



Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

Aktuelles in Kürze

Horrorbilder darf man nicht verstecken!

VG Wien 19.9.2018, VGW – 021/014/16356/2017

Nach dem an dieser Stelle schon ab und an erwähnten Tabak- und Nichtraucherinnen bzw. Nichtrauchererschutzgesetz (TNRSG) hat „jede Packung eines Tabakerzeugnisses und jede Außenverpackung“ einen gesundheitsbezogenen Warnhinweis in deutscher Sprache zu tragen¹. Diese gesundheitsbezogenen Warnhinweise müssen ganz bestimmten Voraussetzungen entsprechen, sie dürfen etwa nicht verdeckt werden, sind so anzubringen, dass sie nicht entfernt werden können und sind mit einem schwarzen Rahmen zu umgeben². Diese Bestimmungen des TNRSG gehen auf die Richtlinie 2014/40/EU³ zurück.

Wer dagegen verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Strafe von bis zu EUR 7.500,00⁴ zu bestrafen ist. Ein listiger Trafikant hatte von ihm zum Verkauf angebotene Zigaretten in den Verkaufsregalen seiner Trafik hintereinander geschichtet und vor den jeweiligen Reihen der Zigarettenpackungen Steckschilder mit den Werbeaufdrucken der jeweils betreffenden Zigarettenart angebracht. Diese verdeckten die gesundheitsbezogenen Warnhinweise („Horrorbilder“) zur Gänze. Dafür hatte der zuständig Magistrate der Stadt Wien kein Verständnis und verhängte eine Verwaltungsstrafe in Höhe von EUR 350,00 (also im untersten Bereich des gesetzlichen Rahmens).

Die beim Verwaltungsgericht Wien (VGW) dagegen eingebrachte Beschwerde war nicht erfolgreich. Der Trafikant argumentierte, dass bei der Aufbewahrung der Tabakprodukte in der Trafik das Verbot des

Verdeckens der Horrorbilder doch gar nicht gelte. Der Trafikkunde könnte diese Bilder aufgrund seiner Entfernung vom Platz der Aufbewahrung nämlich gar nicht wirklich erkennen. Daher könnten ihn die Horrorbilder auch nicht vom Kaufentschluss hinsichtlich der Tabakwaren abhalten. Bei der Präsentation der Zigarettenpackung auf dem Verkaufstisch könnte sich der Käufer dann, sobald er des Horrorbildes ansichtig werde, immer noch gegen den Kauf entscheiden.

Das Verwaltungsgericht folgte aus den hinsichtlich des Adressaten der Bestimmung über das Anbringen von „gesundheitsbezogenen Warnhinweisen“ auf Packungen eines Tabakerzeugnisses nicht ganz klaren gesetzlichen Bestimmungen, dass wohl derjenige, der diese Erzeugnisse in Verkehr bringt, als Normadressat gemeint sein muss. Gleiches galt für das VW Wien für die entsprechende Strafbestimmung. Daher kam es darauf an, wann denn das Tabakprodukt als „in Verkehr gebracht“ gilt. Dabei ging das VGW nach der gesetzlichen Definition des „Inverkehrbringens“ in § 1 Abs 2 TRNSG aus, die von der „Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucherinnen bzw. Verbraucher“ spricht. Für das VGW ist das ein „weit gefasster Oberbegriff“ und bestand ohne weitere Begründung „kein Zweifel darüber [...], dass die im Verkaufsregal platzierten Produkte als in diesem Sinne bereitgestellt zu beurteilen sind“. Daraus ergab sich für das VGW einen Verstoß gegen das Verbot des Verdeckens von gesundheitsbezogenen Warnhinweisen für Tabakerzeugnisse gemäß § 6 Abs 3 TNRSG durch den Trafikanten. Wenig überraschend war der beschwerdeführende Trafikant auch mit dem Argument, die Steckschilder seien ihm vom Produzenten der Tabakerzeugnisse zur Verfügung gestellt worden, nicht erfolgreich.

Das VGW ließ aber die ordentliche Revision zu, „da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob die allgemeinen Bestimmungen des § 6 TNRSG ausschließlich den Hersteller verpflichten oder auch jene, die diese Produkte in Verkehr bringen, bisher fehlt.“

Explizit führte das VGW ergänzend auch noch aus, dass die Tat „in nicht unerheblichem Ausmaß das als besonders bedeutsam eingeschätzte Interesse an der Gewährleistung der Sichtbarkeit gesundheitsbezogener Warnhinweise an den signifikanten Teilen der Packungsflächen [schädigt] um den Verbraucher über die von Tabakerzeugnissen ausgehenden Gesundheitsrisiken zu informieren“. Und das VGW lieferte auch gleich noch seine wettbewerbsrechtliche Ansicht mit, wonach die festgestellte Verwaltungsübertretung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber „den sich rechtstreu verhaltenden Tabaktrafikanten“ darstelle. Diese Rechtsansicht ist zweifellos zutreffend. Ist ein solcher Wettbewerbsvorteil geeignet, den Wettbewerb nicht bloß unerheblich zu beeinflussen, was sich wohl aus den Ausführungen des VWG ableiten lässt, wonach der Unrechtsgehalt „jedenfalls nicht unbedeutend“ wäre, ist der Trafikant auch noch Unterlassungsklagen von Mitbewerbern nach dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb ausgesetzt.

Wenn schon nicht die Gesetzgebung, dann ist wenigstens die Rechtsprechung im Hinblick auf den Nichtrauchererschutz konsequent⁵.

ELGA vor dem Verfassungsgerichtshof, Endlosschleife?

VfGH 24.9.2018, G 137/2018-4

Die Annahme, dass die Rechtsgrundlage für die elektronische Gesundheitsakte (ELGA) nach bis dahin drei gescheiterten Versuchen ein weiteres Mal beim Verfassungsgerichtshof landen würde⁶, war nicht verfehlt. Der hartnäckige Kämpfer gegen die ELGA, ein „Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe“, probierte es un-

ermüdet weiter, die ELGA als verfassungswidrig aus dem Rechtsbestand zu drängen. Nach dem Beschluss vom 14.6.2017⁷ wies der Verfassungsgerichtshof den Antrag auf Aufhebung von Bestimmungen des Gesundheitstelematikgesetzes als Sitz der Verfassungswidrigkeit der ELGA auch mit Beschluss vom 26.2.2018 zurück⁸.

Daraufhin änderte der wackere Kämpfer gegen ELGA die Taktik und brachte einen neuen, nunmehr 100 Seiten fassenden Antrag auf Aufhebung von Bestimmungen des GTelG 2012 ein. Er begründete dies mit Verstößen gegen § 1 DSG und Art 8 EMRK⁹. Der Verfassungsgerichtshof allerdings blieb davon ein weiteres Mal unbeeindruckt und wies den Antrag erneut als unzulässig zurück¹⁰.

Abermals gelang es dem Antragsteller nicht, „die bekämpfte Gesetzesstelle genau und eindeutig“ zu bezeichnen. Der Antragsteller hat es nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs neuerlich verabsäumt, „mit hinreichender Deutlichkeit“ darzustellen, „zu welcher Rechtsvorschrift, die zur Aufhebung beantragte Norm in Widerspruch stehen soll“. Der Verfassungsgerichtshof erinnerte erneut daran, dass ein „komplexer Antrag wie der in jenem Fall vorliegende“, genau angeben müsse, in welcher Eigenschaft der Antragsteller seinen Antrag auf Aufhebung einer Gesetzesbestimmung als verfassungswidrig einbringt, nämlich als „Patient oder als Arzt“. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs hat sich der Antragsteller ein weiteres Mal mit „stebsatzförmigen allgemeinen Ausführungen“ gegen das von ihm bekämpfte Gesetz gewandt.

Weiterhin sieht es der Verfassungsgerichtshof nicht als seine Aufgabe an, „aus dem umfangreichen Antragsvorbringen, jenen Teil der Bedenken herauszufiltern“, der als verfassungswidrig gemeint sein könnte.

Ein weiteres Mal nach 2015, 2016, 2017 und Anfang 2018 überstand die Rechtsgrundlage der elektronischen Gesundheitsakte also eine Attacke gegen ihren Bestand. Man darf gespannt sein, ob der Stachel der ELGA beim kampflustigen Antragsteller als Speerspitze der ELGA-Gegner so tief sitzt, dass er es ein weiteres Mal versucht, diesen loszuwerden. Überraschen würde es nicht ...

1 Details dazu in JMG 1/2016, 4.

2 § 6 TNRSG.

3 RL vom 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstel-

lung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, ABl L 127/1 vom 29.4.2014 („TPD II“).

4 Im Wiederholungsfall sogar EUR 15.000,00.

5 Vgl JMG 2/2018, 68.

6 Vgl JMG 3/2017, 133.

7 G 36/2017.

8 Das war dann, wenn meine Zählung richtig ist, der 4. Versuch.

9 „Grundrecht auf Datenschutz“ und „Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens“ – beides Bestimmungen in Verfassungsrang.

10 VfGH 24.9.2018, G 137/2018-4.

e-card mit Foto – reloaded

Man kann dem Gesetzgeber nicht nachsagen, dass er scheuen würde, gesetzgeberische Maßnahmen noch vor ihrem Wirksamwerden zu adaptieren. Ein Beispiel dafür ist nicht nur das nun doch nicht in Kraft getretene Rauchverbot in Gastronomielokalen¹. Der Nationalrat nahm sich auch der in der vorigen Gesetzgebungsperiode beschlossenen Regelung an, die die Grundlage für die Ausstattung der e-cards mit Fotos ab dem 1.1.2019 sollte sein.²

Im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2018-2019³ adaptierte der Gesetzgeber diese Regelung. Zunächst wurde der wohl zu ambitionierte Stichtag für die Ausstattung neu ausgegebener e-cards mit Fotos ihrer Inhaber um ein Jahr auf den 1.1.2020 verschoben. Die Frist für den Austausch sämtlicher e-cards, auf denen noch kein Lichtbild angebracht ist⁴, blieb unverändert. Die Beschaffung der Lichtbilder ist nun deutlich konkreter geregelt. Diese hat der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger nicht mehr aus den reichlich unbestimmten und mysteriösen „Beständen von Bundes- oder Landesbehörden“ zu entnehmen. Vielmehr ordnet der Gesetzgeber explizit an, dass der Hauptverband zunächst auf die Bestände der Passbehörden, dann jene der „mit der Registrierung des elektronischen Identitätsnachweis betrauten Behörden“⁵ und dann jene des Führerscheinregisters zugreifen darf⁶. Enthalten diese kein Lichtbild eines e-card-Inhabers, ist der verpflichtet, selbst ein Lichtbild – im Rahmen des Verfahrens für diese Bestände – „beizubringen“. Diese Verpflichtung trifft alle Personen ab Vollendung des 14. Lebensjahres. Näheres soll die „Krankenordnung“⁷ regeln, für die der Hauptverband eine Musterkrankenordnung zu erlassen hat. Ergänzend dazu hat die Bundesregierung zu den Verwaltungsabläufen, der Kostentragung und den Ausnahmen von der Verpflichtung, ein Lichtbild selbst beizubringen, eine Verordnung zu erlassen.

Diese Verordnungsermächtigung ist gegenüber der Vorgängerregelung etwas präziser, hatte diese doch den Inhalt der Verordnung nur mit „Näheres“ vorgegeben. Die Verordnung damit zwar zweifellos deutlicher determiniert als nach der Vorgängerregelung, was die Gefahr, dass die Verordnungsermächtigung einer Prüfung nach Art 140 B-VG nicht standhält, zumindest reduziert.

Auch die Bestimmung über die Kostensatz den Aufwand für die Ausstattung der e-card mit Fotos bleibt erhalten, der Kostenersatz wird aber mit EUR 5,6 Mio begrenzt. Angesichts der Verschiebung des Stichtags für Beginn der Ausstattung der neu ausgegebenen e-cards mit Lichtbildern reduziert sich auch die Gefahr, dass dieser Kostenersatz „allfällige Schadenersatzleistungen aufgrund der Verletzung bestehender vertraglicher Verpflichtungen“⁸ einschließt.

Beipackzettel in deutscher Sprache?

OGH 22.3.2018, 4 Ob 48/18i

§ 9 Abs 1 MPG verlangt, dass jedem Medizinprodukt Informationen beizugeben sind, die – unter Berücksichtigung des Ausbildungs- und Kenntnisstandes des vorgesehenen Anwenderkreises – für die sichere Anwendung des Medizinproduktes erforderlich sind. Bei der Abgabe von Medizinprodukte an Anwender oder Verbraucher müssen die für diese oder den Patienten bestimmten Informationen in deutscher Sprache abgefasst sein. Bei Produkten, die zur Eigenanwendung durch den Patienten dienen, ergibt sich das Gebot, dem Produkt eine Gebrauchsanweisung in der jeweiligen Amtssprache am Abgabeort beizugeben, auch aus den unionsrechtlichen Vorgaben⁹.

Das Inverkehrbringen von Medizinprodukten, die keine Information gemäß § 9 MPG enthalten, ist verboten¹⁰. Die Abgabe eines Medizinproduktes ohne eine

die Registrierung des E-ID vornehmen. Der Bundesminister für Inneres hat diese Behörden im Internet zu veröffentlichen.

- 1 Vgl dazu weiter oben, Seite 196 in diesem Heft.
- 2 Siehe dazu „Aktuelles in Kürze“, JMG 2/2017, 69f.
- 3 BGBl I 2018/30.
- 4 Dieser Tausch hat bis 31.12.2023 zu erfolgen.
- 5 Vgl dazu § 4a Abs 2 E-GovG: Die Registrierung der Funktion E-ID ist für Staatsbürger ab dem vollendeten 14. Lebensjahr im Rahmen der Beantragung eines Reisedokumentes nach dem Passgesetz 1992 ... von Amts wegen durch die Passbehörde oder durch eine gemäß § 16 Abs. 3 des Passgesetzes 1992 ermächtigte Gemeinde vorzunehmen, sofern der Betroffene dieser nicht ausdrücklich widerspricht. Darüber hinaus können sie die Registrierung eines E-ID bei der Passbehörde, einer gemäß § 16 Abs. 3 des Passgesetzes 1992 ermächtigten Gemeinde oder der Landespolizeidirektion verlangen. Soweit die Registrierung nicht im Rahmen der Beantragung eines Reisedokumentes erfolgt, ist die Behörde örtlich zuständig, bei der das Verlangen auf Registrierung des E-ID gestellt wird. Im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Inneres können auch andere geeignete Behörden
- 6 Nach wie vor könnte dies die Frage aufwerfen, inwieweit damit die Nutzung der Lichtbild-Bestände der genannten Behörden durch den Hauptverband Urheberrechtlich abgesichert ist, vgl. „Aktuelles in Kürze“, JMG 2/2017, 69 FN 10.
- 7 § 456 ASVG: (1) Die Träger der Krankenversicherung haben eine Krankenordnung aufzustellen, die insbesondere die Pflichten der Versicherten und der Leistungsempfänger im Leistungsfälle, das Verfahren bei Inanspruchnahme von Leistungen der Krankenversicherung und die Kontrolle der Kranken zu regeln hat. (2) Der Hauptverband hat eine Musterkrankenordnung aufzustellen ...
- 8 Vgl dazu „Aktuelles in Kürze“, JMG 2/2017, 70.
- 9 Richtlinie 98/79/EG vom 27.10.1998 über In-Vitro-Diagnostika, ABI 1998, L331,1, vgl. EuGH 13.10.2016, C-277/15 – Servoprax Rz 39 bis 41.
- 10 § 6 Z 1 MPG.

diesen Vorschriften entsprechenden Information ist als Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 258.000,00 (im Wiederholungsfall bis zu EUR 50.000,00) bedroht.

Grundsätzlich kann eine Rechtsverletzung auch eine unlautere Geschäftspraktik darstellen. Mitbewerber können gegen eine solche mit Unterlassungsklage vorgehen. Aber kann auch ein Mitbewerber nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auf Unterlassung des Inverkehrbringens eines MPG ohne deutschsprachige Gebrauchsinformation klagen?

Die im vom OGH entschiedenen Fall gegenständlichen Medizinprodukte waren nur an professionelle Abnehmer wie Krankenhäuser, Ärzte oder Labors abgegeben worden. Zur Eigenanwendung an Verbraucher oder Anwender sind diese Medizinprodukte nicht bestimmt und wurden an diese auch nicht abgegeben. In diesem Fall ist das Weglassen eines deutschsprachigen Beipackzettels zum Medizinprodukt daher nicht schon per se als unlautere Geschäftspraktik zu sehen, so der OGH. Zwar liegt evident ein Verstoß gegen rechtliche Bestimmungen vor. Diese sind aber bei der Abgabe des Medizinproduktes nur an Krankenhäuser, Ärzte oder Labors nicht ohne Weiteres geeignet, den Wettbewerb spürbar zu Gunsten des rechtswidrig ergehenden Unternehmens zu beeinflussen. Dass das Medizinprodukt dadurch bloß kostengünstiger angeboten werden könnte, reicht ebenso wie eine vorsätzliche Missachtung des Gebots, Gebrauchsanweisungen für Medizinprodukte in Österreich in deutscher Sprache beizupacken per se für ein Unterlassungsgebot nach dem UWG nicht aus. Gleichwohl ist dies auch nicht ausgeschlossen. Es kommt (wie so oft) auf die näheren Umstände des Einzelfalles an.

Arbeitnehmerschutz: Kontrolle muss sein!

VwGH 4.7.2018, Ra 2017/02/02409

Im Zuge von Bauarbeiten kam es zu einem tödlichen Arbeitsunfall und einer schweren Verletzung eines Arbeitnehmers. Die beiden betroffenen Arbeitnehmer hatten es verabsäumt, einen Bauteil mit einem Gewicht von über 380kg ordnungsgemäß zu sichern. Der Bauteil stürzte um, wodurch einer der Arbeitnehmer tödliche Verletzungen erlitt, der andere schwer verletzt wurde. Daraufhin kam es zu einem Verwaltungsstrafverfahren

gegen den für die Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften beim Bauunternehmen Verantwortlichen.

Während die zuständige Behörde erster Instanz eine Geldstrafe über den verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften beim Bauunternehmen verhängt hatte, kassierte das Verwaltungsgericht Wien diese Entscheidung und verfügte die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens. Der tödlich verunglückte Arbeitnehmer war (auch) im Zusammenhang mit den ausgeführten Arbeiten erfahren. Beide betroffenen Arbeitnehmer waren Facharbeiter und ausreichend unterwiesen. Sie unterzogen sich auch alljährlichen Schulungen. Es gab also ein Kontrollsystem. Der schwere Arbeitsunfall sei auf den Bedienungsfehler eines Arbeitnehmers zurückzuführen gewesen, der grundsätzlich ausreichend erfahren und geschult war.

Der VwGH allerdings legte einen wesentlich strengeren Maßstab an und hob das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts auf. Explizit wies der VwGH darauf hin, dass ein „schlichtes Vertrauen darauf, dass sich ein Arbeitnehmer weisungskonform verhalte“, den Arbeitgeber nicht entlastet. Das Kontrollsystem, das zum Schutz der Arbeitnehmer einzurichten ist, muss auch für den Fall Vorsorge treffen, dass Arbeitnehmer eigenmächtig handeln: Es ist „erforderlich, ... aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich befolgt.“

Ein Kontrollsystem muss also nicht nur bestehen, sondern auch wirksam sein. Es muss gewährleisten, dass die Anordnungen und Weisungen im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerschutz „auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchie-Ebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden“.

Daher haftet ein Arbeitgeber (bzw. der von diesem bestellte verantwortliche Beauftragte), der ein derartiges, eben nicht wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, auch bei, wie in diesem Fall, krassen Fehlverhalten eines Arbeitnehmers. Selbst stichprobenartige Kontrollen der Einhaltung von Arbeitsanweisungen reichen nicht aus¹, auch bei „bisher tadellos arbeitenden Mitarbeitern“².

Daher gilt beim Arbeitnehmerschutz umso mehr die alte Weisheit „Vertraue, aber prüfe nach“³ – noch präziser: Vertrauen reicht nicht, Kontrolle muss sein!

- 1 Vgl. dazu VwGH 7.3.2016, Ra 2016/02/0030.
- 2 VwGH 19.4.2017, Ra 2017/02/0036.

- 3 „Доверяй, но проверяй [Dowerjai, no prowerjai]“, Wladimir Iljitsch Uljanow/Lenin (1870–1924).