

URTEIL

vom 11. März 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Zusatz- und Restzigarettkontingent 2004

1. a) Am 17. Dezember 2000 hatten die Stimmberechtigten der Gemeinde ... verschiedene Sondergewerbesteuergesetze angenommen, zu denen auch das Gesetz über die Besteuerung des Handels mit Tabakwaren (nachstehend Tabakgesetz) gehörte. Das Tabakgesetz und die vom Gemeinderat dazu erlassenen, insbesondere den Verteilschlüssel regelnden Ausführungsbestimmungen, wurden am 1. März 2001 mit Wirkung ab 1. Januar 2001 in Kraft gesetzt. Der mit dem Vollzug betraute Gemeindevorstand nahm in der Folge die Verteilung aufgrund der erwähnten Erlasse vor. Gegen die am 26. Januar 2001 erfolgte Aufteilung des Zigarettenkontingents 2001 erhoben verschiedene Bezugsberechtigte Rekurs an den Gemeinderat, so auch ... Nach einer abschlägigen Entscheidung des Gemeinderates (Legislativbehörde) gelangte die erwähnte Firma am 18. Januar 2002 mit einem Rekurs an das Verwaltungsgericht, mit welchem sie eine andere Kontingentsverteilung verlangten. Mit Urteil vom 12. Dezember 2002 (VGU A 02 9) hiess das Verwaltungsgericht den Rekurs, soweit es darauf überhaupt eintrat, im Sinne der Erwägungen teilweise gut. Das Verwaltungsgericht beanstandete zum einen, dass "mit einem Drittel des Kontingentes, also mit mehr als 13 Mio. Stück Zigaretten ein schwunghafter Kontingentshandel" stattfinde, was in hohem Masse den Grundsätzen einer verfassungsmässigen Kontingentsordnung widerspreche. Andererseits erachtete es das Verwaltungsgericht als selbstverständlich, "dass die Regelung (gemeint Verteiler) in ihren Grundzügen ins Gesetz und nicht bloss in die Ausführungsbestimmungen aufzunehmen" sei. Auf die von der Gemeinde in der Folge erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde trat das

Bundesgericht mit Urteil vom 5. Dezember 2003 nicht ein; die gleichzeitig erhobene staatsrechtliche Beschwerde (Autonomiebeschwerde) wies es ab, soweit es darauf eintrat (BG-Urteil 2P.60/2003).

- b) In der Folge arbeitete der Gemeindevorstand ein neues Tabakgesetz aus, welches den Vorgaben des Bundesgerichtes und des Verwaltungsgerichtes Rechnung tragen sollte. Anlässlich der Volksabstimmung vom 19. Dezember 2004 wurde das Gesetz jedoch verworfen. Für die Jahre 2003 und 2004 (mit Zusatz- und Restkontingent) sowie provisorisch für das Jahr 2005 nahm der Gemeindevorstand die Kontingentsverteilung wiederum vor. Gegen die Verfügung des Gemeindevorstandes vom 17. September 2004 über das ihr zugeteilte Zusatz- und Restkontingent 2004 erhob die ... AG Einsprache beim Gemeinderat, welche mit Entscheid vom 7. Dezember 2004 abgewiesen wurde.
2. Dagegen erhob die ... AG am 12. Januar 2005 Rekurs an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und ihr "das ihr zustehende Zigaretten-Zusatzkontingent und Zigaretten-Restkontingent für das Jahr 2004 zuzusprechen." Sie macht geltend, die Kontingentszuteilung sei willkürlich erfolgt. Das Urteil des Verwaltungsgerichtes sei nur bedingt berücksichtigt worden. So sei die Verkaufsfläche wie bis anhin angerechnet worden. Diese sei aber nach einem Beschluss des Gemeinderates gar nicht mehr zu berücksichtigen.
3. Die Gemeinde beantragte in ihrer Vernehmlassung die Abweisung des Rekurses. Die Zuteilung der Kontingente sei nach Massgabe der vom Verwaltungsgericht für anwendbar erklärten Kriterien erfolgt.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. a) Anfechtungsobjekt im vorliegenden Rekursverfahren ist allein die Zuteilung des Zusatz- und Restkontingentes für das Jahr 2004. Soweit sich die Rekurrentin in ihren Ausführungen auf andere Zuteilungsverfügungen, Anordnungen oder das in der Volksabstimmung verworfene neue Tabakgesetz bezieht, kann auf den Rekurs nicht eingetreten werden.
 - b) Mit dem Rechtsbegehren im Verwaltungsgerichtsverfahren drückt der Rekurrent aus, was er mit dem Rechtsmittel erreichen will. Es lautet in der Regel auf Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Verfügung. Das Rechtsbegehren muss bestimmt gefasst sein, indem es angibt, welche Entscheidung der Richter fällen soll. Das gilt insbesondere dann, wenn nicht bloss Aufhebung der Verfügung, sondern Änderung derselben verlangt wird. Dann muss gesagt werden, was daran geändert oder wie die beantragte Verfügung lauten soll. Bestimmt gefasst ist ein Rechtsbegehren dann, wenn es bei erfolgreicher Beschwerde unverändert in das Dispositiv des Entscheides übernommen werden kann (Gygi, Bundesverwaltungsgerichtspflege, 2. A., S. 191). Das Rechtsbegehren muss also so klar sein, dass sich daraus ein vollstreckbarer Titel ergibt, wenn es zum Urteil erhoben wird.
 - c) Diesen Anforderungen wird das Rechtsbegehren der Rekurrentin nur teilweise gerecht. Sie verlangt Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Zusprechung des ihr zustehenden Zigaretten-Zusatzkontingents und Zigaretten-Restkontingents für das Jahr 2004. Der letzte Teil des Antrages eignet sich nicht zur Vollstreckung, da damit nicht konkret gesagt wird, welches Zigarettenkontingent der Rekurrentin zustehen soll. Dies lässt sich auch der Begründung des Rekurses nicht entnehmen. Die Rekurrentin macht keinerlei Ausführungen darüber, wie viele Zigaretten sie aus dem Kontingent beansprucht. Auf diesen Teil des Rechtsbegehrens kann daher nicht eingetreten werden. Materiell zu behandeln ist dagegen der Antrag um Aufhebung der angefochtenen Verfügung.
2. Die Rekurrentin rügt die Kontingentszuteilung als willkürlich, weil sich die Gemeinde damit nicht an die Vorgaben des verwaltungsgerichtlichen Urteils

VGU A 02 9 gehalten habe. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Gemeindevorstand als Exekutivorgan der Gemeinde befugt war, eine Übergangsregelung zur Beseitigung der im erwähnten Urteil festgestellten Verfassungswidrigkeiten zu treffen, bis sie durch den Gesetzgeber behoben werden. Zwar kommt jenem Urteil nur verbindliche Wirkung für die dort angefochtene Kontingentsverteilung 2001 zu. Der Exekutive ist es indessen nicht verwehrt, als verfassungswidrig erkannte Normen nicht mehr anzuwenden und übergangsrechtlich eine Ersatzlösung zu erlassen. Die Grundrechte der Bundesverfassung gelten unmittelbar in allen Kantonen, ohne dass hierfür der Erlass von Ein- oder Ausführungsgesetzen erforderlich wäre. Selbstverständlich müssen die Kantone und Gemeinden bei ihrer Rechtssetzung die Grundrechte der Bundesverfassung respektieren. Diese Verpflichtung trifft alle staatlichen Organe gleichermassen (Art. 5 Abs. 1 und Art. 35 BV). Jede Rechtsanwendungsbehörde ist zur Beachtung des Vorranges von Bundesrecht verpflichtet (vgl. dazu Schiesser, Die akzessorische Prüfung, Diss, Zürich 1984, S. 148). Der Gemeindevorstand als oberste Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde ist daher befugt und gegebenenfalls verpflichtet, durch Weisungen dafür zu sorgen, dass bundesrechtswidrige kommunale Erlasse nicht mehr angewendet werden und die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung respektiert werden (BGE 130 I 148 f.). Insbesondere war der Gemeindevorstand somit befugt, vorläufig die Kontingentszuteilungen in Abweichung von den als verfassungswidrig erkannten Bestimmungen des alten Tabakgesetzes als Übergangslösung nach Grundsätzen vorzunehmen, die er aufgrund des verwaltungsgerichtlichen Urteiles als verfassungskonform erachtete. Dies wird er auch solange tun müssen, bis das kommunale Recht im Gesetzgebungsverfahren an das übergeordnete Recht angepasst sein wird (BGE 130 I 155).

3. a) Die Rekurrentin kritisiert die angefochtene Kontingentszuteilung als willkürlich, da sie sich nicht an die Vorgaben des Verwaltungsgerichtes halte und daher verfassungswidrig sei. Das Verwaltungsgericht hat im Urteil VGU A 02 9 im vorliegend interessierenden Zusammenhang Folgendes ausgeführt:

"Die von der Gemeinde erlassene Ordnung vermag nun diesen Anforderungen nur teilweise zu genügen. Dies zeigt sich allein schon daran, dass vom ganzen Zigarettenkontingent nur ca. zwei Drittel direkt an die Konsumenten verkauft wurden. Mit einem Drittel des Kontingentes, also mit mehr als 13 Mio. Stück Zigaretten fand somit ein schwunghafter Kontingentshandel statt. Dies widerspricht in hohem Masse den soeben umschriebenen Grundsätzen für eine verfassungsgemässe Kontingentsordnung. Die Gemeinde wird daher für die künftigen Verteilungen eine Regelung suchen müssen, welche den erwähnten Grundsätzen gerecht wird und insbesondere den Kontingentshandel auf ein Minimum beschränkt. Obwohl es nicht Sache des Verwaltungsgerichtes ist, eine mögliche Lösung vorzuzeichnen, seien dafür einige Anhaltspunkte angeführt. Dem Grundsatz nach ist es nicht zu beanstanden, dass die Kontingente auf die Detailhändler und die Beherberger verteilt werden. Bei beiden Kategorien von Gewerbetreibenden handelt es sich um Kontingentsberechtigte, die im Prinzip geeignet sind, Rauchwaren an die Konsumenten zu veräussern. So ist es durchaus üblich, in Hotels und Restaurants Zigaretten zum Verkauf anzubieten. Aber auch bei den Detailhandelsgeschäften ist der Verkauf von Rauchwaren nicht auf reine Tabakhändler beschränkt. Vielmehr steht es jedem Händler frei, in seinem Laden Rauchwaren anzubieten. Massgebend ist aber sowohl bei den Detailhändlern als auch bei den Beherbergern, dass sie dieses Geschäft auch tatsächlich betreiben und nicht nur Kontingente erwerben, um sie anschliessend gegen Provision zu verkaufen. In der Regel dürfte es daher nicht gerechtfertigt sein, der Parahotellerie Kontingente abzugeben, da dort wohl nur sehr wenige Rauchwaren direkt an die Verbraucher abgegeben werden. Ausserdem besteht die Gefahr einer allzu grossen Streuung der Kontingente. Vertretbar erscheint es sodann, bei der Kontingentsverteilung die Anzahl der Geschäfte sowie die zur Verfügung stehende Verkaufsfläche mit zu berücksichtigen, sofern und soweit in diesen Räumlichkeiten tatsächlich mit Zigaretten gehandelt wird. Die Gemeinde wird diesen Überlegungen beim Erlass einer neuen Kontingentsordnung Rechnung zu tragen haben. Selbstverständlich ist sodann, dass die Regelung in ihren Grundzügen ins Gesetz und nicht bloss in die Ausführungsbestimmungen aufzunehmen ist. Dazu zählt auch der Rahmen

für die prozentuale Aufteilung der Kontingente zwischen Händlern und Beherbergern. Im Sinne dieser Erwägungen ist der Rekurs gutzuheissen."

- b) Entgegen der ziemlich pauschalen Kritik der Rekurrentin hat die Gemeinde das Urteil des Verwaltungsgerichtes in durchaus vertretbarer Weise umgesetzt. Vor allem hat die Gemeinde den Kontingentshandel verboten und Zuteilungen nur noch an Händler gemacht, welche vorgängig ein Formular unterschrieben haben und damit bestätigten, die zugeteilte Menge an Zigaretten und Tabakwaren direkt an den Endkonsumenten zu verkaufen, die zugeteilte Menge an Zigaretten in dem Verkaufsgeschäft zu verkaufen, für welches sie bezogen wurden sowie mit der zugeteilten Menge der Zigaretten keinen steuerrelevanten Handel mit andern Händlern, Geschäften, Privatpersonen innerhalb oder ausserhalb der Zollfreizone zu betreiben. Damit ist der Gemeindevorstand der Vorgabe des Verwaltungsgerichtes und des Bundesgerichtes, keinen Kontingentshandel zuzulassen und nur den Zigarettenverkauf an Endkonsumenten zuzulassen, voll und ganz nachgekommen. Sodann wurde der Anteil der Beherbergungsbetriebe von 30% auf 15% reduziert, was ebenfalls im Sinne des verwaltungsgerichtlichen Urteils ist. Die Berücksichtigung der Anzahl Geschäfte und auch der Verkaufsfläche ist vom Verwaltungsgericht nicht ausgeschlossen worden. Dass hier eine gewisse Pauschalierung stattgefunden hat, liegt im Ermessen der Gemeinde. Mit Blick auf die Tatsache, dass der zu wählende Verteilerschlüssel einen rationellen Verkauf der Kontingentszigaretten ermöglichen muss und erfahrungsgemäss die Nachfrage in Geschäften mit einer grösseren Verkaufsfläche höher ist als in solchen mit einer kleinen, erweist sich eine Berücksichtigung des Kriteriums der Verkaufsfläche als sachlich vertretbar. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Gemeinderat im Hinblick auf ein neues Tabakgesetz beschlossen hat, die Verkaufsfläche als Zuteilungskriterium ganz abzuschaffen. Diese wohl auch mögliche Lösung lässt jene des Vorstandes nicht als willkürlich erscheinen. Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, dass mit der angefochtenen Kontingentszuteilung Verfassungsrecht verletzt oder dem Urteil des Verwaltungsgerichtes nicht nachgelebt wurde. Der Rekurs ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Bei diesem Ausgang gehen die Verfahrenskosten zulasten der Rekurrentin, welche die anwaltlich vertretene Gemeinde überdies angemessen aussergerichtlich zu entschädigen hat.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die Gerichtskosten, bestehend

- aus einer Staatsgebühr von	Fr. 12'000.--
- und den Kanzleiauslagen von	Fr. 153.--
zusammen	<u>Fr. 12'153.--</u>

gehen zulasten der ... AG und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen.

3. Die ... AG entschädigt die Gemeinde ... aussergerichtlich mit Fr. 4'000.--.