



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38740
Telefax: (+43 1) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-101/092/5460/2023-12
A. B. Ltd.

Wien, 26.9.2023

Geschäftsabteilung: VGW-S

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Gerhard Kienast über die Beschwerde der A. B. Ltd., vertreten durch C. Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vom 22.2.2023, Zl. 2023-..., betreffend Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz (TNRSG) iVm der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen hinsichtlich der Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse (NTZulV), nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung am 11.9.2023

zu Recht:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und werden die neuartigen Tabakerzeugnisse

- **neo™ sticks TERRACOTTA TOBACCO**
- **neo™ sticks GOLD TOBACCO**
- **neo™ sticks GREEN CLICK**
- **neo™ sticks RED CLICK**
- **neo™ sticks PURPLE CLICK**
- **neo™ sticks SUNNY CLICK**

gemäß § 10a TNRSG zugelassen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 1.12.2021 beantragte die Beschwerdeführerin gemäß § 10a TNRSG beim Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz die Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse, und zwar *neoTM sticks* der Varianten TERRACOTTA TOBACCO, GOLD TOBACCO, BRIGHT TOBACCO, GREEN SUMMER, YELLOW, PURPLE, GREEN CLICK, RED CLICK, PURPLE CLICK, SUNNY CLICK, RED SWITCH, PURPLE SWITCH, GREEN SWITCH, SUNNY SWITCH; diesem Antrag waren umfangreich Beilagen angeschlossen.

Mit Schreiben vom 25.3.2022 informierte der belangte Bundesminister die Beschwerdeführerin davon, dass seiner Auffassung nach unter anderem Angaben zu Inhaltsstoffen, toxikologische Tests, Emissionsmesswerte zu jedem Produkt, Gebrauchsanweisungen in deutscher Sprache und Produktmuster fehlen, und erteilte den Auftrag, diese *„genannten und nach den Vorgaben des TNRSG von der Zulassungswerberin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht beizubringenden Unterlagen binnen drei Monaten [...] der Bewertungsstelle der AGES, bei sonstiger Verletzung der Mitwirkungspflicht, umfassend und vollständig vorzulegen.“*

Mit Schriftsatz vom 19.5.2022 schränkte die Beschwerdeführerin zunächst ihren Antrag auf (die nunmehr verfahrensgegenständlichen) sechs Varianten der *neoTM sticks* ein, legte für die sechs im Zulassungsverfahren verbleibenden Varianten eine Liste mit sämtlichen Inhaltsstoffen und Emissionen sowie Gebrauchsanweisungen in deutscher Sprache vor, nicht jedoch toxikologische Tests für jede einzelne Produktvariante.

Mit Schreiben vom 13.7.2022 teilte der belangte Bundesminister der Beschwerdeführerin mit, dass der Auftrag zur Mitwirkung hinsichtlich der geforderten Emissionswerte nur für drei der sechs antragsgegenständlichen Produkte und dass für keines der antragsgegenständlichen Produkte spezifische toxikologische Studien übermittelt worden seien, weshalb die Bewertungsstelle der AGES in ihrem Gutachten vom 29.6.2022 auch zum Ergebnis kam, dass *„eine den wissenschaftlichen Standards entsprechende*

Bewertung der antragsgegenständlichen Produkt aufgrund der mangelhaften Unterlagen nicht vorgenommen werden" könne; diesem „Ergebnis der Beweisaufnahme“ war das Gutachten der Bewertungsstelle der AGES vom 29.6.2022 angeschlossen; der belangte Bundesminister räumte die Möglichkeit ein, innerhalb von zwei Monaten dazu Stellung zu nehmen.

Mit Schriftsatz vom 20.9.2022 gab die Beschwerdeführerin eine ausführliche, mit Beilagen versehene Stellungnahme ab.

Mit Schreiben vom 2.12.2022 teilte die AGES dem belangten Bundesminister mit, dass noch immer nicht alle Unterlagen vorgelegt worden seien, weshalb eine den wissenschaftlichen Standards entsprechende Bewertung der Produkte nicht vorgenommen werden könne.

Mit Schriftsatz vom 14.12.2022 reichte die Beschwerdeführerin fehlende Emissionswerte nach und verwies hinsichtlich des Erfordernisses zur Vorlage spezifischer toxikologischer Tests für jede einzelne der Zulassungsvarianten auf ihre Äußerung im Schriftsatz vom 20.9.2022.

Am 17.1.2023 fand vor dem belangten Bundesminister eine mündliche Verhandlung statt.

Mit Bescheid vom 22.2.2023 wies der belangte Bundesminister den Antrag der Beschwerdeführerin auf Zulassung der sechs verfahrensgegenständlichen neuen Tabakerzeugnisse gemäß § 10a TNRSG iVm § 5 Abs. 9 NTZuIV ab.

Mit Schriftsatz vom 24.3.2023 zog die Beschwerdeführerin den Bescheid des belangten Bundesministers vom 22.2.2023 (form- und fristgerecht) in Beschwerde und beantragte neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zulassung der sechs näher genannten neuartigen Tabakerzeugnisse.

Mit Note vom 20.4.2023 legte der belangte Bundesminister dem erkennenden Verwaltungsgericht die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt zur Entscheidung vor.

Mit Schreiben vom 28.8.2023 gab der belangte Bundesminister zu vom erkennenden Verwaltungsgericht aufgeworfenen Fragen eine umfangreiche Stellungnahme ab.

Am 11.9.2023 fand vor dem erkennenden Verwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung statt, in der die Beschwerdeführerin ausführlich auf die Stellungnahme des belangten Bundesministers vom 28.8.2023 replizierte und das Prüfprogramm vorlegte, aus dem sich ergeben soll, dass die Messung der Emissionen der Triglyceride nach dem Zerdrücken der Aluminiumkapseln erfolgt sei. Der Verhandlungsleiter schloss das Ermittlungsverfahren, verkündete jedoch seine Entscheidung aufgrund der komplexen Sach- und Rechtslage nicht; die Verfahrensparteien verzichteten auf eine Verkündungstagsatzung.

II. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin entwickelt Tabackerzeugnisse, lässt sie herstellen und vermarktet sie unter ihrer eigenen Marke.

Bei den verfahrensgegenständlichen sechs Produktvarianten des Tabakerzeugnisses NEO STICK handelt es sich um mit rekonstituiertem (homogenisiertem) Tabak gefüllte Stränge, die mit nicht brennbarer Aluminiumfolie umhüllt sind und die mit dem Erhitzungsgerät glo™ („Glo-Gerät“) erhitzt werden, sodass ein Aerosol entsteht, das durch einen an dem Tabakstrang angebrachten Filter vom Verwender konsumiert werden kann. Die NEO STICKs können nur mithilfe des Glo-Gerätes konsumiert werden. Der NEO STICK wird in das Glo-Gerät eingesetzt. Der Benutzer drückt dann auf den vorgesehenen Knopf, um den Erhitzungsprozess für den Tabak zu starten. Die Erhitzung erfolgt dabei von außen, d.h. das Erhitzungsgerät gibt auf seiner Innenseite Wärme ab, mit der zunächst die mit Aluminium umhüllte Tabakrolle von außen erhitzt und dann die entstehende Wärme nach innen auf den Tabak abgegeben wird. Dabei wird der Tabak auf bis zu 270°C erhitzt; die Energie des Glo-Gerätes entstammt dabei einer Batterie. Nachdem die Erhitzungsphase abgeschlossen ist (20 Sekunden für die Standard-Einstellung; 15 Sekunden für die Boost-Einstellung), kann der NEO STICK benutzt werden. Zu einem Verbrennungsprozess kommt es dabei nicht. Der NEO STICK erzeugt ein Aerosol, das hauptsächlich aus Wasser, Glycerin, Nikotin und Aroma besteht. Das Produkt ermöglicht es Benutzern, das Aerosol ein- und auszuatmen. Sobald der Konsumsprozess beendet ist, muss der NEO STICK aus dem Glo-Gerät entfernt werden.

Weder die verfahrensgegenständlichen noch andere Varianten des NEO STICKs wurden vor dem 20.5.2014 in Verkehr gebracht. Die Varianten des NEO STICKs sind Tabakerzeugnisse, die nicht zu den Kategorien Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen, Pfeifentabak, Wasserpfeifentabak, Zigarren, Zigarillos, Kautabak, Schnupftabak oder Tabak zum oralen Gebrauch zählen.

Die Beschwerdeführerin legte (letztlich) alle vom belangten Bundesminister eingeforderten Unterlagen in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen sechs Tabakerzeugnisse vor, mit Ausnahme von toxikologischen Studien. Derartige toxikologische Studien zu den sechs Tabakerzeugnissen wurden von der Beschwerdeführerin (bislang) auch noch nicht eingeholt. Die sechs Tabakerzeugnisse enthalten keine Zusatzstoffe, die in unverbrannter Form CMR-Eigenschaften aufweisen.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen im diesbezüglich unbedenklichen Verwaltungsakt und sind – soweit zu sehen – zwischen den Verfahrensparteien auch nicht strittig. Die Feststellung, dass toxikologische Studien zu den sechs Produktvarianten bislang nicht existieren, basiert auf dem glaubwürdigen Vorbringen der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Verwaltungsgericht.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Verfahrensgegenstand:

Verfahrensgegenstand und durch die bescheidmäßige Antragsabweisung durch den belangten Bundesminister auch „Sache“ des Beschwerdeverfahrens vor dem erkennenden Verwaltungsgericht ist die Zulassung von NEO STICKs in sechs Produktvarianten als neuartige Tabakerzeugnisse gemäß § 10a TNRSg.

Die antragsgegenständlichen NEO STICKs unterfallen als Tabakerhitzungsprodukte keinen der in § 1 Z 1a TNRSg angeführten Kategorien (Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen, Pfeifentabak, Wasserpfeifentabak, Zigarren, Zigarillos, Kautabak, Schnupftabak, Tabak zum oralen Gebrauch); da sie auch vor dem 20.5.2014 noch nicht in Verkehr gebracht waren, sind sie „neuartige Tabakerzeugnisse“ iSd Legaldefinition des § 1 Z 1a TNRSg.

Gegenstand einer Zulassung ist das neuartige Tabakerzeugnis und nicht etwa das Inverkehrbringen des neuartigen Tabakerzeugnisses. Die hier maßgebliche Richtlinie 2014/40/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 („zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen“) sieht für derartige Tabakerzeugnisse eine Meldepflicht (mit Untersagungsmöglichkeit) vor, ermöglicht den Mitgliedstaaten jedoch auch, „ein System für die Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse“, somit eine „Vorabprüfung“, einzuführen, denn „[n]euartige Tabakerzeugnisse, die in Verkehr gebracht werden, müssen den Anforderungen dieser Richtlinie genügen“ (Art 19 Abs. 4 RL 2014/40/EU).

Nach der RL 2014/40/EU soll für Tabakerzeugnisse, die den Anforderungen dieser Richtlinie entsprechen, der freie Warenverkehr gelten (Erwägungsgrund 53); bis auf neoTM sticks TERRACOTTA TOBACCO sind – nach den unwidersprochenen Angaben der Beschwerdeführerin – sämtliche der hier verfahrensgegenständlichen Produktvarianten in Deutschland förmlich mittels Bescheids zugelassen, neoTM sticks TERRACOTTA TOBACCO jedoch (aufgrund einer Nichtuntersagung des In-Verkehrs-Bringens) in Italien, Rumänien, Tschechien, Polen, Spanien und Griechenland, weshalb anzunehmen ist, dass sie allesamt den Anforderungen der RL 2014/40/EU entsprechen. Daher ist es unionsrechtlich überaus fraglich, ob Österreich als Mitgliedsstaat für diese in der EU bereits zugelassenen Produkte überhaupt noch ein Zulassungsverfahren durchführen und dem Produkt die Zulassung verweigern darf – freilich nur unter der (hier vorliegenden) Prämisse, dass der Mitgliedsstaat von den in Art 24 Abs. 2 und 3 RL 2014/40/EU vorgesehenen Ermächtigungen zur Festlegung strengerer Zulassungskriterien nicht Gebrauch gemacht hat. Diese Frage muss hier aber nicht beantwortet werden, denn die gegenständlichen Produktvarianten des neuartigen Tabakerzeugnisses erfüllen ohnehin die Anforderungen der Richtlinie und auch des TNRSG:

3.2. Zulassungsvoraussetzungen:

3.2.1. Aus der Zusammenschau des richtlinienrechtlich primär vorgesehenen Meldesystems mit Untersagungsmöglichkeit und des mitgliedstaatlich vorsehbaren Zulassungssystems, wobei für beide Systeme als Kriterium der Nichtuntersagung bzw Zulassung die Vorgabe gilt, dass das Tabakerzeugnis der Richtlinie entspricht, wird klar, dass die in Art. 19 Abs. 1 RL 2014/40/EU vorgeschriebenen Vorlagepflichten einzig dazu dienen, den Mitgliedstaaten die Prüfung zu ermöglichen, ob das Tabakerzeugnis den Anforderungen der Richtlinie genügt. Die vorgeschriebenen Vorlagepflichten sind

somit nicht Selbstzweck, sondern in Hinblick auf die Anforderungen der Richtlinie zu lesen.

Das bildet sich auch im TNRSG ab: Neuartige Tabakerzeugnisse, die in Verkehr gebracht werden, müssen den Anforderungen dieses Gesetzes genügen (§ 10a Abs. 8); wird den jeweils geltenden Vorschriften dieses Bundesgesetzes für das betroffene neuartige Tabakerzeugnis entsprochen, ist die Zulassung vom Bundesminister zu erteilen (§ 10a Abs. 4).

3.2.2. Welche Vorschriften des TNRSG für die verfahrensgegenständlichen Produktvarianten maßgeblich sind, hängt zunächst davon ab, ob es sich um „rauchlose Tabakerzeugnisse“ oder „Rauchtabakerzeugnisse“ handelt. Da „Rauchtabakerzeugnisse“ alle Tabakerzeugnisse sind, die nicht rauchlose Tabakerzeugnisse sind (§ 1 Z 1j TNRSG), „rauchlose Tabakerzeugnisse“ wiederum Tabakerzeugnisse sind, die nicht mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden (§ 1 Z 1k TNRSG), ist für die Antwort auf die Frage, welche Gesetzesbestimmungen als Zulassungsvoraussetzungen in Betracht kommen, entscheidend, ob die verfahrensgegenständlichen Produktvarianten mittels eines Verbrennungsprozesse konsumiert werden. Dies ist zu verneinen:

Was unter einer Verbrennung („Verbrennungsprozess“) zu verstehen ist, ist weder in der RL 1014/40/EU noch im TNRSG definiert; es ist folglich der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich. Im allgemeinem Sprachgebrauch ist unter einer Verbrennung eine Oxidation, somit eine Reaktion mit Sauerstoff, zu verstehen; sie ist ein exothermer Vorgang, somit ein chemischer Prozess, bei dem mehr Energie freigesetzt wird, als zunächst als Aktivierungsenergie zugeführt wurde. Da dies bei den verfahrensgegenständlichen Produktvarianten nicht der Fall ist, sind sie als rauchlose Tabakerzeugnisse iSd § 1 Z 1k TNRSG zu qualifizieren.

Das – auf die „Richtlinie zur Bewertung von Tabakerhitzungsprodukten in Bezug auf ihre gesundheitliche Auswirkung im Vergleich zu Zigaretten anhand von Immissionswerten und toxikologischen Studien“ des „Beirats Inhaltsstoffe“ gestützte – Vorbringen des belangten Bundesministers in seiner Stellungnahme vom 28.8.2023, die verfahrensgegenständlichen Tabakerhitzungsprodukte wären als Rauchtabakerzeugnisse anzusehen, mag gesundheitspolitisch und damit vielleicht auch rechtspolitisch allenfalls zweckmäßig sein, bildet sich jedoch gegenwärtig (noch) nicht in den für das erkennende Verwaltungsgericht maßgeblichen rechtlichen Grundlagen ab.

3.2.3. Anders als man nach Lektüre des § 10a Abs. 8 TNRSg („*Welche der Bestimmungen dieses Gesetzes auf neuartige Tabakerzeugnisse anwendbar sind, richtet sich danach, ob diese Erzeugnisse und die Definition der rauchlosen Tabakerzeugnisse oder des Rauchtobakerzeugnisses fallen.*“) erwarten könnte, gliedert sich das TNRSg nicht nach Regelungen für rauchlose und Rauchtobakerzeugnisse.

Das TNRSg normiert folgende Anforderungen an das Inverkehrbringen von rauchlosen Tabakerzeugnissen:

- Höchstwerte an Emissionen nach § 4 Abs. 3 TNRSg: Solche Emissionswerte sind durch Verordnung festzulegen, was bislang nicht geschah.
- Einhaltung der Kennzeichnungsvorschriften für rauchlose Tabakerzeugnisse nach § 5c TNRSg, der Vorschriften über das Erscheinungsbild nach § 5d TNRSg, die Warnhinweise nach § 6 TNRSg sowie über die Rückverfolgbarkeit und das Sicherheitsmerkmale nach den §§ 7 und 7a TNRSg: Gegenständlich ohne Relevanz.
- Erhebung von verwendeten Inhaltsstoffe nach § 8 TNRSg: Nur für bereits in Verkehr befindliche Tabakerzeugnisse maßgeblich, hier daher gleichfalls nicht relevant.
- Inhaltsstoffe nach § 8b TNRSg: Hier sind die Vorgaben der Abs. 2, 3 und 7 maßgeblich; diese Regelungen stehen im folgenden systematischen Zusammenhang:

Wie sich insbesondere aus Art. 7 der RL 2014/40/EU, in deren Umsetzung § 8b TNRSg erlassen wurde, aber auch aus den Gesetzesmaterialien (1056 Blg. 25. GP, RV - Erläut, 5) ergibt, enthalten die Abs. 1 und 2 des § 8b TNRSg allgemeine Verbote, die zur Effektivierung einer Verordnung des belangten Bundesministers (jeweils fußend auf wissenschaftliche Erkenntnissen) – bedürfen (vgl. § 8b Abs. 3 und Abs. 7 TNRSg). Nach § 8b Abs. 3 TNRSg kann der belangte Bundesminister durch Verordnung Zusatzstoffe in Tabakerzeugnissen auf ein zulässiges Maß begrenzen; nach § 8b Abs. 7 TNRSg Höchstmengen für Zusätze und Hilfsstoffe für die Herstellung von Tabakerzeugnissen festlegen. Obwohl – wie der belangte Bundesminister in seiner Stellungnahme vom 28.8.2023 vorbringt – ein auf § 8b Abs. 9 TNRSg basierendes Beratungsgremium bereits zu wissenschaftlichen Erkenntnissen gelangt sei, unterließ der belangte Bundesminister es bislang selbst, derartige Verordnungen zu erlassen; derartige Verordnungen existieren nicht. Dass der belangte Bundesminister seine eigene Säumnis bei der Erlassung dieser Verordnungen nicht durch Kreieren von

Höchstmengen und sonstigen Begrenzungen von Zusatzstoffen in den individuellen Zulassungsverfahren kompensieren darf, ergibt sich schlicht daraus, dass dies als verpönte Umgehung des Gesetzes zu qualifizieren wäre. Darüber hinaus verbieten dies auch rechtsstaatliche und gleichheitsrechtliche Gründe: Der Adressatenkreis von Verordnungen ist abstrakt umschrieben, wodurch sich die in ihr festgeschriebenen Kriterien nicht je individuellem Verfahren unterscheiden können; zudem sind diese Kriterien dann auch im Bundesgesetzblatt II kundzumachen und damit auch für alle Zulassungswerber vorhersehbar (vgl. § 4 Abs. 1 Z 2 BGBIG).

Unabhängig davon: Die verfahrensgegenständlichen Produktvarianten enthalten – wie festgestellt – keine Zusatzstoffe, die in unverbrannter Form CMR-Eigenschaften aufweisen und daher an sich schon unzulässig wären (vgl. § 8b Abs. 2 Z 5 TNRS). Dass einige der antragsgegenständlichen Erzeugnisse Zusatzstoffe enthalten, die das Inhalieren erleichtern, ist entgegen der Auffassung des belangten Bundesministers (Stellungnahme vom 28.8.2023, Seite 12), in diesem Verfahren irrelevant; dies deshalb, weil derartige Zusatzstoffe gemäß § 8b Abs. 2 Z 4 TNRS allein bei Rauchtobakerzeugnissen verboten sind; die verfahrensgegenständlichen Produkte sind jedoch als rauchlose Tabakerzeugnisse zu qualifizieren (siehe oben Pkt. 3.2.2.).

Die verfahrensgegenständlichen sechs Tabakerzeugnisse entsprechen daher den für sie geltenden Vorgaben des TNRS.

3.2.4.1. Wie bereits oben in Pkt. 3.2.1. angesprochen, sind wegen des vom österreichischen Gesetzgeber bei der Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse gewählten „Zulassungssystems“ die in § 10a Abs. 2 und 3 TNRS festgeschriebenen Vorlagepflichten entbehrlich; diese Vorlagepflichten wurden in Umsetzung der in der RL 2014/40/EU vorgesehenen Vorlagepflichten ins TNRS übernommen; in der Richtlinie sind sie im Zusammenhang mit dem dort vorgesehenen Meldesystem verständlich. Bei Bewilligungen, Genehmigungen oder auch Zulassungen hat hingegen der Antragsteller von sich aus jene Unterlagen vorzulegen, die die Behörde zur Beurteilung benötigt, ob das Tabakerzeugnis den Anforderungen des TNRS genügt. Vorlagepflichten, die darüber hinausgehen, somit das Fordern von Unterlagen, deren Inhalte keinen Einfluss auf die Zulässigkeit des Tabakerzeugnisses haben, wären überschießend, griffen in verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der Zulassungswerber ein und verstießen auch gegen die Warenverkehrsfreiheit.

In diesem Zusammenhang sind daher die Abs. 2 und 3 des § 10a TNRSG so zu lesen, dass sie sich – wie § 10a Abs. 3 TNRSG ohnehin anspricht – auf die Zeit nach erfolgter Zulassung beziehen, somit auf neue oder aktualisierte Informationen, die dann allenfalls zum Widerruf einer Zulassung führen können (vgl. § 10a Abs. 5 TNRSG).

Auch systematische Überlegungen bestätigen dieses Ergebnis: die Abs. 4 und 5 des § 10a TNRSG stünden nämlich anderenfalls in unauflösbarem Widerspruch: Nach § 10a Abs. 4 ist nämlich die Zulassung zu erteilen, „wenn den jeweils geltenden [sic!] Vorschriften dieses Bundesgesetzes für das betroffene neuartige Tabakerzeugnis entsprochen wird.“ Unter den Gesetzesvorschriften „für das [...] Tabakerzeugnis“ sind die inhaltlichen Anforderungen des Gesetzes an das Erzeugnis zu verstehen. Die im Abs. 2 festgelegten Anforderungen, bei deren Nichteinhaltung nach § 10a Abs. 5 TNRSG die Zulassung nicht zu erteilen bzw. zu widerrufen ist, sind keine produktspezifischen Vorschriften, sondern Verfahrensvorschriften, somit keine Gesetzesvorschriften „für das [...] Tabakerzeugnis“. Da nicht gleichzeitig angeordnet sein kann, die Zulassung zu erteilen und die Zulassung nicht zu erteilen, ist auch deshalb der (scheinbaren) Normwiderspruch iSd oben Ausgeführten aufzulösen. Dieses Verständnis ist auch der der NTZulV zugrunde zu legen.

3.2.4.2. Der belangte Bundesminister sah in der Nichtvorlage von Toxizitätstest zu den einzelnen Produktvarianten durch die Beschwerdeführerin deren Mitwirkungspflicht verletzt, was zur bescheidmäßigen Abweisung des Zulassungsantrags der Beschwerdeführerin führte. Er gründete die Pflicht zur Vorlage dieser Tests auf § 10 Abs. 2 Z 3 TNRSG, wonach vom Hersteller bereitzustellen sind unter anderem „*verfügbare wissenschaftliche Studien zur Toxizität*“.

Da mangels in Verordnungen des belangten Bundesministers enthaltener Begrenzungen hinsichtlich Toxizität in Bezug auf die einzelnen Produktvarianten keine Vorschriften im TNRSG (oder in Durchführungsverordnungen) bestehen, findet nach obigen Ausführungen in Pkt. 3.2.4.1. im Zulassungsverfahren die in § 10a Abs. 2 Z 3 TNRSG enthaltene Pflicht zur Bereitstellung verfügbarer wissenschaftlicher Studien zur Toxizität keine Anwendung.

Aber selbst wenn § 10 Abs. 2 Z 3 TNRSG im vorliegenden Zulassungsverfahren relevant wäre, bestünde diese Pflicht in casu nicht: Diese Bestimmung verpflichtet nämlich allein zur Bereitstellung „verfügbarer“ wissenschaftlicher Studien. Wie festgestellt,

müsste die Beschwerdeführerin derartige Studien erst in Auftrag geben; über nicht existente Studien verfügt ein Zulassungswerber bereits begrifflich nicht. Der Auffassung des Bundesministers (vgl. auch die „Richtlinie zur Bewertung von Tabakerhitzungsprodukten“, Seite 2), das Wort „verfügbar“ in § 10 Abs. 2 Z 3 bis 5 sei dahingehend zu verstehen, dass darunter auch alle Studien zu verstehen seien, die (zwar noch nicht existieren, aber) in Auftrag gegeben werden können, überbietet nicht nur die Grenzen des äußerst möglichen Wortsinns, sondern würde auch das Wort „verfügbar“ in den genannten Gesetzesbestimmungen gänzlich überflüssig machen; Sinnloses angeordnet zu haben, kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden (z.B. VwGH 29.4.2002, 98/03/0162).

3.3. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil das erkennende Verwaltungsgericht im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen hatte, der iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt: Es besteht nämlich bislang keine Rechtsprechung des VwGH zur Frage des Verhältnisses der Abs. 4 und 5 des § 10a TNRSG zueinander, ob also ein neuartiges Tabakerzeugnis, das den für dieses Erzeugnis relevanten materiellen Gesetzesvorgaben entspricht und daher nach Abs. 4 zuzulassen ist, die Zulassung gemäß Abs. 5 verweigert werden muss, wenn eine in § 10a Abs. 2 TNRSG angeführte, aber für die materielle Beurteilung der Zulassungsfähigkeit gar nicht benötigte Unterlage vom Zulassungswerber nicht bereitgestellt wird.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Dr. K i e n a s t
(Richter)