

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/11/3 LVwG- AV-433/001-2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.11.2020

## Entscheidungsdatum

03.11.2020

## Norm

GewO 1994 §2 Abs1 Z24

GewO 1994 §52

TNRSG 1995 §1

TabMG 1996 §1 Abs1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch die Richterin HR Mag. Marihart über die Beschwerde der Frau A, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH in \*\*\*, \*\*\*, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Amstetten vom 05.03.2019, Zl. \*\*\*, betreffend Aufstellung eines Automaten gemäß § 52 Gewerbeordnung 1994 (GewO), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zur Recht:

1. Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abgewiesen.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Amstetten (im Folgenden: belangte Behörde) wurde die Anzeige von Frau A (im Folgenden: Beschwerdeführerin) bei der belangten Behörde eingelangt am 18.01.2019, über die Aufstellung eines Selbstbedienungsautomaten am Standort \*\*\*, \*\*\*, zurückgewiesen.

Begründend dazu führte die belangte Behörde aus, dass mit der Anzeige der Beschwerdeführerin vom 18.01.2019 die Beschwerdeführerin angegeben habe, den gegenständlichen Automat voraussichtlich Ende Jänner im Betrieb zu nehmen und zur Gänze auf Privatgrund aufzustellen bzw. aufzuhängen. Bei dem gegenständlichen Gerät handle es sich um einen Selbstbedienungsautomaten, Fabrikat Sielaff SC-200. Der gegenständliche Automat sei mit Jugendschutzmodul ausgestattet. Die mit dem Automaten verkauften Produkte wären frei verkäufliche Produkte laut ihrer Gewerbeberechtigung.

Die Beschwerdeführerin sei im Besitz der Gewerbeberechtigung „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ im Standort \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*.

In der gegenständlichen Anzeige sei angegeben worden, dass die Beschwerdeführerin Franchisenehmerin der C GmbH sei. Auf der Website \*\*\* würden CBD-Produkte angeboten und als „\*\*\*\*“ mit einem THC-Gehalt von unter 0,3 % beworben.

Über eine Befragung der belangten Behörde sei unter anderem angegeben worden, dass es sich bei den in den Automaten angebotenen Produkten um Aromablüten der Marke „D“ handle. Diese seien als Urprodukt gekennzeichnet und nicht zum Verzehr geeignet. Die Preise für die einzelnen Produkte seien im System des Automaten abgespeichert. Durch Eingeben der Auswahlnummer am Ziffernblick werde am Display zuerst die gewählte Sorte, anschließend der Verkaufspreis sichtbar gemacht. Diese Preisabfrage sei mit der Funktionsweise bei Zigarettenautomaten ident. Die aktuell angebotenen Produkte seien die vier verschiedenen Sorten \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, sowie \*\*\*. Verkauft würde in Packungsgrößen zu 1, 2 und 3 Gramm, wobei die Preise für alle Sorten einheitlich bei 1 Gramm zu € 11, 2 Gramm zu € 21 und 3 Gramm zu € 30 festgelegt seien.

Über Befragen, wie die gegenständlichen Nuggets zu verwenden seien, wenn sie nicht für den Verzehr geeignet seien, wurde von Seiten der C GmbH ausgeführt, dass die C GmbH keine Gebrauchsempfehlung abgeben würde. Die Blüten seien jedenfalls keine Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel.

Die belangte Behörde führte in ihrem Bescheid aus, dass zu CBD-Produkten folgendes anzumerken sei:

„Für die Hanfpflanze sind zahlreiche Inhaltsstoffe nachgewiesen, u.a. rund 60 verschiedene Cannabinoide. Am bekanntesten ist THC (Tetrahydrocannabinol), das eine berauschende Wirkung verursacht.

Ein weiteres Cannabinoid der Hanfpflanze, das Cannabidiol (CBD), ist nicht psychoaktiv, löst also grundsätzlich keine Rauschzustände aus. In Ermangelung von vorliegenden Langzeitstudien sind die genauen Gesundheitsaspekte von CBD derzeit noch nicht hinreichend bekannt, in Fachkreisen wird ihm jedoch insbesondere angstlösende, nervenzellschützende (neuroprotektive), antipsychotische, entzündungshemmende, Brechreiz hemmende, schmerzhemmende/heilende und muskelerschlaffende (krampflösende) Wirkung zugeschrieben.“

Nach § 1 GewO 1994 gilt die Gewerbeordnung, sofern keine gesetzliche Ausnahme geregelt ist, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht verbotenen Tätigkeiten.

Nach § 2 Abs. 1 Suchtgiftverordnung ist die Erzeugung, Verarbeitung, Umwandlung, der Erwerb und Besitz von Suchtgift nur nach Maßgabe einer Bewilligung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz gestattet.

„CBD in Reinsubstanz ist in Österreich nicht als Suchtgift definiert und unterliegt somit nicht den suchtmittelrechtlichen Vorschriften.

Cannabisextrakt gilt in Österreich gemäß Anhang I.1.a. der SV grundsätzlich als Suchtgift. Produkte aus den Blüten- und Fruchtständen von „Nutzhanfsorten“ (z.B. CBD-Öle, E-Zigaretten mit Liquids, „Hanfzigaretten“, etc.), die im Gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten gemäß Artikel 17 der Richtlinie 2002/53/EG des Rates vom 13. Juni 2002, ABl. Nr. L 193/2002 S. 1, oder in der österreichischen Sortenliste gemäß § 65 Saatgutgesetz 1997, BGBl. I Nr. 72/1997, in der geltenden Fassung, angeführt sind, sind nur dann vom Suchtmittelrecht ausgenommen, wenn ihr Gehalt an THC 0,3 % vor, während und nach dem Produktionsprozess nicht übersteigt und daraus Suchtgift in einer zum Missbrauch geeigneten Konzentration oder Menge nicht leicht oder wirtschaftlich rentabel gewonnen werden kann.

Das Inverkehrbringen von Hanfprodukten, mit deren eindeutiger Zweckbestimmung das Verbrennen einhergeht, kann strafrechtliche Implikationen mit sich bringen, wenn im Zuge des Verbrennungsprozesses die 0,3 % THC-Grenze überschritten wird.

[...]

Aktuelle Analyseergebnisse der AGES sowie einschlägige Studien belegen, dass sich beim Erhitzen bzw. beim Konsum von Tabak- oder verwandten Erzeugnissen THC-Säure (THCa) in THC umwandelt, sich somit während des Konsums der THC-Gehalt teilweise erheblich erhöht und dabei die 0,3 % THC-Grenze mitunter überschritten wird. Die Überschreitung der 0,3 % THC-Grenze ist suchtmittelrechtlich unzulässig.“

In der Folge führte die belangte Behörde rechtlich aus, dass gemäß § 2 Abs. 1 Z 24 GewO 1994 die Gewerbeordnung nicht anzuwenden sei, auf dem Betrieb der dem Bund zustehenden Monopole und Regalien sowie die Erzeugung von

Blatternimpfstoff.

Auf Grund der Beschaffenheit des Automaten und der im Akt inliegenden Fotos des gegenständlichen Automaten sei ersichtlich, dass dieser einen Zigarettenautomat gleiche und sei auch dem Displaytext der Bezahlvorrichtung zu entnehmen, dass es sich um Tabakwaren handle. Auch wenn die Beschwerdeführerin bzw. ein Vertreter der C GmbH keine Gebrauchsempfehlung abgeben, sei doch auf Grund der Optik des Produktes und der Verkaufseinrichtung davon auszugehen, dass es sich um ein Tabakerzeugnis gemäß § 1 Z 1 TNRSG handle. Auf den Handel mit Tabakerzeugnissen sei allerdings nach § 2 Abs. 2 Z 24 GewO 1994 die Gewerbeordnung nicht anzuwenden.

Sollte davon auszugehen sein, dass die über den Automaten gehandelten Tabakwaren nach dem TNRSG oder nach suchtmittelrechtlichen Bestimmungen verboten seien, sei auch in diesem Fall die Gewerbeordnung nicht anzuwenden, da sie für verbotene Tätigkeiten nicht gelte.

Da beide Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Gewerbeordnung liegen würden, sei die Durchführung eines Verfahrens nach der GewO 1994 nicht zulässig, weshalb die Anzeige zurückzuweisen war.

Gegen diesen Bescheid erhob die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde und brachte im Wesentlichen dazu vor, dass die belangte Behörde kein hinreichendes Ermittlungsverfahren durchgeführt habe. Die belangte Behörde führe lediglich hypothetisch aus, dass die über den Automaten gehandelten Waren entweder einen Eingriff in ein Monopol darstellen würden bzw. nach dem SMG oder TNRSG verboten sein könnten, ohne dies zu begründen.

Weiters führe die belangte Behörde rechtsirrig aus, dass die von der Beschwerdeführerin im Automaten angebotenen Waren zum Verkauf einerseits gegen die Suchtgiftverordnung verstoßen würde, andererseits dem TNRSG unterliegen würden. Die Gewerbeordnung sei nicht auf dem Betrieb, der dem Bund zustehenden Monopole anwendbar. Tatsächlich würden die zum Verkauf angebotenen Waren, weder einem Monopol des Bundes unterstehen, noch seien diese verboten. Es sei festzuhalten, dass der Wirkstoff CBD gemäß Anlage I.1.a Suchtgiftverordnung nicht unter das Suchtmittelgesetz zu subsumieren sei, sofern der potentiell in Produkten enthaltene THC-Gehalt vor, während und nach dem Produktionsprozess unter 0,3% liege. Der THC-Gehalt von 0,3% dürfe sohin auch beim/nach dem Konsum/Erhitzen eines Produktes nicht überschritten werden. CBD unterliege im Gegensatz zu THC nicht dem SMG, weil es keine vergleichbare psychoaktive Wirkung habe. Hanfblüten aus Nutzhanfsorten, die im Gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten gemäß Art. 17 der Richtlinie 2002/53/EG des Rates vom 13. Juni 2002, ABl. Nr. L 193/2002 S.1 oder in der österreichischen Sortenliste gemäß § 65 Saatgutgesetz 1997, BGBl. 1 Nr. 72/1991, in der geltenden Fassung, angeführten seien und deren Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,3% nicht übersteige, würden in der Regel 0,5 bis 10% CBD enthalten und würden ebenso nicht dem SMG unterliegen. Sie seien damit grundsätzlich handelbar. Lediglich soweit Nutzhanfprodukte als Rauchwaren angeboten würden, würden dafür die Bedingungen des Bundesgesetzes über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (TNRSG) unterliegen.

Gemäß § 2 TabStG würden als monopolpflichtige Tabakwaren gelten:

1. Zigaretten
2. Zigarren und Zigarillos
3. Rauchtabak (Feinschnitt für selbstgedrehte Zigaretten und anderer Rauchtabak).

Gemäß § 3 Abs. 5 und 6 TabStG seien davon auch Erzeugnisse die ganz oder teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestünden, sowie die Voraussetzung des Abs. 1 oder des Abs. 2 oder des Abs. 3 erfüllen, umfasst.

Eine Hanfblüte sei nicht unter Zigaretten im Sinne des § 3 Abs. 2 TabStG zu subsumieren. Es handle sich dabei keine Tabakstränge, da die gesamte Blüte getrocknet werde, diese ist nicht unmittelbar zum Rauchen geeignet und könne nicht direkt mit einem Zigarettenpapierblättchen umhüllt bzw. in eine Zigarettenpapierhülse geschoben werden. Ebenso handle es sich bei Hanfblüten nicht um Zigarren oder Zigarillos. Weiters seien Hanfblüten nicht unter Rauchtabak iSd § 3 Abs. 3 Z 1 TabStG zu subsumieren, da diese weder geschnitten oder anders zerkleinert, gesponnen oder in Platten gepresst seien. Eine Subsumierung unter § 3 Abs 3 Z 2 TabStG scheidet ebenfalls aus, da es sich bei Hanfblüten auch nicht um Abfälle iSd TabStG handle, weil dies keine Überreste von Hanfblättern oder sonstige

Nebenerzeugnisse seien. Es liege auch kein Feinschnitt iSd § 3 Abs 4 TabStG vor, weil kein Tabak enthalten sei. Die mit der Änderung des TabStG am 01.04.2019 in Kraft getretenen § 3 Abs. 7 und Abs. 8 TabStG („Tabak zum Erhitzen“) seien ebenfalls nicht anzuwenden, da Hanfblüten weder ganz noch teilweise aus Tabak bestehen. Aktuell falle daher der Verkauf von Hanfblüten nicht unter das Tabaksteuergesetz. Daher sei eine Subsumierung unter das Tabakmonopolgesetz rechtlich nicht möglich.

Das TNRSG regle, im Gegensatz zum Tabaksteuergesetz, den Umgang mit Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen im Zusammenhang mit Konsumenten(schutz). In § 1 TNRSG seien die einzelnen Begriffsbestimmungen angeführt, laut denen eine Subsumierung unter dieses Gesetz möglich sei. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gelte als pflanzliches Raucherzeugnis ein Erzeugnis auf der Grundlage von Pflanzen, Kräutern oder Früchten, das keinen Tabak enthalte und mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden könne.

Hanfblüten seien Pflanzenteile und enthalten keinen Tabak. Zudem übersehe die Behörde im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Erhebung des Sachverhalts, dass es sich bei den gegenständlichen Verkaufsprodukten um Blüten handle, welche dem Verkehrsgebrauch nach nicht für das Rauchen geeignet seien sondern als Aromaprodukte fungieren würden. Mit diesem Umstand habe sich die erkennende Behörde nicht einmal rudimentär auseinandergesetzt.

Die angebotenen Produkte könnten daher nicht als pflanzliches Raucherzeugnis im Sinne des TNRSG qualifiziert werden. Wenn die erkennende Behörde in diesem Zusammenhang vermeine, aufgrund der Ausgestaltung des Selbstbedienungsautomaten sei jedoch davon auszugehen, dass es sich um ein Raucherzeugnis handle, so sei ihr diesbezüglich entgegenzuhalten, dass der objektive Verkehrskreis sehr wohl erkenne, dass es sich nicht um einen Zigarettenautomaten im herkömmlichen Sinne handle. Auch erwecke die Aufmachung bzw. Auslobung nicht den Eindruck, Raucherzeugnisse zu verkaufen.

Abschließend wurde der Antrag gestellt das ordentliche Verfahren im Sinne des § 52 GewO einzuleiten und die Anzeige der Aufstellung zur Kenntnis zu nehmen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich führte am 14.10.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der die Parteien nicht erschienen sind und in welcher der gesamte Akteninhalt verlesen wurde

Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Die Beschwerdeführerin ist Franchisenehmerin der C GmbH und Gewerbeinhaberin des Handelsgewerbes mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe (freies Gewerbe). Der Standort ihrer Gewerbeberechtigung ist in \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*,

Mit Anzeige vom 18.01.2019 wurde seitens der Beschwerdeführerin der belangten Behörde mitgeteilt, einen Selbstbedienungsautomaten mit cannabinoidhaltigen Aromablüten der Marke „D“ zur Gänze auf Privatgrund, nämlich in der \*\*\* in \*\*\*, zu installieren und Ende Jänner 2019 in Betrieb zu nehmen. Bei dem Selbstbedienungsautomaten handelt es sich um das Gerät „Sielaff SC-200“ und ist dieser mit einem Jugendschutzmodul ausgestattet. Der Abstand des Automaten zum Boden beläuft sich auf 95cm, die Breite des Gerätes beträgt 90cm und die Höhe 100cm. Die Einbautiefe bemisst 15cm und 30cm und die Gerätetiefe 28cm und 41cm. Der Elektroanschluss ist 3-polig. Die Aufmachung des gegenständlichen Automaten entspricht einem Zigarettenautomaten und ist folgende Beschriftung auf dem Gerät ersichtlich:

„Tabakwaren ab 16  
Alter nachweisen“

Zudem ist auf dem Automaten unter der Bedienungsanleitung Punkt 1 das Mindestalter von 18 Jahren angeführt.

Folgende Cannabidiol (CBD)-Produkte sollen durch den Automaten in Packungsgrößen zu 1 Gramm für EUR 11,20, zu 2 Gramm für EUR 21,- und 3 Gramm für EUR 30,- erhältlich sein:

? \*\*\*,

? \*\*\*,

? \*\*\* und

? \*\*\*,

wobei der Tetrahydrocannabinol (THC)-Gehalt der angebotenen Hanfblüten 0,3% nicht überschreitet. Der Inhaltsstoff Cannabidiol (CBD) ist nicht psychoaktiv, löst sohin keine Rauschzustände aus. In Ermangelung vorliegender Langzeitstudien sind die genauen Gesundheitsaspekte des Inhaltsstoffes noch nicht hinreichend bekannt, wird ihm doch insbesondere angstlösende, nervenzellschützende (neuroprotektive), antipsychotische, entzündungs- und brechreiz- sowie schmerzhemmende und muskelerschlaffende (krampflösende) Wirkung zugeschrieben.

Jedenfalls enthalten die gegenständlich angebotenen Produkte keinen Tabak.

Die aufgelisteten Produkte sind nicht zum Verzehr geeignet und stellen keine Nahrungsergänzungsmittel dar, ebenso wenig handelt es sich bei diesen um Arzneimittel. Eine Gebrauchsempfehlung seitens der Beschwerdeführerin wurde nicht abgegeben. Jedenfalls können die gegenständlichen pflanzlichen Produkte mittels Verbrennungsprozess konsumiert werden.

Der Erwerbsvorgang der Hanfblüten startet durch Einschieben der Bankomatkarte. Hierdurch wird – wie bei einem Zigarettenautomaten – verifiziert, dass der Erwerber das 16. Lebensjahr vollendet hat. Mittels Eingabe der Auswahlnummer am Ziffernblock wird am Display zuerst die gewählte Sorte und anschließend der Verkaufspreis sichtbar gemacht. Danach erfolgt die Bezahlung.

Die Stadtgemeinde \*\*\* hat keine Verbotsbereiche erlassen, welche die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten untersagen.

Zur mündlichen Verhandlung am 14.10.2020 sind weder die Beschwerdeführerin, noch die belangte Behörde erschienen. Es wurde der gesamte Akteninhalt verlesen.

Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der belangten Behörde übermittelten unbedenklichen Verwaltungsakt zur Zl. \*\*\*.

Die Feststellungen der genauen Maße des gegenständlichen Automaten waren der Anleitung mit dem Titel „Anleitung zur Befestigung des Zigarettenautomaten „Sielaff SC 200/SC 300“ zu entnehmen, welche das Gericht zweifelsfrei heranziehen konnte. Das äußerliche Erscheinungsbild des Automaten war der wahrheitsgetreuen Lichtbildbeilage der LPD Amstetten zu \*\*\* zu entnehmen.

Im Hinblick auf die bekannten Wirkungen des Inhaltsstoffes CBD der gegenständlichen Produkte folge das Gericht der schlüssigen Äußerung des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 19.10.2018 (\*\*\*). Die Feststellungen betreffend den THC-Gehalt war der glaubwürdigen Stellungnahme seitens der C GmbH zu entnehmen.

Die Feststellung hinsichtlich der Stadtgemeinde \*\*\*, die keine Verbotsbereiche erlassen hat, welche die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten untersagt hat, war der unbedenklichen Mail der Stadtpolizei \*\*\* vom 28.01.2019 zu entnehmen.

Rechtslage:

Die im gegenständlichen Beschwerdeverfahren maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen lauten wie folgt:

Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG):

§1 TNRSG

„1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

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

1a. „neuartiges Tabakerzeugnis“ jedes Tabakerzeugnis, das nicht in eine der Kategorien Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen, Pfeifentabak, Wasserpfeifentabak, Zigarren, Zigarillos, Kautabak, Schnupftabak und Tabak zum oralen Gebrauch fällt und erstmals nach dem 19. Mai 2014 in Verkehr gebracht wurde,

[...]

1d. „pflanzliches Raucherzeugnis“ ein Erzeugnis auf der Grundlage von Pflanzen, Kräutern oder Früchten, das keinen Tabak enthält und mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden kann,

1e. „verwandtes Erzeugnis“ jedes neuartige Tabakerzeugnis, pflanzliche Raucherzeugnis, die elektronische Zigarette und deren Liquids,

[...]

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

[...]“

§2 TNRSRG

„(1) Das Inverkehrbringen von

1. Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, die den §§ 4 bis 10e oder nach diesem Bundesgesetz erlassenen Verordnungen nicht entsprechen oder
2. Tabak zum oralen Gebrauch oder
3. Kautabak ist verboten.

(2) Eine Zigarettenpackung muss mindestens 20 Zigaretten enthalten.

(3) Verbote des In-Verkehr-Bringens von Tabakerzeugnissen auf Grund anderer Rechtsvorschriften bleiben unberührt.“

§20 TNRSRG

„Durch dieses Bundesgesetz werden die Richtlinie 2014/40/EU zur Angleichung der Rechtsund 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. Nr. L 127 vom 29.04.2014 S. 1, zuletzt geändert durch die Delegierte Richtlinie 2014/109/EU, ABl. Nr. L 360 vom 17.12.2014 S. 22, und die darauf bezugnehmenden Rechtsakte der Europäischen Union umgesetzt.“

Tabaksteuergesetz 1995 (TabStG):

§2 TabStG

„Tabakwaren im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

1. Zigaretten;
2. Zigarren und Zigarillos;
3. Rauchtabak (Feinschnitt für selbstgedrehte Zigaretten und anderer Rauchtabak);
4. Tabak zum Erhitzen.“

§3 TabStG

„(1) Falls sie sich als solche zum Rauchen eignen und aufgrund ihrer Eigenschaften und der normalen Verbrauchererwartungen ausschließlich dafür bestimmt sind, gelten als Zigarren oder Zigarillos:

1. Tabakrollen, die ein äußeres Deckblatt aus natürlichem Tabak haben;
2. Tabakrollen, die mit gerissenem Mischtabak gefüllt sind und ein äußeres Deckblatt von normaler Zigarrenfarbe aus rekonstituiertem Tabak aufweisen, dass das Erzeugnis vollständig umhüllt – gegebenenfalls auch den Filter, nicht aber das Mundstück bei Zigarren mit Mundstück –, wenn ihr Stückgewicht ohne Filter und ohne Mundstück mindestens 2,3 g und höchstens 10 g und ihr Umfang auf mindestens einem Drittel ihrer Länge 34 mm oder mehr beträgt.

(2) Zigaretten sind Tabakstränge,

1. die sich unmittelbar zum Rauchen eignen und nicht Zigarren oder Zigarillos nach Abs. 1 sind oder
2. die durch einen einfachen nicht industriellen Vorgang in eine Zigarettenpapierhülle geschoben werden oder
3. die durch einen einfachen nicht industriellen Vorgang mit einem Zigarettenpapierblättchen umhüllt werden.

(3) Rauchtabak sind

1. geschnittener oder anders zerkleinerter, gesponnener oder in Platten gepresster Tabak, der sich ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen eignet, oder

2. zum Rauchen geeignete und für den Einzelverkauf aufgemachte Tabakabfälle, die nicht Tabakwaren nach Abs. 1 oder 2 sind. Für die Zwecke dieses Absatzes gelten als „Tabakabfälle“ Überreste von Tabakblättern und bei der Verarbeitung von Tabak oder bei der Herstellung von Tabakwaren anfallende Nebenerzeugnisse.

(4) Rauchtabak ist Feinschnitt, wenn mehr als 25 Gewichtsprozent der Tabakteile eine Schnittbreite von weniger als 1,5 mm aufweisen. Anderer Rauchtabak gilt als Feinschnitt, wenn er für die Herstellung selbstgedrehter Zigaretten bestimmt oder aufgemacht ist.

(5) Als Zigarren oder Zigarillos gelten auch Erzeugnisse, die teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestehen, aber die sonstigen Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

(6) Als Zigaretten oder Rauchtabak gelten auch Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestehen und die sonstigen Voraussetzungen des Abs. 2 oder 3 erfüllen. Erzeugnisse, die keinen Tabak enthalten, gelten nicht als Tabakwaren, wenn sie ausschließlich medizinischen Zwecken dienen.

(7) Tabak zum Erhitzen sind Tabakprodukte, die sich nicht unmittelbar zum Rauchen eignen, nicht Zigaretten oder Rauchtabak nach Abs. 2 oder 3 sind und dafür vorgesehen sind, in Teilen oder vollständig durch Erhitzen ohne einen Abbrand des Tabaks konsumiert zu werden, und hierbei einen inhalierbaren Dampf freisetzen.

(8) Als Tabak zum Erhitzen gelten auch Erzeugnisse, die teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestehen, aber die sonstigen Voraussetzungen des Abs. 7 erfüllen.“

Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996):

§ 1 TabMG 1996

„(1) Tabakerzeugnisse im Sinne des Abs. 2 sind im Monopolgebiet nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes dem Bund als Monopolgegenstände vorbehalten.

(2) Tabakerzeugnisse im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

1. Tabakwaren im Sinne des § 2 des Tabaksteuergesetzes 1995, BGBl. Nr. 704/1994;

2. Schnupftabake, auch wenn sie nur zum Teil aus Tabak bestehen. (Anm.: Abs. 2a bis 2c aufgehoben durch VfGH, BGBl. I Nr. 111/2015)

(3) Monopolgebiet im Sinne dieses Bundesgesetzes ist das Bundesgebiet, ausgenommen das Gebiet der Ortsgemeinden Jungholz (Tirol) und Mittelberg (Vorarlberg).

(4) Drittstaat im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Gebiet außerhalb des Gebietes der Europäischen Gemeinschaft.“

§ 5 TabMG 1996

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

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

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

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

[...]“

Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994):

## §2 Abs.1 GewO 1994

„(1) Dieses Bundesgesetz ist – unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften – auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden: [...]

24. den Betrieb der dem Bund zustehenden Monopole und Regalien sowie die Erzeugung von Blatternimpfstoff;

[...]“

## §52 GewO 1994

„(1) Die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die für die Selbstbedienung durch Kunden bestimmt sind, unterliegt nicht dem § 46 Abs. 1 bis 3, jedoch haben die Gewerbetreibenden die Aufstellung derartiger Automaten außerhalb des Standortes und außerhalb einer gemäß § 46 Abs. 3 geführten Betriebsstätte der Bezirksverwaltungsbehörde vorher anzuzeigen. Die Abgabe von Betriebsstoffen an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen gemäß § 157, ausgenommen Stromtankstellen, gilt jedenfalls als Betriebsstätte.

(2) Der Verkauf von Arzneimitteln sowie Heilbehelfen durch Automaten, ferner der Ausschank und der Verkauf von alkoholischen Getränken außerhalb der Betriebsräume durch Automaten ist verboten.

(3) Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten hat, soweit es aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, der Volksgesundheit oder des Jugendschutzes erforderlich ist, mit Verordnung zu bestimmen, dass auch andere als die im Abs. 2 genannten gewerblichen Tätigkeiten nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen mittels Automaten ausgeübt, insbesondere, dass bestimmte Waren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen mittels Automaten verkauft oder verabreicht werden dürfen.

(4) Soweit dies zum Schutz von unmündigen Minderjährigen vor unüberlegten Geldausgaben oder vor den Gefahren des Straßenverkehrs erforderlich ist, kann die Gemeinde durch Verordnung die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die erfahrungsgemäß besonders auf die Inanspruchnahme durch unmündige Minderjährige ausgerichtet sind,

1. im näheren Umkreis von Schulen, die von unmündigen Minderjährigen besucht werden,
2. bei Aufnahmestellen des öffentlichen Verkehrs, die erfahrungsgemäß viel von unmündigen Minderjährigen auf dem Wege zur oder von der Schule benützt werden,
3. bei Schulbushaltestellen, die von unmündigen Minderjährigen benützt werden,
4. auf Plätzen oder in Räumen, die erfahrungsgemäß viel von unmündigen Minderjährigen besucht werden, oder
5. im näheren Umkreis der in Z 4 angeführten Plätze und Räume untersagen.“

Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG:

## Art. 1 RL 2014/40/EU

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

[...]

f) das Inverkehrbringen und die Kennzeichnung bestimmter Erzeugnisse, die mit Tabakerzeugnissen verwandt sind, nämlich elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter sowie pflanzliche Raucherzeugnisse,

damit — ausgehend von einem hohen Schutz der menschlichen Gesundheit, besonders für junge Menschen — das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse erleichtert wird und die Verpflichtungen der Union im Rahmen des WHO-Rahmenübereinkommens zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (Framework Convention on Tobacco Control, im Folgenden „FCTC“) eingehalten werden.“

## Art. 2 RL 2014/40/EU

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

[...]



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

[...]

15. „pflanzliches Raucherzeugnis“ ein Erzeugnis auf der Grundlage von Pflanzen, Kräutern oder Früchten, das keinen Tabak enthält und mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden kann;

[...]

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

[...]

Suchtgiftverordnung (SV):

§1 Abs. 4 SV

„(4) Als Suchtgifte unterliegen dem Suchtmittelgesetz und dieser Verordnung sämtliche in den Anhängen I bis V angeführten Stoffe und Zubereitungen.“

Anhang I

I.1. Stoffe und Zubereitungen gemäß § 2 Abs. 1 Suchtmittelgesetz:

I.1.a. Folgende Drogen und daraus hergestellte Extrakte, Tinkturen und andere Zubereitungen:

Cannabis (Marihuana)

Blüten- oder Fruchtstände der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen, denen das Harz nicht entzogen worden ist ausgenommen sind

– die Blüten- oder Fruchtstände jener Hanfsorten, die

1. im Gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten gemäß Artikel 17 der Richtlinie 2002/53/EG des Rates vom 13. Juni 2002, ABl. Nr. L 193/2002 S. 1, oder

2. in der österreichischen Sortenliste gemäß § 65 Saatgutgesetz 1997, BGBl. I Nr. 72/1997, in der geltenden Fassung, angeführt sind und deren Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,3% nicht übersteigt,

– Produkte aus Nutzhanfsorten, die im ersten Spiegelstrich angeführt sind, sofern der Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,3% vor, während und nach dem Produktionsprozess nicht übersteigt und daraus nicht leicht oder wirtschaftlich rentabel Suchtgift in einer zum Missbrauch geeigneten Konzentration oder Menge gewonnen werden kann, sowie

– die nicht mit Blüten- oder Fruchtständen vermengten Samen und Blätter der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen.

Erwägungen:

Gegenstand des Verfahrens ist, ob die von der Behörde vorgenommene Zurückweisung der Anzeige rechtmäßig war.

Zur Qualifikation der Warenart:

Hierfür bleibt zunächst die Warenart der gegenständlichen Hanfblüten zu qualifizieren. Der Unionsgesetzgeber definiert „pflanzliche Raucherzeugnisse“ in Art. 2 Z 15 der RL 2014/40/EU. Nach dieser Bestimmung handelt es sich bei einem Erzeugnis auf Grundlage von Pflanzen, Kräutern oder Früchten, das keinen Tabak enthält und mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden kann, um ein pflanzliches Raucherzeugnis. Die zitierte Richtlinie wurde durch das Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz (TNRSG) in nationales Recht umgewandelt (vgl. §20 TNRSG). Hierdurch sollen die 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 angeglichen werden (vgl. Art. 1 lit.f RL 2014/40/EU).

Ein „pflanzliches Raucherzeugnis“ iSd §1 Z1 lit. d TNRSG ist ein Erzeugnis auf Grundlage von Pflanzen, Kräutern oder Früchten, das keinen Tabak enthält und mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden kann.

Die angebotenen cannabinoidhaltigen Aromablüten enthalten wie festgestellt keinen Tabak und liegt der THC-Gehalt bei unter 0,3%. Die Qualifikation der angebotenen Produkte als „pflanzliches Raucherzeugnis“ setzt wie dargestellt voraus, dass diese zum Rauchen verwendet werden können. Hierbei kommt es nicht bloß auf die abstrakte Eignung an, ob eine pflanzliche Substanz „faktisch geraucht werden kann“, sondern vielmehr ist der Begriff unter Berücksichtigung des Zwecks der genannten Rechtsvorschriften und im systematischen Zusammenhang mit den Tabakerzeugnissen und anderen „verwandten Erzeugnissen“ (siehe §1 Z1 lit. e TNRSG) auszulegen.

Eine „Zigarette“ gemäß Art. 2 Z 10 der RL 2014/40/EU ist eine Tabakrolle, die mittels eines Verbrennungsprozesses konsumiert werden kann und beinhaltet diese Bestimmung dieselbe Tatbestandsvoraussetzung wie jene der pflanzlichen Raucherzeugnisse. Es ist hierbei nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass pflanzliche Raucherzeugnisse, ebenso wie Zigaretten, geraucht werden. Folglich werden auch getrocknete Hanfblüten typischerweise – wenn auch nicht ausschließlich – zum Rauchen verwendet und sind daher unter der genannten Bestimmung zu subsumieren (vgl. VwGH vom 02.06.2020 Ro 2020/11/0002). Im Hinblick dessen gehen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass die gegenständlichen Hanfblüten nicht für das Rauchen geeignet sind, sondern lediglich als Aromablüten fungieren, ins Leere, da es dem Gesetzgeber schlicht und ergreifend nicht auf die Bezeichnung als „Raucherzeugnis“ ankommt, solange das gegenständlichen Produkt nach der allgemeinen Verkehrsübung mittels Verbrennungsprozess konsumiert wird. Im Übrigen wurde in der Stellungnahme der C GmbH bestätigt, dass es sich bei den gegenständlichen Produkten um pflanzliche Raucherzeugnisse iSd TNRSG handelt.

Desgleichen deutet das äußere Erscheinungsbild des Automaten bereits auf die allgemein zu erwartende Gebrauchsweise der getrockneten Hanfblüten hin, steht auf der Anleitung der Installation des Automaten sogar „Anleitung zur Befestigung des Zigarettenautomaten Sielaf“. Zudem lässt die auf dem Automaten befindliche Aufschrift „Tabakwaren ab 16, Alter nachweisen“ beim objektiven Empfängerhorizont den einzigen Schluss zu, dass die Ware mittels Verbrennungsprozess zu konsumieren ist. Betreffend die Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass der Verkehrskreis sehr wohl erkennt, dass es sich nicht um einen Zigarettenautomaten im herkömmlichen Sinn handle, sei anzumerken, dass es dem Gesetzgeber eben nicht darauf ankommt, eine Verwechslungsgefahr zu verhindern. Indessen soll das TNRSG in Umsetzung der RL 2014/40/EU den Umgang mit Raucherzeugnissen im Rahmen des Konsumentenschutzes regeln und Sorge für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse tragen, sodass dieses erleichtert wird und die Verpflichtungen der Union im Rahmen des WHO-Rahmenübereinkommens zur Eindämmung des Tabakgebrauchs eingehalten werden (vgl. Art.1 lit.f RL 2014/40/EU).

Zur Anwendung des Tabakmonopolgesetzes 1996

Gemäß §1 Abs. 1 TabMG 1996 sind Tabakerzeugnisse im Sinne des Abs. 2 leg. cit. im Monopolgebiet nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes dem Bund als Monopolgegenstände vorbehalten. Der Abs. 2 des zitierten Gesetzes normiert, dass unter „Tabakerzeugnis“ iSd Bundesgesetzes Tabakwaren gemäß §2 TabStG 1995 zu verstehen sind. Als „Tabakwaren“ werden im Sinne dieses Gesetzes in Z1 leg. cit. Zigaretten angeführt. „Zigaretten“ wiederum werden in §3 Abs. 2 leg. cit. definiert und müssen, um darunter subsumiert werden zu können, die Tatbestände einer der drei Ziffern erfüllen. Gleichfalls als „Zigaretten“ oder „Rauchtabak“ gelten gemäß

§3 Abs. 6 TabStG 1995 Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus anderen Stoffen, als Tabak bestehen und iSd §3 Abs. 2 Z3 leg. cit. durch einen einfachen nicht industriellen Vorgang mit einem Zigarettenpapierblättchen umhüllt werden. Wie bereits ausführlich dargestellt, handelt es sich bei den gegenständlichen Hanfblüten um ein pflanzliches Raucherzeugnis, welches nicht aus Tabak besteht, wohl aber mittels Verbrennungsvorgang typischerweise konsumiert wird. Neben der Eigenschaft als Rauchware entspricht es ebenso der allgemeinen Lebenserfahrung, die Hanfblüten in Zigarettenpapierblättchen – ohne industriellen Vorgang – zu umhüllen, um sie anschließend rauchen zu können.

Um das TabMG anwenden zu können, müssen alle Voraussetzungen des TNRSG erfüllt sein. Dabei kommt es nicht einzig und alleine auf die Aufmachung des Produktes, beziehungsweise Deklaration als „Raucherzeugnis“ an, könnte

diesfalls ja die Anwendung des TabMG willkürlich umgangen werden. Viel mehr hat die Qualifikation als Raucherzeugnis durch Betrachtung des Gesamtzusammenhanges zu erfolgen und wie bereits ausführlich dargestellt, sind die gegenständlichen, mittels Automaten vertriebenen Hanfblüten, bei einer Gesamtbetrachtung jedenfalls unter den Begriff „pflanzliches Raucherzeugnis“ zu subsumieren. Zudem fallen auch verwandte Erzeugnisse, welche nicht oder nicht ausschließlich aus Tabak iSd TabStG 1995 bestehen als „Tabakerzeugnis“ unter dieses Gesetz und erfüllen die gegenständlichen Hanfblüten die Voraussetzungen beider Begriffe. Sohin ist auch der Tatbestand des „Tabakerzeugnisses iSd TabMG 1996 erfüllt und sind die einschlägigen zitierten Rechtsnormen daher anzuwenden.

Unter Handel mit Tabakerzeugnissen ist lt. §5 Abs. 4 TabMG 1996 das gewerbsmäßige Inverkehrbringen dieser Produkte im Monopolgebiet zu verstehen. Das „in Verkehr bringen“ ist die entgeltliche (oder unentgeltliche) Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucher, die sich in der Union befinden (vgl. Art. 2 Z42 RL 2014/40/EU sowie §1 Z2 TNRSg). Der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen ist, soweit iSd Tabakmonopolgesetzes nichts anderes bestimmt ist, den Tabaktrafikanten vorbehalten (§5 Abs. 2 leg. cit.).

Angesichts der Unanwendbarkeit der Gewerbeordnung auf den Betrieb der dem Bund zustehende Monopole iSd §2 Abs. 1 Z24 GewO 1994 war spruchgemäß zu entscheiden und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine solche Rechtsprechung fehlt.

#### **Schlagworte**

Gewerbliches Berufsrecht; Tabakmonopol; Selbstbedienungsautomat; Warenart; pflanzliche Raucherzeugnisse;

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGNi:2020:LVwG.AV.433.001.2019

#### **Zuletzt aktualisiert am**

05.01.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lwv.noe.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)