

- 4** Zollfreistatut. Zigarettenkontingentierung. Kontingentsordnung.
- Zeitlich mässige, zulässige Rückwirkung (E.2).
  - Definition der Kontingentierung und allgemeine Grundsätze der Verteilung (E.3a, b).
  - Die Gewährung des Zollfreistatutes ist rechtlich fragwürdig (E.3c).
  - Eine Kontingentsordnung, welche den Kontingentshandel in einem wesentlichen Umfang zulässt, ist rechtswidrig (E.4a–c).

**Statuto di zona esente da dazio. Contingentamento delle sigarette. Regolamentazione sui contingenti.**

- **Retroattività limitata nel tempo ammissibile (cons.2).**
- **Definizione del contingentamento e principi generali per la distribuzione (cons. 3a, b).**
- **La concessione di una zona esente da dazio è giuridicamente discutibile (cons.3c).**
- **Una regolamentazione sui contingenti che lascia in gran parte spazio al commercio dei contingenti è illegale (cons. 4a–c).**

*Erwägungen:*

2. a) Das kommunale Gesetz über die Besteuerung des Handels mit zollfreien Tabakwaren (SGSG Tabak) wurde vom Gemeindevorstand im März 2001 rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft gesetzt. Desgleichen wurden die Ausführungsbestimmungen vom 1. März 2001 zum SGSG Tabak gemäss Art. 10 rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft gesetzt.

Die Rekurrenten bringen vor, im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügungen am 26. Januar 2001 seien somit weder das neue SGSG Tabak noch die Ausführungsbestimmungen in Kraft gewesen. Dennoch habe sich die Rekursgegnerin in ihrem Entscheid auf das noch nicht in Kraft gesetzte SGSG Tabak abgestützt und dieses vorab angewendet. Dies sei jedoch nicht zulässig.

b) Zunächst ist es mehr als fraglich, ob die Rekurrenten an der Beurteilung dieser Rüge auch nur ein virtuelles Rechtsschutzinteresse haben. Die Kontingentsperiode 2001 ist längst abgelaufen und für die folgenden Kontingentsverteilungen stellt sich die Frage nicht mehr. Letztlich kann jedoch offen gelassen werden, ob darauf eingetreten werden kann, da der Einwand ohnehin unbegründet ist.

c) Geht es – wie vorliegend – um eine positive Vorwirkung, kommt die vorzeitige Anwendung der Bestimmungen im Rückblick einer Rückwirkung gleich (vgl. Pra 63 584 = BGE 104 Ia 149). Darauf sind daher die Grundsätze über die Zulässigkeit der Rückwirkung anzuwenden. Rechtsnormen wirken grundsätzlich nur für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte. Wird bei der Anwendung des neuen Rechts an ein Ereignis angeknüpft, das in der Vergangenheit liegt und vor Erlass des Gesetzes abgeschlossen wurde, liegt echte Rückwirkung vor (BGE 113 Ia 425; 107 Ib 196 (mit Hinweisen); AGVE 1992, S. 163; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 16 B III). Diese ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV grundsätzlich verboten bzw. nur dann zulässig, wenn sie im Erlass selbst ausdrücklich angeordnet oder nach dessen Sinn zumindest klar gewollt, in zeitlicher Beziehung mässig sowie durch triftige Gründe gerechtfertigt ist und weder stossende Rechtsungleichheiten bewirkt noch in wohlerworbene Rechte eingreift (BGE 113 Ia 425 [mit Hinweisen]; vgl. auch AGVE 1992, S. 164; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, N 268 ff.). Eine bloss unechte – mithin keine Rückwirkung – wird dagegen angenommen, wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten «ex nunc et pro futuro» zur Anwendung gelangt, dabei aber auf Verhältnisse abstellt, die noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern (BGE 118 Ia 255; AGVE 1992, S. 163 f.; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, in: ZBI 82/1981, S. 313; Häfelin/Müller, a.a.O., N 267; Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 16 B III). Eine unechte Rückwirkung bezieht sich auf zeitlich offene Dauersachverhalte sowie auf zeitlich begrenzte mehrgliedrige Sachverhalte und unterstellt diese mit Wirkung für die Zukunft dem neuen Recht. Sieht dieses Recht aber Rechtsfolgen für den vergangenen Teil eines solchen Dauersachverhaltes oder mehrgliedrigen Sachverhaltes vor, so liegt nicht unechte, sondern echte Rückwirkung vor. (Echte) Rückwirkung ist demnach die Festsetzung von Rechtsfolgen aufgrund von neuem Recht für einen bei dessen Inkrafttreten abge-

schlossenen Sachverhalt oder für den vergangenen Teil eines beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch offenen Dauersachverhaltes (Alfred Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR NF 102/11 [1983], S.162 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 124 III 271 f., 122 V 405, 122 II 113, 107 Ib 196; AGVE 1994, S. 299 f.).

d) Vorliegend bezog sich die Verteilung der Zigarettenkontingente auf das ganze Jahr 2001. Die Kontingentsperiode dauerte somit vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2001. Von einer echten Rück- bzw. Vorwirkung kann daher – wenn überhaupt – nur für jene ca. drei Monate vor Inkraftsetzung der beiden Erlasse die Rede sein. Dies ist zeitlich mässig und entgegen der Ansicht der Rekurrenten auch durch triftige Gründe gerechtfertigt. Einerseits mussten die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die Kompensationszahlungen für den Ausfall der Mehrwertsteuer aus den Abgaben der Profiteure dieses Privilegs und nicht aus den allgemeinen Mitteln aufgebracht werden konnten. Andererseits war zu beachten, dass die Verteilung möglichst zu einem frühen Zeitpunkt der Kontingentsperiode erfolgen musste und diese eine Einheit bildet. Sodann ging auch aus der Abstimmungsbotschaft klar hervor, dass die einschlägigen Bestimmungen bereits für das ganze Jahr 2001 gelten sollten.

3. a) In materieller Hinsicht rügen die Rekurrenten eine ungenügende bzw. zu wenig bestimmte gesetzliche Grundlage des Verteilschlüssels, der überdies gegen die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Wirtschaftsfreiheit verstosse. Bevor diese Rügen im Einzelnen beurteilt werden, drängen sich einige grundsätzliche Ausführungen zum Vorgehen bei der Verteilung von Kontingenten auf.

b) Kontingente sind quantitativ (zahlen-, mengen-, flächen- oder wertmässig) begrenzte Zuteilungen von Berechtigungen mit wirtschaftlichem Inhalt. Sie sind dem Polizeirecht mit verschwindend seltenen Ausnahmen fremd. Die rechtlich ausschlaggebende Verschiedenheit zwischen der Polizeibewilligung und dem Einzelkontingent besteht darin, dass Polizeierlaubnisse einer unbestimmten Vielzahl von Personen erteilt werden können, nämlich all jenen, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Die Gewerbeerlaubnisse werden unabhängig davon erteilt, ob der Erwerbszweig ein Auskommen bietet oder bereits überfüllt ist, die Führer- und Fahrzeugausweise unbesehen, ob auf den Strassen zeitweise ein Verkehrschaos herrscht (vgl. Gygi, Verwaltungsrecht, S. 183 f.). Demgegenüber kann nur ein beschränkter Kreis von Bewerbern Kontingente erlangen. Kontingentierungen kommen hauptsächlich

auf dem Gebiet des Agrarrechtes (Produktionsbeschränkungen) vor, wo sie (aus der Sicht der Landwirte, nicht aber der Konsumenten) relativ unproblematisch sind, da den sich daraus ergebenden Einschränkungen staatliche Gegenleistungen gegenüberstehen. Andere Kontingentierungen (Importbeschränkungen) sind spannungsgeladener, weil sie – anders als die landwirtschaftlichen Produktionsbeschränkungen – einerseits auf nichtlandwirtschaftliche Wirtschaftszweige hinübergreifen und in deren Wirtschaftsfreiheit eingreifen (BGE 104 Ib 210) und andererseits die Interessen der gesamten Konsumentenschaft beschlagen.

Wie Gygi im zitierten Werk so treffend anmerkt, nähert sich die rechtlich befriedigende Ausgestaltung von Kontingentsordnungen wegen der ihnen innewohnenden Gegensätze der Quadratur des Kreises. Das Gesamtkontingent ist jeweils in Einzelkontingente aufzuteilen und den einzelnen Bewerbern (vgl. BGE 95 I 294 ff.) zuzuteilen. Zu der an sich beschränkten Einfuhrmenge kommt hinzu, dass die Zuteilungen nicht nach dem Giesskannenprinzip beliebig gestreut werden dürfen, sondern so zu bemessen sind, dass das Importgeschäft rationell betrieben werden kann, das auch im Interesse der Konsumenten (z.B. BGE 97 I 303, 747; 99 Ib 191). Daraus allein entsteht ein Gegensatz zur Rechtsgleichheit in der Verteilung der Einzelkontingente. Sie können, anders als Polizeibewilligungen, nur einer begrenzten Zahl von Bewerbern zugeteilt werden und sind deshalb zwangsläufig Privilegien (gleichsam Vorrechte der Person: Art. 8 Abs. 2 BV). Der Privilegiencharakter der Kontingente wird dann noch verschärft, wenn das Angebot die Nachfrage nicht zu befriedigen vermag. Die Kontingentsinhaber tragen dann nur ein geringes Absatzrisiko (vgl. BGE 100 Ib 440). Das leistet Missbräuchen wie dem verpönten Kontingentshandel (BGE 100 Ib 424 f.), der Kontingentserschleichung (BGE 100 Ib 314 ff., 104 Ib 213) oder gar dem Kontingentsbetrug (BGE 103 IV 29 f.) Vorschub. Mit den Kontingenten ist regelmässig die Gefahr des verpönten Kontingentshandels oder des «Sofakontingentsrentneriums» verbunden (vgl. Gygi, a.a.O., S. 186). Dies gilt es zu vermeiden. Wie die eidgenössische Wettbewerbskommission zu Recht festgehalten hat, soll die so genannte Kontingentsrente in erster Linie den Konsumenten und in zweiter Linie der Staatskasse, nicht aber dem «Sofaimporteur» zukommen (vgl. RPW 1978 574).

c) Im Hinblick auf die rechtliche Würdigung der von der Gemeinde erlassenen Kontingentsordnung erscheint es angezeigt, den Zollfreistatus der Gemeinde im heutigen wirtschaftlichen und rechtlichen Umfeld zu beleuchten. Mit Rücksicht auf ihre Lage

können schweizerische Grenzgebiete oder Grenzliegenschaften, unbeschadet der Überwachung durch die Zollverwaltung, vom schweizerischen Zollgebiet ausgeschlossen werden (Art. 2 Abs. 2 des Zollgesetzes [ZG]). Die Kompetenz, Bestimmungen über Zollausschlussgebiete zu erlassen, steht dem Bundesrat zu (Art. 2 Abs. 5 ZG). Seit Bestehen des Bundesstaates machte der Bundesrat von dieser Kompetenz lediglich einmal Gebrauch, und zwar als er am 29. April 1892 die Talschaft Samnaun und am 15. Juni 1892 das an Samnaun angrenzende Tal Sampuoir, welches zur Unterengadiner Gemeinde Tschlin gehört, aus dem schweizerischen Zollgebiet ausschloss. Der Bundesrat hielt damals in seiner Begründung fest, dass beide Hochtäler fast ausschliesslich auf den Verkehr mit Österreich angewiesen seien, dass der Bezug von Waren aus der Schweiz wegen der schlechten Erschliessung zu kostspielig sei und dass die Ausgaben für das Zollamt Compatsch die Zollerträge aufwögen. Die starke wirtschaftliche Entwicklung, die in der Folge im Zollausschlussgebiet stattfand, führte dazu, dass sich die Bundesbehörden wiederholt mit Gesuchen anderer Grenzregionen um die Gewährung des Zollfreistatus befassen mussten. Sie wurden bisher alle abgelehnt. In seiner Botschaft zum Mineralölsteuergesetz führte der Bundesrat aus, unter dem Aspekt der Gleichbehandlung vergleichbarer Grenzgebiete (Art. 4 aBV) falle es den Bundesbehörden zunehmend schwerer, dem Zollausschlussgebiet Samnaun/Sampuoir ein gesondertes Privileg zu erhalten, nachdem die Gründe für die Privilegierung nicht mehr bestünden. Die Aufhebung des Zollausschlusses dränge sich von daher auf (vgl. BBl 1995 III 143 f.). Anlässlich der Beratung des Entwurfs zu einem Mehrwertsteuergesetz teilte der Nationalrat diese Einschätzung und fand somit desgleichen, dass diese Sonderbehandlung nicht mehr gerechtfertigt sei; er strich daher Art. 3 Abs. 2 MWSTV gemäss dem Antrag des Bundesrates in seiner Stellungnahme vom 15. Januar 1997, was zur Folge hat, dass auch im Gebiet der Talschaften Samnaun und Sampuoir sämtliche Umsätze, namentlich auch die Lieferungen, steuerbar werden, welche die MWSTV als Inlandumsätze der Steuer unterwirft. Allerdings ist der Bundesgesetzgeber dem Bundesrat schlussendlich bekanntlich weder hinsichtlich der Mehrwertsteuer noch hinsichtlich der Mineralölsteuer gefolgt. Die vorstehenden Ausführungen zeigen jedoch, dass die Beibehaltung des Zollfreistatutes wirtschaftlich kaum mehr gerechtfertigt werden kann und rechtlich auf eine mit der Rechtsgleichheit und mit dem Gebot wettbewerbsneutralen Verhaltens des Staates nur noch schwer zu vereinbarende Privilegierung hin-

ausläuft. Hinzu kommt, dass es auch gesundheitspolitisch äusserst fragwürdig ist, die Abgabe von gewissermassen staatlich verbilligten Rauchwaren zuzulassen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an den Jugendschutz sowie die Bestrebungen des Bundes, den Zigarettenkonsum durch die Erhöhung der darauf lastenden Abgaben einzudämmen.

4. a) Mit Blick auf die obigen Darlegungen ist im Folgenden zu prüfen, ob es der Gemeinde mit ihrer Kontingentsordnung gelungen ist, einen sachlich haltbaren Ausgleich unter den verschiedenen Interessengegensätzen herbeizuführen. Dies kann nur teilweise bejaht werden.

b) Wie das Bundesgericht bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1974 festgestellt hat, darf im Rahmen der Festlegung der Folgen des Zollausschlusses zur Sicherung vor Missbräuchen auch die Kontingentierung der Ein- und Durchfuhr von besonders schmutzgefähigen Waren verfügt werden. Eine solche Massnahme, welche die privilegierende Wirkung des Zollausschlusses dem Zweck des Sonderstatuts entsprechend auf die Talbewohner zu beschränken und die missbräuchliche Ausnützung durch Dritte zu verhindern suche, sei grundsätzlich bundesrechtskonform (vgl. BGE 104 Ib 45 ff.). Daraus sowie auch aus dem unter E. 2.b Gesagten folgt zunächst, dass der Kreis der Kontingentsbezüger nicht beliebig weit, aber auch nicht zu eng gezogen werden darf. Dem Grundsatz nach erweist sich nur eine Kontingentsordnung als sachlich vertretbar, welche den Kreis der Kontingentsbezüger so zieht, dass im Wesentlichen nur jene Bewerber ein Kontingent erhalten, welche gewillt und geeignet sind, die Tabakwaren mindestens zum weit überwiegenden Teil direkt an die Endkonsumenten zu verkaufen. Dadurch kann einigermaßen gewährleistet werden, dass die Kontingente nach den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und der Wettbewerbsneutralität auf die Gewerbetreibenden, welche im Zigarettenverkauf tätig sein wollen, verteilt werden, während andererseits grossenteils verhindert werden kann, dass eine Streuung erfolgt, die einen rationellen Verkauf im Interesse der Konsumenten verhindert. Gleichzeitig kann der Kontingentshandel weitgehend unterbunden werden. Dies dient einerseits der Missbrauchsbekämpfung. Andererseits beugt es der Konzentration der Kontingente in der Hand weniger marktmächtiger Konkurrenten vor. Bei der Ausgestaltung einer verfassungskonformen Kontingentsordnung im umschriebenen Sinne bestehen erhebliche Gestaltungsspielräume für den Gesetzgeber.

c) 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.

A 02 12

Urteil vom 12. Dezember 2002

Dagegen an das Bundesgericht erhobene staatsrechtliche Beschwerde noch hängig.