



Abteilung III
C-6831/2016, C-6834/2016

Urteil vom 20. März 2019

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),
Richterin Viktoria Helfenstein,
Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiberin Marion Sutter.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwältin Thalia Weibel,
Beschwerdeführerin,

gegen

Zollinspektorat Aarau,
handelnd durch Oberzolldirektion (OZD), Hauptabteilung
Vorinstanz.

Gegenstand

Lebensmittelgesetz, Rückweisung von Tabakprodukten;
Einspracheentscheide des Zollinspektorats Aarau vom
21. Oktober 2016 betreffend *ON! White Chewing Bags Berry*,
Citrus und *Mint* sowie *Chewing Bags Al Capone Vanilla*.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 12. September 2016 meldete der Spediteur B. _____ AG eine Sendung aus Helsingborg (Schweden) von 10'800 Packungen Kautabak mit den Bezeichnungen *ON! White Chewing Bags Berry* (4'950 Stück), *ON! White Chewing Bags Citrus* (2'700 Stück) und *ON! White Chewing Bags Mint* (3'150 Stück) von insgesamt 78.5 Kilogramm brutto und einem Mehrwertsteuer-Wert von insgesamt Fr. 12'226.– im Rahmen der Einfuhrveranlagung an. Als Empfängerin und Importeurin war die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) angemeldet (Vorakten, act. 1). Mit Verfügung vom 14. September 2016 wies das Zollinspektorat Aarau (nachfolgend: Vorinstanz) die Sendung zurück und entzog einer allfälligen Einsprache die aufschiebende Wirkung (act. 4).

A.b In ihrer Einsprache vom 19. September 2016 beantragte die Beschwerdeführerin, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Swen Schöpfer, die Verfügung vom 14. September 2016 sei vollumfänglich aufzuheben und die importierte Ware sei freizugeben. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, sie habe die streitige Ware *ON! White Chewing Bags* – ein in Schweden hergestelltes, legales Kautabakerzeugnis – in der Vergangenheit mehrfach problemlos importiert (act. 5).

A.c In ihrem Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2016 wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin vom 19. September 2016 ab mit der Begründung, es handle sich bei der betroffenen Sendung zweifelsfrei um nach Art. 5 der Verordnung vom 27. Oktober 2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (TabV, SR 817.06) verbotene Produkte (act. 6).

B.

B.a Am 28. September 2016 meldete der Spediteur B. _____ AG eine Sendung aus Silkeborg (Dänemark) von 4'560 Dosen Kautabak mit der Bezeichnung *Chewing Bags Al Capone Vanilla* von gesamthaft 133 Kilogramm brutto und einem Mehrwertsteuer-Wert von Fr. 7'700.– im Rahmen der Einfuhrveranlagung an. Als Empfängerin und Importeurin der Sendung war erneut die Beschwerdeführerin angemeldet (act. 7). Mit Verfügung vom 28. September 2016 wies die Vorinstanz die Sendung zurück und entzog einer allfälligen Einsprache die aufschiebende Wirkung (act. 10).

B.b In ihrer Einsprache vom 27. September 2016 beantragte die Beschwerdeführerin insbesondere, die Verfügung vom 28. September 2016 sei vollumfänglich aufzuheben und die importierte Ware sei freizugeben. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, bei der streitigen Ware *Chewing Bags Al Capone* handle es sich um ein in Dänemark hergestelltes legales Kautabakerzeugnis zum oralen Gebrauch, das sie in der Vergangenheit mehrfach problemlos importiert habe. Diese sei eindeutig zum Kauen bestimmt und falle damit nicht unter die verbotenen Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch gemäss Art. 5 TabV. Für die Anwendung der vom Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend: BAG) herausgegebene Auslegehilfe (Weisung vom 23. August 2016 [nachfolgend: Snus-Weisung]) bleibe daher kein Raum (act. 11).

B.c Mit Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2016 wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin vom 30. September 2016 ab. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, die materielle Untersuchung der betroffenen Sendung habe ergeben, dass es sich dabei zweifelsfrei um gemäss Art. 5 TabV verbotene Produkte handle. Mit dem Erlass der Snus-Weisung habe das BAG eine einheitliche Anwendung des Verbots von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch in den Kantonen angestrebt. Die Snus-Weisung stelle eine Meinungsäusserung der Verwaltung über die Auslegung der anwendbaren Verordnungsbestimmungen dar. Als Vollzugsbehörde des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (LMG; SR 817.0) behandle die Eidgenössische Zollverwaltung (nachfolgend: EZV) die Snus-Weisung wie eine vollzugslenkende Verwaltungsverordnung. Die verfügte Rückweisung sei verhältnismässig, da mit dieser die Ware nicht dem Weltmarkt entzogen werde (act. 12).

C.

Die beiden Einspracheentscheide vom 21. Oktober 2016 (vgl. Sachverhalt Bst. A.c und B.c) zog die Beschwerdeführerin mit zwei Beschwerdeschriften, je vom 4. November 2016 (Eingang: 7. November 2017), weiter ans Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, diese seien aufzuheben und die beanstandeten und zurückgewiesenen Waren (10'800 Packungen *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus* und *Mint*, sowie 4'560 Dosen *Chewing Bags Al Capone Vanilla*) seien freizugeben. Die Beschwerdeführerin führte in beiden Eingaben in – abgesehen von der unterschiedlichen Bezeichnung der streitigen Produkte – identischem Wortlaut namentlich aus, die Vorinstanz habe die beanstandeten Waren entgegen dem Produktebe-

schrieb zu Unrecht nicht als Kautabak qualifiziert. Mit dem Erlass der angefochtenen Einspracheentscheide habe sie das rechtliche Gehör sowie die Begründungspflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) verletzt. Sofern die Snus-Weisung wider Erwarten zur Anwendung gelange, sei diese vorab auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit zu überprüfen. Die Snus-Weisung sowie die sich darauf berufenden Einspracheentscheide führten zu einer Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, welche nicht durch eine gesetzliche Grundlage sowie ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werde und überdies unverhältnismässig sei (siehe act. 1 der Akten des Beschwerdeverfahrens C-6831/2016 [nachfolgend: BVGer-act.] sowie act. 1 der Akten des Beschwerdeverfahrens C-6834/2016).

D.

Mit Zwischenverfügung vom 10. November 2016 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeverfahren C-6831/2016 sowie C-6834/2016 und führte diese unter der Verfahrensnummer C-6831/2016 weiter. Ausserdem schlug es die Kosten der beiden Beschwerdeverfahren C-6831/2016 sowie C-6834/2016 zum Beschwerdeverfahren C-6831/2016 und erhob es bei der Beschwerdeführerin einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– (BVGer-act. 2).

E.

Der bei der Beschwerdeführerin einverlangte Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 3'000.– ging am 15. November 2016 bei der Gerichtskasse des Bundesverwaltungsgerichts ein (BVGer-act. 5).

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2017 beantragte die Vorinstanz, handelnd durch die EZV, Oberzolldirektion, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, die Beschwerdeführerin habe die streitigen Tabakerzeugnisse falsch als Kautabak deklariert. Nur aus diesem Grund habe sie diese in der Vergangenheit mehrfach ohne Beanstandungen importieren können. Indem die Snus-Weisung die von ihr erfassten und verbotenen Produkte fotografisch detailliert festhalte, sei es für die Vorinstanz unschwer zu erkennen gewesen, dass die streitigen Produkte unter das Einfuhrverbot gefallen seien. Mit der materiellen Überprüfung (Beschau) und der fotografischen Dokumentation sei die Begründungspflicht der Vorinstanz erfüllt. Während des Einspracheverfahrens sei ausserdem das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin

gewahrt worden. Das Verbot nach Art. 5 TabV sei zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erlassen worden. Eine mildere Massnahme sei nicht geeignet, um das verfolgte Ziel zu erreichen (BVGer-act. 9).

G.

Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Replik vom 27. Februar 2017 vollumfänglich an ihren Beschwerden vom 4. November 2016 samt Rechtsbegehren fest. Sie kritisierte neu, die mit der Snus-Weisung getroffene Unterscheidung zwischen verbotenen Snus und legalem Kautabak sei nicht zweckgemäss. Es wäre nach Auffassung der Beschwerdeführerin besser, die Rechtmässigkeit von Tabakprodukten zum oralen Gebrauch an einem einfachen, nachvollziehbaren Höchstwert für schädliche Nitrosamine ablesen zu lassen (BVGer-act. 16).

H.

Mit Duplik vom 3. März 2017 hielt die Vorinstanz an ihren Rechtsbegehren gemäss ihrer Vernehmlassung fest. Ergänzend führte sie aus, für die von der Beschwerdeführerin neu vorgeschlagene Triage anhand der Analyse der Inhaltsstoffe bestehe keine rechtliche Grundlage (BVGer-act. 18).

I.

Mit Verfügung vom 5. April 2017 schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel – unter Vorbehalt weiterer Instruktionsmassnahmen – ab (BVGer-act. 19).

J.

Mit Eingabe vom 5. Januar 2018 beantragte die Vorinstanz nachträglich, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung definitiv zu entziehen. Hierbei verwies sie auf ein an sie gerichtetes Schreiben der Beschwerdeführerin vom 21. Dezember 2017, in welchem diese die unverzügliche Herausgabe der betroffenen Tabakprodukte verlangt habe. Die Vorinstanz machte zur Begründung geltend, die Rückweisung der Tabakprodukte sei eine zwingende Sofortmassnahme, die der Lebensmittelgesetzgebung ohne einen Entzug der aufschiebenden Wirkung keine Geltung verschaffen könne. Falls die Waren auf dem inländischen Markt konsumiert würden, bevor das Gericht über ihre Zulässigkeit entschieden habe, würde eine Weiterführung des Beschwerdeverfahrens gegenstandslos. Daher dürften die Waren nicht an die Beschwerdeführerin im Zollinland ausgeliefert werden. Es stehe der Beschwerdeführerin aber frei, die Waren ins Ausland zu verbringen und dort dem Markt zuzuführen. Die fachgerechte Lagerung der

Waren sei eine Angelegenheit zwischen der Beschwerdeführerin und dem Lagerbetreiber (BVGer-act. 21).

K.

Mit Zwischenverfügung vom 11. Januar 2018 entzog das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerden vom 4. November 2016 vorsorglich die aufschiebende Wirkung für den Zeitraum der Ausübung des rechtlichen Gehörs durch die Beschwerdeführerin respektive bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Entzug der aufschiebenden Wirkung in der Hauptsache (BVGer-act. 22).

L.

In ihrer Stellungnahme vom 12. Februar 2018 beantragte die Beschwerdeführerin, nunmehr vertreten durch Rechtsanwältin Thalia Weibel, die Zwischenverfügung vom 11. Januar 2018 sei aufzuheben, der Antrag der Vorinstanz auf Entzug der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei zu bestätigen. Ausserdem sei die Vorinstanz anzuweisen, die streitigen Waren herauszugeben. Sie führte unter anderem aus, die Vorinstanz habe keine Gesundheitsgefährdung glaubhaft gemacht, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertige. Die beanstandeten Waren seien denn auch nicht gesundheitsgefährdend. Namentlich setze die in Art. 69 Abs. 1 lit. b der Verordnung des EDI über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung (Lebensmittelvollzugsverordnung; SR 817.025.21) vorgesehene sowie von der Vorinstanz verfügte Rückweisung der Waren geradezu voraus, dass die beanstandeten Waren nicht gesundheitsschädlich seien (BVGer-act. 28).

M.

Mit Zwischenverfügung vom 22. Februar 2018 entzog das Bundesverwaltungsgericht den beiden Beschwerden vom 4. November 2016 die aufschiebende Wirkung und wies den Antrag der Beschwerdeführerin auf umgehende Zustellung der zurückgewiesenen Waren ab. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der Zwischenverfügung vom 11. Januar 2018 trat es nicht ein (BVGer-act. 30).

N.

Mit Verfügung vom 18. Mai 2018 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz um Einreichung von repräsentativen Warenmustern der in den angefochtenen Einspracheentscheiden beanstandeten Waren (BVGer-act 33), welche die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht mit Übermittlungsbrief vom 22. Mai 2018 zustellte (BVGer-act. 34).

O.

Am 19. Juni 2018 reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht unaufgefordert eine ergänzende Beweismiteileingabe ein mit samt einiger Proben weiterer Drittprodukte, welche mit den streitigen Waren vergleichbar seien. Diese Drittprodukte würden von den Zollbehörden zum Import zugelassen und von Drittanbietern auf dem schweizerischen Markt legal verkauft. Gleichzeitig beantragte sie die Durchführung einer Verhandlung, anlässlich welcher Augenschein von den streitigen Waren sowie den Drittprodukten zu nehmen sei und diese zu vergleichen seien. Die Vorinstanz sei zu ihrer angeblich einheitlichen Zollpraxis, zur Gleichbehandlung der streitigen Waren mit legalen Drittprodukten, zur sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung gegenüber Mitbewerbern, zum Vertrauensschutz sowie zur Willkür in der Zollpraxis zu befragen (BVGer-act. 35).

P.

Mit Stellungnahme vom 14. November 2018 hielt die Vorinstanz an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest. Ausserdem ersuchte sie, dass das BAG als Fachbehörde ebenfalls zu einer allfälligen mündlichen Verhandlung vorgeladen werde. In der Sache führte sie zusammenfassend aus, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich alle von der Beschwerdeführerin vorgelegten Drittprodukte legal auf dem Markt befänden. Vielmehr beweise die von ihr eingereichte Aufstellung, dass lediglich drei der 13 Drittprodukte als gesetzeskonform eingestuft worden seien. Es könne sodann vorliegend keine Gleichbehandlung im Unrecht geltend gemacht werden (BVGer-act. 46).

Q.

Mit Zwischenverfügung vom 22. November 2018 verzichtete das Bundesverwaltungsgericht einstweilen auf die Sistierung des vorliegenden Verfahrens, nachdem es hierzu vorgängig den Parteien das rechtliche Gehör gewährt hatte. Das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 19. Juni 2018 um Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Augenschein, Parteibefragung und Zeugeneinvernahme wies es demgegenüber ab. Es führte zur Begründung aus, die Vorinstanz habe dem Bundesverwaltungsgericht bereits Warenproben eingereicht, womit die Waren vom Gericht und den Parteien jederzeit sinnlich wahrgenommen werden könnten. Damit erübrige sich die Durchführung eines Augenscheins. Die von der Beschwerdeführerin zum Vergleich eingereichten 13 Drittprodukte gehörten ausserdem nicht zum Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb diese nicht vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen seien. Schliesslich hätten sich die Parteien nach der Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels

hinreichend zum Streitgegenstand geäussert, weshalb die Akten- und Beweislage einstweilen genügend erscheine (BVGer-act. 47).

R.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich und rechtserheblich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 10. November 2016 die Beschwerdeverfahren C-6831/2016 sowie C-6834/2016 vereinigt, weshalb vorliegend die beiden Beschwerden je vom 4. November 2016 gemeinsam beurteilt werden.

1.2 Gemäss Art. 31 VGG (SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (SR 172.021), die von den in Art. 33 VGG als Vorinstanzen genannten Behörden erlassen wurden. Da die EZV zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 Bst. d VGG), der angefochtene Einspracheentscheid als eine 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 Beschwerden vom 4. November 2016 zuständig.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Einspracheentscheide durch diese besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse, womit sie zur Erhebung der Beschwerden legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.4 Die Beschwerden wurden frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 und Art. 52 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet. Auf die Beschwerden ist somit einzutreten.

2.

Anfechtungsobjekt und damit Begrenzung des Streitgegenstands des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1) bilden die

beiden, von der Beschwerdeführerin vollumfänglich angefochtenen Einspracheentscheide je vom 21. Oktober 2016, mit welchen die Vorinstanz die Einsprachen der Beschwerdeführerin gegen die Verfügungen vom 14. sowie vom 28. September 2016 betreffend die gestützt auf Art. 5 Abs. 2 TabV vorgenommene Rückweisung von 10'800 Packungen *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus und Mint* und 4'560 Dosen *Chewing Bags Al Capone Vanilla* Kautabak abgewiesen hat. Vorliegender Streitgegenstand und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen ist daher die Frage, ob die von der durch die Vorinstanz verfügten Rückweisung betroffenen Produkte verbotene Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch im Sinne von Art. 5 Abs. 2 TabV darstellen und ob die Rückweisung rechtmässig ist.

3.

3.1 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). Im Rahmen seiner Kognition kann es die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheidung im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Urteil des BGer 2C_393/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.2; BGE 132 II 47 E. 1.3 m.H.).

3.2 In zeitlicher Hinsicht beurteilt sich die Sache – vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – nach denjenigen materiellen Rechtsätzen, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3). Massgebend sind vorliegend die im Zeitpunkt der Einspracheentscheide, das heisst am 21. Oktober 2016, geltenden materiellen Bestimmungen. Dazu gehören insbesondere das LMG (in der Fassung vom 9. Oktober 1992, gültig bis 30. April 2017) sowie die TabV. Anzumerken ist überdies, dass Art. 73 des am 1. Mai 2017 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (nLMG, SR 817.0) für Tabak und andere Raucherwaren sowie für Tabakerzeugnisse gewisse Bestimmungen des bisherigen LMG weiter gelten lässt, bis das neue Tabakproduktegesetz in Kraft tritt, jedoch längstens für die Dauer von vier Jahren (vgl. BBl 2011 5571, 5599).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt in den Beschwerdeschriften vom 4. November 2016 in formeller Hinsicht, die Vorinstanz sei nicht auf ihre bereits in den Einspracheverfahren erhobenen Kritiken eingegangen, wonach vorliegend die Snus-Weisung angewandt worden sei, welche das BAG in unzulässiger Weise erlassen habe. Damit habe sie ihre Begründungspflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt. Ausserdem habe die Vorinstanz den Einspracheentscheiden weder den Prüfbericht beigelegt noch in diesen die angeblich vorgenommene Prüfung der streitigen Waren spezifisch erläutert. Damit habe sie das Rügerecht sowie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt.

4.1 Der von der Beschwerdeführerin angerufene Art. 29 Abs. 2 BV gewährt den Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihren Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 1002; HAEFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, 2016, Rz. 836). Mit der von ihr erwähnten Begründungspflicht bezieht sich die Beschwerdeführerin auf Art. 35 Abs. 1 VwVG, welcher festlegt, dass schriftliche Verfügungen zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Hierbei handelt es sich ebenfalls um einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, Rz. 3.103; vgl. HAEFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, ebd., Rz. 838, letzter Absatz). Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss ein Verwaltungsakt so abgefasst sein, dass die Betroffenen ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten können (BGE 125 II 369 E. 2c, 124 V 180 E. 1a). Dies ist nur dann möglich, wenn sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz ein Bild über die Tragweite des Entscheides machen können. Somit müssen in jedem Fall die Überlegungen angeführt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, ebd., Rz. 3.106). Erforderlich ist jedoch stets eine Auseinandersetzung mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt, sodass Erwägungen allgemeiner Art ohne eine Bezugnahme auf den Sachverhalt im Einzelfall nicht genügen (vgl. BVGE 2012/24 E. 3.2.3, Urteil des BVGer A-3629/2007 vom 9. Januar 2008 E. 3.4).

4.2 Während die Begründung des Einspracheentscheids vom 21. Oktober 2016 betreffend die Ware *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus und Mint* immerhin acht kurze Erwägungen enthält, hat die Vorinstanz ihren Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2016 betreffend die Ware *Chewing Bags Al Capone Vanilla* einlässlich in 16 Erwägungen begründet und insbesondere Ausführungen zur Entstehung der Snus-Weisung gemacht. Damit ist sie zumindest im Ansatz bereits auf die Rügen der Beschwerdeführerin zur Anwendung der Snus-Weisung eingegangen. Ausserdem steht fest, dass die Vorinstanz in beiden Einspracheentscheiden die Überlegungen angeführt hat, von denen sie sich beim Erlass der angefochtenen Rückweisungsverfügungen betreffend die streitigen Waren hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid abstützte. Damit war die Beschwerdeführerin denn auch aufgrund der Begründung der Einspracheentscheide in der Lage, sich ein genügendes Bild über die Tragweite der beiden Einspracheentscheide zu machen, um diese vor dem Bundesverwaltungsgericht detailliert und sachgerecht anzufechten. Dass die Vorinstanz in beiden Einspracheentscheiden nicht spezifisch auf die von der Beschwerdeführerin in ihren Einsprachen erhobenen Kritiken betreffend den Erlass sowie die Anwendung der Snus-Weisung eingegangen ist, stellt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin dar.

4.3 In den vorinstanzlichen Akten liegt sodann betreffend beide streitigen Waren *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus und Mint* sowie *Chewing Bags Al Capone Vanilla* je ein Untersuchungsbericht (act. 2 und act. 8). Ebenso befindet sich bei den Akten eine E-Mail Korrespondenz vom 30. September 2016, in welcher sich das BAG auf die Anfrage der Vorinstanz hin zu der beanstandeten Ware *Chewing Bags Al Capone Vanilla* geäussert hat (act. 8). Diese Berichte lagen der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung nicht vor.

4.4 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt die Wahrnehmung des Rechts einer Partei auf Akteneinsicht grundsätzlich ein entsprechendes Gesuch der Partei voraus. Allerdings bedingt dies, dass die Partei über den Beizug neuer entscheidwesentlicher Akten, welche sie nicht kennt und auch nicht kennen kann, vorgängig informiert wird (BGE 132 V 387 E. 6.2). Vorliegend ist den vorinstanzlichen Akten kein Hinweis auf ein entsprechendes Informieren der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Vorliegens der erwähnten Verfahrensakten zu entnehmen. Unter diesen Umständen stellt die fehlende Bekanntgabe dieser eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin dar. Nachdem der Beschwerdefüh-

lerin indessen trotz fehlender Kenntnisnahme der erwähnten Verfahrensakten eine detaillierte und sachgerechte Anfechtung der beiden Einspracheentscheide vom 21. Oktober 2016 möglich war, handelt es sich hierbei jedoch lediglich um eine leichte Verletzung ihres rechtlichen Gehörs.

4.5 Gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Recht, angehört zu werden, formeller Natur. Diese Charakterisierung hat zur Folge, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt. Eine Gehörsverletzung kann jedoch gegebenenfalls durch die Beschwerdeinstanz geheilt werden, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs (also etwa die unterlassene Ermöglichung der Akteneinsicht oder eine ungenügende Begründung) in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf dem Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und soll die Heilung die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2 sowie MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, ebd., Rz. 3.110 ff.).

4.6 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht am 27. Januar 2017 ein Gesuch um Einsichtnahme in die vorinstanzlichen Akten eingereicht (BVGer-act. 11). Dieses Gesuch hat das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 9. Februar 2017 gutgeheissen und der Beschwerdeführerin die Akten der Vorinstanz für eine Einsichtnahme zur Verfügung gestellt (BVGer-act. 15). Damit war es der Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren möglich, nicht nur Einsicht in die fraglichen Verfahrensakten zu nehmen, sondern auch zu diesen in ihrer Replik vom 27. Februar 2017 Stellung zu nehmen. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht vorliegend überdies mit derselben Prüfungsbefugnis entscheidet wie die Vorinstanz in den angefochtenen Einspracheentscheiden, erweist sich die lediglich leichte Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin damit nachträglich als geheilt.

5.

Für die Beurteilung, ob es sich bei den streitigen Produkten um verbotenen Snus handelt, sind die nachfolgenden Rechtsgrundlagen von Bedeutung.

5.1 Art. 5 TabV mit der Sachüberschrift „Verbotene Erzeugnisse“ lautet wie folgt:

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

² Als 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.“

5.2 Zur Gewährleistung eines einheitlichen Vollzugs erliess das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 23. August 2016 sodann die „Weisung: Verbot der Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch: Auslegung von Artikel 5 TabV“ (nachfolgend: Snus-Weisung; abrufbar unter https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/tabak/weisung-snus.pdf.download.pdf/Weisung%20Snus_DE_barrierefrei_sig.pdf, zuletzt abgerufen am 20. März 2019). Deren Ziffer 3, „Vollzugsmassnahmen“, lautet wie folgt:

„1. Als verbotene **Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch** (*Snus, Snuff, Mundtabak*) gemäss Artikel 5 TabV gelten Tabakwaren in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionenbeuteln oder porösen Beuteln oder in anderer Form. Mit Pulver oder feinkörnigem Granulat ist fein geschnittener oder gemahlener Tabak im unteren Millimeterbereich oder kleiner gemeint. Dieser wird teils aromatisiert und feucht, teils in Portionenbeuteln oder in offener Form, angeboten. Bildbeispiele finden sich im Anhang (Ziff. 1).

2. Nach Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 TabV sind **zum Kauen bestimmte Tabakerzeugnisse** (*Kautabak*) vom Verbot ausgenommen. Als solche gelten Erzeugnisse, die aus Stücken des Tabakblattes mit einer Grösse von rund einem oder mehreren Zentimetern bestehen, insbesondere in Form von Rollen, Stangen, Streifen, Platten oder Würfeln, teils aromatisiert und feucht. Nur Produkte, die dieser Definition entsprechen, dürfen die Bezeichnungen „Kautabak“ oder „chewing tobacco“ tragen. Bildbeispiele finden sich im Anhang (Ziff. 2).

3. **Tabakerzeugnisse zum Lutschen in lehmartiger Form** fallen aufgrund ihrer Beschaffenheit weder unter Ziffer 1 noch unter Ziffer 2 der vorliegenden Weisung. Sie werden von Artikel 5 TabV nicht erfasst, da sie aufgrund ihrer lehmartigen Konsistenz weder der Definition der verbotenen Produkte noch der erlaubten Kautabake entsprechen. Diese Produkte dürfen derzeit legal verkauft werden. Als mögliche Sachbezeichnung kann Lutschtabak verwendet werden. Bildbeispiele finden sich im Anhang (Ziff. 3 a und b).“

Im Anhang befinden sich vier Abbildungen mit Beispielen von Tabakerzeugnissen.

5.3 Während Art. 5 Abs. 1 TabV somit die Einfuhr und Abgabe von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch generell verbietet, nimmt Art. 5 Abs. 2 TabV von diesem Verbot jene Tabakerzeugnisse aus, die zum Rauchen oder zum Kauen bestimmt sind, und definiert die verbotenen Tabakerzeugnisse genauer. Hiernach liegen diese Tabakerzeugnisse in der Form eines Pulvers, eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionenbeuteln, in porösen Beuteln oder in einer anderen Form, vor. Gemäss der vom BAG gestützt auf Art. 5 Abs. 1 TabV erlassenen Snus-Weisung bestünden zum Kauen bestimmte Erzeugnisse aus Stücken des Tabakblattes mit einer Grösse von rund einem oder mehreren Zentimetern. In Bezug auf die verbotenen Tabakerzeugnisse knüpft die Snus-Weisung sodann unmittelbar an Art. 5 TabV an und präzisiert die Aggregatzustände „Pulver oder feinkörniges Granulat“ mit den Worten „fein geschnittener oder gemahlener Tabak im unteren Millimeterbereich oder kleiner“. All diese Begriffe umschreiben letztlich ein Tabakerzeugnis, das in sehr kleinen Partikeln vorliegt. Diesen Produkten stehen die zum Kauen bestimmten Tabakerzeugnisse gegenüber, welche definitionsgemäss aus grösseren Stücken bestehen müssen, da ein Pulver oder feinkörniges Granulat nicht weiter im Mund zerkleinert werden kann (vgl. zur Definition des Begriffs „Kauen“ nachfolgend E. 6.7.1). Die Präzisierung des Begriffs „Pulver“ zu „fein geschnittener oder gemahlener Tabak im unteren Millimeterbereich oder kleiner“ in der Snus-Weisung orientiert sich sodann im Rahmen einer teleologischen Auslegung am Sinn und Zweck der Regelung gemäss Art. 5 TabV und ist daher zulässig. Vor diesem Hintergrund kann die Snus-Weisung – mit der Vorinstanz und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – durchaus als blosser Auslegungshilfe betrachtet werden, zumal sie weder das bestehende Verbot ausweitet noch neue Verbote schafft.

6.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die infrage stehenden Tabakprodukte, wie dies von der Vorinstanz erkannt und von der Beschwerdeführerin bestritten wird, unter das Einfuhrverbot von Art. 5 TabV fallen.

6.1 Mit den vorliegend angefochtenen Einspracheentscheiden je vom 21. Oktober 2016 (respektive mit den Verfügungen vom 14. sowie vom 28. September 2016) hat die Vorinstanz die infrage stehenden Waren gestützt auf Art. 5 TabV sowie unter Berücksichtigung der Snus-Weisung des BAG als verbotenes Erzeugnis (Snus) qualifiziert. Sie führte aus, die materielle Untersuchung der betroffenen Sendungen habe ergeben, dass die Produkte in Portionenbeuteln und der darin enthaltene Tabak in Form eines

Puders (recte: Pulvers; vgl. act. 2 und Wortlaut Art. 5 Abs. 2 TabV) oder als fein geschnittener Tabak vorgelegen hätten. Dabei handle es sich zweifelsfrei um Produkte, die gemäss Art. 5 TabV verboten seien. In ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2017 ergänzte die Vorinstanz, die vorliegend streitigen Einfuhrsendungen seien materiell überprüft (beschaut) und fotografisch dokumentiert worden. Auch die Snus-Weisung halte die von ihr erfassten und verbotenen Produkte fotografisch detailliert fest. Damit sei es für die Vorinstanz unschwer zu erkennen gewesen, dass die streitigen Produkte unter das Einfuhrverbot gefallen seien.

6.2 Die Beschwerdeführerin macht in ihren Eingaben ans Bundesverwaltungsgericht verschiedene Einwände gegen die Anwendung der zur Präzisierung von Art. 5 TabV vom BAG herausgegebenen Snus-Weisung geltend, welche vorab nachfolgend – vor der materiellen Würdigung, ob die streitigen Waren unter das Verbot von Art. 5 TabV fallen (vgl. nachfolgend E. 6.3 ff.) – zu prüfen sind.

6.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt in den Beschwerdeschriften vom 4. November 2016, die Vorinstanz sei nicht an die Snus-Weisung des BAG gebunden, da sie keine dem BAG hierarchisch untergeordnete Behörde sei. Das BAG dürfe daher gegenüber der Vorinstanz keine verbindlichen Weisungen erlassen.

6.2.1.1 Verwaltungsverordnungen sind generelle Dienstanweisungen einer Behörde an ihre untergeordneten Behörden. Beim Erlass von Verwaltungsverordnungen stützt sich die Behörde auf das Hierarchieprinzip beziehungsweise ihre Weisungsbefugnis gegenüber den ihr unterstellten Verwaltungseinheiten sowie auf ihren Vollzugauftrag. Verwaltungsverordnungen stellen keine Rechtssätze dar und sind daher für das Gericht nicht bindend. Ihre Hauptfunktion besteht darin, als Regeln für das verwaltungsinterne Verhalten der Beamten eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Das Gericht soll und darf diese Regeln bei seiner Entscheidung jedoch berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 81 ff.; BGE 128 I 167 E. 4.3; 117 Ib 225 E. 4b; 132 V 200 E. 5.1.2). Sie sind insbesondere dann beachtlich, wenn sie das Wissen und die Erfahrungen bewährter Fachstellen wiedergeben (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, ebd., Rz. 2.174).

6.2.1.2 Inhaltlich kommt die Snus-Weisung des BAG einer Verwaltungsverordnung gleich. Sie richtet sich jedoch nicht an dem BAG untergeordnete Behörden. Allerdings handelt es sich bei der Vorinstanz um eine Vollzugsbehörde des LMG (vgl. Art. 62 ff. der Verordnung vom 23. November 2005 des EDI über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung [SR 817.025.21]). Beim BAG demgegenüber handelt es sich um die Fachbehörde in Gesundheitsfragen. Auch wenn die Vorinstanz als dem BAG hierarchisch nicht unterstellte Behörde rechtlich nicht an die Snus-Weisung gebunden war, spricht nichts dagegen, dass sie das darin verankerte Fachwissen des BAG als Fachbehörde bei ihrer Entscheidung mitberücksichtigt hat. Es kann diesbezüglich nichts anderes gelten als für die überprüfenden Gerichtsbehörden, welche ihrerseits sinnvolle und den richtig verstandenen Sinn des Gesetzes wiedergebende Verwaltungsverordnungen bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen haben (vgl. hierzu BGE 121 II 473 E. 2b).

6.2.2 Weiter macht die Beschwerdeführerin in den Beschwerdeschriften vom 4. November 2016 geltend, das BAG habe seine Kompetenz mit dem Erlass der Snus-Weisung verletzt. Daher sei diese vorab von Amtes wegen auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit zu überprüfen.

6.2.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht kann im Rahmen der konkreten Normenkontrolle zum Beispiel Verordnungen *des Bundesrates* vorfrageweise, aber inhaltlich eingeschränkt auf ihre Rechtmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle des dem Bundesrat eingeräumten Ermessens setzen. Daher beschränkt es sich in diesem Fall auf die Prüfung der Fragen, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Es kann dabei namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder ob sie Art. 9 BV (Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu

und Glauben) widerspricht, weil sie sinn- und zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt demgegenüber ausschliesslich der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu der wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit der vom Bundesrat erlassenen Verordnung zu äussern (vgl. BGE 143 II 87 E. 4.4 m.H.; 136 II 337 E. 5.1 m.H.). Die Bundesratsverordnungen unterliegen somit keiner Angemessenheitskontrolle. Hingegen kann das Gericht einer Ordnungsbestimmung im konkreten Fall die Anwendung versagen, wenn diese im Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV steht (BGE 140 II 194 E. 5.8; vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.3).

6.2.2.2 Entgegen den vorangehenden Ausführungen handelt es sich bei der Snus-Weisung nicht um eine Verordnung des Bundesrats, sondern um eine von einer Fachbehörde erlassene Verwaltungsverordnung. Damit stellt die Snus-Weisung keinen typischen Anwendungsfall einer inzidenten Normenkontrolle (das heisst einer vorfrageweisen Prüfung der Verfassungsverfassung- und Gesetzmässigkeit) dar. Wie bereits vorangehend in Erwägung 6.2.1.1 ausgeführt, sind Verwaltungsverordnungen keine Rechtssätze und daher für das Gericht nicht bindend. Sie sind jedoch insofern beachtlich, als sie das Wissen und die Erfahrungen bewährter Fachstellen wiedergeben. Die rechtsanwendenden Behörden haben sich jedoch nur dann an Verwaltungsverordnungen zu halten, soweit sie den richtig verstandenen Sinn des Gesetzes wiedergeben. Die in Verwaltungsverordnungen vorgenommene Auslegung des Gesetzes unterliegt somit der richterlichen Nachprüfung (BGE 121 II 473 E. 2b). Insoweit die Verwaltungsverordnungen nicht mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen vereinbar sind, weicht das Bundesverwaltungsgericht daher von ihnen ab. Im Rahmen der Kontrolle der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung kann entsprechend geprüft werden, ob die infrage stehende vollzugslenkende Verwaltungsverordnung mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, ebd., Rz. 2.174). Verwaltungsverordnungen bedürfen keiner förmlichen gesetzlichen Ermächtigung, ebenso wenig wie einer Veröffentlichung in der amtlichen Gesetzessammlung (Fritz Gygi, Verwaltungsrecht: eine Einführung, 1986, S. 103).

6.2.2.3 Da Verwaltungsverordnungen keiner förmlichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, verletzte das BAG mit dem Erlass der Snus-Weisung – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht seine Kompetenzen. Die Snus-Weisung hält sich sodann an den Wortlaut von Art. 5 TabV und nimmt diesbezüglich lediglich eine Präzisierung vor. Namentlich weitet sie weder das bestehende Verbot aus noch schafft sie neue Verbote.

6.2.2.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit der Frage der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 5 TabV in seinem Urteil C-6579/2016 vom 19. Juni 2018, E. 4.2 ff., bereits auseinandergesetzt, worauf vorliegend verwiesen wird. Es hat in diesem Zusammenhang namentlich festgehalten, ob eine Delegationsnorm vorliege und in welchem Rahmen der Exekutive die Kompetenz zur Rechtssetzung eingeräumt werde, sei grundsätzlich durch Auslegung zu ermitteln (Urteil C-6579/2016 E. 4.2.1). Art. 37 Abs. 1 LMG im Allgemeinen und Art. 8 LMG im Speziellen stellten gesetzliche Delegationsnormen dar, welche es dem Bundesrat erlaubten, in dem vom Lebensmittelgesetz vorgegebenen Rahmen Verordnungsbestimmungen zu erlassen (Urteil C-6579/2016 E. 4.2.4). Mit Art. 5 TabV sowie namentlich der darin vorgenommenen Übernahme der Regelung der Europäischen Gemeinschaft (nachfolgend: EG) betreffend Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch habe sich der Bundesrat an die ihm im Lebensmittelgesetz eingeräumten Befugnisse gehalten (Urteil C-6579/2016 E. 4.3.1). Art. 5 TabV beruhe demnach auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und erweise sich als gesetzmässig (Urteil C-6579/2016 E. 4.3.5 i.f.). Gemäss Art. 190 BV unterliege Art. 5 TabV sodann dem Anwendungsgebot, womit sich die Prüfung der Fragen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie der Zweckmässigkeit und Angemessenheit von Art. 5 TabV der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis entziehe. Dennoch zu prüfen seien indessen die Fragen der Rechtsgleichheit, der Willkür und der Verhältnismässigkeit (Urteil C-6579/2016 E. 4.4.1). Aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses am Gesundheitsschutz und dem Interesse an einer mit den internationalen Richtlinien im Einklang stehenden Regelung erscheine das Verbot bestimmter Tabakprodukte als zumutbar. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BV (Erfordernis eines öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit für staatliches Handeln) sei zu verneinen (Urteil C-6579/2016 E. 4.4.7). Insgesamt schloss das Bundesverwaltungsgericht auf die Verfassungsmässigkeit von Art. 5 TabV (Urteil C-6579/2016 E. 4.4.8).

6.2.2.5 Die vorangehend wiedergegebene, vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Würdigung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 5 TabV lässt sich sinngemäss auf die vorliegend infrage stehende Snus-Weisung übertragen. Insbesondere orientieren sich die Ziff. 3.1 und 3.2 der Snus-Weisung – wie auch Art. 5 TabV – an der gemeinschaftlichen Regelung innerhalb der EG, wonach alle zum oralen Gebrauch bestimmten Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen, sei es in Form eines Pulvers, eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionenbeuteln beziehungsweise in porösen Beuteln, oder in einer Form, die an ein Lebensmittel erinnert, mit Ausnahme von Erzeugnissen, die zum Rauchen oder zum Kauen bestimmt sind, als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch gelten (vgl. Urteil des BVGer C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 4.3.3). Mit seinen Präzisierungen, wonach einerseits mit „Pulver oder feinkörnigem Granulat“ „fein geschnittener oder gemahlener Tabak im unteren Millimeterbereich oder kleiner“ gemeint ist, und andererseits legale, „zum Kauen bestimmte Tabakerzeugnisse“ „aus Stücken des Tabakblattes mit einer Grösse von rund einem oder mehreren Zentimetern bestehen, insbesondere in Form von Rollen, Stangen, Streifen, Platten oder Würfeln, teils aromatisiert und feucht“, hat das BAG – in Teilung seiner Fachkenntnisse als Fachbehörde – den verbotenen Snus gleichfalls wie den legalen Kautabak in Worten umschrieben. Die beiden Umschreibungen entsprechen überdies den Beispielfotos in Anhang 1 der Snus-Weisung. Diese Präzisierungen sprengen in keiner Weise den Rahmen der Delegationsnormen von Art. 37 Abs. 1 LMG und Art. 8 LMG, auf welchen die der Snus-Weisung zugrundeliegende Regelung gemäss Art. 5 TabV basiert.

6.2.2.6 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die sogenannte „Ohne-Not-Praxis“ des Bundesgerichts. Danach hat eine Rechtsmittelinstanz nicht ohne Not von Ausführungen der Vorinstanz abzuweichen bei Fragen technischer oder wirtschaftlicher Natur, die ein spezifisches Fachwissen erfordern (vgl. hierzu z.B. BGE 135 II 384 E. 2.2.2; Urteil des BVGer C-2601/2016 vom 15. Dezember 2017 E. 2.2). Dies gilt vorliegend auch für das Ermessen des BAG als Fachbehörde – obwohl vorliegend nicht Vorinstanz oder Verfahrenspartei – bei der Auslegung von Art. 5 TabV, welches daher zu schützen ist. Insgesamt erweist sich damit Art. 5 TabV auch dann als gesetz- und verfassungsmässig, wenn er anhand der Auslegungshilfe gemäss Snus-Weisung angewandt wird. Die richterliche Nachprüfung der Snus-Weisung als vollzuglenkende Verwaltungsverordnung ergibt folg-

lich, dass diese mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich demgegenüber als unbegründet.

6.2.3 Die Beschwerdeführerin macht sodann in ihren Beschwerdeschriften vom 4. November 2016 geltend, mit Art. 5 TabV habe der Verordnungsgeber die Begriffe „Tabakerzeugnisse“ und „Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch“ abschliessend definiert. Ebenfalls habe er verbindlich festgelegt, dass zum Kauen bestimmte Erzeugnisse vom Verbot ausgenommen seien. Das BAG habe mit dem Erlass der Snus-Weisung Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der TabV in einer unzulässigen Weise erweitert. Es habe eine sogenannte unechte Lücke, bei der die Antwort der gesetzlichen Regelung zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führe, gefüllt. Eine solche unechte Lücke wäre jedoch durch den Verordnungsgeber der Tabakverordnung – und nicht durch eine Behörde – zu füllen.

Wie bereits in den Erwägungen 5.3 und 6.2.2.5 eingehend dargelegt, steht für das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es sich bei der Snus-Weisung lediglich um eine Auslegungshilfe handelt, welche weder das bestehende Verbot gemäss Art. 5 TabV ausweitet noch neue Verbote schafft. Mit der Snus-Weisung hat das BAG die Regelung in Art. 5 TabV präzisiert und namentlich mit ihrem Fachwissen als Fachbehörde um die konkreten Eigenschaften (in Worten beschrieben sowie anhand von Beispielfotos dargelegt) sowohl des legalen Kautabaks als auch der verbotenen Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch (Snus) ergänzt. Die Beschwerdeführerin geht damit in ihrer Auffassung fehl, wonach das BAG korrigierend in die bestehende Regelung gemäss Art. 5 TabV eingegriffen haben soll. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach Art. 5 TabV eine unechte Lücke enthalte, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Vielmehr sieht die Snus-Weisung, identisch wie Art. 5 TabV, auf welchen sie sich bezieht, vor, dass Kautabak vom Verbot ausgenommen ist. Ob es sich bei den vorliegend streitigen Waren, welche die Beschwerdeführerin in der Schweiz auf den Markt bringen möchte, um legalen Kautabak handelt, ist hingegen eine Frage der Sachverhaltswürdigung (und nicht der richterlichen Nachprüfung der anzuwendenden rechtlichen Bestimmungen). Dieser Frage wird daher nachfolgend im Rahmen der rechtlichen Würdigung (E. 6.3 ff.) nachzugehen sein.

6.2.4 Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren in ihren Beschwerdeschriften vom 4. November 2016, die Snus-Weisung stehe diametral zum

Willen des Gesetzgebers, namentlich zum Entwurf des neuen Bundesgesetzes über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (TabPG). In ihrer Replik ergänzte sie, das BAG habe sich mit der Snus-Weisung in einen laufenden Gesetzgebungsprozess eingemischt und eine Rechtsunsicherheit geschaffen. In der unaufgefordert eingereichten Beweismittleingabe vom 19. Juni 2018 argumentiert die Beschwerdeführerin schliesslich, zukünftiges Recht müsse bei der Auslegung einer Norm mitberücksichtigt werden, insbesondere dann, wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert, der bestehende Rechtszustand lediglich konkretisiert oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden sollten.

6.2.4.1 Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2017 entgegen, am 8. Dezember 2016 habe der Nationalrat den Vorschlag der Mehrheit des Ständerats bestätigt und einer Rückweisung des TabPG an den Bundesrat zugestimmt (Geschäft 15.075). Der Bundesrat sei damals beauftragt worden, einen neuen Gesetzesentwurf vorzubereiten, wobei Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch legalisiert werden sollten. Das neue Gesetz müsse nun zuerst die üblichen gesetzgeberischen Prozesse durchlaufen und werde voraussichtlich nicht vor dem Jahr 2022 in Kraft treten. In den streitigen Verfügungen sei das geltende Recht angewendet worden. Über eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften könne und dürfe einzig der Gesetzgeber entscheiden. Bis das neue TabPG in Kraft getreten sein werde, blieben die Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch gemäss Art. 5 TabV verboten. In ihrer Duplik vom 3. März 2017 ergänzte die Vorinstanz, die Interpretation einer Gesetzesbestimmung im Hinblick auf den (zukünftigen) Willen des Parlaments sei methodisch nicht zulässig. Mit Stellungnahme vom 14. November 2018 fügte die Vorinstanz hinzu, das zukünftige Recht könne vorliegend nicht zur Auslegung beigezogen werden, da das geltende System grundsätzlich geändert werde: Das System wechsele von einem Snusverbot zu einer Snuslegalisierung.

6.2.4.2 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts können Vorarbeiten zu Gesetzesentwürfen, die noch nicht in Kraft getreten sind, bei vorliegend gewisser Umstände bei der Auslegung einer Norm berücksichtigt werden. Es handle sich hierbei nicht um eine strenge Berücksichtigung von Materialien im historischen Sinn, sondern um eine Art geltungszeitlicher Auslegung im Hinblick auf die veränderten Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis. Die Auslegung anhand von Vorarbeiten zu Gesetzesentwürfen rechtfertige sich dann, wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert werden solle, sondern nur eine Konkretisierung des

bestehenden Rechtszustandes angestrebt werde oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden sollten (BGE 124 II 193 S. 201 E 5d).

6.2.4.3 Vorliegend besteht kein Anlass für eine geltungszeitliche Auslegung von Art. 5 TabV. Der Wortlaut ist klar und verbietet die gewerbliche Einfuhr von Snus. Der Entwurf zum neuen TabPG demgegenüber sieht im aktuellen Stand eine Legalisierung von Snus vor (siehe hierzu <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/entwurf-tabakproduktegesetz.html>; zuletzt abgerufen am 20. März 2019). Damit soll mit dem zukünftigen TabPG de lege ferenda das aktuelle System bezüglich Einfuhr von Tabakwaren zum oralen Gebrauch komplett geändert werden. Unter diesen Umständen kann der Entwurf des neuen TabPG nicht zur Auslegung von Art. 5 TabV beigezogen werden, zumal der klare Wortlaut von Art. 5 TabV und damit das grammatikalische Auslegungselement einer solchen zeitgemässen Auslegung *contra legem* eindeutig entgegensteht. Vorliegend ist damit – wie in Erwägung 3.2 bereits dargelegt – das geltende Recht im Zeitpunkt der angefochtenen Einspracheentscheide, und damit Art. 5 TabV in der aktuell gültigen Fassung vom 27. Oktober 2004 (Stand: 1. Oktober 2012), anzuwenden.

6.2.5 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren in ihren Beschwerdeschriften vom 4. November 2016 geltend, die Snus-Weisung enthalte keine angemessene Übergangsregelung. Damit verstosse sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV sowie Art. 9 BV. Auch der Entwurf zum TabPG enthalte in Art. 45 Abs. 2 eine Übergangsbestimmung. Indem der Bundesgesetzgeber Übergangsregelungen für ein neues Gesetz vorsehe und das Bundesamt demgegenüber in lediglich einer Weisung per sofort neue Spielregeln einführe, würden die verfassungsrechtlichen Bestimmungen klar verletzt.

6.2.5.1 Die Vorinstanz entgegnet diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2017, bei der Snus-Weisung seien keine Übergangsbestimmungen notwendig, da mit dieser erstens keine bestehende Weisung geändert, sondern den Vollzugsbehörden erstmals eine Weisung als Auslegungshilfe mitgeteilt worden sei, und es sich zweitens bei dieser nicht um eine Praxisänderung handle. Das Verbot nach Art. 5 TabV sei seit 1995 in Kraft. Im Lebensmittelrecht gelte der Grundsatz der Selbstkontrolle. Flächendeckende Kontrollen beziehungsweise Prüfungen der Behörden seien

nicht vorgesehen. Dass die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit verbotene Waren in die Schweiz eingeführt habe, könne deshalb nicht als Argument für oder gegen eine Praxisänderung vorgebracht werden. Die mit der Snus-Weisung angestrebte Koordination des Vollzugs diene der Durchsetzung des geltenden Rechts.

6.2.5.2 Die Vorinstanz hat korrekt ausgeführt, dass das BAG mit der Snus-Weisung erstmals eine Auslegungshilfe für Art. 5 TabV verfasst hat. Das BAG hat mit der Snus-Weisung denn auch keine neue Praxis eingeführt. Die Absicht hinter dem Erlass der Snus-Weisung war es vielmehr, die unterschiedlichen, mit der Anwendung von Art. 5 TabV befassten Behörden bei der Auslegung von Art. 5 TabV zu unterstützen. Damit dient die Snus-Weisung der Vereinheitlichung der Verordnungsanwendung. Unter diesen Umständen war es nicht erforderlich, die Snus-Weisung mit einer Übergangsregelung zu versehen, zumal Art. 5 TabV, dessen Anwendung die Snus-Weisung erleichtern sollte, im Zeitpunkt des Erlasses der Snus-Weisung bereits seit vielen Jahren in Kraft war.

6.2.6 Nachdem das Bundesverwaltungsgericht damit in den vorangehenden Erwägungen 6.2 bis 6.2.5.2 sämtliche Rügen, welche die Beschwerdeführerin gegen die Zulässigkeit der Snus-Weisung vorgebracht hat, geprüft hat, ist zusammenfassend festzuhalten, dass das BAG mit dem Erlass der Snus-Weisung nicht seine Kompetenzen überschritten hat. Die Snus-Weisung erlaubt eine gesetz- und verfassungsmässige Auslegung von Art. 5 TabV. Die Snus-Weisung darf daher im Nachfolgenden als eine zulässige Auslegungshilfe von Art. 5 TabV bei der Rechtsfindung mitberücksichtigt werden.

6.3 Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht, die Vorinstanz habe Art. 5 TabV falsch angewendet. Ebenfalls habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Die vorliegend streitigen Waren würden nicht unter Art. 5 TabV fallen. Damit rügt die Beschwerdeführerin eine unrichtige Anwendung von Bundesrecht.

6.3.1 Bei den infrage stehenden Waren handelt es sich unbestrittenermassen um Tabakerzeugnisse. Die *ON! White Chewing Bags* werden gemäss Angaben auf der Verpackung als Kautabak bezeichnet und enthalten Tabak sowie Texturierungsmittel (ohne Angabe des Verhältnisses). Auf der Dose der *Chewing Bags Al Capone Vanilla* findet sich keine weitere Produktebezeichnung (insbesondere auch nicht die Bezeichnung „Kautabak“). Das Produkt besteht ebenfalls aus Tabak und Texturierungsmittel in einem

Verhältnis von 78 % zu 22 %. Des Weiteren findet sich auf beiden Produkten der Hinweis „Dieses Tabakerzeugnis kann Ihre Gesundheit schädigen und macht abhängig“. Beide Produkte sind in kleinen porösen Beuteln portioniert (vgl. act. 3 und 9).

6.3.2 In den vorinstanzlichen Akten liegen sodann zwei Untersuchungsberichte (Ausdrucke aus dem Programm „Applikation Argos“) betreffend die vorgenommene Beschau des Zollamts hinsichtlich der streitigen Produkte. Gemäss dem ersten Bericht (act. 2) hat das Zollamt am 13. September 2016 eine Beschau bezüglich der *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus* und *Mint* vorgenommen. Das Zollamt beschrieb die Produkte *ON! White Chewing Bags Berry* und *ON! White Chewing Bags Mint* als Pulver in Portionenbeutel, rieselfähig, aromatisiert und in farbig bedruckten Kunststoffdosen als Kautabak angepriesen. Gemäss dem zweiten Untersuchungsbericht (act. 8) hat das Zollamt am 28. September 2016 eine Beschau betreffend die *Chewing Bags Al Capone Vanilla* vorgenommen. Das Zollamt protokollierte, die Ware *Chewing Bags Al Capone Vanilla* präsentiere sich in der Form von rechteckigen, flachen Zellulosebeutelchen, gefüllt mit einer Mischung aus Tabak, Aromastoffen, Granulat, Acesulfam K, Säureregulatoren sowie Bindemittel und würde zum Verkauf angeboten in etikettierten schwarzen Kunststoffdosen. Es liegen keine Gründe vor, die es rechtfertigen würden, von diesen Einschätzungen des Zollamts abzuweichen.

6.3.3 Ausserdem hat die Vorinstanz mit Eingabe vom 14. November 2018 das Prüfverfahren betreffend Tabakprodukte dargelegt. Sie führte aus, die Prüfung der Produkte obliege den Vollzugsorganen (EZV, kantonale Laboratorien). Das BAG seinerseits beantworte die (regelmässigen) Anfragen von Kantonschemikern bezüglich der Umsetzung der Snus-Weisung und prüfe auf die Anfrage der Kantone hin die Produkte physisch im Sinne einer Referenzmeinung (BVGer-act. 46). Im vorliegenden Fall hat eine solche Prüfung durch das kantonale Labor des Kantons Aargau stattgefunden (vgl. Beilagen 1 und 2 zu BVGer-act. 18). Ebenso hat die Vorinstanz mittels Bildmaterial Erkundungen beim BAG eingeholt. Aufgrund dieses Bildmaterials hat sich das BAG mit E-Mail vom 30. September 2016 in der Form einer Referenzmeinung zu den streitigen Waren geäussert (act. 8 und 9). Die Vorinstanz ist damit bei der Inspektion der infrage stehenden Tabakprodukte korrekt vorgegangen.

6.3.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat ausserdem die vorliegend streitigen Waren anhand der ihm vorliegenden Produktproben selber geprüft

(dies mittels Sichtung, Geruchstest sowie Befühlen). Die sinnliche Wahrnehmung der Produkte deckt sich mit der Einschätzung des Zollamts (sowie auch des kantonalen Labors und des BAG). Damit steht für das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es sich bei den *ON! White Chewing Bags* um aromatisierten Tabak in der Form eines feinkörnigen, rieselfähigen Pulvers im unteren Millimeterbereich oder kleiner handelt, sowie bei den *Chewing Bags Al Capone Vanilla* um eine Mischung von hauptsächlich Tabak und weiteren, diesem beigefügten Stoffen, welche ebenfalls aus sehr kleinen Partikeln im unteren Millimeterbereich besteht.

6.3.5 Da die infrage stehenden Produkte zum oralen Konsum vorgesehen und aufgrund ihrer Beschaffenheit sowie Darbietung hierzu geeignet sind, fallen sie in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 TabV und damit grundsätzlich unter das in diesem aufgestellte generelle Einfuhrverbot. Aufgrund der vorliegend beschriebenen Beschaffenheit lassen sich sodann beide Waren ohne Weiteres unter die Definition der verbotenen Tabakerzeugnisse gemäss Art. 5 Abs. 2 TabV („Erzeugnisse in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen“) subsumieren. Dasselbe ergibt sich aus der Snus-Weisung, welche die verbotenen Tabakerzeugnisse näher beschreibt als fein geschnittenen oder gemahlenden Tabak im unteren Millimeterbereich oder kleiner. Insbesondere die optische Ähnlichkeit der *Chewing Bags Al Capone Vanilla* mit dem im Anhang 1 der Snus-Weisung abgebildeten Beispiel für ein verbotenes Tabakerzeugnis zum oralen Gebrauch (*Snus, Snuff, Mundtabak*) ist offensichtlich. Die Vorinstanz hat damit die vorliegend streitigen Waren korrekt geprüft. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach die beanstandeten Produkte weder ein Puder (Pulver) im unteren Millimeterbereich noch fein geschnittenen Tabak im unteren Millimeterbereich enthielten, erweist sich unter diesen Umständen als haltlos.

6.3.6 Die Beschwerdeführerin kritisiert in ihrer Beschwerde, die Vorinstanz habe die streitigen Produkte nicht abschliessend analysiert, indem sie in der Begründung der Einspracheentscheide die beanstandeten Produkte entweder als Puder oder als fein geschnittenen Tabak im unteren Millimeterbereich beschrieben habe. Damit habe sie nicht exakt ausgeführt, wie die genaue Beschaffenheit der streitigen Produkte sei.

Diese Rüge erweist sich ebenfalls nicht als stichhaltig. Die Vorinstanz hat sich in ihren Ausführungen an die Definitionen gemäss Art. 5 Abs. 2 TabV sowie Ziff. 1 der Snus-Weisung gehalten, welche ihrerseits festlegen, dass sowohl Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch in der Form eines Pulvers

als auch in der Form eines feinkörnigen Granulats im unteren Millimeterbereich oder kleiner verbotene Erzeugnisse darstellen. Die Snus-Weisung erwähnt so namentlich verschiedene Erscheinungsformen der verbotenen Tabakerzeugnisse, wobei es entscheidend ist, dass sich der Tabak als ein Pulver mit sehr kleinen Partikeln präsentiert. Nicht massgebend ist hingegen, wie diese sehr kleinen Partikel entstanden sind, das heisst, ob hierfür der Tabak im Rahmen der Herstellung des Endproduktes zum Beispiel primär fein geschnitten oder gemahlen (oder auch pulverisiert, granuliert oder zerstoßen) wurde, da es bei all diesen Verfahren am Ende lediglich um die Zerkleinerung geht (vgl. Urteil des BVGer C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 3.5.2). Nachdem die vorliegend streitigen Waren eindeutig unter diese Definition fallen, erübrigte sich für die Vorinstanz augenscheinlich eine weitere Qualifizierung der Beschaffenheit der einzelnen Produkte. Im Übrigen wurde jeweils in den Untersuchungsberichten respektive Zollbefunden betreffend die streitigen Waren jeweils eine detailliertere Qualifizierung der Beschaffenheit der einzelnen Produkte vorgenommen (vgl. hierzu act. 2 und 8). Nachdem die Vorinstanz für ihre Feststellungen schliesslich nicht nur auf die eigene Beschau der vorliegend streitigen Produkte, sondern insbesondere auch auf die Rückmeldungen des kantonalen Labors sowie des BAG abgestellt hat (vgl. E. 6.3.2 f.), ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die streitigen Produkte mangelhaft geprüft, zur Genüge widerlegt.

6.3.7 Art. 5 Abs. 2 TabV nimmt sodann Erzeugnisse, die zum Rauchen oder zum Kauen bestimmt sind, ausdrücklich von der Definition der verbotenen Tabakerzeugnisse aus. Weitere Ausnahmen vom Verbot sind nicht vorgesehen.

Vorliegend macht die Beschwerdeführerin (zu Recht) nicht geltend, die streitigen Waren seien zum Rauchen bestimmt. Hingegen stützt sie sich auf die Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 2 TabV, wonach zum Kauen bestimmte Produkte vom Einfuhrverbot ausgenommen sind.

6.3.8 Ob ein Produkt zum Rauchen oder Kauen bestimmt ist, hängt indessen nicht allein von der Bezeichnung desselben ab. Vielmehr ist auf den Verwendungszweck abzustellen, wofür die Bezeichnung eines Produkts ein Indiz darstellen kann.

6.3.8.1 Der Laie versteht, ebenso wie die Literatur zur Deutschen Sprache (WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl., 2011, S. 822; DUDEN Deutsches

Universalwörterbuch, 6. Aufl., 2007, S. 939) unter „kauen“ den mechanischen Vorgang, mit dem etwas (i.d.R. Essbares) mit den Zähnen zerkleinert, allenfalls an etwas (z.B. Bleistift, Nägel) genagt oder geknabbert wird.

6.3.8.2 Dass das Produkt *ON! White Chewing Bags* (nicht aber das Produkt *Chewing Bags Al Capone Vanilla*) auf der Verpackung als Kautabak bezeichnet wird, trifft zwar zu. Diese Bezeichnung kann jedoch nicht für sich alleine genommen massgebend sein. Vielmehr ist auf die Beschaffenheit des infrage stehenden Produktes abzustellen. Wie vorangehend ausgeführt, definiert die Snus-Weisung, dass zum Kauen bestimmte Produkte aus grösseren Stücken bestehen müssen (E. 5.3), was einleuchtet. Ein Pulver lässt sich nicht kauen, umso mehr, wenn dieses – wie vorliegend – durch einen kleinen porösen Beutel zusammengehalten wird, der seinerseits nicht zum Verspeisen gedacht respektive geeignet ist. Vielmehr lässt der gesunde Menschenverstand folgern, dass Verpackungsmaterial nicht zusammen mit einem Produkt zu konsumieren ist. Dass die vorliegend streitigen Waren, welche allesamt in Portionenbeuteln angeboten werden (was die Beschwerdeführerin namentlich nicht bestreitet, vgl. vorangehend Sachverhalt Bst. C), nicht zum Kauen bestimmt sein können, steht daher eindeutig fest. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 3.5.1 festgehalten hat, ist auch für den Laien sofort erkennbar, dass es sich bei der Darreichungsform des pulverförmigen Tabakerzeugnisses in dem porösen Beutel nicht um Kautabak handeln kann. Diese Darreichungsform dient vielmehr der Applikation des Produkts unter der Lippe, wie es bei Snus üblich ist. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, es handle sich bei den infrage stehenden Waren um ein Produkt, das zum Kauen bestimmt sei, erweist sich daher nicht als glaubwürdig.

6.3.9 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer unaufgefordert eingereichten Beweismitteileingabe vom 19. Juni 2018 neu geltend, der Genuss von Tabakwaren zum oralen Gebrauch habe sich im Laufe der Zeit verändert. Die Bestimmung von Art. 5 TabV sei im Jahr 1995 geschaffen worden, als Tabak noch gekaut worden sei. Heute werde der Tabak aufgrund des Qualitätsgewinns gelutscht. Es entspreche nicht dem Willen des Verordnungsgebers, Kautabak erst zuzulassen und dann wieder zu verbieten, wenn sich die Konsumationsform ändere.

6.3.9.1 In ihrer Stellungnahme vom 14. November 2018 entgegnet die Vorinstanz, die Behauptung der Beschwerdeführerin, Kautabak würde heute aufgrund eines Qualitätsgewinns gelutscht, entbehre jeglicher

Grundlage. Die traditionellen Kautabake existierten nach wie vor und sollten mit dem Snus-Verbot auch nicht verboten werden.

6.3.9.2 Wie bereits in Erwägung 6.3.8.2 festgehalten, dient die Darreichungsform von Tabakerzeugnissen in der Form von in Portionenbeuteln abgefülltem Pulver typischerweise der Applikation des Produkts unter der Lippe, wie es bei Snus üblich ist. Snus wird aus getrockneten Tabaken hergestellt, indem dieser gemahlen und mit Wasser versehen wird. Es gibt Snus in Portionenbeuteln oder als loses, feuchtes Pulver, das vor dem Gebrauch portioniert werden muss. Das Snus wird konsumiert, indem es hinter der Ober- oder Unterlippe platziert wird, wo es rund 15 bis 60 Minuten verbleibt (siehe hierzu <https://de.wikipedia.org/wiki/Snus>; zuletzt abgerufen am 20. März 2019; vgl. Anhang zur Snus-Weisung, Abbildung 1). Demgegenüber besteht klassischer, vom Verbot ausgenommener Kautabak aus Stücken des Tabakblattes mit einer Grösse von rund einem oder mehreren Zentimetern, insbesondere in Form von Rollen, Stangen, Streifen, Platten oder Würfeln, teils aromatisiert und feucht (Snus-Weisung, Ziff. 3.2) und hat entsprechend eine gänzlich andere Erscheinungsform (vgl. Anhang zur Snus-Weisung, Abbildung 2). Der ebenfalls nicht unter Art. 5 TabV fallende Lutschtabak lässt sich schliesslich aufgrund seiner lehmartigen Form deutlich von sowohl den verbotenen Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch als auch dem legalen Kautabak unterscheiden (Snus-Weisung, Ziff. 3.3; vgl. Beispielfotos hierzu im Anhang zur Snus-Weisung, Abbildungen 3a und 3b). Somit weisen die Tabakerzeugnisse, welche zum Kauen oder zum Lutschen geeignet sind, jeweils eine optische Darreichungsform auf, welche sich deutlich von jener der verbotenen Tabakprodukte zum oralen Gebrauch, namentlich Snus, unterscheidet. Nachdem alle drei unterschiedlichen Darreichungsformen heute nach wie vor auf dem Markt existieren, bestehen keinerlei Anhaltspunkte für die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte veränderte Konsumationsform. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die von ihr auf dem Markt geführten Tabakerzeugnisse in der Form von in Portionenbeuteln abgefülltem Pulver früher gekaut und heute gelutscht würden, erscheint daher nicht glaubhaft.

6.4 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die im vorliegenden Beschwerdefahren infrage stehenden Waren in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV fallen und vom Einfuhrverbot betroffen sind. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht vorangehend den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt sowie auch die von ihr vorgenommene Rechtsanwendung überprüft und in der Folge bestätigt hat, gehen die Rügen der Be-

schwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt sowie das Bundesrecht falsch angewendet (vgl. E. 6.3), fehl. Insgesamt ist weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine falsche Rechtsanwendung auszumachen.

7.

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die von der Vorinstanz angeordnete Rückweisung der Tabakprodukte rechtmässig ist.

7.1 Die Beschwerdeführerin rügt in ihren Eingaben ans Bundesverwaltungsgericht, mit der verfügten Rückweisung verletze die Vorinstanz die Wirtschaftsfreiheit, das Willkürverbot sowie das Rechtsgleichheitsgebot.

7.1.1 Hinsichtlich der gerügten Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV macht die Beschwerdeführerin in ihren Beschwerdeschriften vom 4. November 2016 geltend, die Wirtschaftsfreiheit werde in einer unzulässigen Weise eingeschränkt, welche weder durch eine ausreichende gesetzliche Grundlage noch durch irgendein (Erg. d. Verf.: irgendwie) geartetes öffentliches Interesse gerechtfertigt wäre. Die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sei überdies unverhältnismässig. In ihrer Replik vom 27. Februar 2017 ergänzte sie, die einzelnen Produkte würden in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich qualifiziert. Während die Produkte der Konkurrenzfirmen im Kanton Basel-Stadt zugelassen worden seien, seien die gleichgelagerten Produkte der Beschwerdeführerin im Kanton Aargau nicht zugelassen worden. Dies stelle eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit unter verschiedenen Marktteilnehmern dar. Ebenfalls sei nicht akzeptabel, dass die verbotenen Produkte für den Privatkonsum dennoch online bezogen werden könnten. Dies sei umso mehr fraglich, da hier der angebliche Gesundheitsaspekt umgangen werde.

7.1.2 Die durch die Vorinstanz verfügte Rückweisung der streitigen Tabakprodukte basiert auf Art. 28 Abs. 5 LMG (in der bei Erlass der angefochtenen Einspracheentscheide vom 21. Oktober 2016 gültigen Fassung vom 9. Oktober 1992 (vgl. E. 3.2)). Damit basiert die von der Vorinstanz ergriffene Massnahme auf einer gesetzlichen Grundlage. Bundesgesetze unterliegen gemäss Art. 190 BV dem Anwendungsverbot. Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 4.2 ff. festgehalten hat, entzieht sich damit die Prüfung der Fragen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie der Zweckmässigkeit und Angemessenheit der vorgesehenen Massnahme der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis (vgl. zum Ganzen: vorangehend E. 6.2.2.4). Die Bundesversammlung

hat beim Erlass des LMG insbesondere bereits die Konsequenzen der vorgesehenen Massnahmen auf ihre Folgen auf die Wirtschaftsfreiheit überprüft und eine allfällige Verletzung der Wirtschaftsfreiheit in Kauf genommen. Das Bundesverwaltungsgericht ist an diese Entscheidung des Gesetzgebers gebunden. Damit kann die Beschwerdeführerin aus der von ihr gerügten Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7.2 Vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen bleiben daher lediglich die Fragen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit sowie der Willkür (vgl. vorangehend E. 6.2.2.4).

7.2.1 Indem die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit unter verschiedenen Marktteilnehmern rügt und ausführt, Produkte der Konkurrenzfirmen seien im Kanton Basel-Stadt zugelassen worden, die gleichgelagerten Produkte der Beschwerdeführerin dagegen seien im Kanton Aargau nicht zugelassen worden (vgl. die vollständige Wiedergabe der entsprechenden Rüge vorangehend unter E. 5.8.2), rügt sie sinngemäss auch eine Ungleichbehandlung mit ihren Konkurrenzfirmen. In diesem Sinne fordert sie in ihrer unaufgefordert eingereichten Beweismittelleingabe vom 19. Juni 2018, sie habe ein Anrecht auf eine Gleichbehandlung im Unrecht, nachdem die von ihr eingereichten Drittprodukte in der Schweiz zugelassen seien und die rechtsanwendende Behörde zu erkenne gebe, dass sie auch in Zukunft nicht gedenke, den Import dieser Produkte zu verbieten.

Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits mit Zwischenverfügung vom 22. November 2018 in Erwägung gezogen hat, gehören die von der Beschwerdeführerin eingereichten Drittprodukte vorliegend nicht zum Streitgegenstand und sind daher vom Bundesverwaltungsgericht nicht zu prüfen (BVGer-act. 47). Zudem liegen für die Behauptung der Beschwerdeführerin, die jeweils zuständigen Behörden würden geschlossen eine illegale Praxis verfolgen, keinerlei Anhaltspunkte vor. Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall Art. 5 TabV sowie die Snus-Weisung korrekt angewendet. Die übrigen Entscheide betreffend die eingereichten Drittprodukte kann das Bundesverwaltungsgericht mangels Streitgegenstands nicht überprüfen. Indessen hat die Vorinstanz mit der Einreichung der Liste der geprüften Produkte (BAG/11.2018; Beilage zu BVGer-act. 46) die Behauptung der Beschwerdeführerin wiederlegt, wonach sämtliche der von ihr eingereichten Drittprodukte in der Schweiz zugelassen seien. Gemäss jener Auflis-

tung, welche in der Folge von der Beschwerdeführerin unbestritten verblieb, wurden lediglich drei der 13 Produkte als in der Schweiz verkehrsfähig eingestuft. Bezüglich lediglich eines dieser drei als verkehrsfähig beurteilten Produkte liegt überdies eine aktuelle Prüfung des BAG, welche nicht älter als drei Monate ist, vor. Die Beschwerdeführerin kann nach dem Gesagten aus den von ihr eingereichten Konkurrenzprodukten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Prüfung der Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach ihre Produkte gleich gelagert seien wie die ihrer Konkurrenzfirmen. Es ist damit unter diesem Gesichtspunkt keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots auszumachen.

7.2.2 Zur Rüge der Beschwerdeführerin, wonach es nicht akzeptabel sei, dass Private die verbotenen Produkte für den Privatkonsum online beziehen könnten, ist darauf hinzuweisen, dass die geltende Regelung zwar – unter anderem – den Gesundheitsschutz bezweckt. Jedoch ist die Eigenverantwortung des Einzelnen davon nicht betroffen. Das Gesetz vermag nicht den Einzelnen vor sich selber zu schützen. Insofern ist es nicht widersprüchlich, dass sich ein Konsument ein verbotenes Produkt zum Eigenkonsum direkt im Ausland oder auf einem anderen Weg beschaffen darf. Ausserdem stellen die Einfuhr bestimmter Tabakprodukte zu Handelszwecken und deren Einfuhr zum reinen Privat- und Eigengebrauch zwei wesentlich verschiedene Sachverhalte dar (vgl. hierzu Urteil des BVGer C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 4.4.6). Die verfügten Rückweisungen der vorliegend streitigen Produkte verletzen daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht das Rechtsgleichheitsgebot.

7.2.3 Im Zusammenhang mit ihrer Rüge der Verletzung der Wirtschaftsfreiheit beanstandet die Beschwerdeführerin in ihren Beschwerdeschriften vom 4. November 2016 ferner, die verfügten Rückweisungen der vorliegend streitigen Waren respektive die angefochtenen Einspracheentscheide seien unverhältnismässig.

7.2.3.1 Verhältnismässigkeit bedeutet, dass ein Grundrechtseingriff im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein muss und zu unterbleiben hat, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Ausserdem muss die Massnahme zumutbar sein, das heisst der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die der Beschwerdeführerin auferlegt werden (BGE 131 V 107 E. 3.4.1, 130 I 65 E. 3.5.1, je m.w.H.; Urteil des BVGer A-3627/2009 vom 21. August 2009

E. 4.5, HAEFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, ebd., Rz. 320).

7.2.3.2 Durch die verfügte Rückweisung der streitigen Waren gelangen diese nicht auf den schweizerischen Markt, womit das mit Art. 5 TabV verfolgte öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes gewahrt wird. Die Massnahme erscheint daher geeignet, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen.

7.2.3.3 Des Weiteren muss die Massnahme im Hinblick auf den angestrebten Zweck erforderlich sein. Unter diesem Aspekt ist zu prüfen, ob nicht auch eine mildere Massnahme ausreichen würde, um das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes zu wahren.

Im vorliegenden Fall ist zur Wahrung des öffentlichen Interesses des Gesundheitsschutzes kein milderes Mittel als die Rückweisung der beanstandeten Waren denkbar und auch nicht in Art. 28 Abs. 5 LMG vorgesehen. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, werden die Waren mit den Rückweisungsverfügungen nicht dem Weltmarkt entzogen (vgl. Begründung des Einspracheentscheids vom 21. Oktober 2016 betreffend *Chewing Bags Al Capone*; act. 12). Es stünde der Beschwerdeführerin frei, ihre Waren ins Ausland zu verbringen und dort dem Markt zuzuführen. Als eine alternative Massnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks wäre die Einziehung und Vernichtung der streitigen Waren denkbar. Es liegt auf der Hand, dass es sich dabei um eine für die Beschwerdeführerin erheblich ungünstigere Massnahme handeln würde. Damit hat die Vorinstanz vorliegend das mildestmögliche Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks umgesetzt.

7.2.3.4 Die ergriffene Massnahme der Rückweisung erweist sich unter diesen Umständen als verhältnismässig.

7.2.4 In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des Willkürverbots ist festzuhalten, dass ein Erlass willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist; er verletzt das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, oder er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze ein weiter Gestaltungsspielraum (vgl. BGE 131 I 1 E. 4.2; 136 I 1 E. 4.1; 138 I 265 E. 4.1).

Vorliegend kann in der in Art. 28 Abs. 5 LMG i.V.m. Art. 5 TabV vorgesehenen Massnahme der Rückweisung keine krasse Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots erkannt werden. Vielmehr werden sämtliche Importeure von verbotenen Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch gleich behandelt. Die Massnahme der Rückweisung stützt sich ausserdem auf hinreichende sachliche Gründe, indem sie das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes verfolgt (vgl. hierzu Urteil des BVGer C-6579/2016 vom 19. Juni 2018 E. 4.4.7 i.f.). Für die Regelung besteht somit ein vernünftiger Grund. Wie bereits in Erwägung 7.2.2.3 Abs. 2 ausgeführt, handelt es sich sodann gerade bei der Rückweisung um die mildestmögliche Massnahme zur Erreichung des in Art. 5 TabV vorgesehenen Zwecks, nämlich dass keine verbotenen Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch auf den schweizerischen Markt gelangen. Unter diesen Umständen hat der Gesetzgeber sein Ermessen im Rahmen der Gestaltung der vorliegend von der Vorinstanz umgesetzten polizeilichen Massnahme nicht überschritten. Die gerügte Verletzung des Willkürverbots geht damit fehl.

7.2.5 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich in ihren Eingaben ans Bundesverwaltungsgericht (insbesondere im Rahmen ihrer Replik) wiederholt geltend, Snus sei nicht gesundheitsschädigend und hat diesbezüglich im Laufe des Verfahrens verschiedene aktuellere Berichte eingereicht (vgl. Beilagen zu BVGer-act. 16 und 35). Sie kritisiert gleichfalls in der Replik vom 27. Februar 2017, dass die Vorinstanz zur Rechtfertigung der Verordnungsnorm (sehr alte) wissenschaftliche Artikel aus dem Jahr 1988 herangezogen habe. Die weiter zitierten Studien seien ebenfalls nicht haltbar. So habe die Food and Drug Administration im November 2015 zehn Snus-Produkte aus Schweden für den US-amerikanischen Markt freigegeben. Sie habe dabei anerkannt, dass diese Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch im Vergleich zu anderen Tabakprodukten erheblich kleinere Gesundheitsrisiken nach sich zögen. In der unaufgefordert eingereichten Beweismittelleingabe vom 19. Juni 2018 macht die Beschwerdeführerin ferner geltend, mit Snus werde Rauchenden eine echte und – im Gegensatz zur E-Zigarette – auf klaren Fakten basierende Alternative angeboten, die für die Gesundheit deutlich weniger gefährlich sei, da keine Verbrennungsprodukte anfielen.

7.2.5.1 Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung vom 23. Januar 2017 an, Art. 5 TabV verfolge das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes. Der wissenschaftliche Stand zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm im Jahr 1995 könne wie folgt zusammengefasst werden: Gemäss einem Artikel der Schweizer Ärztezeitung von 1988 sei bei Snus-Konsumenten eine

über zehnfache Nitrosaminaufnahme im Vergleich zu Rauchern festgestellt worden. Aus der Sicht des Bundesrates habe deshalb für die Konsumentinnen und Konsumenten eine unerwartete Gesundheitsgefährdung bestanden, die ein Verbot von Snus gerechtfertigt habe. Diese Einschätzung habe auch heute noch ihre Gültigkeit (mit Verweis auf verschiedene Berichte der Jahre 2006, 2008 und 2009). In ihrer Duplik vom 3. März 2017 ergänze die Vorinstanz, bei einem Verbot, das seit über 20 Jahren bestehe, sei es für die nachträgliche Beurteilung bedeutsam, mit welcher Begründung das Verbot eingeführt worden sei. Sie bestreite nicht, dass Snus weniger hohe Gesundheitsrisiken mit sich bringe als Rauchen; gesundheitspolitisch mache das Verbot des Handels mit Snus dennoch Sinn. Obwohl ein vollständiger Umstieg von Rauchen zu Snus aus der Sicht der öffentlichen Gesundheit zu begrüßen wäre, erfolge ein solcher Konsumumstieg in der Praxis selten. So sei Snus nicht als Nikotinersatzprodukt für die Raucherentwöhnung anerkannt. Gemäss einer Studie habe es keinen signifikanten Unterschied der Rauchentwöhnung gegeben bezüglich einer Versuchsgruppe, die Snus als Ersatzprodukt erhalten habe, und einer anderen Gruppe, der ein Placebo als Ersatzprodukt verabreicht worden sei. In ihrer Stellungnahme vom 14. November 2018 führt die Vorinstanz zur Beweismittleingabe der Beschwerdeführerin aus, deren Behauptung, dass Snus gesamthaft weniger schädlich sei als E-Zigaretten, entbehre einer wissenschaftlichen Grundlage.

7.2.5.2 Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht das Recht im Zeitpunkt der angefochtenen Einspracheentscheide anzuwenden (siehe vorne E. 3.2). Die Gesundheitsexperten wurden bereits – aufgrund des damaligen Wissensstandes – im Erlassverfahren betreffend das LMG, die TabV sowie die Snus-Weisung berücksichtigt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht deren Berichte vorliegend nicht erneut zu überprüfen hat. Im Übrigen gilt auch in diesem Zusammenhang die sogenannte „Ohne-Not-Praxis“ des Bundesgerichts, wonach vom Expertenwissen der Fachbehörden in der Regel nicht abzuweichen ist (vgl. hierzu vorangehend E. 6.2.2.6). In Bezug auf Art. 5 TabV gilt überdies gemäss Art. 190 BV das Anwendungsgebot, womit namentlich die Fragen der Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Ordnungsbestimmung vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden können (vgl. vorangehend E. 6.2.2.4). Unter diesen Umständen erweisen sich die von der Beschwerdeführerin eingereichten Berichte über Snus und seine Auswirkungen auf die Gesundheit für den vorliegenden Verfahrensausgang als unerheblich. Die diesbezüglichen neueren Berichte werden indessen – de lege ferenda – im Entwurf des neuen TabPG zu berücksichtigen sein (vgl. hierzu vorangehend E. 6.2.4.3).

7.2.5.3 Bemerkenswert erscheint schliesslich in diesem Zusammenhang, dass das Inverkehrbringen von Tabak zum oralen Gebrauch in allen Mitgliedstaaten der EU – mit Ausnahme von Schweden – verboten ist (vgl. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2001/37/EG vom 5. Juni 2001 sowie 2014/40/EU vom 3. April 2014). Dies ist als gewichtiges Indiz zu werten, dass die Gesundheitsbehörden dieser Länder zu ähnlichen oder gleichen Schlussfolgerungen gelangten wie der Bundesrat in Art. 5 TabV sowie das BAG in der Snus-Weisung.

7.2.6 Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem in ihrer Stellungnahme vom 12. Februar 2018 zum Antrag der Vorinstanz um Entzug der aufschiebenden Wirkung vor, die zurückbehaltenen Waren *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus* und *Mint* seien in den USA, in Schweden, in Japan, in Österreich und in Estland zum Vertrieb zugelassen. Die Ware *Chewing Bags Al Capone Vanilla* dürfe sie in Deutschland, Italien, Tschechien und Slowenien legal vertreiben. Bezüglich weiterer Länder habe die Beschwerdeführerin (noch) keinen Geschäftszweig. Wenn die Waren derart gesundheitsgefährdend wären, dürften sie in den oben genannten Ländern nicht vertrieben werden.

7.2.6.1 Art. 38 Abs. 1 LMG hält hierzu unter der Sachüberschrift „Internationale Zusammenarbeit“ fest, dass der Bundesrat beim Erlass seiner Bestimmungen internationale Empfehlungen und Aussenhandelsbeziehungen berücksichtigt. Überdies kann der Bundesrat gemäss Art. 38 Abs. 2 LMG im Rahmen dieses Gesetzes Normen über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände für anwendbar erklären, die von internationalen Organisationen empfohlen werden, sowie ausländische Prüfstellen und Zeugnisse anerkennen. In der Botschaft zum Lebensmittelgesetz vom 30. Januar 1989 wurde zu dieser Bestimmung zunächst festgehalten, dass die Schweiz keine Insel bilde. Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände würden auf der ganzen Welt hergestellt, und in jedem Land würden Überlegungen über den Schutz der Gesundheit des Menschen angestellt. Da nicht überall dieselben Anforderungen und Massnahmen in Betracht gezogen würden, bestehe im Bereich des Lebensmittelrechts ein weltweites Bedürfnis nach Harmonisierung der Vorschriften, namentlich wegen des internationalen Handels mit den dieser Gesetzgebung unterstehenden Produkten. Auch die Schweiz solle sich an solche internationalen Empfehlungen orientieren. Abweichungen sollte es nur dort geben, wo eine eindeutige gesundheitlich motivierte Begründung vorliege. Die Rücksicht auf die Aussenhandelsbeziehungen gebiete namentlich im Blick auf den einheitlichen

Binnenmarkt der EG eine Angleichung der Vorschriften soweit dies der Gesundheitsschutz der Schweizerbevölkerung zulasse (BBl 1989 I 893, 951).

7.2.6.2 Gemäss der Richtlinie des Rates der EG vom 13. November 1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen (Richtlinie 89/622/EWG, ABl. Nr. L 359/1 vom 08.12.1989) sowie der Richtlinie 92/41/EWG des Rates vom 15. Mai 1992 zur Änderung der Richtlinie 89/622/EWG (Richtlinie 92/41/EWG, ABl. Nr. L 158/30 vom 11.06.1992) untersagen die Mitgliedstaaten den Verkauf von Tabaken zum oralen Gebrauch (Art. 8a). Als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch im Sinne von Art. 8a gelten dabei nach Art. 2 Ziff. 4:

„alle zum oralen Gebrauch bestimmten Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen, sei es in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionsbeuteln bzw. porösen Beuteln, oder in einer Form, die an ein Lebensmittel erinnert, mit Ausnahme von Erzeugnissen, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind“.

Diese Bestimmungen betreffend das Verbot von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch wurden später in den Art. 2 Ziff. 4 und Art. 8 der Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 übernommen und auch in den Art. 1 Bst. c, Art. 2 Ziff. 8 und Art. 17 der heute in Kraft stehenden 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 (Richtlinie 2014/40/EU, ABl. Nr. L 127/1 vom 29.04.2014) beibehalten. Einzig für Schweden sieht Art. 151 der Akte über den Beitritt Österreichs, Finnlands und Schwedens eine Ausnahme von diesem Verbot vor. Aus den Erwägungen des Europäischen Parlaments und der Rates der Europäischen Union geht erläuternd hervor, mit dem Verkaufsverbot für Tabak zum oralen Gebrauch solle verhindert werden, dass ein Produkt in die Union (abgesehen von Schweden) gelange, das suchterzeugend sei und gesundheitsschädigende Wirkungen habe (vgl. Richtlinie 2014/40/EU, ABl. Nr. L 127/1 vom 29.04.2014, Rz. 32).

7.2.6.3 Da nach dem Gesagten Snus in allen Ländern der EU – mit Ausnahme von Schweden – verboten ist, erweist sich der Einwand der Be-

schwerdeführerin nicht als stichhaltig. Überdies hat die Beschwerdeführerin die Behauptung des legalen Vertriebs ihrer Produkte in den erwähnten Ländern – entgegen ihrer Beweislast (vgl. hierzu Art. 8 ZGB [SR 210]) – nicht nachgewiesen, weshalb diese vor Bundesverwaltungsgericht nicht verwertbar ist. Selbst wenn die erwähnte Behauptung der Beschwerdeführerin zutreffen sollte, dürfte es sich bei der Zulassung des Handels mit den streitigen Waren in anderen Ländern der EU um eine (vorliegend nicht massgebende) abweichende Qualifizierung derselben Produkte handeln. Die Vorinstanz hat ihrerseits bei der Qualifizierung der streitigen Produkte zu Recht nicht auf die Einschätzung der anderen Länder, sondern auf das Expertenwissen der schweizerischen Fachbehörde (BAG; vgl. hierzu vorangehend E. 6.2.2.5 f. und 6.2.3 Abs. 2) respektive auf die Einschätzung der kantonalen Laboratorien abgestellt.

7.2.7 In Bezug auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 27. Februar 2017, wonach die in der Snus-Weisung vorgenommene Qualifizierung von verbotenen Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch praxisfremd und dieser eine alternative Bemessungsmethode anhand eines Höchstwerts für schädliche Nitrosamine vorzuziehen sei, ist auf die vorangehende Erwägung 3.2 zu verweisen, wonach das Bundesverwaltungsgericht das Recht im Zeitpunkt der angefochtenen Einspracheentscheide, und damit insbesondere Art. 5 TabV, anwendet. Die in der Snus-Weisung getroffene Unterscheidung zwischen Produkten aus Pulver, feinkörnigem Granulat oder einer Kombination dieser Formen entnahm das BAG unverändert der Regelung gemäss Art. 5 TabV. In der Snus-Weisung führte es diesbezüglich lediglich ergänzend aus, dass mit Pulver oder feinkörnigem Granulat „fein geschnittener oder gemahlener Tabak im unteren Millimeterbereich oder kleiner“ gemeint sei. Art. 5 TabV untersteht seinerseits gemäss Art. 190 BV dem Anwendungsgebot (E. 6.2.2.6). Die in Art. 5 TabV vorgenommene Unterscheidung zwischen verbotenem Snus und legalem Kautabak ist damit für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Insbesondere entzieht sich damit die Frage der Zweckmässigkeit der Regelung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts. Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Vorschlag einer ihrer Ansicht nach sinnvolleren Unterscheidung von verbotenem Snus und legalem Kautabak erweist sich unter diesen Umständen als irrelevant.

7.3 Als zweites Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass sich die von der Vorinstanz vorgenommene Rückweisung der vorliegend streitigen Tabakerzeugnisse als rechtmässig erweist und damit vom Bundesverwaltungsgericht zu schützen ist.

8.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Waren mit den Bezeichnungen *ON! White Chewing Bags Berry, Citrus* und *Mint* sowie *Chewing Bags Al Capone Vanilla* in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV fallen und deren Einfuhr entsprechend verboten ist. Die auf einer gesetzlichen Grundlage basierende Rückweisung der streitigen Waren erweist sich überdies als rechtmässig. Damit sind die angefochtenen Einspracheentscheide zu bestätigen und die Beschwerden vom 4. November 2016 sind abzuweisen.

9.

Die von der Vorinstanz eingereichten Produktmuster sind dieser nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur weiteren Veranlassung auszuhändigen. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Proben weiterer Drittprodukte sind an diese nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu retournieren.

10.

10.1 Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die auf Fr. 3'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

10.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf ihr Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen. Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vorinstanz indessen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden vom 4. November 2016 werden abgewiesen.

2.

Die mit Übermittlungsbrief der Vorinstanz vom 22. Mai 2018 eingereichten Produktmuster werden dieser nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur weiteren Veranlassung ausgehändigt.

3.

Die mit Eingabe der Beschwerdeführerin vom 19. Juni 2018 eingereichten Proben weiterer Drittprodukte werden an diese nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils retourniert.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

5.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Stufetti

Marion Sutter

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift 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: