.2. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. zB VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s. etwa VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002). 40

2.1.3. Die Neuregelung bewirkt eine Ungleichbehandlung von Fachhändlern für E-Zigaretten einerseits und Tabaktrafikanten andererseits dadurch, dass ab 1. Oktober 2015 nur noch Trafikanten, nicht aber Fachhändler E-Zigaretten vertreiben dürfen. 41

2.1.3.1. Diese Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung durch sachliche Gründe, für die hier die Gründe der Gesundheitspolitik und des Jugendschutzes sowie jene der Sicherung der Einkünfte von Tabaktrafikanten in Betracht kommen (RV 360 BlgNR 25. GP, 28). Die Ungleichbehandlung von Fachhändlern von E-Zigaretten einerseits und Trafikanten andererseits ist die direkte Folge der Gleichbehandlung der E-Zigaretten mit herkömmlichen Tabakprodukten. 42

2.1.3.2. Die ins Treffen geführten gesundheits- und jugendschutzpolitischen Gründe vermögen jedoch die auf den Vertrieb bezogene Differenzierung nicht zu rechtfertigen. Diese Gründe vermögen für eine Ungleichbehandlung mit Tabaktrafikanen zunächst schon deswegen keine Sachlichkeit zu begründen, weil aus der Gegenüberstellung der gesetzlichen Vertriebsvorschriften für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse mit jenen, die derzeit für Fachhändler nach der Gewerbeordnung bestehen, keine Diskrepanz im Ausmaß des Gesundheits- und Jugendschutzes durch unterschiedliche Verkaufsmodalitäten erkennbar ist. Das Verbot der Abgabe von Tabakerzeugnissen und die Modalitäten des Verkaufs von verwandten Erzeugnissen an Jugendliche werden in den Jugendschutzgesetzen der Länder geregelt und gelten für Tabaktrafiken und Tabakverkaufsstellen bzw. Fachgeschäfte für E-Zigaretten gleichermaßen. Dabei ist zu beachten, dass eine taugliche Kontrolle der Abgabe an Jugendliche durch Fachhändler gewährleistet werden kann. Dies könnte einerseits durch die Reglementierung des Gewerbes mit dem Erfordernis eines Befähigungsnachweises und Sanktionen für den Fall des Zuwiderhandelns erfolgen, wie sie schon gegenwärtig bestehen und ähnlich dem § 35 TabMG 1996 zu einem Verlust der Berechtigung zum Verkauf der entsprechenden Waren führen können.

43

2.1.3.3. Im Übrigen ist die Nichteinhaltung der entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften nahezu wortgleich für schwerwiegende Verstöße durch § 87 Abs. 1 Z 3 GewO und durch den diesem nachgebildeten § 35 Abs. 2 Z 3 TabMG 1996 sanktioniert, mit der Maßgabe, dass im einen Fall die Gewerbeberechtigung zu entziehen, im anderen Fall der Bestellungsvertrag zu kündigen ist. Die Behauptung einer in der Praxis gegenüber der gewerbebehördlichen Kontrolle von Gastwirten strengeren Kontrolle von Tabaktrafiken durch die Monopolverwaltung konnte in der mündlichen Verhandlung nicht erhärtet werden und könnte selbst bei Zutreffen nichts zur Beurteilung der gesetzlichen Vorschriften beitragen.

44

2.1.3.4. Gründe des Gesundheitsschutzes und des Jugendschutzes vermögen sohin den Vorbehalt des Verkaufs von E-Zigaretten durch Tabaktrafiken nicht zu rechtfertigen. Wenn die Bundesregierung vorbringt, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung die Zahl der Verkaufsstellen gering halten wollte, so ist ihr entgegen zu halten, dass mit der Einbeziehung der verwandten Erzeugnisse in

45

das Tabakmonopol die Zahl der Verkaufsstellen insoweit erweitert und damit das flächendeckende Angebot an E-Zigaretten gesteigert wird, als mit dem System der Tabaktrafiken vom Gesetzgeber gerade die flächendeckende Nahversorgung mit Tabakwaren intendiert ist (vgl. IA 408/A 19. GP, 48).

2.1.3.5. Auch in der Sicherung der Einkünfte von Tabaktrafikanten vermag der Verfassungsgerichtshof keinen sachlichen Grund für den Vorbehalt des Vertriebs von E-Zigaretten zugunsten von Tabaktrafikanten zu erblicken. Mögen durch die speziellen Kriterien für die Auswahl von Tabaktrafikanten (§ 29 Abs. 3 TabMG 1996) auch ursprünglich sozialpolitische Ziele verfolgt worden sein, liegt darin keine Rechtfertigung zur Ungleichbehandlung von Fachhändlern von E-Zigaretten einerseits und Tabaktrafikanten andererseits. Historisch wurden vor allem Inhaber eines Opferausweises, Empfänger einer Beschädigtenrente nach dem Kriegsopferversorgungsgesetz 1957, BGBl. 152, oder dem Heeresversorgungsgesetz, BGBl. 27/1964, sowie Empfänger einer Witwen- oder Witwerrente bzw. einer Witwen- oder Witwerbeihilfe nach dem Opferfürsorgegesetz, dem Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 oder dem Heeresversorgungsgesetz zu Tabaktrafikanten und in der Folge zunehmend auch begünstigte Behinderte iSd § 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBl. 22/1970, zu Tabaktrafikanten bestellt (s. § 29 Abs. 3 TabMG 1996). Der Umstand, dass Angehörige von Tabaktrafikanten im Fall u.a. des Pensionsantritts oder des Todes des bisherigen Trafikanten, ohne selbst die Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 TabMG 1996 zu erfüllen, unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 3 bis 9 TabMG 1996 Anspruch auf Bestellung zum Tabaktrafikanten für das frei gewordene Tabakgeschäft haben (§ 31 Abs. 1 TabMG 1996), und die Tatsache, dass mittlerweile rund 50 % der Fachgeschäfte und 80 % der Trafiken insgesamt nicht von Personen geführt werden, welche die Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 TabMG 1996 erfüllen, führen dazu, dass das Ziel der Einkommenssicherung für Trafikanten nicht als sachlicher Grund der Rechtfertigung angesehen werden kann.

46

2.2. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 6 StGG:

47

2.2.1. Die Antragsteller machen auch eine Verletzung ihres verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Freiheit der Erwerbsbetätigung geltend.

48

- 2.2.2. Den Antragstellern zufolge würden die Rechtsvorschriften zur Monopolisierung von verwandten Erzeugnissen in deren verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung (Art. 6 StGG) eingreifen. Durch die Monopolisierung des Vertriebs von verwandten Erzeugnissen auf Tabaktrafikannten bestehe ein Eingriff in das Grundrecht. 49
- 2.2.3. Nach der ständigen Judikatur zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (s. zB VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001, 16.734/2002 und 17.932/2006) sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. 50
- 2.2.4. Eine objektive Beschränkung der Erwerbsausübung durch Hürden, die der Betroffene nicht aus eigener Kraft überwinden kann, könne nur angemessen sein, wenn dafür besonders wichtige öffentliche Interessen sprechen und wenn keine Alternativen bestehen, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise zu erreichen (vgl. zum Erwerbseintritt VfSlg. 11.483/1987). Es steht dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbseintritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern (s. etwa VfSlg. 13.704/1994 und die dort zitierte Vorjudikatur; weiters VfSlg. 16.024/2000 und 16.734/2002). 51
- 2.2.5. Zwar wird durch die angefochtenen Rechtsvorschriften des Tabakmonopolgesetzes 1996 der Handel mit verwandten Erzeugnissen nicht zur Gänze untersagt. Allerdings wird der Vertrieb großer Teile der von den Antragstellern vertriebenen Produkte an die Verbraucher den Tabaktrafikannten vorbehalten. Insoweit liegt ein Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Erwerbsausübungsfreiheit vor. 52

- 2.2.6. Die angefochtenen Bestimmungen beschränken das Recht der Antragsteller, eine bereits ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, und bewirken, dass die entsprechende Tätigkeit mit Ablauf des Monats September 2015 zur Gänze einzustellen ist. 53
- 2.2.7. Der durch die angefochtenen Regelungen bewirkte Eingriff bildet weder eine Antritts- noch eine Ausübungsbeschränkung. Vielmehr ordnen sie das Ende einer rechtmäßig ausgeübten Tätigkeit an. Ein solcher Eingriff wiegt schwerer als eine Ausübungsbeschränkung, die bloß einzelne Modalitäten der Erwerbsausübung regelt und modifiziert, nicht aber die grundsätzliche Zulässigkeit berührt. Die Anordnung der Beendigung einer gewerblichen Tätigkeit kommt in seinen nachteiligen Konsequenzen einer Antrittsbeschränkung jedenfalls gleich und wird sie in manchen Konstellationen übertreffen. Der Gesetzgeber ist daher am selben strengen Maßstab zu messen, wie er für Erwerbsantrittsschranken herangezogen wird. 54
- 2.2.8. Der Eingriff verfolgt ausweislich der Gesetzesmaterialien die bereits im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz erwähnten Ziele des Gesundheitsschutzes, des Jugendschutzes und der Sicherung der Einkünfte der Tabaktrafikannten (RV 360 BlgNR 25. GP, 28). Während die ersten beiden Ziele ohne weiteres im öffentlichen Interesse liegen, liegt das Ziel der bloßen Einkommenssicherung einer bestimmten Gruppe von Erwerbstätigen für sich genommen nicht im öffentlichen Interesse. Wohl aber bildet das hinter der Privilegierung stehende Motiv der Absicherung von Personen, die entweder am Arbeitsmarkt benachteiligt sind oder aber in der Vergangenheit entweder selbst oder in Bezug auf einen nahen Angehörigen schwere Nachteile im Krieg erlitten haben, ein im öffentlichen Interesse gelegenes Ziel. 55
- 2.2.9. Die angefochtenen gesetzlichen Regelungen sind aus den im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz dargelegten Gründen zur Erreichung der gesundheits- und jugendpolitischen Ziele wenigstens teilweise geeignet. Zur Erreichung des Zieles der Sicherung der Einkünfte von Tabaktrafikannten sind die Regelungen isoliert gesehen zwar geeignet. Dieses Ziel ist aber nur insoweit im öffentlichen Interesse gelegen, als das dahinter stehende Ziel der Sicherung der Existenz von Personen mit Behinderung erreicht werden kann. Wie ein Blick auf die gesetzlichen Regelungen zeigt, muss bei Bestellung von Fami- 56

lienangehörigen nach Ende der Tätigkeit eines Trafikanten das Kriterium der Behinderung nicht erfüllt sein. Tatsächlich liegt der Anteil der Betreiber von Tabakfachgeschäften mit Behinderung – wie die Bundesregierung selbst einräumt – nur bei rund der Hälfte. Angesichts dessen kann in der Erweiterung des den Trafiken vorbehaltenen Sortiments keine Maßnahme erblickt werden, die zur Erreichung des sozialpolitisch gewichtigen Zieles geeignet ist.

2.2.10. Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sind einander Schwere des Eingriffs und Gewicht der rechtfertigenden Gründe gegenüberzustellen. Die angestrebten Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes wiegen gewiss schwer. Allerdings ist zu beachten, dass der Verkauf von Tabakwaren heute in Tabaktrafiken, über Automaten (siehe § 36 Abs. 8, § 40 Abs. 1 TabMG 1996) und in jenen Räumlichkeiten, die § 40 Abs. 1 TabMG 1996 entsprechen (zB Gaststätten, Tankstellen [Erlass des Bundesministeriums für Finanzen TabMG GZ. 9000/7-III/11/98 v. 27.7.1998]) erfolgt. Es ist nicht erkennbar, inwieweit der Verkauf von verwandten Erzeugnissen durch Trafikanten eine höhere Gewähr für den Gesundheits- und Jugendschutz bietet als der Verkauf durch Fachhändler. Letztere unterliegen einer gewerbebehördlichen Aufsicht. Im Falle, dass der Gesetzgeber befindet, dass die Instrumente der Aufsicht über Fachhändler nicht hinreichend wären, läge ein gelinderes Mittel in der Verschärfung der Aufsicht über die Fachhändler. Die Beschränkung des Verkaufs von E-Zigaretten bildet für Unternehmer, welche die Tätigkeit bereits ausüben (gegebenenfalls unter Verlust von Investitionen), einen gravierenderen Eingriff als für Personen, die die Tätigkeit erst in der Zukunft ausüben wollen. In beiden Fällen vermögen die verfolgten Ziele die Schwere des Eingriffs nicht zu rechtfertigen. Sie erweisen sich damit als unverhältnismäßige Beschränkung des Grundrechts.

57

2.2.11. Die angefochtenen Bestimmungen verstoßen daher auch gegen das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung.

58

2.3. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das Antragsvorbringen zu Art. 1 1. ZPEMRK, zu Art. 17 Grundrechte-Charta – die Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta vorausgesetzt – sowie zu Art. 18 B-VG einzugehen.

59

2.4. Im Verfahren nach Art. 140 B-VG ist die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht vorgesehen. Auch eine analoge Anwendung des § 85 VfGG kommt nicht in Betracht (vgl. VfSlg. 16.127/2001, 17.520/2005, 19.322/2011). 60

2.5. Die Antragsteller stellen auch einen "Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz im Sinne des § 20a VfGG". § 20a VfGG beinhaltet – jedenfalls seinem Wortlaut nach – allerdings kein Antragsrecht. Ein entsprechender einstweiliger Rechtsschutz wäre vielmehr – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – vom Verfassungsgerichtshof von Amts wegen zu verfügen. 61

V. Ergebnis

1. Die folgenden Bestimmungen des Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl. I 830/1995, idF des 2. Abgabenänderungsgesetzes 2014, BGBl. I 105: 62

- in § 1 Abs. 1 die Wortfolge: "und die in Abs. 2a angeführten verwandten Erzeugnisse";
- § 1 Abs. 2a;
- § 1 Abs. 2b;
- § 1 Abs. 2c;
- in § 5 Abs. 2 Satz 1 die Wortfolge: "und verwandten Erzeugnissen";
- in § 5 Abs. 2 Satz 2 die Wortfolge: "und verwandten Erzeugnissen";
- der letzte Satz in § 5 Abs. 2: "Die entgeltliche Abgabe von verwandten Erzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet ist ausschließlich Tabaktrafikannten vorbehalten.";
- § 5 Abs. 6;
- in § 42 die Wortfolge "Abs. 2 letzter Satz oder";

- in § 47g Abs. 1 die Wortfolge: "§ 1 Abs. 2a bis 2c, § 5 Abs. 2 und 6 und § 42, jeweils"

sind daher wegen Verstoßes gegen das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz sowie das verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Freiheit der Erwerbsausübung als verfassungswidrig aufzuheben.

2. Im Übrigen wird der zu G 204/2015 protokollierte Antrag im darüber hinausgehenden Teil abgewiesen. 63

3. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 64

4. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 65

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 65a VfGG. Da die zu G 118/2015 und G 131/2015 antragstellenden Parteien durch ein und denselben Rechtsanwalt vertreten sind, ist ihnen insgesamt lediglich der einfache Pauschalsatz, erhöht um einen 10%igen Streitgenossenzuschlag, zuzusprechen 66

(VfSlg. 17.819/2006, 19.412/2011, 19.767/2013, 19.824/2013). In den zuerkannten Kosten sind die Umsatzsteuer in Höhe von € 479,60 sowie der Ersatz der entrichteten Eingabengebühren in Höhe von € 480,- enthalten. In den zugesprochenen Kosten zu G 204/2015 ist die Umsatzsteuer in Höhe von € 436,- sowie der Ersatz der Eingabengebühr in Höhe von € 240,- enthalten.

Wien, am 3. Juli 2015

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführer:

AHARI, LL.M. BSc.