



Urteil vom 19. Juni 2018

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),
Richter Christoph Rohrer,
Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiberin Tania Sutter.

Parteien

A._____ GmbH,
vertreten durch Dr. iur. Andrea Caroni, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Zollinspektorat Basel St. Jakob,
handelnd durch Oberzolldirektion (OZD),
Vorinstanz.

Gegenstand

Lebensmittelgesetz (LMG),
Rückweisung von Tabakprodukten,
Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2016.

Sachverhalt:**A.**

Das Zollinspektorat Basel St. Jakob (nachfolgend: Vorinstanz) wies mit Verfügung vom 16. September 2016 Waren im Umfang von 244.8 kg mit der Bezeichnung *Odens Kautabak 10 Extreme White (Snus)* zurück und entzog einer allfälligen Einsprache die aufschiebende Wirkung (Akten der Vorinstanz [act.] 3). Die durch die die A. _____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) dagegen erhobene Einsprache vom 23. September 2016 (act. 4) wies die Vorinstanz mit Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2016 ab (act. 5). Zur Begründung wurde insbesondere angeführt, Art. 5 der Verordnung vom 27. Oktober 2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (TabV, SR 817.06) werde durch die Weisung des Bundesamtes für Gesundheit vom 23. August 2016 (< <https://www.bag.admin.ch> > Service > Gesetzgebung > Gesetzgebung Mensch & Gesundheit > Gesetzgebung Tabak, abgerufen am 28.05.2018; nachfolgend: *Snus-Weisung*) präzisiert. Die materielle Untersuchung der in Frage stehenden Ware habe ergeben, dass die Produkte puderförmig oder als fein geschnittener Tabak im unteren Millimeterbereich vorliegen würden und es sich dabei zweifelsfrei um nach Art. 5 TabV verbotene Produkte handle.

B.

Mit Eingabe vom 25. Oktober 2016 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde (Akten im Beschwerdeverfahren [BVGer act.] 1) und beantragte, der Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2016 sei aufzuheben (Ziff. 1); die Vorinstanz sei anzuweisen, die zurückgewiesene Ware, *Odens Kautabak 10 Extreme White (Snus)*, 42 Karton, 244.8 kg, umgehend der Einsprecherin zuzustellen (Ziff. 2); unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zulasten der Vorinstanz (Ziff. 3). Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die zurückgewiesene Ware falle nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV. Es handle sich um Kau- bzw. Lutschtabak, der zudem weder in Pulver- noch in Granulatform vorliege, also in der Schweiz eingeführt werden dürfe. Weiter stelle Art. 5 Abs. 1 TabV keine genügende gesetzliche Grundlage für die Rückweisung der zur Debatte stehenden Ware dar. Die Rückweisung liege nicht im öffentlichen Interesse und sei nicht verhältnismässig. Die Rückweisung verletze die Wirtschaftsfreiheit, das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot.

C.

C.a Mit Zwischenverfügung vom 2. November 2016 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses im Betrag von Fr. 2'000.– bis zum 22. November 2016 auf. Zudem ersuchte er die Vorinstanz, unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG, AS 1995 1469, in Kraft bis 30. April 2017), innert gleicher Frist, vorerst zum Rechtsbegehren gemäss Ziff. 2 in der Beschwerde und zur Frage der aufschiebenden Wirkung eine Stellungnahme abzugeben (BVGer act. 2).

C.b Nachdem die Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 25. Oktober 2016 an die Vorinstanz gelangt war, wandte sie sich mit Schreiben vom 2. November 2016 im hängigen Beschwerdeverfahren erneut direkt an die Vorinstanz und verlangte abermals die Warenherausgabe, mit der Begründung, in der Verfügung vom 16. September 2016 habe sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung explizit ausschliesslich auf die Einsprache bezogen und entfalte hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens keine Wirkung mehr. Ferner äussere sich der Einspracheentscheid bezüglich der aufschiebenden Wirkung nur dahingehend, dass er den Entzug derselben im Einspracheverfahren bestätige (BVGer act. 4).

C.c In der Folge entzog der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts mit Zwischenverfügung vom 4. November 2016 der Beschwerde vom 25. Oktober 2016 vorsorglich die aufschiebende Wirkung bis zum 30. November 2016 und gab der Vorinstanz Gelegenheit, bis zum 22. November 2016 eine Stellungnahme zur unaufgefordert eingereichten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 2. November 2016 abzugeben (BVGer act. 5).

C.d Der bei der Beschwerdeführerin einverlangte Kostenvorschuss ging am 7. November 2016 beim Bundesverwaltungsgericht ein (BVGer act. 7).

C.e Die Vorinstanz beantragte mit Stellungnahme vom 21. November 2016, es sei dem Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung definitiv zu entziehen (Ziff. 1); es sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf umgehende Zustellung der Waren gemäss Seite 2, Ziffer 2 der Beschwerde vom 25. Oktober 2016 abzuweisen (Ziff. 2); unter o/e-Kostenfolge (Ziff. 3; BVGer act. 8).

C.f Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2016 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und der Antrag auf umgehende Zustellung der zurückgewiesenen Ware abgewiesen. Ferner wurde die Vorinstanz ersucht, bis zum 23. Dezember 2016 eine Vernehmlassung zur Beschwerde vom 25. Oktober 2016 einzureichen (BVGer act. 9). Diese Zwischenverfügung blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

D.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 die Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 10). Zur Begründung wurde angeführt, die visuelle Überprüfung der physischen Beschaffenheit der zurückgewiesenen Ware habe ergeben, dass es sich dabei um ein Pulver oder fein geschnittenen Tabak im unteren Millimeterbereich handle und daher zweifelsfrei gemäss Art. 5 TabV verboten sei. Sodann stütze sich Art. 5 TabV auf eine genügende gesetzliche Grundlage, nämlich Art. 37 Abs. 1 LMG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 LMG. Die Rückweisung liege im öffentlichen Interesse des Schutzes der Gesundheit und sei als mildere Massnahme neben der Beschlagnahmung gewählt worden. Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit sei verhältnismässig und gerechtfertigt. Auch liege keine Verletzung von Art. 8 und Art. 9 BV vor, da alle schweizerischen Unternehmen den gleichen Bedingungen unterliegen würden und das formelle Verfahren respektiert worden sei. Die Vorinstanz reichte zudem ein Produktmuster ein (als Beilage zu BVGer act. 10).

E.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 25. Januar 2017 vollumfänglich an ihrer Beschwerde fest (BVGer act. 12).

F.

Innert erstreckter Frist reichte die Vorinstanz am 6. März 2017 ihre Duplik ein und hielt an ihren Rechtsbegehren fest (BVGer act. 16).

G.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Schlussbemerkungen vom 21. April 2017 weiterhin an ihrer Beschwerde fest (BVGer act. 18.)

H.

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 19. Mai 2017 auf weitere Schlussbemerkungen und hielt an ihren Rechtsbegehren fest (BVGer act. 20).

I.

Mit Instruktionsverfügung vom 24. Mai 2017 wurde der Schriftenwechsel vorbehältlich weiterer Instruktionsmassnahmen abgeschlossen (BVGer act. 21).

J.

J.a Mit Instruktionsverfügung vom 26. Mai 2017 wurde das Bundesamt für Gesundheit bis zum 26. Juni 2017 um eine Stellungnahme als Fachbehörde ersucht (BVGer act. 22).

J.b Die Beschwerdeführerin reichte am 30. Mai 2017 unaufgefordert eine Stellungnahme samt einem rechtswissenschaftlichen Aufsatz ein und ersuchte zudem das Gericht explizit darum, nach Eingang des Amtsberichts Frist für eine Stellungnahme anzusetzen (BVGer act. 24).

J.c Mit Instruktionsverfügung vom 31. Mai 2017 wurde der Vorinstanz Gelegenheit eingeräumt, zur unaufgefordert eingereichten Stellungnahme der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Überdies wurde die Instruktionsverfügung vom 26. Mai 2017 aufgehoben und mitgeteilt, die Frist für die Stellungnahme der Fachbehörde (BAG) werde neu angesetzt, wenn die Stellungnahme oder der Verzicht auf eine Stellungnahme der Vorinstanz vorliege. Schliesslich wurde zur Kenntnis gegeben, dass die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz nach dem Vorliegen der Stellungnahme der Fachbehörde abschliessend Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten würden (BVGer act. 25).

J.d Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 22. Juli 2017 auf eine weitere Stellungnahme (BVGer act. 26).

J.e Mit Instruktionsverfügung vom 23. Juni 2017 wurde das BAG ersucht, bis zum 24. Juli 2017 als Fachbehörde Stellung zu nehmen (BVGer act. 27).

J.f Mit Instruktionsverfügung vom 8. August 2017 wurde zur Kenntnis genommen und gegeben, dass das BAG innert der mit Instruktionsverfügung vom 23. Juni 2017 angesetzten Frist keine Stellungnahme und kein Friststreckungsgesuch eingereicht hat. Entsprechend wurde das BAG mit kurzer Nachfrist ersucht, bis zum 14. August 2017 als Fachbehörde Stellung zu nehmen (BVGer act. 28).

J.g Das BAG teilte mit Schreiben vom 10. August 2017 mit, es sei vorgängig schon von der Eidgenössischen Zollverwaltung als Fachbehörde eingeladen worden, im Rahmen der einzelnen Schritte dieser Beschwerdesache mitzuwirken. Daher verweise es auf die Erwägungen in der Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 und diejenigen in der Duplik vom 6. März 2017 und verzichte auf eine weitere Stellungnahme (BVGer act. 30).

J.h Mit Instruktionsverfügung vom 17. August 2017 wurde der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz Gelegenheit gegeben, bis zum 18. September 2017 eine abschliessende Stellungnahme abzugeben (BVGer act. 31).

J.i Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 23. August 2017 auf eine weitere Stellungnahme (BVGer act. 32).

J.j Mit Instruktionsverfügung vom 29. September 2017 wurde zur Kenntnis genommen und gegeben, dass die Beschwerdeführerin auf die Einreichung einer abschliessenden Stellungnahme verzichtet hat. Ferner wurde der Schriftenwechsel unter Vorbehalt weiterer Instruktionsmassnahmen abgeschlossen (BVGer act. 33).

K.

Auf die Ausführungen der Parteien und die Beweismittel ist – soweit erforderlich – in den folgenden Erwägungen näher einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Anfechtungsobjekt der vorliegenden Streitigkeit bildet der Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2016, mit welchem die Einsprache gegen die Verfügung vom 16. September 2016 betreffend Rückweisung von 244.8 kg der Ware *Odens Kautabak 10 Extreme White (Snus)* abgewiesen wurde. Die Vorinstanz qualifizierte die in Frage stehende Ware gestützt auf Art. 5 TabV sowie unter Berücksichtigung der *Snus*-Weisung des BAG als verbotenes Erzeugnis.

1.2 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die von den als Vorinstanzen in Art. 33 VGG genannten Behörden erlassen wurden. Da die

Eidgenössische Zollverwaltung zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 Bst. d VGG), der angefochtene Einspracheentscheid als Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG zu qualifizieren ist und keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

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

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

2.

2.1 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).

2.2 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 Entscheid 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.).

2.3 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 des Einspracheentscheides, also am 14. Oktober 2016 geltenden materiellen Bestimmungen. Dazu gehören insbesondere das Lebensmittelgesetz (LMG) in der bis zum 30. April 2017 geltenden Fassung sowie die Tabakverordnung (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 Lebensmittelgesetzes weiter gelten lässt, bis das neue Tabakproduktegesetz in Kraft tritt, jedoch längstens vier Jahre (vgl. BBl 2011 5571, 5599).

3.

Die Beschwerdeführerin machte zunächst geltend, die in Frage stehende Ware falle nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV, da es sich dabei um Kau- bzw. Lutschtabak handle, der primär als feingeschnittener Tabak vorliege und deren Einfuhr zulässig sei (BVGer act. 1 S. 4). Damit rügte die Beschwerdeführerin die unrichtige Anwendung von Bundesrecht.

3.1 Im vorliegenden Fall stehen die nachfolgend zitierten Rechtsgrundlagen im Vordergrund:

3.1.1 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, wobei Erzeugnisse ausgenommen sind, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind.

3.1.2 Zur Gewährleistung eines einheitlichen Vollzugs erliess das BAG am 23. August 2016 sodann folgende Weisung (*Snus*-Weisung Ziff. 3):

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. [...].

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. [...].

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 [...].

3.2 Die Beschwerdeführerin monierte, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid die *Snus*-Weisung des BAG berücksichtigt hatte. Sie machte insbesondere geltend, die Vorinstanz sei als nicht dem BAG untergeordnete Behörde nicht an diese Weisung gebunden. Ferner begründe eine solche Weisung keine Rechte oder Pflichten von Privaten, die verbindlich und erzwingbar wären.

3.2.1 Verwaltungsverordnungen sind generelle Dienstanweisungen einer Behörde an ihre untergeordneten Behörden. Beim Erlass von Verwaltungsverordnungen stützt sich die Behörde auf das Hierarchieprinzip bzw. 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, eine einheitliche gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Das Gericht soll sie bei seiner Entscheidung aber 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).

3.2.2 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 Lebensmittelgesetzes (vgl. Art. 62 ff. der Verordnung vom 23. November 2005 des EDI über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung [SR 817.025.21]). Ob dies ein zulässiges Vorgehen im Rahmen der auf Gesetzes- und Verordnungsebene vorgesehenen Zusammenarbeit der beiden Behörden ist, kann vorliegend offengelassen werden, da vom Gericht in jedem Fall zu prüfen ist, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Gesetzesauslegung – unabhängig davon, worauf sie basiert – im Rahmen des Zulässigen ist und eine dem Einzelfall gerecht werdende und sachgerechte Lösung zulässt (vgl. Urteil des BVGer C-7143/2010 E. 4.4.1).

3.3 Die in Frage stehende Ware wird auf der Verpackung als «Oden's tobacco, extreme, white dry, slim, cold, 10 gr.» bezeichnet. Dass es sich dabei um ein Tabakerzeugnis handelt, ist unbestritten. Gemäss den weiteren Angaben auf der Verpackungsrückseite wird das Produkt als «Kautabak» bezeichnet und enthält 40 % Tabak sowie 60 % Texturierungsmittel. Des Weiteren findet sich der Hinweis «Dieses Tabakerzeugnis kann Ihre Gesundheit schädigen und macht abhängig». Die Inspizierung des Produktmusters (Beilage zu BVGer act. 10) ergibt Folgendes: Das Produkt ist in kleinen porösen Beuteln (14 x 34 mm) portioniert. Das Material des Beutels gleicht einem Teebeutel. Bei Eröffnung des Beutels kommt ein trockenes, loses, pulverförmiges bis feinkörniges Material zum Vorschein, dessen Aussehen und Konsistenz gemahlenem Kaffee gleichkommt (vgl. auch Beilage 2a zu BVGer act. 10). Die äussere Erscheinung des Produkts entspricht überdies der Abbildung 1 auf S. 5 der *Snus*-Weisung; auch die runde weisse Schachtel, in welcher das Produkt verpackt ist, weist grosse Ähnlichkeit zu der abgebildeten Verpackung auf.

3.4 Abs. 1 von Art. 5 TabV statuiert in einem ersten Schritt ein generelles Einfuhrverbot für Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch. Da das in Frage stehende Produkt zum oralen Konsum vorgesehen ist und aufgrund seiner Beschaffenheit und Darbietung auch dazu geeignet ist, fällt es in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 TabV und damit grundsätzlich unter das generelle Einfuhrverbot.

3.5 In einem zweiten Schritt konkretisiert Abs. 2 von Art. 5 TabV den Begriff «Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch». Im Einzelnen wird die Beschaffenheit der verbotenen oralen Tabakerzeugnisse als «Erzeugnisse in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen, insbesondere in Portionenbeuteln oder porösen Beuteln oder in anderer Form» näher umschrieben. Zudem werden Erzeugnisse, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind, ausdrücklich von dieser Definition ausgenommen. Weitere Ausnahmen sind hingegen nicht vorgesehen, sodass es sich mit Blick auf das in Abs. 1 statuierte generelle Einfuhrverbot bei der Umschreibung für Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch in Abs. 2 nicht um eine weitere Einschränkung handeln kann. Vielmehr ist diese Umschreibung oder Definition als Konkretisierung und Auslegungshilfe zu verstehen. Eine weitere Ausnahme ergibt sich jedoch für Tabakprodukte von lehmartiger Konsistenz aus Art. 6 TabV, mit welchem die entsprechenden Zusatzstoffe zur Herstellung solcher «Lutschtabake» zugelassen sind (vgl. Ausführungen in der *Snus*-Weisung Ziff. 2.4).

3.5.1 Ob ein Produkt zum Rauchen oder Kauen bestimmt ist, hängt nicht allein von der Bezeichnung desselben ab. Vielmehr ist auf den Verwendungszweck abzustellen, wofür die Bezeichnung eines Produkts ein Indiz darstellen kann. Die Beschwerdeführerin behauptete zu Recht nicht, das vorliegende Produkt sei zum Rauchen bestimmt. Hingegen brachte sie vor, beim Produkt handle es sich um Kautabak, welches auch so bezeichnet sei. Dass das Produkt auf der Packungsrückseite in Kleindruck als «Kautabak» bezeichnet ist, trifft zwar zu, doch kann dies allein nicht massgebend sein. Überdies kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass die kleinen porösen Beutel mit dem pulverförmigen, feinkörnigen Tabakerzeugnis zum Kauen geeignet wären und auch tatsächlich auf diese Art und Weise verwendet würden. Selbst für den Laien ist sofort erkennbar, dass es sich nicht um einen Kautabak handeln kann. Die Darreichungsform des pulverförmigen Tabakerzeugnisses in einem porösen Beutel dient vielmehr 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 dann hinter der Ober- oder Unterlippe platziert, wo es ca. 15–60 Minuten verbleibt (vgl. < www.wikipedia.ch > Snus, abgerufen am 28.05.2018; Abbildung 1 auf S. 5 der *Snus*-Weisung). Demgegenüber besteht klassischer Kautabak aus Stücken des Tabakblattes und hat entsprechend eine andere Erscheinungsform (vgl. Beilage 2b zu BVGer act. 10; Abbildung 2 auf S. 6 der *Snus*-Weisung). Das vorliegend in Frage stehende Tabakerzeugnis ist somit weder zum Rauchen noch zum Kauen bestimmt und fällt demzufolge nicht unter die Ausnahmen gemäss Art. 5 Abs. 2 TabV. Die Bezeichnung desselben als Kautabak zielt somit einzig auf die Umgehung von Art. 5 TabV ab.

3.5.2 Sodann machte die Beschwerdeführerin geltend, das Produkt liege primär als *feingeschnittener Tabak* vor und falle nicht unter die Begriffe des *Pulvers* oder *feinkörnigen Granulats* oder einer *Kombination dieser Formen*. Während *Pulver* (nahezu) staubfein zerkleinerter, zerriebener, zermahlener Stoff bedeutet, meint *Granulat* durch Granulieren in Körner zerkleinert Substanz (vgl. < www.duden.de >, abgerufen am 28.05.2018; vgl. auch Definition in Wikipedia, wonach Granulat für ein körniger bis pulverförmiger, leicht schüttbarer Feststoff steht, < www.wikipedia.ch > Granulat, abgerufen am 28.05.2018). Als Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch gelten demnach Produkte, die aus kleinen bis sehr kleinen Partikeln bestehen. Die Konsistenz des hier in Frage stehenden Tabakerzeugnisses ist

pulverförmig und kleinkörnig, womit es sich ohne Weiteres unter die Definition gemäss Art. 5 Abs. 2 TabV («Erzeugnisse in Form eines Pulvers oder eines feinkörnigen Granulats oder einer Kombination dieser Formen») subsumieren lässt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Tabak zur Erreichung dieser Darbietungsform – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wurde – fein geschnitten worden sein soll. Ob der Tabak im Rahmen der Herstellung des Endproduktes primär fein geschnitten, pulverisiert, granuliert, gemahlen oder zerstoßen wurde, kann letztlich keine Rolle spielen, zumal es bei all diesen Verfahren am Ende nur um die Zerkleinerung geht. Dass das hier in Frage stehende Produkt fein geschnitten sein soll und nicht – wie bei *Snus*-Produkten sonst üblich – fein gemahlen wurde, zielt daher wiederum einzig auf die Umgehung von Art. 5 TabV ab. Ausserdem ist anzumerken, dass gemäss den Materialien zur Tabakverordnung mit dem Verbot von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch, namentlich das Verbot von *Snus* bezweckt worden war (vgl. dazu nachstehende E. 4.3.4 m.H.). Dieses Verbot folgte der Regelung in der Europäischen Union (bzw. Europäischen Gemeinschaft) und wurde – unter anderem – wegen des ernstzunehmenden Risikos eingeführt, dass diese neuartigen Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch vor allem von Jugendlichen verwendet werden und damit eine Nikotinabhängigkeit verursachen (vgl. nachstehende E. 4.3.3 m.H.; *Snus*-Weisung Ziff. 2.2 m.H.).

3.5.3 Nichts anderes ergibt sich aus Ziff. 1 und 2 der *Snus*-Weisung, in welcher im Wesentlichen Art. 5 TabV weiter konkretisiert wird und jeweils Aussehen und Beschaffenheit verschiedener Tabakerzeugnisse detaillierter beschrieben werden. Des Weiteren kann das vorliegend in Frage stehende Produkt aufgrund seiner Konsistenz auch nicht als Lutschtabak im Sinne von Art. 6 TabV in Verbindung mit Ziff. 3 der *Snus*-Weisung betrachtet werden.

3.6 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die im vorliegenden Beschwerdefahren in Frage stehende Ware in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV fällt und somit vom Einfuhrverbot betroffen ist.

4.

Eventualiter machte die Beschwerdeführerin geltend, die Rückweisung der Ware verletze die Wirtschaftsfreiheit, das Willkürverbot sowie das Rechtsgleichheitsgebot. In diesem Zusammenhang monierte sie, Art. 5 Abs. 1 TabV stelle keine genügende gesetzliche Grundlage für die Rückweisung

der Ware dar. Dabei stellte sie insbesondere auch die Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit von Art. 5 TabV in Frage. Ferner liege die Rückweisung weder im öffentlichen Interesse noch sei sie verhältnismässig.

4.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage. Das Legalitätsprinzip besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materiell-gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist (BGE 141 II 169 E. 3.1).

4.1.1 Art. 164 Abs. 1 BV konkretisiert das Legalitätsprinzip für die Bundesgesetzgebung. Danach sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Die grundlegenden Bestimmungen als dem formellen Gesetzgeber vorbehaltene Befugnisse dürfen nicht delegiert werden. Andere Rechtsetzungsbefugnisse können jedoch durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV; vgl. BGE 141 II 169 E. 3.2).

4.1.2 Die Kompetenz zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen setzt eine entsprechende Delegationsnorm im Gesetz voraus (Art. 164 Abs. 2, Art. 182 Abs. 1 BV; sogenannte unselbständige Verordnungen; BGE 139 II 460 E. 2.1; 141 II 169 E. 3.3). Auch wenn der Gesetzgeber davon abgesehen hat, der Exekutive derartige (beschränkte) Legislativfunktionen zu übertragen, obliegt es dem Bundesrat, die Gesetzgebung zu vollziehen (Art. 182 Abs. 2 BV). Der Anwendungsbereich von Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen ist indes darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Ausgangspunkt sind Sinn und Zweck des Gesetzes; sie kommen in grundsätzlicher Weise durch die Bestimmung im formellen Gesetz zum Ausdruck (vgl. BGE 139 II 460 E. 2.1; 141 II 169 E. 3.3).

4.1.3 Das Bundesverwaltungsgericht kann im Rahmen der konkreten Normenkontrolle 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 desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, 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 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 der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (vgl. BGE 136 II 337 E. 5.1 m.H.; 143 II 87 E. 4.4 m.H.). Die Bundesratsverordnungen unterliegen also in keinem Fall einer Angemessenheitskontrolle. Hingegen kann das Gericht einer Verordnungsbestimmung im konkreten Fall die Anwendung versagen, wenn sie im Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV steht (BGE 140 II 194 E. 5.8).

4.2 Zunächst stellt sich die Frage nach der Gesetzmässigkeit von Art. 5 TabV bzw. ob sich diese Bestimmung auf eine gesetzliche Delegationsnorm stützt.

4.2.1 Ob eine Delegationsnorm vorliegt und in welchem Rahmen der Exekutive die Kompetenz zur Rechtssetzung eingeräumt wird, ist grundsätzlich durch Auslegung zu ermitteln (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, Rz. 442). Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Rechts-

sätzen kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung. Obwohl dem Wortlaut somit erhebliche Bedeutung zukommt, hat sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BVGE 2014/3 E. 2.4.1 m.H.).

4.2.2 Art. 8 Abs. 1 LMG mit der Sachüberschrift «Zulässige Lebensmittel» sieht vor, dass der Bundesrat die zulässigen Arten von Lebensmitteln festlegt, sie umschreibt und die Sachbezeichnung bestimmt, wobei er die entsprechenden Anforderungen regeln kann. Unter dem Kapitel «Vollzug» sieht Art. 32 Abs. 1 LMG vor, dass der Bund das Lebensmittelgesetz im Zusammenhang mit der Einfuhr, Durchfuhr und Ausfuhr vollzieht und für die entsprechende Lebensmittelkontrolle sorgt, wobei der Bundesrat Vollzugsaufgaben an die Zollverwaltung übertragen kann. Nach Art. 33 LMG kann das zuständige Departement die Einfuhr bestimmter gesundheitsgefährdender Waren verbieten, sofern sich die Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung nicht anders abwenden lässt. Sodann erlässt der Bundesrat gemäss Art. 37 Abs. 1 LMG die Ausführungsvorschriften.

4.2.3 In der Botschaft zum Lebensmittelgesetz vom 30. Januar 1989 wurde betreffend die Ausführungsvorschriften des Bundesrates ausgeführt, dass die Verordnungsbefugnisse des Bundesrates im Gesetz bei den einschlägigen Bestimmungen festgehalten seien. Es handle sich dabei um gesetzesvertretende Verordnungen, das heisse Rechtserlasse, die das Gesetz ergänzen würden. Das Gesetz liesse sich ohne den Erlass der entsprechenden Verordnungen gar nicht anwenden. Der Bundesrat habe unter anderem insbesondere die Anforderungen an die einzelnen Genussmittel sowie deren Ein-, Durch- und Ausfuhr eingehender zu regeln (vgl. BBl 1989 I 893, 949 f.). Daraus ergibt sich, dass für die Umsetzung des Lebensmittelgesetzes nicht nur Verordnungsbestimmungen mit Vollzugscharakter, sondern auch Verordnungsbestimmungen mit gesetzesvertretendem Charakter erforderlich sind.

4.2.4 Mit Art. 37 Abs. 1 LMG im Allgemeinen und Art. 8 LMG im Speziellen wurde dem Bundesrat die Kompetenz übertragen, die zulässigen Arten von Lebensmitteln festzulegen. Damit liegt eine gesetzliche Delegationsnorm vor, welche es dem Bundesrat erlaubt, in dem vom Lebensmittelgesetz vorgegebenen Rahmen Verordnungsbestimmungen zu erlassen.

4.3 Als Nächstes ist zu prüfen, ob sich der Bundesrat mit Erlass von Art. 5 TabV an die ihm durch das Lebensmittelgesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat.

4.3.1 Art. 8 LMG überträgt dem Bundesrat die Kompetenz, die zulässigen Arten von Lebensmitteln festzulegen. Art. 3 Abs. 1 LMG definiert Lebensmittel als Nahrungs- und Genussmittel. Tabak stellt gemäss Art. 3 Abs. 3 LMG ein Genussmittel dar und gehört demzufolge zu den Lebensmitteln. Im Weiteren bestimmt Art. 13 Abs. 2 LMG, dass Genussmittel bei ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden dürfen. In der Botschaft zum Lebensmittelgesetz vom 30. Januar 1989 wurde bezüglich der Genussmittel ausgeführt, das Gesetz erfasse alkoholische Getränke sowie Tabak- und Raucherwaren wie Zigaretten, Zigarren, Schnitt-, Kau-, Rollen- und Schnupftabak sowie entsprechende Surrogate. Zur Gruppe der Genussmittel würden damit zwei Warengruppen gehören, die wegen ihrer anregenden Wirkung genossen würden, die aber nach heutigen Erkenntnissen als Nebenwirkung ein hohes Gefährdungspotential für die Gesundheit in sich bergen würden. Ihr übermässiger Genuss könne zu schweren gesundheitlichen Schäden führen (vgl. BBl 1989 I 919 f.). Während Nahrungsmittel bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit nicht gefährden dürfen (Art. 13 Abs. 1 LMG), dürfen Genussmittel nach Art. 13 Abs. 2 LMG bei ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden. Die Anforderungen an Genussmittel hinsichtlich ihrer Gesundheitsgefährdung gehen demnach weniger weit als diejenigen an Nahrungsmittel. Der Bundesrat hielt diesbezüglich fest, Erzeugnisse mit Tabak und Alkohol müssten an sich verboten werden, wenn sie nach dem strengen Massstab für Nahrungsmittel beurteilt würden. Vorausgesetzt werde in jedem Fall ein «üblicher Gebrauch». Dieser sei dann anzunehmen, wenn das Nahrungs- oder Genussmittel entsprechend ernährungsphysiologischen Erkenntnissen nicht im Übermass einseitig oder mit Rücksicht auf seine Art und Zusammensetzung nicht in zweckentfremdeter Weise eingenommen werde. Das Gesetz nehme dem Konsumenten nicht jede Eigenverantwortung ab und schütze ihn nicht vor selbstverschuldetem, unvernünftigem Verhalten (BBl 1989 I 927 f.). Es sei eine bekannte Tatsache,

dass Tabak- und Raucherwaren sowie alkoholische Getränke gesundheitsgefährdend sein können. Nikotin beispielsweise sei ausserhalb des Lebensmittelrechts in die Giftklasse 1 eingereiht. Auch die Genussmittel könnten indessen so beschaffen sein, dass sie direkt und unmittelbar gesundheitsgefährdend wirken würden oder aber nur auf längere Frist oder bei Genuss im Übermass. Deshalb dürften Genussmittel die Gesundheit nicht «unmittelbar» oder «in unerwarteter Weise» gefährden. Mit dem zweiten Erfordernis wolle man insbesondere Fremd- und Inhaltsstoffe ausschliessen, die der Konsument neben dem Alkohol oder dem Nikotin nicht erwarte. Nicht zu schützen vermöge das Gesetz denjenigen, der im Übermass rauche und trinke. Diese Leute würden Gesundheitsschäden bewusst in Kauf nehmen (vgl. BBl 1989 I 928).

4.3.2 Des Weiteren hält Art. 38 Abs. 1 LMG 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 Europäischen Gemeinschaft (EG; 1992) eine Angleichung der Vorschriften soweit dies der Gesundheitsschutz der Schweizerbevölkerung zulasse. Der Gesetzesentwurf enthalte keine Bestimmungen, die mit dem internationalen Recht unvereinbar wären. Vielmehr lasse er dem Bundesrat im Rahmen seiner Verordnungskompetenzen breiten Raum, dem bestehenden und auch dem in Zukunft, namentlich in der EG, zu erwartendem Recht, Rechnung zu tragen (BBl 1989 I 893, 951).

4.3.3 Gemäss 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 Portionenbeuteln 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).

4.3.4 Den Erläuterungen zur Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse aus dem Jahre 1993 ist zu entnehmen, dass im Zusammenhang mit der Revision des Lebensmittelrechts die Bestimmungen über Tabak und Raucherwaren aus der Lebensmittelverordnung entfernt und in eine eigene Verordnung überführt wurden. Im Rahmen dieser Überführung seien unter anderem auch die zum «acquis communautaire» gehörenden Richtlinien

89/622/EWG und 92/41/EWG berücksichtigt worden. So wurden unter der Sachüberschrift «Verbotene Tabakerzeugnisse» in Art. 7 der Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse vom 1. März 1995 (AS 1995 1659) das Verbot sowie die Definition für Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch übernommen (vgl. Art. 2 Ziff. 4 und Art. 8a Richtlinie 89/622/EWG). Diese Regelung wurde dann auch im Rahmen der Totalrevision der heute in Kraft stehenden Tabakverordnung beibehalten (vgl. Art. 5 TabV). In den Erläuterungen von Juli 2003 zur Totalrevision der Tabakverordnung wurde diesbezüglich ausdrücklich ausgeführt, die Bestimmung über das Verbot von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch, wie z.B. *Snus*, bleibe unverändert. Dieses bereits seit 1995 in der Schweiz geltende Verbot entspreche Art. 8 der Richtlinie 2001/37/EG (Anmerkung: mittlerweile übernommen in Art. 17 der Richtlinie 2014/40/EU).

4.3.5 Die materiellen Anforderungen an Genussmittel werden in Art. 13 Abs. 2 LMG und damit in einem Gesetz im formellen Sinn in den Grundzügen festgelegt. Somit durfte der Gesetzgeber die nähere Umschreibung der zulässigen Genussmittel dem Ordnungsgeber delegieren. Ausserdem setzt die Beurteilung der gesundheitlichen Auswirkungen der verschiedenen Arten von Tabakprodukten medizinisches Fachwissen voraus, sodass es zweckmässig erscheint, die konkrete Regelung dem Ordnungsgeber zu überlassen. Die Regelung in einer Verordnung erlaubt denn auch eine zeitnahe Anpassung aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse oder der im Rahmen des Vollzuges gewonnenen Erfahrungen. Beim Erlass von Ordnungsbestimmungen betreffend Genussmittel hat sich der Bundesrat jedoch nicht allein an die allgemeinen materiellen Anforderungen gemäss Art. 13 Abs. 2 LMG zu halten. Art. 38 LMG sieht nämlich zusätzlich vor, dass der Bundesrat internationale Empfehlungen und Aussenhandelsbeziehungen berücksichtigen muss, und räumt ihm überdies die Befugnis ein, internationale Normen über Lebensmittel für anwendbar zu erklären. Indem der Bundesrat in seiner Tabakverordnung die Regelung der EG betreffend Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch – neben weiteren Bestimmungen bezüglich anderer Tabakprodukte – übernommen hat, hat er sich an die ihm im Lebensmittelgesetz eingeräumten Befugnisse gehalten und ist namentlich dem Ziel des formellen Gesetzgebers, der eine Angleichung an die internationalen Regelungen anstrebte, nachgekommen. Art. 5 TabV beruht demnach auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und erweist sich damit als gesetzmässig.

4.4 Schliesslich stellt sich die Frage nach der Verfassungsmässigkeit von Art. 5 TabV.

4.4.1 Das Lebensmittelgesetz gibt lediglich die Grundsätze vor, nach denen die zulässigen Lebensmittel zu bestimmen sind und räumt im Übrigen dem Bundesrat ausdrücklich die Kompetenz zum Erlass von Verordnungsbestimmungen ein. Dabei kommt dem Bundesrat ein weiter Ermessensspielraum zu, da zum Einen für die Beurteilung der gesundheitlichen Auswirkungen von Lebensmitteln medizinische Fachkenntnisse erforderlich sind und zum Anderen beim Erlassen von Verordnungsbestimmungen internationale Regelungen mitberücksichtigt werden müssen. Der Bundesrat hat im Rahmen dieses auf einer gesetzlichen Delegation beruhenden sehr weiten Ermessensspielraum Art. 5 TabV erlassen. Diese im vorliegenden Verfahren umstrittene Verordnungsbestimmung ist mit Blick auf Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Folglich unterliegt Art. 5 TabV dem Anwendungsgebot nach Art. 190 BV, womit sich namentlich die Prüfung der Frage, ob Art. 5 TabV gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verstösst, erübrigt. Ebenso entzieht sich die Frage der Zweckmässigkeit und Angemessenheit von Art. 5 TabV der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis. Hingegen bleibt zu prüfen, ob Art. 5 TabV unter den Aspekten der Rechtsgleichheit, der Willkür und der Verhältnismässigkeit zulässig ist (vgl. vorstehende E. 4.1.3).

4.4.2 Ein Erlass ist willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, 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).

4.4.3 Soweit die Beschwerdeführerin eine Ungleichbehandlung rügt, weil sie Schweizer Konsumenten nicht mit dem in Frage stehenden Produkt beliefern dürfe, während es ausländischen Händlern und Spediteuren jeglicher Herkunft gestattet sei, diese Dienstleistung zu erbringen (BVGer act. 1 S. 11), ist darauf hinzuweisen, dass es auch ausländischen Händlern nicht gestattet ist, Tabakprodukte zum oralen Gebrauch nach Art. 5 TabV zu Handelszwecken in die Schweiz einzuführen. Eine Ungleichbehandlung liegt demnach nicht vor. Was die Spediteure betrifft, ist anzumerken, dass sie letztlich als Hilfspersonen der Schweizer Konsumenten agieren, die solche Tabakprodukte privat und zum Eigengebrauch einführen. Entsprechend ist auch diesbezüglich eine Ungleichbehandlung zu verneinen. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle schliesslich erwähnt, dass sich

der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV nur auf den Zuständigkeitsbereich ein und desselben Gemeinwesens bezieht. Entsprechend ist der Anspruch nicht verletzt, wenn verschiedene Gemeinwesen je in ihrem Zuständigkeitsbereich Regelungen treffen und daraus für die Rechtsunterworfenen in den jeweiligen Gemeinwesen unterschiedliche Folgen resultieren. Selbst wenn eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung tatsächlich vorläge, könnte die Beschwerdeführerin im Vergleich zu Mitbewerbern in anderen Staaten jedenfalls unter dem Titel von Art. 8 Abs. 1 BV nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. BGE 143 II 87 E. 6.3.1 m.H.).

4.4.4 Sodann machte die Beschwerdeführerin geltend, das Rechtsgleichheitsgebot sei verletzt, weil aus nicht nachvollziehbaren Gründen die Einfuhr eines Tabakproduktes verboten werde, obwohl andere Tabakprodukte (Zigaretten, Zigarren, Schnupftabak, Kautabak und dergleichen) eingeführt und verkauft werden dürften (BVGer act. 1 S. 10 f.). Zunächst fällt auf, dass es sich bei *Snus* und den anderen von der Beschwerdeführerin aufgezählten Produkten nicht um identische Tabakprodukte handelt. Zwar steht bei all diesen Produkten der Tabak als Inhaltsstoff im Vordergrund. Doch unterscheiden sich die einzelnen Tabakprodukte in ihrer Zusammensetzung, Herstellungsart, Darreichungsform und Gebrauchsart erheblich voneinander, womit sich eine Gleichbehandlung nicht von vorneherein aufdrängt bzw. eine Ungleichbehandlung nicht ohne Weiteres unvernünftig erscheint. Der Bundesrat hat sich sodann beim Erlass Art. 5 TabV an der Regelung der Europäischen Union orientiert und diese im Wesentlichen übernommen. Dieses Vorgehen entspricht dem im Lebensmittelgesetz festgehaltenen Ziel der Angleichung an international geltende Regelungen. Entsprechend erscheint die mit Art. 5 TabV getroffene Unterscheidung mit Blick auf den Gesetzeszweck sachgerecht und nachvollziehbar. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV ist zu verneinen.

4.4.5 Ferner führte die Beschwerdeführerin an, die erwähnte Unterscheidung sei umso absurder und widersprüchlich, als der Konsum von *Snus* insgesamt weniger gesundheitsgefährdend sei, als die erwähnten legalen, aber viel gefährlicheren Produkte (BVGer act. 1 S. 10 f.). Hierzu ist anzumerken, dass die Qualifizierung der Gefährlichkeit der einzelnen Tabakprodukte dem weiten Ermessen des Bundesrates unterliegt. Ob die Art. 5 TabV zugrunde gelegte Einschätzung angemessen und zweckmässig ist, entzieht sich – wie bereits erwähnt – der gerichtlichen Überprüfung. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass sich die Gesundheitsbehörden in Europa – mit Ausnahme derjenigen in Schweden und Norwegen – darin einig sind,

dass das Verbot von *Snus* eine geeignete Massnahme darstellt, um die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen.

4.4.6 Sodann sei es laut der Beschwerdeführerin widersprüchlich, unter dem Vorwand des Gesundheitsschutzes einen Vertriebsweg zu verbieten, derweil man den Konsum zulasse, wenn sich der Konsument eines anderen Vertriebswegs bediene (BVGer act. 1 S. 11). Es trifft zu, dass die geltende Regelung – unter anderem – den Gesundheitsschutz bezweckt. Jedoch ist die Eigenverantwortung des Einzelnen nicht davon 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.

4.4.7 Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass eine staatliche Massnahme geeignet, notwendig und für die betroffene Person zumutbar sein muss. Es ist kein verfassungsmässiges Recht, sondern lediglich ein Verfassungsgrundsatz und kann ausserhalb eines Grundrechtseingriffs als Verletzung von Bundesrecht geprüft werden. Der Grundsatz des öffentlichen Interesses fliesst dabei unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeitsprüfung ein (vgl. BGE 140 II 194 E. 5.8.2). Sinn und Zweck des sich auf das Lebensmittelgesetz stützenden Art. 5 TabV ist der Gesundheitsschutz der Bevölkerung. Bei der Erreichung dieses Ziels soll aber auch die Angleichung an internationale Regelungen, namentlich an das europäische Recht angestrebt werden. Art. 5 TabV übernimmt im Wesentlichen die Regelung der Europäischen Union, welche ebenfalls den Gesundheitsschutz der Bevölkerung anstrebt. Diese Regelungsübernahme ist geeignet und erforderlich, um die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. Aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses am Gesundheitsschutz und dem Interesse an einer mit den internationalen Richtlinien im Einklang stehenden Regelung erscheint das Verbot bestimmter Tabakprodukte als zumutbar. Entsprechend ist eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BV zu verneinen.

4.4.8 Nach dem Gesagten erweist sich Art. 5 TabV – soweit die Verfassungsmässigkeit überhaupt der gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist – als verfassungsmässig.

5.

5.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ware mit der Bezeichnung *Odens Kautabak 10 Extreme White (Snus)* in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV fällt und dessen Einfuhr entsprechend verboten ist. Da sich Art. 5 TabV im Rahmen der konkreten Normenkontrolle als gesetz- und verfassungsmässig erweist, hat die Vorinstanz die in Frage stehende Ware zu Recht zurückgewiesen. Infolgedessen ist die Beschwerde abzuweisen.

5.2 Das von der Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 eingereichte Produktmuster ist nach Rechtskraft des Urteils der Vorinstanz zur weiteren Veranlassung auszuhändigen.

5.3 Abschliessend kann angemerkt werden, dass die Frage der Zulassung bestimmter Tabakprodukte zum oralen Gebrauch wie namentlich *Snus* letztlich einen politischen Entscheid darstellt. Es ist daher nicht Aufgabe des Gerichts, sich zur Sachgerechtigkeit des unter der aktuellen Rechtslage in der Schweiz und in der Europäischen Union mit Ausnahme von Schweden geltenden Verbots zu äussern. In diesem Sinne kann auf das laufende Gesetzgebungsverfahren zum Erlass eines neuen Bundesgesetzes über Tabakprodukte verwiesen werden.

6.

6.1 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. 2'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das mit Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 eingereichte Produktmuster wird nach Rechtskraft des Urteils der Vorinstanz zur weiteren Veranlassung ausgehändigt.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Weiss

Tania 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: