



Urteil vom 15. Juli 2019

Besetzung

Richterin Viktoria Helfenstein (Vorsitz),
Richter Michael Peterli, Richter Christoph Rohrer,
Gerichtsschreiber Roger Stalder.

Parteien

A. _____ AG, Schweiz,
vertreten durch Mathias Ammann, Rechtsanwalt,
Ammann Rechtsanwälte, Löwenplatz 5,
Postfach 90, 3303 Jegenstorf,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Zollverwaltung EZV, Zollinspektorat,
Basel-Mülhausen Flughafen, Postfach 251, 4030 Basel,
handelnd durch Eidgenössische Zollverwaltung EZV,
Oberzolldirektion, Monbijoustrasse 40, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, Einfuhr
von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch ("Snus");
Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die A. _____ AG mit Sitz in B. _____ (*im Folgenden auch*: Beschwerdeführerin) bezweckt (...) (www.zefix.ch; zuletzt aufgerufen am 11. Juni 2019). Am 6. September 2016 meldete die Spediteurin C. _____ AG eine Lieferung der Unternehmung D. _____ in E. _____ (Schweden) an die Beschwerdeführerin im Umfang von 28 Kartons resp. 210 kg (Rohmasse) bei der Eidgenössischen Zollverwaltung (*im Folgenden*: EZV oder Vorinstanz) an. Diese Sendung enthielt insgesamt acht mit "Kautabak" bezeichnete Positionen (...; Akten der EZV [*im Folgenden*: act.] 4).

A.b Im Rahmen der Verfügung vom 7. September 2016 führte die durch das Zollinspektorat Basel-Mülhausen Flughafen (*im Folgenden*: Zollinspektorat) handelnde EZV aus, diese Waren würden beanstandet, weil sie die Anforderungen der schweizerischen Lebensmittelgesetzgebung nicht erfüllten. Als Begründung für die Beanstandung wurde „Einfuhrverbot“ vermerkt. In Ziffer 1 des Dispositivs dieser Verfügung hielt die Vorinstanz fest, die Waren würden gestützt auf Art. 69 Abs. 1 Bst. b der Verordnung des EDI über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung (Lebensmittelvollzugsverordnung, SR 817.025.21) zurückgewiesen. Die durch die Rückweisung entstanden Kosten gingen zu Lasten der anmeldepflichtigen Person (Ziffer 2 des Dispositivs), und einer allfälligen Einsprache werde die aufschiebende Wirkung entzogen (Ziffer 3 des Dispositivs; act. 5).

A.c Hiergegen liess die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Mathias Amman, am 12. September 2016 Einsprache erheben und beantragen, das mittels Verfügung des Zollinspektorats vom 7. September 2016 erlassene Einfuhrverbot und die damit verbundene Rückweisung der Ware „Snus“ sei aufzuheben und es seien der Entzug der aufschiebenden Wirkung aufzuheben und der Einsprache die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung liess die Beschwerdeführerin zusammengefasst geltend machen, es handle sich bei der zurückgewiesenen Ware um Kautabak, der vom Verbot der Einfuhr und Abgabe für Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch ausgenommen sei (Art. 5 der Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen [TabV; SR 817.06]). Ferner stelle die Verfügung einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, für welchen die Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) nicht erfüllt seien. Auch verletze sie das Gebot der Rechtsgleichheit resp. das Willkürverbot (act. 6).

A.d Mit Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016 wies die Vorinstanz die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie zusammengefasst insbesondere aus, die materielle Untersuchung der Sendung habe ergeben, dass die Produkte puderförmig oder als fein geschnittener Tabak im unteren Millimeterbereich vorgelegen hätten. Es handle sich damit zweifelsfrei um Produkte, die gemäss Art. 5 TabV und der "Snus-Weisung" verboten seien. Die Massnahme in Form des verfügten Importverbots stütze sich auf eine formelle Rechtsgrundlage, diene einem überwiegenden öffentlichen Interesse und sei verhältnismässig. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung müsse bestehen bleiben (act. 7a). In der Folge liess die Beschwerdeführerin die Ware am 12. Oktober 2016 mit Einverständnis der Vorinstanz nach Schweden retournieren (act. 8 und 9).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016 liess die Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsvertreter am 24. Oktober 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, der Entscheidung des Zollinspektorats vom 10. Oktober 2016 sowie das durch die Verfügung des Zollinspektorats vom 7. September 2016 erlassene Einfuhrverbot und die damit zusammenhängende Rückweisung der Ware "Snus" seien aufzuheben (Ziffer 1 der Rechtsbegehren). Weiter sei vorab vorsorglich die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen (Ziffer 2 der Rechtsbegehren; act. im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden*: B-act.] 1).

B.b Mit Zwischenverfügung vom 4. November 2016 forderte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (Nichteintreten auf die Beschwerde) auf, innert Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten (B-act. 2 und 3); dieser Aufforderung kam die Beschwerdeführerin nach (B-act. 4).

B.c In ihrer Vernehmlassung vom 5. Januar 2017 beantragte die Vorinstanz, die aufschiebende Wirkung sei nicht wiederherzustellen und die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen (B-act. 6).

B.d Nachdem der Rechtsvertreter mit Eingaben vom 17. Januar und 21. April 2017 um Entscheid des Begehrens auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ersucht hatte (B-act. 7 und 8), stellte die Instruktionsrichterin in der Zwischenverfügung vom 9. Mai 2017 fest, dass der angefochtene Einspracheentscheid im Dispositiv keinen Entscheid über die

aufschiebende Wirkung enthalte, möge er sich auch in den Erwägungen dazu äussern. Der Beschwerde komme somit ohne weiteres aufschiebende Wirkung zu. Das Gesuch um deren Wiederherstellung wurde als gegenstandslos abgeschrieben (Ziffer 1 des Dispositivs; B-act. 9 und 10).

B.e Mit Zwischenverfügung vom 13. Juni 2017 wurde sowohl das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zustellung der Vorakten (Ziffer 1 des Dispositivs) als auch jenes um Erstreckung der Frist zur Einreichung der Replik (Ziffer 3 des Dispositivs) gutgeheissen (B-act. 13).

B.f In ihrer Replik vom 29. Juni 2017 liess die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren festhalten mit Ausnahme des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, sofern die Zwischenverfügung vom 9. Mai 2017 in Rechtskraft erwachse (B-act. 14).

B.g In ihrer Duplik vom 4. September 2017 beantragte die Vorinstanz weiterhin die Abweisung der Beschwerde (B-act. 20).

B.h In der Folge ging mit prozessleitender Verfügung vom 23. August 2018 ein Doppel der Duplik der Vorinstanz vom 4. September 2017 inkl. Beilagen an die Beschwerdeführerin zur Einreichung allfälliger Bemerkungen innert Frist. Weiter ging ein Doppel der unaufgefordert eingereichten Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. März 2018 inkl. Beilagen (B-act. 21) – worin sie neue Sachverhaltselemente geltend gemacht und neue Beweismittel vorgebracht hatte – an die Vorinstanz; diese erhielt ebenfalls Gelegenheit, innert Frist eine allfällige Stellungnahme einzureichen (B-act. 22).

B.i Nachdem die Vorinstanz in ihrer Eingabe vom 19. September 2018 eine Stellungnahme zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. März 2018 abgegeben (B-act. 23) und die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 24. September 2018 an den Rechtsbegehren gemäss der Beschwerde vom 24. Oktober 2016 bzw. der Replik vom 28. März 2018 (recte: 29. Juni 2017) hatte festhalten lassen (B-act. 24), wurde der Schriftenwechsel mit prozessleitender Verfügung vom 25. September 2018 abgeschlossen (B-act. 25).

B.j Auf den weiteren Inhalten der Akten sowie der Rechtsschriften und Beweismittel der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), die von den als Vorinstanzen in Art. 33 VGG genannten Behörden erlassen wurden. Da die EZV zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 Bst. d VGG), der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016 als Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG zu qualifizieren ist und keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 22a VwVG in Verbindung mit Art. 50 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids vom 10. Oktober 2016 und Importeurin der streitbetroffenen Produkte ist die Beschwerdeführerin besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse, womit sie zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem auch der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- fristgerecht geleistet worden ist (B-act. 4), ergibt sich zusammenfassend, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

1.3 Anfechtungsobjekt und damit Begrenzung des Streitgegenstands des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1) bildet der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 10. Oktober 2016, mit welchem die Einsprache vom 12. September 2016 (act. 6) gegen die Verfügung vom 7. September 2016 (act. 5) betreffend das Einfuhrverbot resp. die Rückweisung von 28 Kartons resp. 210 kg (Rohmasse) von mit als "Kautabak" bezeichneter Ware abgewiesen wurde. Streitig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit dieses Einspracheentscheids vom 10. Oktober 2016.

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG). Es ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

2.

Betreffend die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Nichtigkeit des angefochtenen Einspracheentscheids vom 10. Oktober 2016 ergibt sich vorab was folgt:

2.1 Die Beschwerdeführerin liess diesbezüglich ausführen, die Entscheidungsbegründung sei durch Herrn F._____, (...), unterzeichnet worden. Es werde bestritten, dass es sich beim Unterzeichnenden um ein vertretungsbefugtes Behördenmitglied handle, welches zum Erlass der strittigen Einsprachebegründung ermächtigt gewesen sei. Die Vorinstanz vermöge einen ausreichenden bzw. rechtlich relevanten Nachweis, welche die Zeichnungsberechtigung von F._____ belegen könnte, nicht zu erbringen. Folglich sei der Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2018 mangelhaft eröffnet worden. Gemäss Art. 38 VwVG dürfe den Parteien kein Nachteil aus einer mangelhaften Eröffnung erwachsen, was aufgrund der erheblichen Konsequenzen im vorliegenden Verfahren klar der Fall sei. Der Einspracheentscheid sei somit nichtig.

2.2 Die Vorinstanz machte diesbezüglich geltend, zur einheitlichen Umsetzung und Sicherstellung betriebsinterner Kompetenzregelungen habe die Zollstelle eine Zuständigkeits- und Unterschriftenregelung (act. 13) im Sinne einer behördeninternen Vollzugsweisung erlassen. Gemäss dieser sei für den Frachtverkehr die Tour 200 (*im Folgenden: T200*) zuständig, welche dem diensthabenden Abteilungsleiter der Abteilung Fracht (*im Folgenden: AL Fracht*) zukomme (act. 14). Dem Dienstplan vom Oktober 2016 (act. 15) lasse sich entnehmen, dass Herr G._____, welcher grundsätzlich als AL Fracht die T200 innehave, zum fraglichen Zeitpunkt (10. Oktober 2016) die Ferienvertretung des Zollinspektors habe übernehmen müssen. Des Weiteren belege der Dienstplan, dass Herr F._____ die dadurch entstandene Vakanz des AL Fracht (T200) zu besetzen gehabt habe und somit zur Unterzeichnung des strittigen Einspracheentscheids gebührend befugt gewesen sei. Dem neuen Einwand der Beschwerdeführerin, aufgrund der auf der Zollstelle geltenden Regelung könne jeder beliebige Mitarbeiter einen solchen Einspracheentscheid unterzeichnen, solange er bloss die T200 gemäss Dienstplan innehave, sei zu widersprechen. Sei der entsprechende Abteilungsleiter verhindert, selbst zu handeln, werde die Tour einem Dienstchef mit Stellvertreterfunktion zugeteilt (in casu Herr F._____). Konsequenterweise komme einem Stellvertreter durch seine Vertretungsbefugnis die Berechtigung zur Erledigung der Geschäfte des Vertretenen zu.

2.3 Beim von Seiten der Vorinstanz vorgelegten Dokument „Zollinspektorat Basel-Flughafen. Matrixorganisation“ handelt es sich gemäss der Vernehmlassung um eine behördeninterne Vollzugsweisung, welche die Unterschriftenregelung abstrakt regelt. Diese Ordnung ist insofern nicht befriedigend, als sie dem Gebot zur Transparenz (Art. 29 Abs. 3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung [RVOV, 172.010.1]) nicht genügt. Daraus kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall insofern jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Rechtsprechung interne Unterschriftenregelungen ohne weiteres als taugliche Grundlage qualifiziert (bspw. Urteil des BVGer A-1765/2009 vom 2. Oktober 2009, E. 3.2). Die von der Vorinstanz vorgelegte interne Weisung über die Zuständigkeiten belegt zusammen mit dem Dienstplan (act. 13-15), dass der die Verfügung unterzeichnende Mitarbeiter gemäss dieser internen Unterschriftenregelung befugt war, Entscheide aus dem Bereich Fracht zu unterzeichnen. Die weitergehende Frage, ob er aufgrund des Organigramms respektive des Stellenbeschriebs dazu kompetent war, kann offenbleiben, wie nachfolgend zu zeigen ist:

2.4 Das Bundesgericht prüft die Unterschriftsberechtigung auf Seiten von Verwaltungseinheiten des Bundes vorab dann im Detail und streng, wenn die rechtsgültige Beschwerdeerhebung durch diese in Frage steht (bspw. BGE 135 II 338 E. 1.2.3; Urteile des BGer 1A.188/2006 vom 8. Februar 2007 E. 1; 1A.28/2007 vom 26. März 2007 E. 2.1; 2C_61/2010, 2C_98/2010 vom 26. August 2010 E. 2.4). Trägt die angefochtene Verfügung keine oder eine ungültige Unterschrift, so ist sie mangelhaft. Indessen ist die Unterschrift kein Gültigkeitserfordernis, sofern das anwendbare Recht die Unterschrift nicht verlangt. Weil die Berufung auf Formmängel ihre Grenze am Grundsatz von Treu und Glauben findet, ist somit Massstab, ob dem Betroffenen aus der mangelhaften Eröffnung ein Nachteil erwachsen ist (Art. 38 VwVG). Dies ist zu verneinen, wenn er durch eine falsche oder fehlende Unterschrift nicht irregeführt und dadurch benachteiligt würde (BGE 138 II 501 E. 3.2.3; Urteile des BVGer A-4580/2007 vom 17. Januar 2008 E. 3.2 m.w.H. und C-1410/2013 vom 23. Februar 2015, E. 1.2.3; Urteil des BGer U 68/02 vom 14. April 2003 E. 1.2 m.w.H.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxis-kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 25 zu Art. 38 VwVG).

2.5 Der vorliegend angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016 wurde zweifelsfrei durch die zuständige Zollbehörde erlassen (vgl.

Art. 32 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 20. Juni 2014 [aLMG; SR 817.0] in Verbindung mit Art. 67 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 [aLGV; SR 817.02] und Art. 68 Abs. 1 der alten Verordnung des EDI über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung [SR 817.025.21] in den bis Ende April 2017 gültig gewesenen Fassungen) und wies die korrekte Rechtsmittelbelehrung auf. Der Rechtsweg stand somit offen. Die Begründung des Entscheides erlaubt von Dichte und Gehalt her dessen Anfechtung und liegt inhaltlich – wie aus Vernehmlassung und Duplik in diesem Verfahren erhellt – auf der Linie der Oberzolldirektion. Es ist insgesamt nicht erkennbar, worin für die Beschwerdeführerin durch die Unterzeichnung des Einspracheentscheides durch eine möglicherweise intern nicht zuständige Person ein Nachteil entstanden sein soll. Im Sinne des von der Vorinstanz zitierten Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil E-4822/2009 vom 3. September 2009) ist mithin von einer rein internen Frage auszugehen, welche an der Verantwortlichkeit der Vorinstanz für den Entscheid so wenig ändert wie an dessen Rechtsgültigkeit und die somit keinen Nachteil für die Beschwerdeführerin darstellt.

3.

3.1 Gemäss Art. 73 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG; SR 817.0; in Kraft seit 1. Mai 2017) gelten für Tabak und andere Raucherwaren sowie für Tabakerzeugnisse bis zum Erlass eines entsprechenden besonderen Bundesgesetzes, jedoch längstens vier Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes, die Artikel 2-4, 6, 10, 12, 13, 15, 18, 20-25, 27-34, 36-43, 44, 45 und 47-57 des (alten) Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (aLMG; AS 1995 1469). Das genannte besondere Bundesgesetz ist bisher nicht erlassen, sondern liegt erst in einem Entwurf vor (Botschaft vom 30. November 2018 zum Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten [Tabakproduktegesetz], BBl 2019 919). Ohnehin betrifft der vorliegend angefochtene Entscheid vom 10. Oktober 2016 eine Wareneinfuhr, die im September 2016 hätte erfolgen sollen und in diesem Zeitpunkt erstinstanzlich zurückgewiesen wurde (act. 4 und 5). Es handelt sich dabei um einen Sachverhalt, der sich in einer einmaligen Handlung erschöpft, und nicht um eine Dauerverfügung (vgl. BGE 144 II 386 E. 4.2 S. 389f). Massgebend ist somit auch unabhängig von Art. 73 LMG die in jenem Zeitpunkt geltende Gesetzgebung (BGE 144 II 293 E. 2.1 S. 389; 139 II 263 E. 8.2 S. 269), mithin das aLMG.

3.2 Das aLMG erfasst u.a. die Einfuhr von Lebensmitteln (Art. 2 Abs. 1 Bst. c aLMG). Lebensmittel sind Nahrungs- und Genussmittel (Art. 3 Abs. 1 aLMG). Genussmittel sind alkoholische Getränke sowie Tabak und andere Raucherwaren (Art. 3 Abs. 3 aLMG). Es ist unbestritten, dass die streitbetroffene Ware ein Genussmittel im Sinne dieser Bestimmung ist. Das 2. Kapitel des aLMG (Art. 6-21) enthält materiellrechtliche Bestimmungen über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, das 3. Kapitel (Art. 22-31) Bestimmungen über die Lebensmittelkontrolle. Mit der Beanstandung stellen die Kontrollorgane fest, dass gesetzliche Anforderungen nicht erfüllt sind (Art. 27 aLMG). Die Kontrollorgane entscheiden, ob die beanstandeten Waren mit oder ohne Auflage verwendet werden dürfen, durch die Betroffenen beseitigt werden müssen oder auf Kosten der Betroffenen eingezogen sowie unschädlich gemacht, unschädlich verwertet oder beseitigt werden (Art. 28 Abs. 1 aLMG). Bei der Einfuhr oder Ausfuhr können beanstandete Waren auch zurückgewiesen oder an die zuständige kantonale Lebensmittelkontrolle für weitere Abklärungen überwiesen werden (Art. 28 Abs. 5 aLMG). Die Warenprüfung bei der Einfuhr findet im Rahmen der Zollabfertigung statt (Art. 65 Abs. 1 der Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung [SR 817.025.21] i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Satz 2 aLMG). Die Zollämter beanstanden Waren, welche die Anforderungen der schweizerischen Lebensmittelgesetzgebung nicht erfüllen, und können beanstandete Waren zurückweisen (Art. 68 und Art. 69 Abs. 1 lit. b dieser Verordnung). Eine solche zollamtliche Beanstandung und Zurückweisung ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4.

4.1 Der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016 stützt die streitige Beanstandung und Zurückweisung auf Art. 5 TabV. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 5 Verbotene Erzeugnisse

¹Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch dürfen weder eingeführt noch abgegeben werden.

²Als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch gelten Erzeugnisse in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionenbeuteln oder porösen Beuteln oder in anderer Form. Ausgenommen sind Erzeugnisse, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind.

4.2 Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz wende Art. 5 TabV falsch an. Sie vertreibe diverse Tabakprodukte zum oralen Gebrauch, welche den Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 2 TabV erfüllten; die Verkehrsfähigkeit habe sie durch das Gesundheitsdepartement des Kantons H. _____ prüfen lassen. Die von der Vorinstanz bei der Zurückweisung der Ware zitierte „Snus-Weisung“ des BAG enge den Rahmen ein, welchen die Lebensmittelgesetzgebung und Art. 5 TabV setzten, beruhe aber nicht auf einer hinreichenden Delegationsnorm. Damit bestehe für die strittige Verfügung keine gesetzliche Grundlage. Die Rückweisung könne sich auch nicht auf Art. 5 TabV abstützen, da es sich bei den konkreten Produkten um Kautabak handle. Das BAG schaffe in der „Snus-Weisung“ die neue Kategorie des Lutschtabaks, der von lehmartiger Konsistenz sei. Dieser soll gemäss der Weisung unter den Ausnahmetatbestand des Kautabaks fallen. Die Produkte der Beschwerdeführerin würden nun aber gleichermassen gelutscht wie dieser Lutschtabak. Eine Differenzierung einzig anhand des Erscheinungsbildes entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz stelle die TabV nicht auf die physische Beschaffenheit, sondern auf die Konsumform ab. In der Weisung falle zudem auf, dass gemahlener oder geschnittener Tabak im unteren Millimeterbereich, ob in Portionenbeuteln oder nicht, ob trocken oder feucht, verboten würden. Was ein feuchtes und gemahlenes von einem lehmartigen Produkt unterscheide, bleibe unklar. Die Zuordnung der Produkte der Beschwerdeführerin zu den verbotenen Produkten einzig wegen der Verpackung (Portionenbeutel) und Beschaffenheit (trocken) erscheine fragwürdig, stelle selbst kantonale Laboratorien vor Auslegungsprobleme und erschwere den Handel. Die Produkte der Beschwerdeführerin seien mangels klarer Abgrenzungskriterien und fehlender Rechtfertigung weiterhin als Kautabak oder als Lutschtabak zu behandeln und damit dem Ausnahmekatalog von Art. 5 Abs. 2 TabV zu unterstellen. Ohnehin sprengte Art. 5 TabV als in einer Vollziehungsverordnung enthaltenes Verbot die einschlägige Delegationsnorm von Art. 37 LMG. Tabak sei gemäss Art. 3 Abs. 3 LMG ein Genussmittel und dürfe als solches gemäss Art. 13 Abs. 2 LMG bei üblichem Gebrauch oder Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden. Demzufolge sei Tabak zum oralen Gebrauch zulässig, da diese Gebrauchsform gegenüber Tabak zum Rauchen weniger gesundheitsschädlich sei. Art. 5 TabV auferlege dem Bürger somit neue Pflichten, die über die gesetzliche Grundlage hinausgingen. Weiter stelle die Rückweisung der Ware resp. das Einfuhrverbot einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Die erforderlichen Voraussetzungen – die gesetzliche Grundlage, das überwiegende Interesse und die Wahrung der Verhältnismässigkeit – seien

allesamt nicht erfüllt. Ausserdem verstosse der Entscheid gegen das Willkürverbot und den Gleichheitsgrundsatz.

4.3 Die Vorinstanz vertrat zusammengefasst die Ansicht, die visuelle Überprüfung der physikalischen Beschaffenheit der Produkte habe ergeben, dass es sich um Pulver oder fein geschnittenen Tabak im unteren Millimeterbereich handle. Die Form des Produkts entspreche somit vollständig dem Wortlaut von Art. 5 TabV. Die zurückgewiesenen Waren würden in keiner Weise traditionellem Kautabak ähneln, sondern der Definition von "Snus" entsprechen. Mit der "Snus-Weisung" schaffe das BAG eine einheitliche Vollzugspraxis betreffend diejenigen Produkte, die unter die beschriebene physische Beschaffenheit von Art. 5 Abs. 2 TabV fallen würden. Die Zollstelle habe unter korrekter Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen rechtskonform gehandelt und Art. 5 TabV unter Berücksichtigung der "Snus-Weisung" des BAG vorschriftsgemäss vollzogen. Das Verbot der Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch nach Art. 5 TabV stütze sich auf Art. 37 Abs. 1 LMG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 LMG. Das Einfuhrverbot stütze sich somit auf eine genügende gesetzliche Grundlage. Eine gesetzliche Grundlage auf Verordnungsstufe, wie Art. 5 TabV sie darstelle, sei zudem ausreichend, da das vorliegende Einfuhrverbot keinen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstelle. Auch bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse, welches ein Verbot noch immer rechtfertige. Die Massnahme sei darüber hinaus verhältnismässig, da mit der blossen Rückweisung der Waren die mildeste der möglichen Massnahmen, welche den angestrebten Zweck noch zu erfüllen vermöchte, gewählt worden sei. Die Unterscheidung aufgrund der Beschaffenheit und nicht aufgrund der Zusammensetzung der Erzeugnisse sei keinesfalls willkürlich, sondern historisch bedingt. Alle Unternehmen in der Schweiz, die entsprechende Produkte auf dem Markt bereitstellen wollten, unterständen den gleichen Bedingungen.

4.4 Während die Beschwerdeführerin die Auffassung vertrat, eine Rückweisung könne nicht gestützt auf Art. 5 TabV – welcher ohnehin als in einer Vollziehungsverordnung enthaltenes Verbot die einschlägige Delegationsnorm von Art. 37 LMG sprengt – vollzogen werden, da es sich bei den konkreten Produkten um Kautabak handle (vgl. E. 4.2 hiervor), erwog die Vorinstanz, die streitbetreffene Ware falle unter den Begriff der Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch im Sinne dieser Bestimmung und Art. 5 TabV sei gesetz- und verfassungsmässig (vgl. E. 4.3 hiervor). Ob die streitbetreffene Ware in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV fällt und somit vom Einfuhrverbot betroffen ist, kann offenbleiben, wenn sich erweist, dass

diese Bestimmung gesetz- oder verfassungswidrig ist. In diesem Fall würden sich auch Weiterungen betreffend die zur Gewährleistung eines einheitlichen Vollzugs vom BAG am 23. August 2016 erlassenen Weisung "Verbot der Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch: Auslegung von Artikel 5 TabV" („Snus-Weisung“; act. 3) sowie zur geltend gemachten Verletzung des Willkürverbots und des Gleichheitsgrundsatzes erübrigen.

5.

Mit Urteil 2C_718/2018 vom 27. Mai 2019 hat das Bundesgericht betreffend eine andere Importeurin von "Snus" entschieden, dass Art. 5 TabV einerseits nicht dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV unterliege (E. 4.3) und andererseits gesetzwidrig sei; da es schon an der Gesetzmässigkeit fehle, erübrigten sich Ausführungen zum öffentlichen Interesse und zur Verhältnismässigkeit (E. 4.6). Schliesslich erwog das Bundesgericht, dass der – Art. 37 aLMG präzisierende – Art. 38 aLMG keine Grundlage bilde, um von Art. 13 Abs. 2 aLMG abzuweichen, weshalb es bei der Gesetz- und Verfassungswidrigkeit von Art. 5 TabV bleibe (E. 4.9).

6.

Entsprechend diesem höchstrichterlichen Urteil muss die vorliegend streitige Einfuhr von "Snus" mangels gesetzlicher Grundlage für ein Zurückweisen der einzuführenden Ware für zulässig und die Beschwerde gutgeheissen werden, ohne dass näher auf die weiteren Vorbringen und Beweismittel der Parteien einzugehen ist. Vielmehr ist zusammenfassend festzuhalten, dass Art. 5 TabV gesetzes- und verfassungswidrig ist, ohne dass das öffentliche Interesse, insbesondere mit Blick auf eine Gesundheitsschädlichkeit von "Snus" und die Suchtprävention geprüft werden müssten bzw. könnten, weshalb in Gutheissung der Beschwerde vom 24. Oktober 2016 der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2016 aufzuheben ist.

7.

Zu befinden bleibt abschliessend über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

7.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario). Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.2 Die obsiegende und vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Obsiegens, des gebotenen aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist die Parteientschädigung auf Fr. 3'500.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer; Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE) festzusetzen. Die unterliegende Vorinstanz als Bundesbehörde (vgl. BGE 127 V 2015) hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 und 4 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- wird dieser nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Viktoria Helfenstein

Roger Stalder

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: