

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 718/2018

Urteil vom 27. Mai 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Zünd,  
Bundesrichterin Aubry Girardin,  
Bundesrichter Donzallaz,  
Bundesrichter Haag,  
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_ GmbH,  
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Andrea Caroni, ME Advocat AG,

gegen

Zollinspektorat Basel St. Jakob,  
handelnd durch die Oberzolldirektion (OZD), Hauptabteilung Verfahren und Betrieb.

Gegenstand

Einfuhrverbot für Tabakprodukte,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I,  
vom 19. Juni 2018 (C-6579/2016).

Sachverhalt:

A.

Das Zollinspektorat Basel St. Jakob 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. Die durch die A. \_\_\_\_\_ GmbH dagegen erhobene Einsprache vom 23. September 2016 wies das Zollinspektorat mit Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2016 ab. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2016 erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit dem Antrag, der Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2016 sei aufzuheben und das Zollinspektorat sei anzuweisen, die zurückgewiesene Ware, "Odens Kautabak 10 Extreme White (Snus) ", 42 Karton, 244.8 kg, umgehend der A. \_\_\_\_\_ GmbH zuzustellen (Ziff. 2). Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil 19. Juni 2018 ab.

B.

Die A. \_\_\_\_\_ GmbH erhob mit Eingabe vom 27. August 2018 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und das Zollinspektorat sei anzuweisen, die zurückgewiesene Ware, "Odens Kautabak 10 Extreme White (Snus) ", 42 Karton, 244.8 kg, umgehend der A. \_\_\_\_\_ GmbH zuzustellen; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Bundesverwaltungsgericht oder an das Zollinspektorat zurückzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht und die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV) beantragen Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen verzichtet auf Vernehmlassung. Das Bundesamt für Gesundheit verweist auf die Vernehmlassung der Zollverwaltung. Die A. \_\_\_\_\_ GmbH repliziert, die Zollverwaltung dupliziert.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den angefochtenen Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG); insbesondere geht es nicht um eine Zollveranlagung aufgrund der Tarifierung oder des Gewichts (Art. 83 lit. I BGG), sondern um die Frage der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit eines Einfuhrverbots für bestimmte Waren (vgl. Urteil 2C 1174/2012 vom 16. August 2013 E. 12.2). Die Beschwerdeführerin ist als Importeurin des streitbetreffenen Produkts zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf das Rechtsmittel ist einzutreten.

2.

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

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

2.3. Der angefochtene Entscheid stützt die streitige Beanstandung und Zurückweisung auf Art. 5 der Verordnung vom 27. Oktober 2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV; SR 817.06). Diese Bestimmung lautet:

Art. 5 Verbotene Erzeugnisse

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.

Die Vorinstanz hat erwogen, die streitbetreffene Ware falle unter den Begriff der Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch im Sinne dieser Bestimmung. Art. 5 TabV sei gesetz- und verfassungsmässig.

2.4. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das streitgegenständliche Produkt falle nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV, da es weder ein Pulver noch ein feinkörniges Granulat, sondern feingeschnittener Tabak sei. Zudem habe Art. 5 TabV im aLMG keine genügende gesetzliche Grundlage und sei verfassungswidrig.

2.5. Ob die streitbetroffene Ware in den Anwendungsbereich von Art. 5 TabV fällt, kann offen bleiben, wenn sich erweist, dass diese Bestimmung gesetz- oder verfassungswidrig ist, was im Folgenden zu prüfen ist.

3.

3.1. Die Beanstandung und Zurückweisung der einzuführenden Ware hat zur Folge, dass diese nicht in die Schweiz eingeführt und hier vertrieben werden kann und stellt damit einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin dar. Dieser unterliegt den Voraussetzungen und Schranken von Art. 36 BV (vgl. Urteile 2C 1146/2012 vom 21. Juni 2013 E. 5.2; 2A.452/2004 vom 23. März 2005 E. 4).

3.2. Erste Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff ist eine gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV). Schwerwiegende Einschränkungen müssen im formellen Gesetz selber enthalten sein (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Für andere Einschränkungen genügt eine kompetenzgerecht erlassene untergesetzliche Grundlage. Im Bundesrecht sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen, insbesondere die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Art. 164 Abs. 1 lit. b BV). Der Bundesrat ist von Verfassungs wegen ermächtigt, gesetzesvollziehende Verordnungen zu erlassen (Art. 182 Abs. 2 BV; BGE 142 II 182 E. 2.3.1 S. 190; 141 II 169 E. 3.3 S. 172; 139 II 460 E. 2.1 f. S. 463 f.), was bisweilen durch (deklaratorische) gesetzliche Bestimmungen verdeutlicht wird (vgl. BGE 139 II 460 E. 3.1 S. 466). Solche Vollziehungsverordnungen sind jedoch darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen; sie dürfen nicht die auszuführende Gesetzesbestimmung abändern oder aufheben (BGE 139 II 460 E. 2.1/2.2 S. 462 f.). Im Übrigen können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden (Gesetzesdelegation), soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV; vgl. dazu BGE 144 II 376 E. 7.2 S. 379; 137 II 409 E. 6.4 S. 413).

3.3. Im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten prüft das Bundesgericht, ob eine Rechtsverordnung des Bundesrates bundesrechtskonform ist (vorfrageweise bzw. konkrete Normenkontrolle; Art. 95 lit. a BGG; BGE 143 II 87 E. 4.4 S. 92 mit Hinweisen). Bei Rechtsverordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesgericht zunächst die Gesetzmässigkeit. Erweist die Verordnung sich als gesetzmässig und ermächtigt das Gesetz den Bundesrat nicht, von der Bundesverfassung abzuweichen, prüft das Bundesgericht darüber hinaus auch die Verfassungsmässigkeit der Rechtsverordnung. Räumt die gesetzliche Delegationsnorm dem Bundesrat einen sehr weiten Spielraum für die inhaltliche Ausgestaltung der unselbständigen Verordnung ein, so ist dieser Gestaltungsbereich für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden verbindlich (Art. 190 BV). Das Bundesgericht setzt bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates, sondern 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 (BGE 143 II 87 E. 4.4 S. 92; 141 II 169 E. 3.4 S. 172 f.; 139 II 460 E. 2.3).

4.

4.1. Die Vorinstanz hat erwogen, Art. 5 TabV finde eine gesetzliche Grundlage in Art. 8 und Art. 37 Abs. 1 aLMG (E. 4.2.4). Nach Art. 13 Abs. 2 aLMG dürften Genussmittel bei ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden; die Anforderungen an Genussmittel gingen demnach weniger weit als diejenigen an Nahrungsmittel (E. 4.3.1). Gemäss Art. 38 Abs. 1 aLMG berücksichtige der Bundesrat beim Erlass seiner Bestimmungen internationale Empfehlungen und Aussenhandelsbeziehungen. Er könne gemäss Art. 38 Abs. 2 aLMG im Rahmen des Gesetzes Normen über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände für anwendbar erklären, die von internationalen Organisationen empfohlen würden (E. 4.3.2). Gemäss EU-Recht sei der Verkauf von Tabak zum oralen Gebrauch untersagt (E. 4.3.3). Dieses Verbot sei in der Tabakverordnung übernommen worden (E. 4.3.4). Der Bundesrat habe sich beim Erlass seiner Verordnungen nicht nur an Art. 13 Abs. 2 aLMG zu halten, sondern auch an Art. 38 aLMG; er habe sich mit dem Erlass von Art. 5 TabV an die ihm übertragenen Befugnisse gehalten (E. 4.3.5). Da dem Bundesrat beim Erlass seiner Verordnungen ein weiter Ermessensspielraum zukomme, unterliege Art. 5 TabV dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV, womit sich eine Prüfung der Frage erübrige, ob Art. 5 TabV gegen die

Wirtschaftsfreiheit verstosse (E. 4.4.1). Eine Ungleichbehandlung in- und ausländischer Händler liege nicht vor, da es beiden untersagt sei, Tabakprodukte zum oralen Gebrauch in die Schweiz einzuführen (E. 4.4.3). Auch eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen, nicht verbotenen Tabakprodukten liege nicht vor, da sich die einzelnen Tabakprodukte von einander unterscheiden und sich der Bundesrat an der Regelung in der EU orientiert habe (E. 4.4.4). Die Qualifizierung der Gefährlichkeit der einzelnen Tabakprodukte unterliege dem weiten Ermessen des Bundesrates und entziehe sich der gerichtlichen Überprüfung; die Gesundheitsbehörden in Europa seien sich weitgehend einig, dass das Verbot von Snus eine geeignete Massnahme darstelle, um die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen (E. 4.4.5). Auch sei Art. 5 Abs. 2 BV nicht verletzt, da die Regelung geeignet und erforderlich sei, um die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen, und das Verbot als zumutbar erscheine (E. 4.4.7).

4.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet zunächst das Vorliegen einer formellgesetzlichen Grundlage. Art. 8 und 37 aLMG stellen keine Grundlage dar für ein totales Verbot eines bestimmten Lebensmittels. Diese Rüge ist unbegründet: Zutreffend ist zwar der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat nicht eine allgemeine und umfassende Verordnungskompetenz übertragen, sondern die einzelnen Befugnisse des Bundesrates im jeweiligen Zusammenhang festlegen wollte (BBI 1989 I 949 f.). Nach Art. 37 Abs. 1 aLMG erlässt der Bundesrat die Ausführungsvorschriften. Dies ermächtigt den Bundesrat einzig zum Erlass gesetzessvollziehender Ausführungsverordnungen (vgl. vorne E. 3.2). Hingegen ist eine Einzelbefugnis des Bundesrates in Art. 8 Abs. 1 aLMG enthalten: Gemäss dieser Bestimmung "legt [der Bundesrat] die zulässigen Arten von Lebensmitteln fest, umschreibt sie und bestimmt die Sachbezeichnung; er kann die entsprechenden Anforderungen regeln". Wenn nach dem Wortlaut dieser Bestimmung der Bundesrat die zulässigen Arten von Lebensmitteln festlegt, dann ist damit auch impliziert, dass die nicht als zulässig festgelegten Lebensmittel unzulässig sind. Das wird bestätigt durch Art. 8 Abs. 2 aLMG, wonach die zuständige

Bundesstelle Lebensmittel, die der Bundesrat noch nicht zugelassen hat, vorläufig bewilligen kann; damit ist vorausgesetzt, dass nicht zugelassene Lebensmittel grundsätzlich verboten sind (Positivprinzip; vgl. BBI 1989 I 922).

4.3. Die Verordnung muss aber nicht nur formelleine gesetzliche Grundlage haben, sondern auch inhaltlich verfassungs- und gesetzmässig sein. In diesem Zusammenhang trifft die Auffassung der Vorinstanz nicht zu, Art. 5 TabV unterliege dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV. Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Dies gilt jedoch nicht für Verordnungen des Bundesrates. Solche sind vom Bundesgericht auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen; eine Ausnahme gilt aufgrund der Massgeblichkeit der Bundesgesetzes nur dort, wo das Bundesgesetz den Bundesrat ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen (BGE 141 II 169 E. 3.4 S. 172; 139 II 460 E. 2.3 S. 463 f.; 137 III 217 E. 2.3 S. 220f., je mit Hinweisen). Entgegen der offenbaren Auffassung der Vorinstanz liegt aber darin, dass das Gesetz dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum einräumt, keine Ermächtigung von der Verfassung abzuweichen; verbindlich für das Bundesgericht ist nur der gesetzgeberische Entscheid, dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum einzuräumen, so dass das Bundesgericht nicht die Zweckmässigkeit der bundesrätlichen Verordnung zu überprüfen hat (BGE 144 II 454 E. 3.3

S. 461; 143 II 87 E. 4.4 S. 92; in Bezug auf Verordnungen, die auf das aLMG gestützt sind: BGE 127 II 91 E. 3b/aa S. 99). Hingegen unterliegt die Verfassungsmässigkeit der Verordnung uneingeschränkt der gerichtlichen Überprüfung (BGE 144 II 454 E. 3.2 S. 460; in Bezug auf Verordnungen, die auf das aLMG gestützt sind: BGE 127 II 91 E. 4 S. 100f.). Davon, dass Art. 5 TabV dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV unterliege und daher seine Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit nicht zu prüfen sei, kann keine Rede sein. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die Verfassungsmässigkeit dieser Ordnungsbestimmung zu überprüfen.

4.4. Sodann bedeutet die Einräumung eines weiten Ermessensspielraums nicht die Ermächtigung, vom Gesetz abzuweichen, soweit die gesetzliche Delegationsnorm solches nicht vorsieht (vgl. Urteil 2C 424/2018 vom 15. März 2019. Art. 8 aLMG steht im 2. Kapitel des aLMG, welches die materiellen Anforderungen an Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände enthält. Der 1. Abschnitt, in welchem sich Art. 8 befindet, regelt "Allgemeine Bestimmungen", die folgenden Abschnitte die Gesundheit, den Umgang mit Lebensmitteln, die Täuschung bei Lebensmitteln und Angaben über Lebensmittel. Die Verordnungen, welche der Bundesrat gestützt auf Art. 8 aLMG erlässt, dürfen nicht im Widerspruch zu den materiellrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes stehen; diese Vereinbarkeit ist eine vom Gericht frei zu prüfende Rechtsfrage. Nur in diesem Rahmen besteht der bundesrätliche Ermessensspielraum (vgl. BGE 144 II 454 E. 5.3.2 S. 467 f.; 138 II 465 E. 7.7 S. 491 f.).

4.5. Nach Art. 13 Abs. 1 aLMG dürfen Nahrungsmittel bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit nicht gefährden. Demgegenüber dürfen Genussmittel gemäss Art. 13 Abs. 2 aLMG bei ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden. Dieser Unterschied zwischen Nahrungs- und Genussmitteln ist vom Gesetzgeber bewusst gewollt: Wie in der Botschaft zum aLMG ausgeführt wurde, müssten Erzeugnisse mit Tabak und Alkohol an sich verboten werden, wenn sie nach dem strengen Massstab für Nahrungsmittel beurteilt würden; es sei "heute eine bekannte Tatsache, dass sie gesundheitsgefährdend sein können". Nikotin beispielsweise sei ausserhalb des Lebensmittelrechts in die Giftklasse I eingereiht. Auch die Genussmittel könnten indessen so beschaffen sein, dass sie direkt und unmittelbar gesundheitsgefährdend wirken 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 sollten insbesondere Fremd- und Inhaltsstoffe ausgeschlossen werden, die der Konsument neben dem Alkohol oder dem Nikotin nicht erwartet. Nicht zu schützen vermöge das Gesetz denjenigen, der im

Übermass rauche und trinke; diese Leute nähmen Gesundheitsschäden bewusst in Kauf (BBl 1989 I 927 f.). Nach dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes dürfen somit Genussmittel nur dann verboten werden, wenn sie bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden. Der blosser Umstand, dass beim Konsum von Genussmitteln die damit zwangsläufig verbundenen wesensgemässen Risiken (Alkohol, Nikotin usw.) bestehen, ist demgegenüber kein Grund für ein Verbot.

4.6. Dass beim Konsum von Snus unmittelbare oder unerwartete Gefährdungen bestünden, wird von keiner Seite vorgebracht: Die Vorinstanz hat sich nicht näher mit den materiellen Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 2 aLMG auseinandergesetzt. Gemäss Vernehmlassung der EZV besteht das Gefährdungspotenzial von Snus darin, dass es Krebserkrankungen in der Mundhöhle sowie Nikotinabhängigkeit verursache. Krebserkrankungen und Abhängigkeitserzeugung sind klarerweise keine unmittelbaren Gefährdungen, sondern längerfristige oder schleichende Risiken. Ebenso wenig kann gesagt werden, dass es sich dabei um unerwartete Gefährdungen handelt: Wie schon in der Botschaft zum aLMG ausgeführt wurde, ist die Gesundheitsgefährdung durch Tabakerzeugnisse, insbesondere durch Nikotin, heute allgemein bekannt. Wer Tabakerzeugnisse konsumiert, setzt sich gewollt und bewusst diesem Risiko aus. Es sind genau diejenigen Risiken, die wesensgemäss zu den Genussmitteln gehören und die nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und Willen des Gesetzgebers gerade nicht zum Verbot dieser Mittel führen sollen. Dass das streitbetreffende Produkt neben dem Tabak irgendwelche gefährliche Fremd- oder Inhaltsstoffe enthalten würde, die der Konsument nicht erwartet, wird von

keiner Seite dargelegt. Das Produkt erfüllt somit die Zulassungsanforderungen von Art. 13 Abs. 2 aLMG (vorne E. 4.5). Art. 5 TabV, welcher das Produkt verbietet, ist damit gesetzeswidrig. Soweit die EZV auf das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11) verweist, ist darauf hinzuweisen, dass die Lebensmittelgesetzgebung diesem Gesetz als *lex specialis* vorgeht (Art. 1 Abs. 3 PrSG; vgl. Urteil 1A.57/2006 vom 6. September 2006 E. 5.3). Zwar mag ein gesundheitspolizeiliches öffentliches Interesse an einem Verbot von Snus bestehen. Indessen müssen die Voraussetzungen der Gesetzmässigkeit und des öffentlichen Interesses kumulativ vorliegen, um ein Verbot zu rechtfertigen (Art. 36 Abs. 1 und 2 BV). Da es schon an der Gesetzmässigkeit fehlt, erübrigen sich Ausführungen zum öffentlichen Interesse und zur Verhältnismässigkeit.

4.7. Hinzu kommt: Art. 5 Abs. 2 Satz 2 TabV nimmt vom Verbot aus "Erzeugnisse, die zum Rauchen oder Kauen bestimmt sind". Die Beschwerdeführerin führt vor Bundesgericht wie auch schon vor der Vorinstanz aus, Snus sei weniger gesundheitsschädlich als diese anderen, zugelassenen Tabakprodukte. Die Vorinstanz hat sich damit nicht auseinandergesetzt, sondern bloss erwogen, die Qualifizierung der Gefährlichkeit sei eine dem Bundesrat obliegende Ermessensfrage, die vom Gericht nicht zu überprüfen sei. Dem kann in dieser undifferenzierten Form nicht gefolgt werden: Wie hoch eine Gefährdung ist (Gefährdungspotenzial; Eintretenswahrscheinlichkeit), ist eine Sachverhaltsfrage, die vom Bundesverwaltungsgericht frei zu prüfen ist (Art. 49 lit. b VwVG). Ob eine bestimmte Gefährdung zulässig ist, ist eine Rechtsfrage, soweit es um die Vereinbarkeit mit dem anwendbaren Recht geht (vgl. BGE 139 II 185 E. 11 S. 206 ff.). Das Gesetz legt allerdings in der Regel das zulässige Risiko nicht präzise fest. In diesem Rahmen ist die Beurteilung einer Gefährdung eine Frage des Ermessens, wobei insbesondere einer fachkompetenten Aufsichtsbehörde ein Bereich des technischen Ermessens einzuräumen ist (BGE 139 II 185 E. 9.2 S. 197 f.).

4.8. Die EZV räumt in ihrer Vernehmlassung ein, dass der Konsum von Snus weniger schädlich ist

als das Rauchen von Zigaretten (vgl. auch Botschaft zum Tabakproduktegesetz, BBl 2019 938). Sie führt aber aus, er sei trotzdem schädlich. Das ist auch seitens der Beschwerdeführerin nicht bestritten, reicht aber im Lichte von Art. 13 Abs. 2 aLMG für ein Verbot klarerweise nicht aus, müssten doch sonst alle Genussmittel verboten werden, was das Gesetz gerade nicht wollte (vorne E. 4.5). Ein Produkt zu verbieten, wenn daneben bei gleicher gesetzlicher Grundlage andere, gefährlichere Produkte nicht verboten sind, ist willkürlich und verletzt Art. 9 BV, solange dies nicht mit sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung wäre es beispielsweise, wenn das schädlichere Produkt dafür auch einen höheren Nutzen hat. Dies kann etwa im Heilmittelrecht der Fall sein, wo ein Produkt mit gravierenderen Nebenwirkungen zugelassen werden kann, wenn dafür der therapeutische Nutzen höher ist (vgl. dazu Art. 9a Abs. 1 lit. b des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 [SR 812.21]; Urteil 6B 398/2010 vom 26. Oktober 2010 E. 3.5.2). Dass in diesem Sinne das Rauchen von Zigaretten einen höheren Nutzen hätte als der Konsum von Snus, wird aber zu Recht von keiner Seite vorgebracht. Der einzige Grund, der für eine unterschiedliche Behandlung - neben dem in der EU geltenden Verbot (dazu hinten E. 4.9) - vorgebracht wird, ist, dass Tabakprodukte zum Rauchen und Kauen seit langem zugelassen seien. Zum Schutz von Treu und Glauben und der Rechtssicherheit kann es zulässig oder gar geboten sein, bei Verschärfung bestehender Vorschriften bisher zugelassene Produkte während einer angemessenen Übergangsfrist weiterhin zuzulassen, auch wenn sie den neuen Vorschriften nicht genügen (vgl. BGE 125 II 152 E. 5 S. 165 ff.; 106 Ia 191 E. 7 195 f.; Urteil 2C 345/2014 vom 23. September 2014 E. 4.4-4.6; zusammenfassend Urteil 2C 158/2012 vom 20. April 2012 E. 3). Hier geht es aber nicht darum, dass der Bundesrat die gefährlicheren, bisher zugelassenen Raucherwaren während einer Übergangsfrist noch erlaubt, sondern vielmehr um eine zeitlich unbegrenzte Erlaubnis der gefährlicheren Produkte, während die weniger gefährlichen absolut verboten werden. Für ein solches Vorgehen sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Solche unterschiedliche Regelungen wären zwar aufgrund von Art. 190 BV massgebend, wenn sie sich aus einem Bundesgesetz oder aus Völkerrecht

ergäben. Hingegen prüft das Bundesgericht die bundesrätlichen Verordnungen daraufhin, ob sie die Verfassung und insbesondere das Willkürverbot einhalten (vorne E. 4.3), was hier nicht der Fall ist. Im Entwurf zum neuen Tabakproduktegesetz ist denn auch nicht vorgesehen, Snus zu verbieten (BBl 2019 921, 928, 937 ff., 952).

4.9. Die Vorinstanz hat an sich richtig erkannt, dass die Anforderungen an die Genussmittel weniger hoch sind als diejenigen an die Nahrungsmittel. Sie hat indessen erwogen, neben Art. 13 aLMG sei auch Art. 38 zu beachten. Namentlich gebiete sich aufgrund der Materialien eine Angleichung an die Vorschriften in der EU, welche Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch weitgehend verbiete. Auch die EZV rechtfertigt in ihrer Vernehmlassung Art. 5 TabV weitgehend damit, der Bundesrat sei damit dem Beispiel der EU gefolgt.

4.9.1. Art. 38 Abs. 1 und 2 aLMG lauten wie folgt:

1 Der Bundesrat berücksichtigt beim Erlass seiner Bestimmungen internationale Empfehlungen und Aussenhandelsbeziehungen.

2 Er kann im Rahmen dieses Gesetzes Normen über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände für anwendbar erklären, die von internationalen Organisationen empfohlen werden, sowie ausländische Prüfstellen und Zeugnisse anerkennen.

Diese Bestimmungen enthalten keine Ermächtigung an den Bundesrat, vom Gesetz abzuweichen. Das gilt von vornherein für Absatz 2, wonach die Kompetenz des Bundesrates ausdrücklich nur "im Rahmen dieses Gesetzes" besteht. Dasselbe gilt aber auch für Absatz 1, was sich schon aus der Systematik des Gesetzes ergibt: Art. 38 aLMG steht im 4. Kapitel des Gesetzes mit dem Titel "Vollzug", und zwar im Anschluss an Art. 37, welcher den Bundesrat zum Erlass von gesetzesvollziehenden Verordnungen ermächtigt (vorne E. 4.2), nicht aber zur Abweichung vom Gesetz (vorne E. 3.2). Art. 38 ist eine Präzisierung von Art. 37 und gibt die Richtung an, in welcher der Bundesrat von seinen Befugnissen Gebrauch machen soll. Hingegen spricht nichts dafür, dass eine Bestimmung, die im Kapitel "Vollzug" steht, den Bundesrat ermächtigen will, von den materiellrechtlichen Vorschriften, welche im zweiten Kapitel des Gesetzes stehen, abzuweichen. Denn diesfalls wäre es sinnlos gewesen, überhaupt die ausführlichen materiellrechtlichen Vorschriften (Art. 6-21 aLMG) ins Gesetz aufzunehmen; das Gesetz hätte sich stattdessen darauf beschränken können, die vom Bundesrat zu bezeichnenden internationalen Empfehlungen als massgeblich zu erklären. Die limitierte

bundesrätliche Pflicht zur Beachtung internationaler Empfehlungen gemäss Art. 38 Abs. 1 aLMG rechtfertigt allenfalls die Berücksichtigung der zu beachtenden Normen bei der Auslegung des aLMG, erlaubt aber keine Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen (Urteil 2A.693/2005 vom 28. August

2006 E. 4.5).

4.9.2. Unbestritten besteht keine völkerrechtliche Pflicht der Schweiz, im Bereich der Lebensmittelsicherheit Regelungen der EU zu übernehmen. Zutreffend ist freilich, dass Art. 38 aLMG ermöglichen will, die schweizerischen Vorschriften unilateral an internationale Empfehlungen und namentlich an diejenigen des EG-Binnenmarkts anzugleichen (BBl 1989 I 950 f.). Insbesondere ging es darum, den zu erwartenden Begehren auf Zulassung von Lebensmitteln, die den EG-Richtlinien entsprechen, zu begegnen; das Gesetz solle so konzipiert werden, dass künftige Entwicklungen aufgefangen werden können (BBl 1989 I 973 f.). Primär sollen Handelshemmnisse abgebaut werden, die sich aus unterschiedlichen Rechtsvorschriften ergeben; das ist denn auch das Ziel des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51), welches im Ingress der Tabakverordnung neben dem aLMG und dem PrSG als gesetzliche Grundlagen dieser Verordnung aufgeführt ist (vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 lit. b bis sowie Art. 4 THG). Hingegen verlangt der Abbau von Handelshemmnissen bzw. die Berücksichtigung von Aussenhandelsbeziehungen nicht, dass in der Schweiz Produkte verboten werden, bloss weil sie in bestimmten anderen Staaten verboten sind.

Die Schweiz schafft Handelshemmnisse, wenn Produkte, die im Ausland zugelassen sind, hier verboten werden, nicht aber, wenn Produkte, die in einigen Ländern verboten sind, in der Schweiz zulässig sind.

4.9.3. Wie die Vorinstanz selber anführt, ist zudem auch in der EU Snus nicht ausnahmslos verboten; vielmehr enthält das EU-Recht eine Ausnahme für Schweden (vgl. dazu auch Botschaft zum Tabakproduktegesetz, BBl 2019 938 f., 962). Wenn sogar innerhalb der EU das Verbot von Snus nicht für alle Staaten gilt, ist nicht einzusehen, weshalb in der Schweiz, für welche das EU-Recht nicht verbindlich ist, ein Verbot aus Rücksicht auf Aussenhandelsbeziehungen erforderlich sein soll.

4.9.4. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist somit Art. 38 aLMG keine Grundlage, um von Art. 13 Abs. 2 aLMG abzuweichen. Es bleibt bei der Gesetz- und Verfassungswidrigkeit von Art. 5 TabV.

5.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der EZV, die ihrem amtlichen Wirkungskreis handelt, sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Sie hat jedoch der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juni 2018 wird aufgehoben. Die EZV wird angewiesen, die zurückgewiesene Ware der Beschwerdeführerin umgehend zuzustellen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die EZV hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen.

4.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Zollinspektorat Basel St. Jakob, der Oberzolldirektion, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, und dem Bundesamt für Gesundheit schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Mai 2019

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein