

Prof. Dr. Kurt Pärli / Prof. Dr. Jens Lehne

Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit dem Freihandelsabkommen und der Bundesverfassung

Die Alkoholhandelsgesetzgebung wird zurzeit revidiert. Dabei geht es auch um Massnahmen gegen den problematischen Alkoholkonsum besonders gefährdeter Bevölkerungsgruppen, u.a. um die Einführung von Mindestpreisen für alkoholische Getränke. Diese Massnahme ist nicht nur politisch, sondern auch rechtlich umstritten. In Frage steht insbesondere die Vereinbarkeit mit dem Freihandelsabkommen mit der EU (FHA) und der Wirtschaftsfreiheit der BV. Wichtige Aspekte sind die Verhältnismässigkeit einer solchen Massnahme sowie die Frage, inwieweit die Grundsätze der EU-Warenverkehrsfreiheit auch bei der Auslegung des FHA zu berücksichtigen sind.

Rechtsgebiet(e): Bilaterale Abkommen CH-EU; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Kurt Pärli / Jens Lehne, Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit dem Freihandelsabkommen und der Bundesverfassung, in: Jusletter 17. Februar 2014

Inhaltsübersicht

Einleitung

- A) Ausgangslage
 - B) Gang der Untersuchung
- Teil 1. Zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU
- A) Rechtliche Ausgangslage
 - B) Zur Frage einer parallelen Auslegung von Art. 13 und 20 FHA mit dem korrespondierenden Unionsrecht
 - 1. Argumente für eine parallele Auslegung
 - 2. Kritische Würdigung
 - 2.1 Einordnung der Position Epiney/Metz in das Meinungsspektrum innerhalb der juristischen Lehre
 - 2.2 Argumente gegen die «Funktionsänderungsthese»
 - 2.2.1 Keine Parallelität zwischen FHA und FZA
 - 2.2.2 Die Funktionsänderungsthese im Lichte der EWR-Abstimmung
 - 2.2.3 Keine Unterstützung durch den EuGH
 - 3. Ergebnis: Keine parallele Auslegung
 - C) Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit dem EU-Recht
 - 1. Mindestpreise im Lichte von Art. 34 AEUV
 - 1.1 Schutzbereich betroffen
 - 1.2 Keine Rechtfertigung des Eingriffs wegen fehlender Erforderlichkeit
 - 1.3 Übertragung der EU-rechtlichen Erkenntnisse auf das FHA
 - 2. Kritische Würdigung
 - 2.1 Öffentliche Gesundheit und Warenverkehrsfreiheit – ein komplexes Verhältnis
 - 2.2 Steuern als angeblich milderes Mittel
 - D) Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit dem FHA
 - 1. Die Bestimmungen des FHA als Ausgangslage
 - 2. Evidenzbasierte Gesetzgebung
 - 2.1 Die Problemlagen
 - 2.2 Mindestpreise als problemadäquate Lösung – Stand des Wissens
 - 2.3 Mindestpreis – Erweiterung des Vorschlages des Ständerates
 - 3. Mindestpreis – Keine willkürliche Diskriminierung und verschleierte Handelsbeschränkung ausländischer Produkte, sofern...
- Teil 2. Zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit der Wirtschaftsfreiheit der Bundesverfassung
- A) Die Position von Epiney/Metz
 - B) Kritische Würdigung
 - 1. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit
 - 2. Gesetzliche Grundlage
 - 3. Öffentliches Interesse
 - 4. Verhältnismässigkeit: Vergleich von Mindestpreisen für Alkoholika mit einer allgemeinen Steuer für Alkoholika
 - 4.1 Ist eine allgemeine Steuer auf Alkoholika gleich geeignet wie Mindestpreise für Alkoholika?
 - 4.2 Ist eine allgemeine Steuer auf Alkoholika weniger eingreifend als Mindestpreise für Alkoholika?
 - 5. Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten
- Teil 3. Zusammenfassung
- Abkürzungsverzeichnis
- Literaturverzeichnis

Einleitung

A) Ausgangslage

[Rz 1] Derzeit arbeitet das Schweizer Parlament an einer Totalrevision des geltenden Alkoholgesetzes. Ziel der Revision ist die Anpassung der gesetzlichen Regelungen an heutige wirtschaftliche und gesellschaftliche Verhältnisse.

Die Minderung des problematischen Alkoholkonsums und seiner Folgen sowie der Jugendschutz stehen dabei im Vordergrund¹.

[Rz 2] Der Bundesrat hat der Bundesversammlung zu diesem Zweck den Entwurf zweier Gesetze vorgelegt; das Bundesgesetz über die Besteuerung von Spirituosen und Ethanol (Spirituosensteuergesetz (SpStG)) sowie das Bundesgesetz über den Handel mit alkoholischen Getränken (Alkoholhandelsgesetz (AlkHG)). Im für den vorliegenden Beitrag relevanten Alkoholhandelsgesetz wird auf preisliche Massnahmen für den Schutz vor problematischem Alkoholkonsum vollständig verzichtet². Der Verzicht erfolgt trotz nachweislich positiver Auswirkungen preislicher Massnahmen für den Schutz Jugendlicher vor übermässigem Alkoholkonsum³. Die Gründe für den Verzicht liegen gemäss Botschaft des Bundesrates in rechtlichen wie auch in sozialen Überlegungen. Einerseits seien preisliche Massnahmen (und damit auch Mindestpreise) mit Blick auf die Verpflichtungen aus dem Freihandelsabkommen Schweiz-Europäische Union (EU) (FHA)⁴ wie auch auf die verfassungsrechtlich garantierte Wirtschaftsfreiheit problematisch. Andererseits sei eine Verteuerung aller alkoholischen Getränke u.a. mit Blick auf den rückläufigen Alkoholkonsum in der Schweiz schwerlich zu rechtfertigen⁵. Bei seinen rechtlichen Bedenken stützte sich der Bundesrat vor allem auf ein von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung in Auftrag gegebenes Gutachten von ASTRID EPINEY und BEATE METZ⁶.

[Rz 3] In der Frühjahrssession 2013 wurde der Entwurf für das Alkoholhandelsgesetz vom Ständerat beraten und mit mehreren Abweichungen zur bundesrätlichen Botschaft und zu den Anträgen der vorberatenden Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S) verabschiedet. Besonders relevant ist für den vorliegenden Beitrag der Entscheid des Ständerates, für den Verkauf von Alkoholika einen vom Alkoholgehalt abhängigen Mindestpreis festzulegen⁷. Weder in der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N)⁸ noch im Nationalrat selbst fand

¹ Vgl. Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, BBl 2012, S. 1316.

² Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1373 f.

³ Statt vieler: WHO, interventions to reduce alcohol-related harm, S. 76 ff.

⁴ Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

⁵ Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1373 f.

⁶ EPINEY ASTRID/METZ BEATE, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU und der Wirtschaftsfreiheit, Oktober 2009 (mit Aktualisierung infolge des ab 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon). Die Inhalte dieses Rechtsgutachtens finden sich auch im Beitrag von EPINEY/ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, Die Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika und ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit, in: Jusletter 24. Januar 2011.

⁷ Amtliches Bulletin Ständerat, Sitzung vom 20. März 2013, 12.020, S. 286.

⁸ Medienmitteilung des WAK-N «Nein zum Nachtregime und zum

der Vorschlag des Ständerates eine Mehrheit⁹. Das Differenzbereinigungsverfahren ist eingeleitet. In einem ersten Schritt wurde die Vorlage erneut von der WAK-S diskutiert¹⁰; diese beauftragte die Verwaltung, einen Alternativvorschlag zur vom Nationalrat beschlossenen Ausbeutebesteuerung zu erarbeiten¹¹. Der Zeitpunkt der weiteren Beratungen in den Räten ist noch nicht bestimmt¹².

B) Gang der Untersuchung

[Rz 4] In der vorliegenden Untersuchung wird geprüft, ob die gesetzliche Verankerung eines Mindestpreises für alkoholische Getränke mit den rechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nach FHA und der in der Bundesverfassung (BV) verankerten Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist. Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei in der Regel die Argumentation im oben erwähnten Gutachten von EPINEY/METZ¹³, von welchem sich der Bundesrat leiten liess. Nicht untersucht werden allfällige Probleme eines gesetzlichen Mindestpreises für alkoholische Getränke mit dem WTO-Recht¹⁴. Auch nicht

Mindestpreis für Alkohol» vom 13. August 2013, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/mm/2013/Seiten/mm-wak-n-2013-08-13.aspx> (besucht: 10. September 2013).

⁹ Amtliches Bulletin Nationalrat, Sitzung vom 19. September 2013, 12.020, N 1528.

¹⁰ Medienmitteilung des WAK-S «Nein zur Volksinitiative zur Abschaffung der Pauschalbesteuerung» vom 7. November 2013, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/mm/2013/Seiten/mm-wak-s-2013-11-07.aspx> (besucht: 31. Januar 2014).

¹¹ Gemäss Beschluss des Nationalrates sind Steuerermässigung von 30% für Destillate aus inländischem Beeren-, Stein und Kernobst vorgesehen, was gegen völkerrechtliche Verpflichtungen und gegen die Bundesverfassung verstösst (siehe dazu das Gutachten von Prof. René Matteotti, einsehbar unter <http://www.eav.admin.ch/dienstleistungen/00676/00764/index.html?lang=de> (besucht am 28. Dezember 2013)).

¹² Zum Stand des Differenzbereinigungsverfahrens siehe <http://www.eav.admin.ch/dienstleistungen/00636/index.html> (besucht am 28. Dezember 2013).

¹³ Siehe vorne, Fn. 7.

¹⁴ Das WTO-Recht verbietet in Art. III des General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) die Diskriminierung ausländischer Produkte gegenüber inländischen Produkten (Inländerbehandlungsprinzip), erlaubt aber in Art. XX lit. b GATT Ausnahmen zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen. Die Besteuerung von Alkoholika ist bereits mehrfach von den WTO-Streitbeilegungsorganen unter dem Gesichtspunkt von Art. III GATT beurteilt worden (*Japan – Alcoholic Beverages I* [DS 8/10/11], *Korea – Alcoholic Beverages* [DS 75/84], *Chile – Alcoholic Beverages* [DS 87/110], *Philippines – Distilled Spirits* [DS 396/403]), in allen Fällen ging es jedoch weder um Mindestpreise, noch um primär gesundheitspolitische Anliegen. Hingegen hatte ein GATT-Panel 1991, vor Inkrafttreten der WTO-Abkommen, über eine gesundheitspolitisch begründete Mindestpreisregelung für Bier zu befinden (*Canada – Alcoholic Beverages II*, DR17/R, Bericht vom 16. Oktober 1991, angenommen am 18. Februar 1992). Da die Mindestpreise auf Höhe der inländischen Preise festgesetzt waren, wurde eine faktische Diskriminierung ausländischer Produkte und damit eine Verletzung von Art. III GATT bejaht. Die Möglichkeit einer Ausnahme aufgrund von Art. XX GATT wurde allerdings nicht geprüft. Art. XX GATT verlangt vor allem, ähnlich wie das FHA und die BV, die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (zu Einzelheiten

Gegenstand des Beitrags ist die Zulässigkeit der Ausbeutebesteuerung, wie sie vom Nationalrat vorgeschlagen wird¹⁵.

[Rz 5] In Teil I der Untersuchung wird auf die Vereinbarkeit von Mindestpreisen (in der Version von Art. 44 Vernehmlassungsentwurf Alkoholgesetz und Art. 8a Entwurf Alkoholhandelsgesetz (Version Ständerat Frühjahrssession (FS) 2013)) mit dem FHA eingegangen. Hierzu wird vorerst gefragt, ob Art. 13 und 20 FHA parallel zu den analogen Bestimmungen im Unionsrecht (Art. 34 und 6 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) ausgelegt werden müssen und folglich die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 34 und 36 AEUV zwingend zu berücksichtigen ist. Ungeachtet dieses Zwischenergebnisses wird in einem nächsten Schritt geprüft, ob die Festsetzung von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit der Auslegung zu Art. 34 und 36 AEUV vereinbar ist bzw. zu vereinbaren wäre. Besonderes Gewicht wird dabei auf die Entwicklungen in ausgewählten EU-Staaten und auf die Verhältnismässigkeitsprüfung gelegt. Berücksichtigt werden hier insbesondere neuere sozialwissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirkung preissensitiver Massnahmen auf den Alkoholkonsum im Allgemeinen und auf denjenigen besonders gefährdeter bzw. schutzbedürftiger Gruppen.

[Rz 6] In Teil II der Studie erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Frage der Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit.

Teil 1. Zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU

A) Rechtliche Ausgangslage

[Rz 7] Im ursprünglichen Entwurf zum Alkoholhandelsgesetz sah Art. 44 vor:

«(1) Beim Verkauf von alkoholischen Getränken im Kleinhandel gelten folgende Mindestpreise:

a. bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 3 bis 7 Volumenprozenten

2 Franken pro Liter;

b. bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 7 bis 18 Volumenprozenten

6 Franken pro Liter;

c. bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 18 Volumenprozenten

und zur reichhaltigen Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane zu Art. XX GATT siehe z.B. VAN DEN BOSSCHE/ZDOUC, 545 ff.).

¹⁵ Siehe vorne, Fn 12.

17 Franken pro Liter;

d. bei alkoholischen Süssgetränken mit einem Alkoholgehalt von über 3 bis 15 Volumenprozenten 15 Franken pro Liter.

(2) Der Bundesrat kann die Mindestpreise aus gesundheitspolitischen Gründen anpassen.»

[Rz 8] Diese Bestimmung liegt den Ausführungen im Gutachten EPINEY/METZ zu Grunde. In der Frühjahrssession 2013 stimmte der Ständerat folgendem Vorschlag der vorberatenden Kommissionsminderheit für einen Art. 8a Entwurf Alkoholhandelsgesetz (Version Ständerat Frühjahrssession 2013) zu:

Abs. 1: Der Bundesrat legt für den Verkauf von Alkohol einen alkoholgehaltabhängigen Mindestpreis fest.

Abs. 2: Massgeblich für die Festlegung des Preises ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit, namentlich der Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten.

[Rz 9] Für die Frage der Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU sind insbesondere Art. 13 Abs. 1 FHA und Art. 20 FHA relevant:

Art. 13 FHA

(1) Im Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz werden keine neuen mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen oder Massnahmen gleicher Wirkung eingeführt.

(2) Die mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen werden am 1. Januar 1973 und die Massnahmen gleicher Wirkung spätestens bis zum 1. Januar 1975 beseitigt.

Art. 20 FHA

Dieses Abkommen steht Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder von Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind; ebensowenig steht es Regelungen betreffend Gold und Silber entgegen. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Vertragsparteien darstellen.

[Rz 10] Diese Bestimmungen sind in sprachlicher Hinsicht praktisch¹⁶ identisch mit den im AEUV verankerten

Artikeln 34 und 36 bezüglich des Verbots von mengenmässigen Beschränkungen der Wareneinfuhr zwischen den Mitgliedstaaten:

Art. 34 AEUV

Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Massnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Art. 36 AEUV

Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

[Rz 11] Zu Art. 34 und 36 AEUV hat der EuGH unzählige Urteile gefällt, darunter für die Grundfreiheitsdogmatik so wegweisende Entscheidungen wie die Rechtssachen «Dassonville»¹⁷, «Cassis-de Dijon»¹⁸ und «Keck»¹⁹. Intensiv ist auch die Auseinandersetzung mit der Warenverkehrsfreiheit im EU-Rechtsschrifttum²⁰. Im Schrifttum finden sich Stimmen, die bei allen EU-rechtlichen Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und Personenverkehrsfreiheit) eine gemeinsame Struktur erkennen²¹.

[Rz 12] In der Schweiz sind die für den EU-Binnenmarkt geltenden Grundfreiheiten nur punktuell relevant. Die Schweiz hat einzelne Grundfreiheiten zu unterschiedlichen Zeitpunkten und aus unterschiedlichen Motiven auf dem Wege von Abkommen mit der EU bzw. der EU und ihren Mitgliedstaaten anerkannt. War für das vorliegend relevante FHA die veränderte Ausgangslage innerhalb Europas durch den EWG-Beitritt von Grossbritannien, Irland und Dänemark ein

«neue Massnahme» handeln würde. Art. 20 FHA weicht von Art. 34 AEUV ab, indem er Regelungen betreffend Gold und Silber vom Anwendungsbereich ausnimmt. Auch diese Abweichung trägt vorliegend keine Relevanz.

¹⁷ Urteil des EuGH vom 11. Juli 1974, Rs. C-8/74, Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville, Slg. 1974, 837.

¹⁸ Urteil des EuGH vom 10. Februar 2009, Rs. C-110/05, Kommission gegen Italien; Urteil des EuGH vom 20. Februar 1979, Rs. C-120/78, Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649.

¹⁹ Urteile des EuGH vom 24. November 1993, Rs. C-267/91 und C-268/91, Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard, Slg. 1993, I-6097.

²⁰ Statt vieler: MAYER, S. 793 ff.

²¹ So z.B. MÜHL, S. 1 ff.

¹⁶ Die Formulierung von Art. 13 FHA ist nicht vollkommen identisch mit Art. 34 AEUV; im AEUV gelten mengenmässige Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung als verboten, während im FHA Schweiz-EU auf «neue» Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung abgestellt wird. Dieser Unterschied ist vorliegend jedoch nicht relevant, da es sich bei der Einführung von Mindestpreisen um eine

wesentlicher Treiber²², so stand das 1997 ratifizierte Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA)²³ im Zusammenhang mit der nach der Ablehnung des EWR-Beitritts durch den schweizerischen Souverän notwendig gewordenen Neuorientierung der schweizerischen Europapolitik. Im FZA geregelt ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden und diejenige der Selbständigerwerbenden, wobei letztere auf natürliche Personen beschränkt ist²⁴. Weiter beinhaltet das FZA eine, allerdings auf 90 Tage pro Kalenderjahr beschränkte, Dienstleistungsfreiheit²⁵. Nicht Gegenstand eines Abkommens zwischen der Schweiz und der EU bildet die Zahlungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Insgesamt zeigen sich somit beachtliche Unterschiede zwischen den Grundfreiheiten, wie sie zwischen den EU-Staaten Gültigkeit haben und der bloss partiell vergleichbaren Rechtslage im Verhältnis der Schweiz zu den EU-Staaten²⁶.

[Rz 13] Bezüglich der Warenverkehrsfreiheit stellt sich jedoch die Frage, ob aufgrund der weitgehenden Wortübereinstimmung der relevanten Artikel im FHA und im AEUV bei der Auslegung der Artikel 13 und 20 FHA die Rechtsprechung des EuGH massgebend ist.

B) Zur Frage einer parallelen Auslegung von Art. 13 und 20 FHA mit dem korrespondierenden Unionsrecht

1. Argumente für eine parallele Auslegung

[Rz 14] Das FHA ist ein völkerrechtlicher Vertrag der EU mit der Schweiz, es enthält selbst keine Auslegungsregeln²⁷. Völkerrechtliche Verträge werden nach den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) ausgelegt (Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang, Ziel und Zweck des Vertrages, Praxis der Parteien [Art. 31 WVK]; die Entstehungsgeschichte ist nur ein ergänzendes Auslegungsmittel [Art. 32 WVK]). Der Wortlaut der Bestimmungen im AEUV (Art. 34 und 36) und im FHA (Art. 13 und 20) ist praktisch identisch. Aus der blossen Tatsache, dass

sich im FHA und im Unionsrecht vergleichbare Bestimmungen finden, lässt sich eine parallele Auslegung allerdings nicht zwingend herleiten. Mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung (Polydor²⁸, Kupferberg²⁹) halten EPINEY/METZ fest, eine «automatische Übertragung» verbiete sich, da die Auslegung des Unionsrechts von besonderen Grundsätzen geprägt sei. Eine parallele Auslegung der Art. 13 und 20 FHA mit den fraglichen Bestimmungen des AEUV falle jedoch in Betracht, wenn parallele Ziele verfolgt werden und «eine *«Übernahme» des *acquis* beabsichtigt ist und sich damit (grundsätzlich) eine parallele Auslegung von Abkommen und Unionsrecht aufdrängt (...)*»³⁰.

[Rz 15] EPINEY/METZ kommen mit Bezug auf neuere EuGH-Rechtsprechung³¹ und auf die parallele Auslegung des EuGH zu den Bestimmungen zum Warenverkehr in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit der EU zum Schluss, «*dass der EuGH von einer Parallelität der Art. 13, 20 FHA mit Art. 34 ff. AEUV ausgehen dürfte*»³². Das Bundesgericht betone in seiner Rechtsprechung zwar den Charakter des FHA als reines Handelsabkommen, das keinen einheitlichen Binnenmarkt sondern lediglich eine Freihandelszone schaffen wolle, nehme aber zum Beispiel im Urteil Sovag³³ auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH Bezug. In einer anderen Entscheidung prüfte das Bundesgericht Art. 20 FHA nach parallelen Kriterien wie Art. 36 AEUV³⁴. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH liessen keine eindeutigen Schlüsse zu, wobei die Autorinnen bei beiden Gerichten eine Tendenz für eine parallele Auslegung feststellen³⁵.

[Rz 16] Auf dem Hintergrund ihrer Bewertung der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts und mit Blick auf den Zweckartikel des FHA (Art. 1) folgern EPINEY/METZ, dass «*zumindest die Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Freihandelsabkommen grundsätzlich parallel zur Rechtslage in der Union auszulegen sind*»³⁶. Hinzugefügt wird, dies gelte trotz des beschränkten Anwendungsbereichs des FHA

²² Vgl. Botschaft Freihandelsabkommen, S. 653 ff., insb. S. 661 f.; COTTIER/LIECHTI, S. 851.

²³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

²⁴ Art. 1 lit. a FZA gewährt Staatsangehörigen der FZA-Vertragsstaaten ein Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zu einer Niederlassung als Selbständigerwerbender; juristische Personen sind davon nicht erfasst. Zu den Auswirkungen dieser beschränkten Niederlassungsfreiheit siehe Urteil des EuGH vom 12. November 2009, Rs. C-351/08, Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Slg. 2009, I-10777, Rz. 37 ff.

²⁵ Art. 5 und Art. 17–23 Anhang I FZA.

²⁶ Siehe für eine Übersicht: TOBLER/BEGLINGER, Band 1 (Text), Rz. 123 ff., sowie Band 2 (Tafeln) Tafel 26.

²⁷ Anders verhält es sich beim Freizügigkeitsabkommen FZA, siehe unten, Rz. 25.

²⁸ Urteil des EuGH vom 9. Februar 1982, Rs. C-270/80, Polydor Limited und RSO Records Inc. gegen Harlequin Records Shops Limited und Simons Records Limited, Slg. 1982, 329.

²⁹ Urteil des EuGH vom 26. Oktober 1982, Rs. C-104/81, Hauptzollamt Mainz gegen C.A. Kupferberg & Cie KG a.A., Slg. 1982, 3641.

³⁰ EPINEY/METZ, S. 6.

³¹ Urteil des EuGH vom 20. November 2011, Rs. C-268/99, Aldona Malgorzata Jany und andere gegen Staatssecretarías van Justitie, Slg. 2001, I-8615 (mit Verweis auf Rz. 37); Urteil des EuGH vom 29. Januar 2002, Rs. C-162/00, Land Nordrhein-Westfalen gegen Beata Pokrzepowicz-Meyer, Slg. 2002, I-1049 (mit Verweis auf Rz. 31 ff.); Urteil des EuGH vom 16. Juli 1992, Rs. C-163/90, Administration des douanes et droits indirects gegen Léopold Legros und andere, Slg. 1992, I-4625 (mit Verweis auf Rz. 26 ff.).

³² EPINEY/METZ, S. 6.

³³ BGE 131 II 271 ff.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 2A.593/2005 vom 6. September 2006.

³⁵ EPINEY/METZ, S. 8 und 10.

³⁶ EPINEY/METZ, S. 9.

im Vergleich zur Warenverkehrsfreiheit nach AEUV; auch bei einer bloss teilweisen Integration der Schweiz in den Binnenmarkt rechtfertigt sich die parallele Auslegung.

[Rz 17] Die Darlegungen von EPINEY/METZ münden in einem Plädoyer für eine dynamische Auslegung des FHA. Die rasche und dynamische Entwicklung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU seit 1999 und insbesondere die nun auch ausdrückliche Bezugnahme auf EU-Recht in den (Ziel-) Bestimmungen zahlreicher Abkommen führe deshalb zu einer Neubewertung der Funktion des FHA, dieses sei «Teil eines umfassenden bilateralen Vertragswerks geworden, das in weiten Teilen grundsätzlich vom Einbezug der Schweiz in Teilbereiche des Unionsrecht bzw. des *acquis* ausgeht, so dass Vieles dafür spricht, bei der Auslegung der Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Freihandelsabkommen (...) von einer Anlehnung an die Rechtslage in der Union auszugehen»³⁷. Damit begründen die Autorinnen ihre «Funktionsänderungsthese» des FHA³⁸.

2. Kritische Würdigung

2.1 Einordnung der Position EPINEY/METZ in das Meinungsspektrum innerhalb der juristischen Lehre

[Rz 18] In der juristischen Lehre finden sich verschiedene Arbeiten, die sich mit der Rechtsnatur des Freihandelsabkommens bzw. einzelnen seiner Bestimmungen auseinandersetzen, wobei primär die Frage erörtert wird, ob einzelne Bestimmungen des FHA unmittelbar anwendbar sind oder ob sie sich lediglich an die Vertragsparteien (Schweiz und Europäische Union) richten³⁹. Diese Frage hängt zwar mit der vorliegend relevanten Problematik der (allfälligen) parallelen Auslegung von Art. 13 und 20 FHA und Art. 34 ff. AEUV zusammen, ist jedoch nicht gänzlich gleichartig. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit entspricht der Auslegung des EuGH. Auch eine autonome Auslegung der Schweiz kann jedoch zum gleichen Ergebnis (unmittelbare Anwendbarkeit) führen.

[Rz 19] Die von EPINEY/METZ darlegte Argumentation baut im Wesentlichen auf Arbeiten von COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV und dann insbesondere COTTIER/DIEBOLD (2009) auf. Mit Kritik an der bundesgerichtlichen Weigerung, im Rahmen von Art. 13 und 20 FHA eine Prüfung von Parallelimporten im Lichte der EU (damals: EG) rechtlichen Grundätze vorzunehmen, forderten COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV schon 2004, die künftige Auslegung des Freihandelsabkommens müsse sich ebenso wie die EFTA-Konvention dem heutigen Kontext der sektoriellen Abkommen anpassen⁴⁰. Fünf Jahre später (2009) konkretisierten COTTIER/DIEBOLD diesen Ansatz und appellierten an das Bundesgericht, es sei an der Zeit, dass sich die Ent-

wicklung zur parallelen Rechtsprechung nicht auf das FZA beschränke, sondern sich vielmehr auf den im FHA verankerten freien Warenverkehr ausdehne⁴¹. Die Autoren plädieren für eine verstärkte Kohärenz durch eine Theorie der Justiziabilität von Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen, das FHA als bilaterales Abkommen Schweiz/EU der ersten Generation müsse deshalb gleich wie das spätere FZA ausgelegt werden. EPINEY/METZ nehmen diesen Ansatzpunkt auf, indem sie in das FHA durch die Annäherung der Schweiz an die EU eine Funktionsänderung hineininterpretieren⁴².

[Rz 20] Besondere Aufmerksamkeit fand in der juristischen Lehre BGE 131 II 271 ff. (Sovag). Das Bundesgericht bestätigt in diesem Urteil seine bisherige Praxis, wonach es die Bestimmungen des Freihandelsabkommens autonom auslegt. Grund dafür sei die unterschiedliche Finalität des FHA und des korrespondierenden EU-Rechts (damals: EG-Recht). Die Rechtsprechung des EuGH sei aber dennoch nicht unbeachtlich⁴³. Für WÜGER ist einerseits erfreulich, dass das Bundesgericht in dieser Entscheidung die unmittelbare Anwendbarkeit des FHA anerkannt habe. Der Autor kritisiert jedoch das Bekenntnis zur autonomen Auslegung des Bundesgerichts scharf und fordert, die Rechtsprechung des EuGH sei «in weitem Umfang zu berücksichtigen»⁴⁴. Auch WÜGER stimmt deshalb im Ergebnis der im Gutachten EPINEY/METZ geforderten parallelen Auslegung des FHA mit dem EU-Recht zu.

[Rz 21] Für KELLERHALS/BAUMGARTNER ist fraglich, ob «es nicht sinnvoll wäre, wenn das Bundesgericht die Vorschrift des Art. 13 FHA i.S.d. EuGH-Rechtsprechung auslegen würde»⁴⁵. Eine rechtliche Pflicht bestehe dafür allerdings nicht und es sei verständlich, dass das Bundesgericht für das Verhältnis der Schweiz zur EU nicht wie der EuGH für die EU eine führende Rolle in der Integration übernehme könne. Auch eine autonome Auslegung des Freihandelsabkommens lasse jedoch genügend Spielraum für eine Praxis zu, welche zum einen die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts unterstütze und zum anderen die Eigenheiten des schweizerischen Rechtssystems in genügendem Masse berücksichtige⁴⁶.

[Rz 22] Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Position von EPINEY/METZ der wohl herrschenden Lehre in der Schweiz entspricht. Zu beachten ist indes, dass sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein klares Bekenntnis zu einer parallelen Auslegung nicht ableiten lässt.

³⁷ EPINEY/METZ, S. 9.

³⁸ Zur Kritik daran siehe Rz 23 bis Rz 38.

³⁹ BALDI, S. 83 ff.; BORER, S. 115; SIEGWART/FELDER, S. 492; WÜGER, Rz. 12 ff.

⁴⁰ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 375.

⁴¹ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 29 ff. und im zweiten Absatz der Zusammenfassung.

⁴² Siehe vorne, Rz. 17.

⁴³ BGE 131 II 271, E. 10.3.

⁴⁴ WÜGER, Rz. 19.

⁴⁵ KELLERHALS/BAUMGARTNER, S. 326.

⁴⁶ KELLERHALS/BAUMGARTNER, S. 326.

2.2 Argumente gegen die «Funktionsänderungsthese»

[Rz 23] Der These, wonach sich die Funktion des FHA durch die mit dem FZA (und weiteren bilateralen Abkommen) gewachsene Annäherung der Schweiz an die EU gewandelt habe, ist aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen.

[Rz 24] Noch nicht berücksichtigt in den folgenden Ausführungen ist die am 9. Februar 2014 mit knappem Mehr erfolgte Annahme der Masseneinwanderungsinitiative. Durch den in dieser Initiative enthaltenen Auftrag, die Personenfreizügigkeit mit der EU in ihrer heutigen Form innerhalb der nächsten drei Jahre zu beenden, ergibt sich in jedem Fall eine neue Ausgangslage bei der Beurteilung des Vertragsgefüges zwischen der EU und der Schweiz.

2.2.1 Keine Parallelität zwischen FHA und FZA

[Rz 25] Vorab ist auf grundlegende Unterscheidungen zwischen dem FHA und dem FZA hinzuweisen. Im FZA findet sich in Art. 11 eine Bestimmung, wonach die den unter dieses Abkommen fallenden Personen die Möglichkeit gegeben werden muss, bei Verletzung der sich aus dem FZA ergebenden Rechte, bei den zuständigen Behörden Beschwerden einzulegen. Eine vergleichbare Bestimmung fehlt im FHA. Weiter enthält das FZA Regeln über die Bezugnahme auf das Unionsrecht. Artikel 16 Abs. 2 FZA hält fest, dass bei der Anwendung des FZA immer dann, wenn auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts (Unionsrecht) zurückgegriffen wird, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist und zwar jene Urteile, die bis zum Zeitpunkt vor der Unterzeichnung des Abkommens (also Urteile bis zum 21. Juni 1999) ergangen sind. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Der Gemischte Ausschuss stellt auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser (neuen) Rechtsprechung fest. Das FHA beinhaltet wie etwa auch das Landverkehrsabkommen⁴⁷ keine Auslegungsgrundsätze⁴⁸.

[Rz 26] Im wegweisenden BGE 136 II 5 entschied das Bundesgericht, dass auch nach dem 21. Juni 2009 ergangene EuGH-Rechtsprechung im Interesse einer parallelen Rechtslage in den vom FZA erfassten Bereichen grundsätzlich zu berücksichtigen sei: «Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt

allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift»⁴⁹.

[Rz 27] Die gerade dargestellte Praxis des Bundesgerichts, im Interesse einer parallelen Rechtslage auch die EuGH-Urteile zu berücksichtigen, die nach dem 21. Juni 1999 ergangen sind, stellt nicht die Erfüllung einer völkervertragsrechtlichen Pflicht dar. Vielmehr handelt es sich um einen autonomen Nachvollzug unionsrechtlicher Rechtsprechung. Diese Position kommt deutlich in BGE 136 II 5 zum Ausdruck, wenn das Bundesgericht festhält: «Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun»⁵⁰.

[Rz 28] Wenn sich gemäss Bundesgericht aus dem FZA, das immerhin eine wenn auch in zeitlicher Hinsicht beschränkte Verpflichtung zur Beachtung der EuGH-Rechtsprechung beinhaltet, keine Pflicht zu einer parallelen Auslegung ergibt, so kann dies erst recht nicht auf das FHA zutreffen. Zu beachten ist, dass sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum FHA klar gegen eine parallele Auslegung des FHA ausspricht, das FHA sei ein reines Handelsabkommen, das nicht wie der EG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen wolle, der Schweizer Richter hätte deshalb dieses Abkommen grundsätzlich autonom auszulegen und anzuwenden⁵¹.

2.2.2 Die Funktionsänderungsthese im Lichte der EWR-Abstimmung

[Rz 29] Ein Beitritt zum EWR hätte – ohne dass jetzt an dieser Stelle auf die Details eingegangen werden kann – eine Verpflichtung zur parallelen Auslegung der Bestimmungen zum Warenverkehr im EWR mit den korrespondierenden Bestimmungen im AEUV (damals: EGV) nach sich gezogen⁵². Der schweizerische Souverän entschied sich zwanzig Jahre nach der Zustimmung zum Freihandelsabkommen⁵³, wenn auch knapp, gegen den EWR⁵⁴. Wenn auf dem Wege der

⁴⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen) vom 21. Juni 1999, SR 0.740.72, S. 37 ff.

⁴⁸ Siehe zu den je nach bilateralem Vertrag CH/EU unterschiedlichen Auslegungsgrundsätzen den Beitrag von TOBLER (Wettbewerbsrecht), S. 11 f.

⁴⁹ BGE 136 II 5, E. 3.4. Zu den Auswirkungen dieses wichtigen Urteils des Bundesgerichts siehe BURRI/PIRKER, S. 165 ff.; BGE 136 II 5 ff. wurde mehrfach bestätigt, siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2482/2009 vom 28. Januar 2011; BGE 136 II 329, E. 2.3.

⁵⁰ BGE 136 II 5, E. 3.4.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 2A.593/2005 vom 6. September 2006, E. 5.4 mit Hinweisen auf BGE 131 II 271, E. 10.3; BGE 118 Ib 367, E. 6b; BGE 105 II 49, E. 3a; BGE 104 IV 175, E. 2c.

⁵² Vgl. FRENZ, Rz. 1598; HARATSCH/KOENIG/PECHSTEIN, Rz. 1273.

⁵³ Vgl. BBI 1973 I S. 82. Dem FHA stimmten 72.5% der Abstimmenden und alle Stände zu, die Stimmbeteiligung betrug 52.9%.

⁵⁴ Vgl. BBI 1993 I S. 168. Das Volksmehr wurde knapp nicht erreicht (50,3% Nein-Stimmen), hingegen lehnten nicht weniger als 14 Kantone und 4 Halbkantone den EWR ab. Die Stimmbeteiligung betrug für schweizerische

Auslegung dem FHA eine Funktionsänderung – Ausdruck davon bilde die Pflicht zur parallelen Auslegung – zugesprochen wird, so kann dies *politisch* betrachtet als Missachtung des damaligen Volkswillens gesehen werden. Auch die spätere Zustimmung des Souveräns zum FZA⁵⁵ und zur Ausdehnung des FZA auf die neuen Mitgliedstaaten⁵⁶ kann kaum als implizite Zustimmung des Souveräns zur Neuinterpretation des FHA ausgelegt werden, da FHA und FZA grundsätzlich unterschiedliche Materien betreffen.

[Rz 30] Geht es wie vorliegend um die Auslegungsfrage, ob der schweizerische Gesetzgeber in seinem Gestaltungsspielraum durch einen völkerrechtlichen Vertrag eingeschränkt sei (im Sinne einer Pflicht zur parallelen Auslegung des FHA und des korrespondierenden EU-Rechts), so kann unseres Erachtens der Entscheid des Souveräns gegen den EWR nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden⁵⁷.

2.2.3 Keine Unterstützung durch den EuGH

[Rz 31] Der EuGH stützt sich bei der Auslegung von Drittstaatsabkommen auf die Auslegungsregeln des Völkerrechts und beachtet bei der Auslegung vergleichbarer Begriffe jeweils die spezifischen Zielsetzungen eines Abkommens. In der Rechtssache Polydor legte der EuGH bspw. den Ausnahmetatbestand des geistigen Eigentums im Rahmen des freien Warenverkehrs in einem Freihandelsabkommen anders aus als im EU (damals: EWG)-Recht⁵⁸. In anderen Entscheiden hat der EuGH jedoch Begriffen in Assoziationsabkommen die gleiche Bedeutung wie im EU (damals: EG)-Recht zuerkannt⁵⁹. Zu beachten ist ferner, dass gemäss EuGH auch

die Auslegungspraxis der am Abkommen beteiligten Drittstaaten berücksichtigt werden muss⁶⁰.

[Rz 32] In Entscheiden zur Auslegung des FZA lässt der EuGH erkennen, dass (auch) das FZA entsprechend den Auslegungsregeln der Wiener-Vertragsrechtskonvention mit Blick auf die Vertragsziele ausgelegt werden muss. Die Schweiz habe sich gegen den Binnenmarkt als Ganzes entschieden, hält der EuGH fest. Entsprechend könne die den unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden⁶¹. Dabei ist für den EuGH (mit) entscheidend, dass das FZA unterzeichnet wurde, nachdem die Schweiz das EWR-Abkommen abgelehnt hatte. Die Schweiz habe es vorgezogen, «*in bestimmten Bereichen bilaterale Vereinbarungen mit der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten abzuschliessen. Daher ist die Schweiz nicht dem Binnenmarkt beigetreten, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen, der u.a. die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit umfasst*»⁶². Nach dieser Feststellung überträgt der EuGH die das FHA betreffende Polydor-Rechtsprechung auf das FZA⁶³.

[Rz 33] Deutlich kommt die Ablehnung der Forderung nach einer parallelen Auslegung des FZA mit dem Unionsrecht auch in den Schlussanträgen des Generalanwaltes zur Rechtssache C-70/09 (Hengartner) zum Ausdruck. Der Generalanwalt hält fest, eine parallele Auslegung bedürfe einer Grundlage im Abkommen selbst. Das FZA sei ein klassisches zwischenstaatliches Abkommen, das getreu seinem

Verhältnisse hohe 78,8%.

⁵⁵ Volksabstimmung vom 21. Mai 2000 über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie gegebenenfalls ihren Mitgliedstaaten oder der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits (67.2% Ja-Stimmen). Das Abstimmungsergebnis ist abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/pore/va/20000521/index.html (zuletzt besucht: 19. Mai 2013).

⁵⁶ Volksabstimmung vom 8. Februar 2009 über die Genehmigung der Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten sowie über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Bulgarien und Rumänien (59.6% Ja-Stimmen). Das Abstimmungsergebnis ist abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20090208/index.html> (zuletzt besucht: 10. September 2013).

⁵⁷ An dieser Stelle ist auf das rechtspolitisch äusserst diffizile Verhältnis zwischen der direkten Demokratie und der schweizerischen Annäherung an die EU hinzuweisen. Den Instrumenten der direkten Demokratie einschliesslich der Staatsvertragsreferenden kommt dabei eine herausragende Rolle zu, stellen sie doch zusammen mit dem Föderalismus die wohl wesentlichen Merkmale des politischen Systems der Schweiz dar. Zum ganzen Themenkomplex siehe etwa jüngst den Beitrag von Markus Schott in der Festschrift für Tobias Jaag, SCHOTT, S. 694–707.

⁵⁸ Urteil des EuGH vom 9. Februar 1982, Rs. C-270/80, Polydor Limited und RSO Records Inc. gegen Harlequin Records Shops Limited und Simons Records Limited, Slg. 1982, 329, Rz. 18.

⁵⁹ Urteil des EuGH vom 26. Oktober 1982, Rs. C-104/81, Hauptzollamt Mainz

gegen C.A. Kupferberg & Cie KG a.A., Slg. 1982, 3641; Urteil des EuGH vom 31. Januar 1991, Rs. C-18/90, Office national de l'emploi gegen Bahia Kziber, Slg. 1991 I-00199; Urteil des EuGH vom 29. Januar 2002, Rs. C-162/00, Land Nordrhein-Westfalen gegen Beata Pokrzeptowicz-Meyer, Slg. 2002, I-01049, Rz. 32 ff.; Urteil des EuGH vom 12. April 2005, Rs. C-265/03, Igor Simutenkov gegen Ministerio de Educación y Cultura und Real Federación Española de Fútbol, Slg. 2005, I-02579, Rz. 30 ff.; Urteil des EuGH vom 1. Juli 1993, Rs. C-207/91, Eurim-Pharm GmbH gegen Bundesgesundheitsamt, Slg. 1993, I-03723. Zum Ganzen ausführlich: IMHOF, S. 162.

⁶⁰ VÖNEKY/BEYLAGE-HAARMANN, Rz. 53 zu Art. 217 AEUV mit Verweis auf Urteil des EuGH vom 26. Oktober 1982, Rs. C-104/81, Hauptzollamt Mainz gegen C.A. Kupferberg & Cie KG a.A., Slg. 1982, 3641, Rz. 17.

⁶¹ Urteil des EuGH vom 12. November 2009, Rs. C-351/08, Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Slg. 2009, I-10777, Rz. 29; Urteil des EuGH vom 11. Februar 2010, Rs. C-541/08, Fokus Invest AG gegen Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG), Slg. 2010, I-01025, Rz. 30 ff.; Schlussanträge Generalanwalt vom 20. Mai 2010 in der Rs. C-70/09, Alexander Hengartner und Rudolf Gasser gegen Landesregierung Vorarlberg, Rz. 44–46 (Ablehnung einer dynamischen und teleologischen Auslegung des FZA).

⁶² Urteil des EuGH vom 12. November 2009, Rs. C-351/08, Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Slg. 2009, I-10777, Rz. 27.

⁶³ Urteil des EuGH vom 12. November 2009, Rs. C-351/08, Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Slg. 2009, I-10777, Rz. 29. Zum Urteil Grimme siehe TOBLER (Wiederkehr), S. 369–384.

Wortlaut auszulegen sei, eine dynamische Auslegung sei nicht gerechtfertigt⁶⁴. Auch die das FZA betreffende EuGH-Entscheidung Rs. C-506/10 vom 6. Oktober 2010 (Graf) ändert nichts an der unseres Erachtens fehlenden Pflicht zur parallelen Auslegung des FHA. Zwar verweist der EuGH in dieser Rechtssache ausdrücklich auf seine Rechtsprechung zum Grundsatz der Gleichbehandlung, er hält indes auch präzisierend fest, dass diese Rechtsprechung bereits vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA bestand und somit gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA auch für das FZA Gültigkeit habe⁶⁵.

[Rz 34] Der EuGH spricht sich somit gegen eine parallele Auslegung des FZA mit dem korrespondierenden EU-Recht aus. Dass der EuGH dabei Bezug auf die schon etwas ältere Polydor-Rechtsprechung nimmt, kann nur bedeuten, dass diese erst recht für das FHA weiterhin Geltung hat und somit das FHA nicht parallel auszulegen ist. Wie bereits erwähnt, fehlt es im FHA an einer mit Art. 16 Abs. 2 FZA vergleichbaren Bestimmung⁶⁶.

[Rz 35] In der schweizerischen Literatur wird die EuGH-Rechtsprechung zum FZA unterschiedlich aufgenommen. EPINEY/METZ/PIRKER kommentieren die Zurückhaltung des EuGH zur automatischen Übernahme der EuGH-Rechtsprechung kritisch, halten aber fest, der EuGH habe keine generelle Absage an eine parallele Auslegung gewisser im FZA verankerter Begriffe und entsprechender unionsrechtlicher Konzepte vorgenommen⁶⁷. In einer späteren Publikation stellt EPINEY fest, der Grundsatz der parallelen Auslegung (des FZA) sei vom EuGH bislang noch nicht formuliert worden, das Gegenteil liesse sich jedoch ebenso wenig erkennen. Allerdings sei zuzugeben, dass «*die Formulierungen des Gerichtshofs eher zurückhaltend formuliert und die Schlussfolgerungen im Übrigen sehr knapp begründet sind*»⁶⁸. BURRI/PIRKER verorten die durch diese EuGH-Rechtsprechung aufgeworfenen Probleme im generellen Dilemma, in dem sich der Umgang der Schweiz mit der EU und dem EU-Recht befindet und verweisen auf die «*schiefe Stellung des Freizügigkeitsabkommens in der Unionslandschaft*»⁶⁹. BAUDENBACHER verweist darauf, wie sehr sich anhand dieser EuGH-Rechtsprechung die Grenzen des bilateralen Weges zeigen würden⁷⁰. Auch TOBLER verweist in ihrer Kommentierung der Rechtssachen

Fokus Invest, Hengartner und Grimme auf die inhaltlichen Grenzen des bilateralen Rechts, welche dadurch begründet sind, dass die Schweiz im Unterschied zu den EWR/EFTA-Ländern Island, Liechtenstein und Norwegen nur selektiv am Binnenmarkt teilnimmt⁷¹.

[Rz 36] Nichts anderes lässt sich unseres Erachtens auch aus der EuGH-Entscheidung zum Luftverkehrsabkommen ableiten (Urteil des EuGH vom 7. März 2013, Rs. C-547/10 P). Der EuGH legt auch das in der schweizerischen Lehre regelmässig als «vollständiges» Integrationsabkommen bezeichnete Luftverkehrsabkommen⁷² sehr zurückhaltend aus und verweist (auch hier) auf den selektiven Zugang der Schweiz zum Binnenmarkt⁷³.

3. Ergebnis: Keine parallele Auslegung

[Rz 37] Eine völkerrechtliche Pflicht für eine parallele Auslegung von Art. 13 und 20 FHA mit Art. 34 und 36 AEUV ist abzulehnen. Weder ist die These der Funktionsänderung des FHA im Zuge einer allgemeinen europapolitischen Annäherung der Schweiz an die EU zu rechtfertigen noch finden sich in der Rechtsprechung des EuGH – und auch nicht in derjenigen des Bundesgerichts – genügend Anhaltspunkte, die eine solche Pflicht rechtfertigen würden.

[Rz 38] Die fehlende Verpflichtung zur parallelen Auslegung bedeutet nicht, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit und den Rechtfertigungsgründen unbedeutend wäre. Entscheidend ist jedoch, dass der schweizerische Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit zwar an das FHA als völkerrechtlichen Vertrag, nicht jedoch im Sinne einer Verpflichtung zur parallelen Auslegung per se an die gesamte Judikatur des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit gebunden ist. Vielmehr sind Art. 13 und 20 FHA autonom mit Blick auf Wortlaut und Vertragsziele des FHA auszulegen.

[Rz 39] Ungeachtet der unseres Erachtens fehlenden völkerrechtlichen Verpflichtung zu einer parallelen Auslegung wird nachfolgend die Frage der Zulässigkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke nach EU-Recht und Rechtsprechung des EuGH geprüft.

⁶⁴ Schlussanträge Generalanwalt vom 20. Mai 2010 in der Rs. C-70/09, Alexander Hengartner und Rudolf Gasser gegen Landesregierung Vorarlberg, Rz. 45, der EuGH folgte sowohl im Ergebnis wie auch bei der Begründung den Schlussanträgen, siehe Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010, Rs. C-70/09, Alexander Hengartner und Rudolf Gasser gegen Landesregierung Vorarlberg, Slg. 2010, I-07233, Rz. 41.

⁶⁵ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2010, Rs. C-506/10, Graf, Rz. 26.

⁶⁶ Siehe oben, Rz. 24.

⁶⁷ EPINEY/METZ/PIRKER, S. 155 ff.

⁶⁸ EPINEY, S. 81 ff., Zitat auf S. 85.

⁶⁹ BURRI/PIRKER, S. 187.

⁷⁰ BAUDENBACHER, S. 34 ff.

⁷¹ KADDOUS/TOBLER, S. 606.

⁷² So bezeichnen EPINEY/METZ/PIRKER das Luftverkehrsabkommen als «partielles Integrationsabkommen» (EPINEY/METZ/PIRKER, S. 118).

⁷³ Siehe zur Entscheidung TOBLER (Luftverkehr), S. 432–434.

C) Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit dem EU-Recht⁷⁴

1. Mindestpreise im Lichte von Art. 34 AEUV

1.1 Schutzbereich betroffen

[Rz 40] Der sachliche Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist durch eine Massnahme wie diejenige eines Mindestpreises unstreitig eröffnet und es liegt ein Eingriff im Sinne einer nach Art. 34 AEUV verbotenen Massnahme gleicher Wirkung (wie eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung) vor. Zu verweisen ist hier auf die Dassonville-Rechtsprechung⁷⁵, wonach jede Massnahme als Massnahme gleicher Wirkung zu verstehen ist, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu beeinträchtigen⁷⁶.

[Rz 41] In der Rechtssache Keck hat der EuGH reine Verkaufsmodalitäten vom Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen, dies allerdings nur dann, wenn diese den Absatz ausländischer Erzeugnisse im Vergleich zu inländischen Produkten nicht erschweren⁷⁷. Für die Frage der Einschlägigkeit von Art. 34 AEUV im Falle von Mindestpreisen von Alkohol ist gemäss der Position von EPINEY/METZ entscheidend, «*ob diese den Absatz aus- und inländischer Produkte in gleicher Weise berühren, also nicht (auch nicht faktisch) diskriminierend ausgestaltet sind*»⁷⁸. Gemäss EuGH-Rechtsprechung⁷⁹ und der Lehre⁸⁰ liege keine Diskriminierung ausländischer Produkte vor, wenn sich Mindestpreise an den Gestehungskosten sowohl der einheimischen als auch der ausländischen Hersteller orientieren würden⁸¹. Die Berechnung des Mindestpreises in der zu prüfenden

gesetzlichen Regelung⁸² orientiere sich nicht an den Gestehungskosten; der Mindestpreis werde vielmehr in Abhängigkeit vom Alkoholgehalt der betroffenen Getränke festgesetzt. Ein solcher Mindestpreis bewirke, dass sich die Gestehungskosten der importierten Alkoholika der unteren Preisklasse nicht oder nur unzureichend im Verkaufspreis niederschlagen würden. Betroffen wären von einem Mindestpreis primär importierte Billigprodukte, im Ergebnis sei deshalb Art. 34 AEUV einschlägig⁸³, womit konsequenterweise auch die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit geprüft werden muss.

1.2 Keine Rechtfertigung des Eingriffs wegen fehlender Erforderlichkeit

[Rz 42] Ein gesetzlicher Mindestpreis für alkoholische Getränke stellt nur dann einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV dar, wenn sich der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit nicht durch ein im Unionsrecht anerkanntes Ziel rechtfertigen lässt. Die mit einem Mindestpreis verfolgten Ziele sind grundsätzlich eine Massnahme zum Gesundheitsschutz im Sinne von Art. 36 AEUV. Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit zum Schutze der Gesundheit ist indes nur gerechtfertigt, wenn die fragliche Massnahme dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entspricht, d.h., geeignet und auch erforderlich ist⁸⁴.

[Rz 43] EPINEY/METZ bejahen die Eignung eines gesetzlichen Mindestpreises um den problematischen Konsum von Alkoholika einzudämmen und damit gefährdete Bevölkerungsteile zu schützen. Insbesondere anerkennen sie die Preissensitivität alkoholischer Getränke⁸⁵. Die Erforderlichkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für die Realisierung des legitimen Ziels sei jedoch nicht gegeben.

[Rz 44] Zur Begründung der fehlenden Erforderlichkeit wird vorerst darauf hingewiesen, dass vermieden werden soll, dass Alkohol unter einem bestimmten Preis eingekauft werden könne. Dies stelle einen schweren Eingriff in den Binnenmarkt dar «*weil die verschiedenen Produkte – je nach Preissegment – unterschiedlich betroffen sind: Während sich eine solche Massnahme stark auf Alkoholika des tiefen Preissegments auswirkt, deren Preise ggf. beträchtlich anzuheben sind, zeitigt sie für solche des oberen Preissegments keine oder wesentliche geringere Auswirkungen, da deren Preise sowieso schon über dem Mindestpreis liegen werden*»⁸⁶, damit werde, schreiben die Autorinnen weiter, der Wettbewerb zwischen den Produkten erheblich eingeschränkt. Das Ziel des Gesundheitsschutzes könne genauso gut mit einer Besteuerung der Alkoholika erreicht werden.

⁷⁴ Die folgenden Ausführungen sind für den Fall relevant, dass das FHA doch parallel wie das korrespondierende EU-Recht ausgelegt werden müsste.

⁷⁵ Urteil des EuGH vom 11. Juli 1974, Rs. C-8/74, Procureur du Roi gegen Benoît und Gustave Dassonville, Slg. 1974, 837.

⁷⁶ Urteil des EuGH vom 11. Juli 1974, Rs. C-8/74, Procureur du Roi gegen Benoît und Gustave Dassonville, Slg. 1974, 837, Rz. 5.

⁷⁷ Urteile des EuGH vom 24. November 1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard, Slg. 1993, I-06097, Rz. 16.

⁷⁸ EPINEY/METZ, S. 15.

⁷⁹ Verweis durch EPINEY/METZ auf: Urteil des EuGH vom 24. Januar 1978, Rs. C-82/77, Staatsanwaltschaft des Königreichs der Niederlande gegen Jacobus Philippus van Tiggele, Slg. 1978, 25; Urteil des EuGH vom 29. Januar 1985, Rs. C-231/83, Henri Cullet und Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers gegen Centre Leclerc, Toulouse, und Centre Leclerc, Saint-Orens-de-Gameville, Slg. 1985, 305.

⁸⁰ Verweis durch EPINEY/METZ auf: KINGREEN THORSTEN, Kommentar zu Art. 28–30 EGV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Auflage, München 2007.

⁸¹ EPINEY/METZ, S. 16.

⁸² Gemeint ist Art. 44 Entwurf Alkoholgesetz, siehe vorne, Rz. 7.

⁸³ EPINEY/METZ, S. 17.

⁸⁴ EPINEY/METZ, S. 18, mit zahlreichen Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung.

⁸⁵ EPINEY/METZ, S. 18, mit Hinweisen auf die amtlichen Unterlagen zur Revision des Alkoholgesetzes.

⁸⁶ EPINEY/METZ, S. 19.

Steuern wären vom Preis unabhängig und führten somit zu im Ergebnis vergleichbaren Auswirkungen auf die Produkte der unterschiedlichen Preiskategorien, der geschützte Preiswettbewerb auf dem Binnenmarkt würde so nicht beeinträchtigt⁸⁷.

[Rz 45] EPINEY/METZ sehen ihre Schlussfolgerungen zur fehlenden Erforderlichkeit eines Mindestpreises durch die Rechtsprechung des EuGH bestätigt. Aufgeführt werden die «Tabak-Urteile» des EuGH⁸⁸, die auf Alkoholika «in jeder Beziehung» einschlägig seien⁸⁹.

1.3 Übertragung der EU-rechtlichen Erkenntnisse auf das FHA

[Rz 46] EPINEY/METZ kommen zum Schluss, ein gesetzlicher Mindestpreis für alkoholische Getränke verstosse gegen Art. 34 und 36 AEUV. Da nach Ansicht der Autorinnen Art. 13 und 20 FHA parallel wie Art. 34 und 36 AEUV ausgelegt werden müssen, ist ein Mindestpreis auch nach FHA nicht zulässig. An diesem Ergebnis würde sich auch bei einer nicht parallelen Auslegung von Art. 13 und 20 FHA nichts ändern, da ausländische Alkoholika diskriminiert würden, weil «gerade bei Importprodukten der sich aus dem niedrigeren Gestehungspreis ergebende Wettbewerbsvorteil genommen bzw. der Wettbewerb in der Freihandelszone verzerrt wird»⁹⁰.

2. Kritische Würdigung

[Rz 47] EPINEY/METZ prüfen die Vereinbarkeit des Mindestpreises für alkoholische Getränke nach dem gängigen Prüfschema «Schutzbereich / Eingriff / Rechtfertigung». Die nachfolgende Kritik an den Ergebnissen konzentriert sich auf die unseres Erachtens zu wenig vertiefte Auseinandersetzung mit dem Schutzgut «öffentliche Gesundheit» und auf die Aussagen zur fehlenden Erforderlichkeit eines Mindestpreises bzw. auf die Folgerung, Besteuerung alkoholischer Getränke stelle das mildere Mittel dar als ein Mindestpreis.

2.1 Öffentliche Gesundheit und Warenverkehrsfreiheit – ein komplexes Verhältnis

[Rz 48] Die Warenverkehrsfreiheit ist ein wichtiger Pfeiler des Binnenmarktes. Zu Recht weisen EPINEY/METZ darauf hin, dass ein gesetzlicher Mindestpreis für alkoholische Getränke

einen schweren Eingriff in den Binnenmarkt darstellt⁹¹. Angesichts der grossen Bedeutung des Vertragsziels «Verwirklichung des Binnenmarktes» liegt auf der Hand, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung schwerer Eingriffe in den Binnenmarkt besonders hoch sind.

[Rz 49] Indes stellt auch der Gesundheitsschutz ein bedeutendes Anliegen der Union dar. So sieht Art. 9 AEUV vor, dass die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Massnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Gesundheitsschutzes Rechnung trägt und Art. 114 Abs. 3 AEUV hält fest, dass Harmonisierungsmassnahmen im Bereich des Binnenmarktes von einem hohen Schutzniveau u.a. im Bereich Gesundheit auszugehen haben⁹². Artikel 168 Abs. 5 AEUV bildet die Kompetenzgrundlage für unionsrechtliche Massnahmen gegen Alkoholmissbrauch⁹³. Das Anliegen des Gesundheitsschutzes findet sich weiter prominent in der Grundrechtscharta der Union, namentlich in den Art. 3 (Recht auf Unversehrtheit) und Art. 35 (Gesundheitsschutz). Zu beachten ist ferner, dass gemäss Art. 24 Grundrechtscharta die Union und die Mitgliedstaaten – letztere auch auf der Grundlage der von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Kinderrechtskonvention⁹⁴ – Kindern besonderen Schutz und Fürsorge gewähren müssen. Dazu gehört auch der Schutz der Gesundheit⁹⁵. Zur Verwirklichung des Gesundheitsschutzes erwachsen der Union – und den Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Unionsrecht – grundrechtliche Schutzpflichten⁹⁶. Daraus lassen sich jedoch keine auf Unionsrecht basierenden subjektivrechtlichen Ansprüche auf tatsächlichen Gesundheitsschutz ableiten⁹⁷.

[Rz 50] Der «Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen» bildet weiter einen Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 36 AEUV). Der EuGH geht davon aus, dass dem Schutz der Gesundheit des Menschen sehr hohe Priorität zukommt⁹⁸. Den

⁸⁷ EPINEY/METZ, S. 19.

⁸⁸ Verweis durch EPINEY/METZ, S. 20 auf Urteil des EuGH vom 19. Oktober 2000, Rs. C-216/98, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Griechenland, Slg. 2000, I-08921; Urteil des EuGH vom 21. Juni 1983, Rs. C-90/82, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1983, 2011. Die zum Zeitpunkt des EPINEY/METZ-Gutachtens angekündigten Klagen der Kommission gegen Österreich und Irland sind zwischenzeitlich entschieden worden: Urteil des EuGH vom 4. März 2010, Rs. C-198/08, Europäische Kommission gegen Republik Österreich, Slg. 2010, I-01645; Urteil des EuGH vom 4. März 2010, Rs. C-221/08, Europäische Kommission gegen Irland, Slg. 2010, I-01669.

⁸⁹ EPINEY/METZ, S. 20.

⁹⁰ EPINEY/METZ, S. 22.

⁹¹ EPINEY/METZ, S. 22.

⁹² Zum zuweilen schwierigen Verhältnis zwischen Gesundheitsschutz und Binnenmarkt siehe WÄGENBAUR, S. 549 ff.

⁹³ Die EU-Strategie zur Verringerung alkoholbedingter Schäden basiert auf Art. 168 Abs. 5 AEUV, siehe: http://www.europa.eu/legislation_summaries/public_health/health_determinants_lifestyle/c11564b_de.htm (zuletzt besucht: 30. Dezember 2013).

⁹⁴ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107. (Kinderrechtskonvention) Heute (19. Mai 2013) haben 140 Staaten – darunter sämtliche EU-Staaten (und die Schweiz) – die Kinderrechtskonvention ratifiziert.

⁹⁵ HÖLSCHIEDT, Rz. 18 zu Art. 24 Grundrechtscharta. Siehe zur Bedeutung der Kinderrechte für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit auch Urteil des EuGH vom 14. Februar 2008, Rs. C-244/06, Dynamic Medien Vertriebs GmbH gegen Avides Media AG, 2008, I-00505, Rz. 40–42.

⁹⁶ POPPE, S. 114 ff.

⁹⁷ RIEDEL, Rz. 12 zu Art. 35 Grundrechtscharta.

⁹⁸ Urteil des EuGH vom 11. Dezember 2003, Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband eV gegen 0800 DocMorris NV und Jacques Waterval, Slg.

Mitgliedstaaten kommt zudem nach der Rechtsprechung des EuGH ein Ermessensspielraum zu, «auf welchem Niveau [sie] den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten [wollen] und wie dieses Niveau erreicht werden soll.»⁹⁹. Auf die Auswirkungen dieses mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums auf die Erforderlichkeitsprüfung wird noch zurückzukommen sein¹⁰⁰.

[Rz 51] Nach EPINEY/METZ für die vorliegende Frage nicht einschlägig sind die im Urteil «Cassis-de-Dijon»¹⁰¹ entwickelten Rechtfertigungsgründe ausserhalb von Art. 36 AEUV, die sogenannten zwingenden Erfordernisse, die von den Mitgliedstaaten zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit geltend gemacht werden können. Darauf müsse, so die Autorinnen, nicht eingegangen werden, «da bei der Festsetzung von Mindestpreisen als zulässiger Rechtfertigungsgrund von vornherein nur der bereits in Art. 36 AEUV verankerte Gesundheitsschutz in Betracht kommt»¹⁰². Diese Aussage ist unseres Erachtens so zu wenig präzise, der EuGH hat den Tatbestand der «öffentlichen Gesundheit» ungeachtet der ausdrücklichen Nennung des Begriffs «Gesundheit» in Art. 36 AEUV auch als «zwingendes Erfordernis des Allgemeininteressens» bezeichnet¹⁰³.

[Rz 52] Staatliche Massnahmen zur Verringerung des Alkoholkonsums zielen auf die öffentliche Gesundheit. Gegenstand staatlicher Massnahmen, die eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen vermögen, können von vornherein nur solche Massnahmen sein, die der Eindämmung des hinsichtlich der öffentlichen Gesundheit problematischen Alkoholkonsums dienen. Ein Schutzziel «Abstinenz» würde sich weder unter Art. 36 AEUV subsumieren lassen, noch würde damit ein im Sinne der EuGH-Rechtsprechung legitimes zwingendes Erfordernis vorliegen. Der EuGH musste sich verschiedentlich mit mitgliedstaatlichen

Massnahmen zur Reduktion des (problematischen) Alkoholkonsums auseinandersetzen. So hat er wiederholt anerkannt, dass staatliche Regierungen, die Werbung für alkoholische Getränke beschränken, im Interesse der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs erfolgen und so der öffentlichen Gesundheit Rechnung tragen. Dies sei ein dem Gemeinwohl dienendes Ziel, das gegebenenfalls eine Beschränkung einer Grundfreiheit rechtfertigen könne¹⁰⁴.

[Rz 53] Aufschlussreich ist auch die folgende Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1999¹⁰⁵. Eine finnische Regelung sah vor, dass, wer in Finnland ansässig ist und nach Finnland einreist, keinen Alkohol einführen darf, sofern die Reise weniger als 20 Stunden gedauert hat. Zweck der Regelung bestand darin, die problematischen Auswüchse der Beschaffung des im grenznahen Russland und Lettland wesentlich billigeren Alkohols zu bekämpfen. Zwar ging es hier um die Vereinbarkeit eines finnischen Rechtsaktes mit EU-Sekundärrecht, konkret der Verordnung 918/83/EWG über das System der Zollbefreiung¹⁰⁶. Aus den Ausführungen des EuGH zur Verhältnismässigkeit lassen sich indes Rückschlüsse für die vorliegende Frage der Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit der Warenverkehrsfreiheit ziehen. Der EuGH hielt fest, dass zur Rechtfertigung der Regelung sowohl die «öffentliche Ordnung» als auch der «Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen» angerufen werden könne¹⁰⁷.

[Rz 54] Zur Angemessenheit und Erforderlichkeit der finnischen Bestimmungen hielt der EuGH fest: «Diese Beschränkungen decken sich mit typischen Umständen, die die finnischen Behörden als Hauptursache der sozialen und gesundheitlichen Probleme ausgemacht haben, mit denen sie konfrontiert worden sind. Die finnische Regierung hebt übrigens hervor, dass mit der Durchführung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung eine Verbesserung der Lage habe festgestellt werden können. Diese Umstände lassen darauf schliessen, dass die Regelung angemessen

2003, I-14887, Rz. 103; Urteil des EuGH vom 11. Juli 2000, Rs. C-473/98, Kemikalieinspektionen gegen Toolex Alpha AB, Slg. 2000, I-05681, Rz. 38; Urteil des EuGH vom 20. Mai 1976, Rs. C-104/75, Adriaan de Peijper, Geschäftsführer des Firma Centrafarm BV, Slg. 1976, 613, Rz. 14–18.

⁹⁹ Urteil des EuGH vom 10. März 2009, Rs. C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH gegen Wiener Landesregierung und Oberösterreichische Landesregierung, Slg. 2009, I-01721, Rz. 30; vgl. auch Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002, Rs. C-121/00, Strafverfahren gegen Walter Hahn, Slg. 2002, I-09193, Rz. 38; HANSMERSMANN, S. 180 f.

¹⁰⁰ Siehe hinten, Steuern als angeblich milderes Mittel, S. 19.

¹⁰¹ Urteil des EuGH vom 20. Februar 1979, Rs. C-120/78, Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649, Rz. 8 und 14.

¹⁰² EPINEY/METZ, Zitat aus Fn. 66.

¹⁰³ Urteil des EuGH vom 15. Januar 1998, Rs. C-389/96, Aher-Waggon GmbH gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1998, I-04473, Rz. 19; Urteil des EuGH vom 20. Februar 1979, Rs. C-120/78, Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649, Rz. 8. Allerdings verweist der EuGH in seiner späteren Rechtsprechung für den Rechtfertigungsgrund «Öffentliche Gesundheit» wieder auf Art. 36 AEUV, so namentlich in Urteilen des EuGH vom 25. Juli 1992, Rs. C-1/90 und C-176/90, Rz. 13.

¹⁰⁴ Urteil des EuGH vom 6. September 2012, Rs. C-544/10, Deutsches Weintor eG gegen Land Rheinland-Pfalz, Slg. 2012, Rz. 49; Urteil des EuGH vom 13. Juli 2004, Rs. C-262/02, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-06569, Rz. 30; Urteil des EuGH vom 13. Juli 2004, Rs. C-429/02, Bacardi France SAS, vormals Bacardi-Martini SAS gegen Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA und Giro Sport SARL, Slg. 2004, I-6613, Rz. 37; Urteile des EuGH vom 25. Juli 1991, Rs. C-1/90 und C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior SA und Publivia SAE gegen Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, Slg. 1991, I-04151, Rz. 15; Urteil des EuGH vom 10. Juli 1980, Rs. 152/78, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1980, 2299, Rz. 17.

¹⁰⁵ Urteil des EuGH vom 15. Juni 1999, Rs. C-394/97, Strafverfahren gegen Sami Heinonen, Slg. 1999, I-03599.

¹⁰⁶ Verordnung (EWG) Nr. 918/83 des Rates vom 28. März 1983 über das gemeinschaftliche System der Zollbefreiungen, ABI. L 105 vom 23. April 1983, S. 1–37.

¹⁰⁷ Urteil des EuGH vom 15. Juni 1999, Rs. C-394/97, Strafverfahren gegen Sami Heinonen, Slg. 1999, I-03599, Rz. 33.

ist»¹⁰⁸. Aus dieser Erwägung lässt sich Handlungsspielraum für Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit durch Alkoholbekämpfungsmassnahmen ableiten. Es muss ein konkreter Handlungsbedarf bestehen und der Nachweis erbracht werden, dass die in Frage stehende Massnahme effektiv ist.

[Rz 55] Im Gutachten EPINEY/METZ wird nicht bestritten, dass sich die Rechtfertigung eines Mindestpreises für alkoholische Getränke auf dem Hintergrund problematischen Konsums grundsätzlich auf den Rechtfertigungsgrund «Gesundheitsschutz» stützen lässt. Unseres Erachtens besteht der Schutzzweck einer solchen Massnahme primär im Schutz der «öffentlichen Gesundheit». Die Verringerung der schädlichen Auswirkungen des problematischen Alkoholkonsums stellt ein über den individuellen Gesundheitsschutz hinaus reichendes öffentliches Interesse dar und ist somit ein «zwingendes Erfordernis» im Sinne der EuGH-Rechtsprechung. Mit dieser Nuancierung soll das komplexe Verhältnis zwischen dem Erfordernis des Schutzes des Binnenmarktes einerseits und dem Schutz der individuellen wie öffentlichen Gesundheit andererseits verdeutlicht werden. Unseres Erachtens können Mindestpreise für alkoholische Getränke auch unter der Annahme einer (von uns bestrittenen) parallelen Auslegung des FHA mit dem korrespondierenden EU-Recht gerechtfertigt sein. Allerdings ist dafür eine spezifisch auf die konkrete Beeinträchtigung des Schutzgutes «öffentliche Gesundheit» gerichtete Rechtfertigung notwendig. Zu beachten ist dabei: Diese Massnahmen zu Gunsten besonders gefährdeter Gruppen müssen im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich sein: Ein Mindestpreis für alkoholische Getränke ist nur dann verhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel – Schutz der Risikokonsumenten – nicht mit einer die Warenverkehrsfreiheit weniger beeinträchtigenden Massnahme erreicht werden kann.

2.2 Steuern als angeblich milderer Mittel

[Rz 56] EPINEY/METZ erachten Mindestpreise zwar als ein für die Bekämpfung des problematischen Alkoholkonsums geeignetes Mittel, sprechen jedoch der Massnahme die Erforderlichkeit ab, da eine allgemeine Steuererhöhung den Gesundheitsschutz *«gleichermassen, aber im Hinblick auf die damit verbundene Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs, auf mildere Weise fördern»*¹⁰⁹. Wenn es zutreffen sollte, dass mit einer alle Produkte belastenden Steuer das angestrebte Ziel ebenfalls erreicht werden kann, so wäre dies nur dann eine mildere Massnahme, wenn die Steuer die Warenverkehrsfreiheit tatsächlich weniger beeinträchtigen würde als ein gesetzlicher Mindestpreis. Zu prüfen sind somit zwei Fragen; erstens ob eine Steuer tatsächlich geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen und zweitens, ob

– falls erstens mit Ja beantwortet werden kann – die Steuer im Vergleich zum Mindestpreis tatsächlich weniger stark in die Warenverkehrsfreiheit eingreift.

[Rz 57] Den Nachweis, etwa durch Hinweise auf entsprechende wissenschaftliche Untersuchungen, dass eine Steuer den problematischen Alkoholkonsum von Risikogruppen gleichermassen bekämpfen könnte, bleiben die Autorinnen schuldig. Sie begnügen sich mit Hinweisen auf die Tabakrechtsprechung des EuGH¹¹⁰. Es trifft zu, dass der EuGH in seiner Tabakrechtsprechung davon ausgeht, dass Steuervorschriften ein wichtiges und wirksames Instrument zur Bekämpfung des Konsums von Tabakwaren und damit zum Schutz der öffentlichen Gesundheit darstellen. Für den EuGH ist auch legitim, dass für diese Waren hohe Preise festgesetzt werden. Dies könne jedoch durch eine erhöhte Besteuerung der Tabakwaren erfolgen, da sich dies früher oder später in einer Preiserhöhung niederschlagen werde. Mit der Besteuerung werde indes weniger stark in den Preismechanismus eingegriffen, als durch einen Mindestpreis¹¹¹. Dem Argument, die Hersteller würden eine (hohe) Steuer unter Verzicht auf einen Teil ihrer Gewinnmarge oder sogar unter Inkaufnahme von Verlusten aufzufangen versuchen, entgegnet der EuGH, den Mitgliedstaaten würde es frei stehen, einen Verkaufspreis unter dem Einstandspreis zu verbieten¹¹².

[Rz 58] Die Tabakrechtsprechung lässt sich aus mehreren Gründen nicht unbesehen auf die Frage der Vereinbarkeit eines Mindestpreises für alkoholische Getränke mit der Warenverkehrsfreiheit übertragen.

[Rz 59] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der von den Autorinnen aufgeführte Tabakfall Rs. C-198/08 für die Frage gesetzlicher Mindestpreise für alkoholische Getränke nicht einschlägig ist. Im fraglichen Fall enthält das anwendbare Sekundärrecht (Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 95/59¹¹³) eine ausdrückliche Bestimmung über die Freiheit der Preisgestaltung. Die Aussage des EuGH, dass Mindestpreise nicht zulässig seien¹¹⁴, ist vor diesem Hintergrund zu sehen und lässt sich

¹⁰⁸ Urteil des EuGH vom 15. Juni 1999, Rs. C-394/97, Strafverfahren gegen Sami Heinonen, Slg. 1999, I-03599, Rz. 41.

¹⁰⁹ EPINEY/METZ, S. 20.

¹¹⁰ EPINEY/METZ, S. 20, mit Verweisen auf Urteil des EuGH vom 19. Oktober 2000, Rs. C-216/98, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Griechenland, Slg. 2000, I 08921, Rz. 28 und Urteil des EuGH vom 21. Juni 1983, Rs. C-90/82, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1983, 2011, Rz. 29.

¹¹¹ Urteil des EuGH vom 4. März 2010, Rs. C-198/08, Europäische Kommission gegen Republik Österreich, Rz. 42; Urteil des EuGH vom 05. Oktober 2006, Rs. C-140/05, Amalia Valeako gegen Zollamt Klagenfurt, Slg. 2006, I 10025, Rz. 58

¹¹² EuGH vom 04. März 2010, Rs. C-198/08, Europäische Kommission gegen Republik Österreich, Rz. 37 und Rz. 43; Urteil des EuGH vom 04. März 2010, Rs. C-221/08, Europäische Kommission gegen Irland, Slg. 2010, I-01669, Rz. 55.

¹¹³ Richtlinie 95/59/EG des Rates vom 27. November 1995 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer, ABl. L 291 vom 6. Dezember 1995, S. 40.

¹¹⁴ Urteil des EuGH vom 4. März 2010, Rs. C-198/08, Kommission gegen Österreich, Rz 29 und 30.

unseres Erachtens gerade nicht auf Art. 34 AEUV, der keine solche Garantie enthält, übertragen.

[Rz 60] Weiter führt problematischer Alkoholkonsum über die Gesundheitsgefährdung der betroffenen Personen und den damit verbundenen Kosten für das Gesundheitswesen hinaus zu erheblichen Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung. So lässt sich ein erheblicher Anteil an Gewaltdelikten¹¹⁵ und an Unfällen im Strassenverkehr¹¹⁶ auf übermässigen Alkoholkonsum zurückführen. Vergleichbare Auswirkungen des Tabakkonsums sind nicht bekannt. Andererseits laufen weltweit und namentlich auch in der EU Bestrebungen, den Tabakkonsum umfassend und nicht nur für Risikokonsumenten/innen einzuschränken¹¹⁷ während eine vergleichbare Entwicklung bei alkoholischen Getränken nicht festzustellen ist. Motiviert ist die härtere Gangart beim Tabakkonsum auch durch die bekannten schädlichen Auswirkungen des Passivrauchens¹¹⁸, auch hier verbietet sich eine Parallele zum Alkoholkonsum.

[Rz 61] Diese grundlegenden Unterschiede zwischen Tabakkonsum und problematischem Alkoholkonsum von Risikogruppen sind bei der Prüfung der Frage, ob eine Steuer ein geeignetes und darüber hinaus milderer Mittel (als ein Mindestpreis) darstellt, zu beachten. Die Wahl des Vorgehens bedarf der Abstützung auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse. Solche liegen für die Wirksamkeit eines gesetzlichen Mindestpreises als Instrument gegen den problematischen Alkoholkonsum von Risikogruppen vor¹¹⁹. Die Wirksamkeit von hohen Steuern als Mittel der Tabakkonsumbekämpfung wird vom EuGH angenommen (wenn auch nicht weiter belegt), das ist aber vorliegend nicht entscheidend, da sich wie erwähnt der allgemeine Tabakkonsum nicht mit dem (problematischen) Alkoholkonsum von Risikogruppen vergleichen lässt. Der EuGH selbst verweist in seiner Rechtsprechung zur Vereinbarkeit von Alkoholbekämpfungsmassnahmen auf den grossen Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Wahl ihrer Mittel gegen problematische Auswüchse

des Alkoholkonsums zukomme (Regelung zum finnischen Alkoholgesetz)¹²⁰. In der Entscheidung zum Werbeverbot für alkoholische Getränke in Schweden betont der EuGH zudem, für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit bedürfe es «*der Untersuchungen der rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die die Lage in dem betreffenden Mitgliedstaat kennzeichnen*»¹²¹. Mit dem Hinweis auf die «tatsächlichen Umstände» zeigt der EuGH die Notwendigkeit faktenbasierter Politikentscheidungen auf.

[Rz 62] Eine Eignung einer Steuer zur Bekämpfung des problematischen Alkoholkonsums von Risikogruppen liegt nur vor, wenn sich mit dieser Massnahme das angestrebte Ziel tatsächlich verwirklichen lässt. Vorab ist festzustellen, dass eine Steuer zu einem erheblichen Preisanstieg führen müsste, damit die avisierte Zielgruppe ihren Konsum tatsächlich reduziert. Die Risikokonsumenten/innen reagieren sensibel auf eine Preiserhöhung. Es liegt nahe, dass die Produzenten versuchen würden, die stark konsumierenden Risikokonsumenten/innen mit gezielten Preisgestaltungsmassnahmen («Lockvogelangebote» u.ä.) zum Konsum zu verleiten¹²². Zwar wäre im Lichte der EuGH-Entscheidung C-198/08 ein Verbot des Verkaufspreises unter dem Einstandspreis zulässig¹²³. Es ist aber fraglich, ob sich der damit verbundene Kontrollaufwand rechtfertigen liesse¹²⁴. Zudem würde auch so in die freie Preisgestaltung eingegriffen¹²⁵.

[Rz 63] An der Eignung der Steuer zur Bekämpfung des problematischen Alkoholkonsums bestehen somit erhebliche Zweifel. Selbst unter der Annahme, mit einer Steuer liesse sich das Ziel der Reduktion des problematischen Alkoholkonsums von Risikogruppen ebenfalls verwirklichen, bleibt zu prüfen, ob die Steuer im Vergleich zum Mindestpreis tatsächlich einen weniger grossen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit bedeutet. Das ist zu bezweifeln. Steuern verteuern die Produkte und führen so insgesamt zu einer Reduktion des Konsums, einschliesslich des Konsums importierter Produkte, und damit zu einer Einschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs. Eine allgemeine Steuer wirkt sich damit auf die Warenverkehrsfreiheit sämtlicher Produzenten aus, obwohl die im Raum stehende Problematik lediglich ein staatliches Eingreifen für die Anbieter von Billigalkoholika bedingen würde.

[Rz 64] In Teil 2 werden die vorangehenden Überlegungen im Lichte der Wirtschaftsfreiheit weiter ausgeführt¹²⁶. Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass unseres

¹¹⁵ Dies belegen zahlreiche Studien, siehe z.B. für die Situation in Schottland: MCKINLAY/FORSYTH/KHAN, S. 1 ff.; vgl. auch GLOOR/MEIER, Gewalt in der Partnerschaft und Alkohol, S. 1 ff.

¹¹⁶ Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1339.

¹¹⁷ So schlägt die EU-Kommission eine Richtlinie vor, die klar zum Ziel hat, das Rauchen innerhalb der Europäischen Union noch unattraktiver zu machen, siehe «Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products» vom 19. Dezember 2012 (COM(2012) 788 final), u.a. Erwägungsgrund 8.

¹¹⁸ Das Rahmenabkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakkonsums sieht den Schutz der Bürger vor Tabakrauch (Schutz vor Passivrauchen) als eines der zentralen Probleme an, das von den Ratifikationsstaaten angegangen werden muss. Die Verpflichtung zum Schutz vor Passivrauchen findet sich in mehreren Bestimmungen, in der Präambel und insbesondere in Art. 8, WHO, Framework Convention on Tobacco Control, S. 1 ff. insb. S. 8.

¹¹⁹ Siehe dazu hinten, Rz. 70 bis 72.

¹²⁰ Urteil des EuGH vom 15. Juni 1999, Rs. C-394/97, Strafverfahren gegen Sami Heinonen, Slg. 1999, I-03599, Rz. 43.

¹²¹ Urteil des EuGH vom 8. März 2001, Rs. C-405/98, Gourmet International, Slg. 2001, I-1795, Rz. 33.

¹²² Siehe dazu hinten, Rz. 98.

¹²³ Urteil des EuGH vom 4. März 2010, Rs. C-198/08, Rz. 37 und Rz. 43.

¹²⁴ Siehe dazu hinten, Rz. 99.

¹²⁵ Siehe dazu hinten, Rz. 99.

¹²⁶ Siehe dazu hinten, Rz. 101 bis 105.

Erachtens eine Steuer entgegen der Position von EPINEY/METZ nicht grundsätzlich ein milderes Mittel als ein gesetzlicher Mindestpreis darstellt. Die EuGH-Tabak-Rechtsprechung lässt sich nicht unbesehen auf die vorliegende Problematik übertragen¹²⁷. Der EuGH verweist ausdrücklich auf Ermessensspielräume, die den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Massnahmen gegen problematischen Alkoholkonsum zukommen. Diese Spielräume sind auf der Basis der tatsächlichen Verhältnisse, mit anderen Worten auf der Grundlage sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse, über Problemlagen und die Wirksamkeit von Problemlösungen zu nutzen. Wenn sich ein gesetzlicher Mindestpreis für alkoholische Getränke als ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung des problematischen Alkoholkonsums von Risikogruppen erweist und sich dieses Ziel mit Blick auf die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit nicht mit mildereren Massnahmen verwirklichen lässt, ist der Mindestpreis unionsrechtlich zulässig.

[Rz 65] Zum gleichen Schluss kommt eine aktuelle Entscheidung eines schottischen Gerichts, das eine Mindestpreisregelung in Schottland aufgrund einer Klage verschiedener Alkoholproduzentenverbände auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Recht zu prüfen hatte¹²⁸. Auch das schottische Gericht verweist auf den problematischen Alkoholkonsum von Risikogruppen¹²⁹ und hält fest, nur ein gesetzlicher Mindestpreis vermöge diesen wirksam zu bekämpfen, denn «*There was literature and oral evidence that excise duty rises might not be passed on (or not passend on in full) to consumers (...)*»¹³⁰.

D) Vereinbarkeit von Mindestpreisen für alkoholische Getränke mit dem FHA

1. Die Bestimmungen des FHA als Ausgangslage

[Rz 66] Ein Mindestpreis für alkoholische Getränke steht dann nicht im Widerspruch zu Art. 13 FHA, wenn die durch einen Mindestpreis verursachte Einschränkung des freien Warenverkehrs im Interesse des Gesundheitsschutzes erfolgt, verhältnismässig ist und überdies «*weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Vertragsparteien darstell[t]*»¹³¹.

2. Evidenzbasierte Gesetzgebung

[Rz 67] Staatliche Vorschriften zur Herstellung, zum Handel und zum Konsum alkoholischer Getränke berühren die unionsrechtliche Warenverkehrsfreiheit, zwischenstaatliche

Abkommen wie das FHA sowie die in einem Staat verfassungsrechtlich garantierte Wirtschaftsfreiheit (siehe dazu Teil 2). Voraussetzung jeder staatlichen Intervention mit Auswirkungen auf die Warenverkehrsfreiheit und auf die Wirtschaftsfreiheit ist das Vorliegen relevanter und mit Blick auf die konkrete Intervention, spezifischer Problemlagen. Der Gesetzgeber hat seine Entscheidungen «evidenzbasiert» zu fällen¹³². Das bedeutet, die gesetzgeberischen Interventionen müssen effektive und effiziente Lösungen zu den durch die Wissenschaft festgestellten tatsächlichen Problemlagen anstreben und die Lösungen sind einer Evaluation zu unterziehen¹³³.

2.1 Die Problemlagen

[Rz 68] Der Genuss alkoholischer Getränke ist nicht per se schädlich. Gesellschaftlich unerwünschte Auswirkungen entstehen bei übermässigem Konsum, der zu massiven Gesundheitsschäden der Individuen führt und mit Blick auf die von der Allgemeinheit zu tragenden Kosten eine «Public Health»-Dimension erhält. Darüber hinaus sind die Auswirkungen problematischen Trinkens auf kriminelles Verhalten erwiesen¹³⁴. Studien belegen, dass problematisches Trinken vor allem in unteren sozialen Schichten vorkommt, wobei es nicht klar ist, ob problematischer Alkoholkonsum eine *Auswirkung* oder eine *Ursache* sozialer Benachteiligung darstellt¹³⁵. Ausgewiesen ist ferner, dass problematischer Umgang mit alkoholischen Getränken insbesondere Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung gefährdet¹³⁶.

[Rz 69] Insgesamt weisen zahlreiche Indizien daraufhin, dass staatliches Handeln zur Verringerung des problematischen Alkoholkonsums besonders vulnerabler Gruppen angezeigt ist.

2.2 Mindestpreise als problemadäquate Lösung – Stand des Wissens

[Rz 70] Ist ausgewiesen, dass Handlungsbedarf beim problematischen Alkoholkonsum besonders gefährdeter Gruppen (Kinder, Jugendliche und sozial Benachteiligte) besteht, müssen anzustrebende Massnahmen auf eine

¹²⁷ Siehe insbesondere auch unsere Analyse von Rs. C-198/08 in Rz 58.

¹²⁸ Court of Session (Outer House), 3. Mai 2013, CSOH 70, The Scotch Whisky Association & Ors.

¹²⁹ Court of Session (Outer House), 3. Mai 2013, CSOH 70, The Scotch Whisky Association & Ors, Rz. 59.

¹³⁰ Court of Session (Outer House), 3. Mai 2013, CSOH 70, The Scotch Whisky Association & Ors, Rz. 69.

¹³¹ Art. 20 FHA.

¹³² Der Begriff «Evidenzbasierte Gesetzgebung» wird im deutschsprachigen Raum kaum verwendet, in der Politikwissenschaft jedoch ist der Begriff «Evidenzbasierte Politik» geläufig. Anders ist die Situation im angelsächsischen Sprachraum; hier ist die wissenschaftliche Auseinandersetzung um «evidence based legislation» Gegenstand zahlreicher Studien verschiedener Disziplinen, siehe z.B. WINNIE, S. 84; Eine Übersicht über den aktuellen Stand der Forschung im Bereich Evidenzbasierter Gesetzgebung im Bereich Öffentliche Gesundheit bietet der Beitrag von BURRIS/ANDERSON, S. 1 ff.

¹³³ Siehe Art. 170 BV.

¹³⁴ Siehe dazu WHO, Global Status Report on Alcohol 2004, insb. S. 47 ff. mit Verweis auf weitere Nachweise; PROESCHOLDT/WALTER/WIESBECK, S. 441 ff.; vgl. auch KUNTSCHKE/GMEL/ANNAHEIM, S. 28 ff.; Stellen für Suchtprävention im Kanton Zürich, S. 6 f. und S. 12 f.

¹³⁵ Bericht der schottischen Regierung, Rz. 2.29 mit zahlreichen Hinweisen.

¹³⁶ Siehe dazu ANDERSON/SUHRCKE/BROOKES, S. 1 ff. mit weiteren Nachweisen.

Verhaltensänderung genau dieser Gruppen hinzielen. Dafür ist u.a. spezifisches Wissen über die Trinkgewohnheiten dieser Risikokonsumenten/innen notwendig.

[Rz 71] Offensichtlich erwiesen ist ein Zusammenhang zwischen Alkoholkonsum und Preis der auf dem Markt vorhandenen alkoholischen Getränke. Je teurer alkoholische Getränke angeboten werden, desto stärker verringert sich der Konsum¹³⁷ insbesondere Finanzschwächerer und Gruppen¹³⁸, die tendenziell billigen Alkohol kaufen, der von einem Mindestpreis am stärksten betroffen ist. Für Aufsehen sorgte insbesondere eine Studie der Universität Sheffield, in der der Nutzen von Mindestpreisen für die Bekämpfung des problematischen Alkoholkonsums mittels Modelrechnungen nachgewiesen wurde¹³⁹. Empirische Belege für die Wirksamkeit von Mindestpreisen finden sich in zwei kanadischen Provinzen; eine Preiserhöhung von 10% wirkte sich auf eine Reduktion des Konsums von Spirituosen und Likören um 6,8 %, von Wein um 8,9 %, von alkoholhaltigen Sprudelgetränken und Apfelweinen um 13,9 % und von Bier um 1,5 % aus¹⁴⁰. Studien aus der Schweiz belegen, dass junge Konsumentinnen und Konsumenten ihren Alkoholkonsum bei einer Preiserhöhung reduzieren würden¹⁴¹. Der Rückgang des (problematischen) Alkoholkonsums wirkt sich positiv auf Nebeneffekte aus: Verschiedene Studien zeigen, dass Gewaltdelikte, Autodiebstahl oder Kindsmisshandlung nach einer Preiserhöhung alkoholischer Produkte rückläufig sind¹⁴².

[Rz 72] Zwar gibt es keine absolut gesicherten Erkenntnisse, dass Mindestpreise für alkoholische Getränke die unerwünschten Auswirkungen problematischen Alkoholkonsums nachhaltig zu verringern vermögen. Die bestehenden Untersuchungen weisen jedoch darauf hin, dass mit einem positiven Effekt zu rechnen ist. Eine sorgfältige Evaluation der Auswirkungen eines allfälligen Mindestpreises ist deshalb notwendig.

2.3 Mindestpreis – Erweiterung des Vorschlages des Ständerates

[Rz 73] In Art. 44 des ursprünglichen Entwurfs zum Alkoholgesetz ist ein nach Alkoholgehalt unterschiedlicher Mindestpreis vorgesehen. Der Vorschlag des Ständerates geht jedoch in eine andere Richtung, die fragliche Bestimmung ist nochmals aufzuführen:

[Rz 74] Art. 8a Entwurf Alkoholhandelsgesetz (Version Ständerat Frühjahrssession 2013):

Abs. 1: Der Bundesrat legt für den Verkauf von Alkohol einen alkoholgehaltabhängigen Mindestpreis fest.

Abs. 2: Massgeblich für die Festlegung des Preises ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit, namentlich der Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten.

[Rz 75] Diese Lösung beinhaltet gegenüber dem ursprünglichen Entwurf entscheidende Vorzüge. Artikel 8a Abs. 1 ist eine Delegationsnorm an den Bundesrat, diesem wird in Abs. 2 aufgetragen, nach welchen Kriterien er den Mindestpreis festlegen darf (und muss). In Teil 2 dieses Beitrags legen wir dar, dass die vorliegende Delegationsnorm die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad einer gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe erfüllt¹⁴³. Massgebend ist, dass der Bundesrat bei der Festsetzung eines Mindestpreises nicht gänzlich frei ist, die wesentlichen Eckpunkte der zu treffenden Regelung finden sich vielmehr bereits im Gesetz, womit den Anforderungen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage Genüge getan ist¹⁴⁴.

[Rz 76] Ein Mindestpreis ist nach dem vom Ständerat vorgesehenen Vorschlag dann zulässig, wenn er auf den Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten zielt. Der Bundesrat muss sich bei der Festsetzung des Mindestpreises somit im Sinne der auch in diesem Beitrag geforderten «evidenzbasierten Gesetzgebung» auf wissenschaftliche Erkenntnisse abstützen und gegebenenfalls weitere Studien durchführen (lassen), ehe ein Mindestpreis festgesetzt werden kann. Überdies ist erforderlich, dass die Auswirkungen des Mindestpreises auf die Zielgruppe (und allfällige andere, unerwünschte Auswirkungen) einem Monitoring unterzogen werden. Es wird angeregt, diese Evaluationsverpflichtung¹⁴⁵ ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen und einen Art. 8a Abs. 3 zu verabschieden, der z.B. wie folgt lauten könnte: «Der Bundesrat überprüft die Zweckmässigkeit und Wirksamkeit des Mindestpreises für die Ziele nach Abs. 2 und erstattet den Eidg. Räten alle vier Jahre Bericht»¹⁴⁶. Sollte der Mindestpreis nicht den erwarteten Effekt auf das Trinkverhalten der zu schützenden Zielgruppe haben, wäre er wieder abzuschaffen.

3. Mindestpreis – Keine willkürliche Diskriminierung und verschleierte Handelsbeschränkung ausländischer Produkte, sofern...

[Rz 77] Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass ein gesetzlicher Mindestpreis zwar einen Eingriff in die nach Art. 13 FHA gewährte Warenverkehrsfreiheit darstellt, jedoch durch den Gesundheitsschutz (namentlich durch das Schutzgut der öffentlichen Gesundheit) gerechtfertigt und

¹³⁷ Bericht der schottischen Regierung, Rz. 2.43 mit zahlreichen Hinweisen.

¹³⁸ Bericht der schottischen Regierung, Rz. 2.34 mit zahlreichen Hinweisen.

¹³⁹ SCHARR, Minimum Pricing in England, S. 1 ff., siehe auch das «Second update based on newly available data» von Januar 2012.

¹⁴⁰ STOCKWELL/AULD/ZHAO/MARTIN, S. 912 ff.

¹⁴¹ NIEDERER/KORN/LUSSMANN/KÖLLIKER, S. 1 ff.

¹⁴² BABOR/KRAUS, S. 17 ff.; CHALOUPEK, S. 191 f.

¹⁴³ Siehe dazu hinten, Rz. 91–93.

¹⁴⁴ Siehe dazu hinten, Rz. 93.

¹⁴⁵ Zur Tendenz, in neueren Gesetzen Evaluationsverpflichtungen aufzunehmen siehe BUSMANN, S. 97 ff.

¹⁴⁶ Vorschlag in Anlehnung an LÖRTSCHER, S. 103 ff.

auch verhältnismässig ist. Zu prüfen bleibt noch, ob die Voraussetzungen von Art. 20 Satz 2 FHA erfüllt sind, d.h. ob ein Mindestpreis nicht willkürlich ausländische Produkte benachteiligt oder eine verschleierte Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels darstellt¹⁴⁷.

[Rz 78] Ausgangslage ist, dass ausländische Alkoholprodukte tendenziell billiger sind. Die logische Konsequenz ergibt, dass die Preise ausländischer Anbieter bei einem Mindestpreis stärker angehoben werden müssen und insoweit eine höhere Betroffenheit ausländischer Produzenten und Händler vorliegt. Es ist jedoch zumindest nicht ausgeschlossen, dass die so weniger verkaufte Menge durch eine höhere Marge wieder wettgemacht werden kann¹⁴⁸.

[Rz 79] Unabhängig davon ist festzustellen, dass ein Mindestpreis gerade nicht die Verdrängung billiger *ausländischer* Alkoholika zum Ziel hat (haben darf), vielmehr bezweckt ein Mindestpreis wie dargestellt die Reduktion des problematischen Alkoholkonsums bestimmter Konsumentengruppen; diese konsumieren mehrheitlich billigen (und somit wie festgestellt in der Regel ausländischen) Alkohol, wodurch, wie oben dargestellt, hauptsächlich ausländische Produzenten von der Massnahme betroffen sind. Eine nach Art. 20 Abs. 2 FHA verbotene willkürliche Diskriminierung ausländischer Produkte oder eine verschleierte Handelsbeeinträchtigung würde dann vorliegen, wenn sich der Gesetzgeber von wirtschaftlichen Motiven leiten liesse und die Argumente des Gesundheitsschutzes nur vorgeschoben wären¹⁴⁹. Wenn es sich jedoch erweist, dass der Mindestpreis eine zielgerichtete und verhältnismässige Massnahme des Gesundheitsschutzes darstellt, die zudem gegenüber steuerlichen Massnahmen mit Blick auf das Schutzziel effektiver ist, dann sind die nachteiligen Auswirkungen auf ausländische Produkte mit dem Nutzen für den Schutz der Gesundheit besonders zu schützender Gruppen abzuwägen. Diese Güterabwägung fällt angesichts der in Frage stehenden Rechtsgüter und der ausgewiesenen grundrechtlichen Schutzpflicht zu Gunsten des Gesundheitsschutzes aus. Nur unter diesen sehr hohen Anforderungen sind die nachteiligen Auswirkungen auf ausländische Produkte kein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 FHA.

¹⁴⁷ Vgl. zu ähnlichen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unten, Rz. 88 f.

¹⁴⁸ Siehe dazu ausführlich hinten, Rz 102.

¹⁴⁹ In der Debatte in der WAK-S und im Ständerat lassen einzelne Voten die Vermutung nicht gänzlich von der Hand weisen, dass der Schutz einheimischer Alkoholprodukte zumindest ein willkommenes Nebeneffekt der Mindestpreisregelung wäre (siehe Votum Föhn, AB 2013 S 286 f.). Solche Motive sind jedoch klar nicht zulässig.

Teil 2. Zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit der Wirtschaftsfreiheit der Bundesverfassung

A) Die Position von EPINEY/METZ

[Rz 80] Zur Frage der Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkoholika mit der Wirtschaftsfreiheit untersuchen EPINEY/METZ, ob eine Mindestpreisregelung in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt, ob sie in die Wirtschaftsfreiheit eingreift und ob sich ein solcher Eingriff rechtfertigen lässt¹⁵⁰. Bezüglich des Schutzbereiches und des Eingriffes kommen die Autorinnen zum Schluss, dass die Mindestpreisregelung in den Schutzbereich fällt und dass ein Eingriff vorliegt¹⁵¹. Beides dürfte unstrittig sein. Die entscheidende Frage ist vorliegend, ob sich der Eingriff rechtfertigen lässt. Auf diese Frage werden sich die folgenden Ausführungen konzentrieren.

[Rz 81] EPINEY/METZ legen zunächst kurz die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Eingriffes in die Wirtschaftsfreiheit dar¹⁵². Ein zulässiger Eingriff hat die Voraussetzungen von Art. 36 BV zu erfüllen, d.h. er muss eine genügende gesetzliche Grundlagen haben, einem öffentlichen Interesse dienen, verhältnismässig sein und den Kernbereich des Grundrechts wahren. Darüber hinaus ist der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten (Art. 94 Abs. 1 BV), es sei denn, eine Abweichung vom Grundsatz ist in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet (Art. 94 Abs. 4 BV).

[Rz 82] Im Folgenden prüfen die Autorinnen, ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. Keine Probleme sehen sie bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage und des öffentlichen Interesses¹⁵³. Sie erachten das geplante Alkoholgesetz (konkret Art. 44 des ursprünglichen Entwurfs des Alkoholgesetzes) zweifellos als genügende gesetzliche Grundlage. Diese entspreche auch den Anforderungen des Art. 94 Abs. 4 BV, da die in Art. 105 enthaltene Bundeskompetenz eine Abweichungskompetenz zur Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen des Alkohols impliziere. Weiterhin verfolge die Mindestpreisregelung mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit vor schädlichen Alkoholauswirkungen zweifelsohne ein öffentliches Interesse.

[Rz 83] Nach Auffassung von EPINEY/METZ scheitert die Mindestpreisregelung jedoch am Erfordernis der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)¹⁵⁴. Dieses wird unterteilt in die drei Elemente Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Verhältnismässigkeit i.e.S. oder Angemessenheit). Die Eignung wird

¹⁵⁰ EPINEY/METZ, S. 23 ff.

¹⁵¹ EPINEY/METZ, S. 23 f.

¹⁵² EPINEY/METZ, S. 24 f.

¹⁵³ EPINEY/METZ, S. 25.

¹⁵⁴ EPINEY/METZ, S. 25 ff.

von ihnen zwar noch bejaht, die Erforderlichkeit hingegen verneint. Zum Kriterium der Eignung halten sie im Einklang mit der Lehre fest, dass eine grundrechtsbeschränkende Massnahme geeignet ist, wenn sie das angestrebte Ziel verwirklichen kann, also zwecktauglich erscheint und sinnvolle Wirkungen mit Blick auf den beabsichtigten Zweck entfaltet. Darauf gestützt anerkennen sie, dass Massnahmen gegen Billigstpreise durchaus zur Bekämpfung eines übermässigen Alkoholkonsums beitragen können, und die Einführung eines Mindestpreises grundsätzlich geeignet ist, einen Beitrag zu den verfolgten Gesundheitsanliegen zu leisten.

[Rz 84] Anschliessend definieren EPINEY/METZ das Kriterium der Erforderlichkeit: Soweit mehrere gleich geeignete Massnahmen in Betracht kommen, mit denen das verfolgte Ziel erreicht werden kann, ist die im Hinblick auf die Einschränkung des betroffenen Grundrechts, vorliegend die Wirtschaftsfreiheit, mildeste Massnahme zu wählen. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, da ein Mindestpreis für Alkoholika nicht das mildeste Mittel sei. Eine allgemeine Erhöhung der Steuern auf Alkoholika stelle ein milderer Mittel dar, weil sie alle Anbieter von alkoholischen Getränken gleichermassen trafe und sich somit auf alle Preise auswirke, ohne damit den Preiswettbewerb zu verzerren, der für die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit besonders schützenswert sei. Zudem würden durch eine Erhöhung der Steuern zu niedrige Preise in gleicher Weise wie mit der Festlegung eines Mindestpreises bekämpft werden, ohne bestimmten Marktteilnehmern einen Wettbewerbsvorteil, d.h. den Preisvorteil, zu nehmen.

[Rz 85] Abschliessend gehen die Autorinnen noch auf die Vereinbarkeit der Mindestpreisregelung mit dem in der Wirtschaftsfreiheit enthaltenen Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten ein¹⁵⁵. Nach diesem Grundsatz seien Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral seien. Eine solche Verzerrung sei vorliegend gegeben, da durch die vorgesehenen Mindestpreise für Alkoholika die Händler von Alkoholika unterschiedlich behandelt würden, je nachdem ob sie billige oder teure Erzeugnisse anböten. Eine Ungleichbehandlung könne zwar durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, aus zwei Gründen sei eine solche Rechtfertigung vorliegend aber nicht möglich. Zum einen sei die Massnahme, wie erläutert, unverhältnismässig. Zum anderen sei die Differenzierung zwischen teuren und billigen Alkoholika und der damit einhergehenden Einteilung in gefährlich und ungefährlich ein unsachgemässes Kriterium, da eine genaue Bestimmung, ab wann eine Gefährlichkeit bestünde, letztlich nur vage durchzuführen sei.

[Rz 86] Zusammenfassend kommen EPINEY/METZ zum Schluss, dass die Festlegung von Mindestpreisen für Alkoholika gegen die Wirtschaftsfreiheit verstosse¹⁵⁶. Ihr Kernar-

gument lautet, analog zu den Ausführungen der Autorinnen zum FHA, dass die Massnahme nicht verhältnismässig sei, da eine allgemeine Steuer auf Alkoholika in gleicher Weise zum Schutz der öffentlichen Gesundheit beitragen könne, dabei die Wirtschaftsfreiheit jedoch weniger beeinträchtigen würde, da alle Wettbewerber von einer solchen Steuer in gleicher Weise betroffen wären und somit der Preiswettbewerb nicht verzerrt würde.

B) Kritische Würdigung

[Rz 87] Unbestritten ist, dass eine Mindestpreisregelung für Alkohol im Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit liegt und in die Wirtschaftsfreiheit eingreift. Einer näheren Untersuchung bedarf hingegen die Frage, ob sich ein solcher Eingriff rechtfertigen lässt, d.h. ob er mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten vereinbar ist, eine genügende gesetzliche Grundlage hat, einem öffentlichen Interesse dient und verhältnismässig ist. Als zentral für die Beurteilung der Vereinbarkeit der Mindestpreisregelung mit der Wirtschaftsfreiheit erweist sich der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten und die Verhältnismässigkeit. Auf diese beiden Aspekte ist folglich vertieft einzugehen (siehe die nachfolgenden Abschnitte 4 und 5). Zuvor sind aber noch einige Bemerkungen zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, der gesetzlichen Grundlage und dem öffentlichen Interesse angezeigt (siehe die nachfolgenden Abschnitte 1 bis 3).

1. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

[Rz 88] Zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit stellen EPINEY/METZ fest, dass das revidierte Alkoholgesetz und damit auch die Mindestpreisregelung den Anforderungen des Art. 94 Abs. 4 BV entspreche, da die in Art. 105 BV enthaltene Bundeskompetenz eine Abweichungsermächtigung zur Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen des Alkoholkonsums impliziere.¹⁵⁷ Damit schliessen sie ein, dass die Mindestpreisregelung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweiche. Dies ist jedoch nicht zutreffend.

[Rz 89] Die Bundesverfassung definiert den Begriff des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit nicht. Artikel 94 Abs. 4 BV hält aber zumindest fest, dass insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, also grundsatzwidrig sind. Das Bundesgericht umschreibt Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in ständiger Rechtsprechung als «*wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen (...) welche den freien Wettbewerb behindern, um gewisse*

¹⁵⁵ EPINEY/METZ, S. 27.

¹⁵⁶ EPINEY/METZ, S. 29.

¹⁵⁷ EPINEY/METZ, S. 25. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass EPINEY/METZ die Vereinbarkeit der Mindestpreisregelung mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Zusammenhang mit dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage vereinbaren. Das Erfordernis des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit und dasjenige der gesetzlichen Grundlage sind jedoch zwei dogmatisch zu trennende Voraussetzungen.

*Gewerbebezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen. Grundsätzlich zulässig sind dagegen andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, wie namentlich gewerbepolizeilich oder sozialpolitisch begründete Einschränkungen (...)*¹⁵⁸. Massgeblich ist damit der objektive Regelungszweck einer Massnahme¹⁵⁹. Ist es das Ziel einer Massnahme, bestimmte Wettbewerber zu bevorzugen oder zu benachteiligen, hat die Massnahme also eine protektionistische Absicht, ist sie grundsatzwidrig. Ist hingegen die Bevorzugung bzw. Benachteiligung von Wettbewerbern nur der Nebeneffekt einer Massnahme, die andere, legitime Ziele verfolgt, wie z.B. polizeiliche oder sozialpolitische, ist sie grundsatzkonform. Das gewählte rechtliche Instrumentarium ist dabei grundsätzlich nicht relevant. Allerdings können besonders stark in den Marktmechanismus eingreifende Massnahmen, wie z.B. Monopole, ein Indiz für eine objektiv protektionistische Absicht und damit für die Grundsatzwidrigkeit sein¹⁶⁰.

[Rz 90] Mit der hier zu beurteilenden Mindestpreisregelung wird in den für eine Wettbewerbswirtschaft zentralen Preismechanismus eingegriffen¹⁶¹. Das gewählte Instrument der Mindestpreisfestsetzung könnte daher ein Indiz für die Grundsatzwidrigkeit der Massnahme sein¹⁶². Ein weiterer Faktor, der für eine Grundsatzwidrigkeit sprechen könnte, ist die Tatsache, dass die Massnahme faktisch tendenziell ausländische Anbieter benachteiligt, da im Billigsektor Importe dominieren, und, wie in der Botschaft festgehalten wird, die inländische Alkoholindustrie seit den 1980ern unter dem Druck billiger Importe massiv Marktanteile verloren hat¹⁶³. Der Umstand, dass ein Mindestpreis vor allem ausländische Anbieter trifft, wurde auch in den parlamentarischen

Debatten positiv gewertet¹⁶⁴. Gegen eine Grundsatzwidrigkeit sprechen, erstens, der Wortlaut der Norm, in welchem ausdrücklich ein gesundheitspolitisches Motiv genannt wird¹⁶⁵, zweitens, die parlamentarischen Debatten, in welchem die primäre Betroffenheit ausländischer Anbieter zwar als willkommener Nebeneffekt genannte, aber von niemandem in Frage gestellt wurde, dass der Mindestpreis durch Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten motiviert ist¹⁶⁶, und, drittens, die Tatsache, dass der Mindestpreis tatsächlich ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Realisierung dieses Schutzzieles ist¹⁶⁷. In der Summe führt die Abwägung dieser Faktoren zum Schluss, dass es sich beim Gesundheitsschutz nicht bloss um ein vorgeschobenes Motiv handelt, und der vorgeschlagene Mindestpreis nach seinem objektiven Regelungszweck grundsatzkonform ist¹⁶⁸.

[Rz 91] Gemäss Art. 94 Abs. 4 BV sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit dann zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit benötigt also eine sogenannte Abweichungskompetenz in der Bundesverfassung. Diese kann explizit, wie z.B. in Art. 104 Abs. 2 BV, oder implizit sein. Wie EPINEY/METZ richtig feststellen¹⁶⁹, enthält Art. 105 BV, die Kompetenz des Bundes für den Bereich der gebrannten Wasser (Spirituosen), implizit eine solche Abweichungskompetenz¹⁷⁰. Demzufolge könnte der Bund zumindest Spirituosen nötigenfalls auch in grundsatzwidriger Weise regeln, allerdings nicht Bier oder Wein. Das Fehlen einer solchen Abweichungskompetenz für Bier und Wein ist aber vorliegend ohne Bedeutung, da, wie oben dargelegt, die zu beurteilende Mindestpreisregelung grundsatzkonform ist und somit keiner Abweichungskompetenz bedarf.

2. Gesetzliche Grundlage

[Rz 92] EPINEY/METZ bejahen das Vorliegen einer genügenden

¹⁵⁸ BGE 131 I 223 E. 4.2; siehe weiter BGE 138 I 378 E. 8.3; BGE 132 I 97 E. 2.1; BGE 130 II 87 E. 3; BGE 125 I 335 E. 2a.

¹⁵⁹ Siehe z.B. REICH, Rz. 867; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 659. Die Praxis des Bundesgerichts, die bei der Definition des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit vom Regelungszweck bzw. -motiv ausgeht, wird in der Lehre z.T. kritisiert (siehe z.B. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Rz. 85–99 und 106–127 zu § 5).

¹⁶⁰ Vgl. REICH, Rz. 875.

¹⁶¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011 (Taxitarifordnung der Stadt Zürich), E. 4.3: «Zu den zentralen Elementen der von Art. 94 BV geschützten Wettbewerbsordnung gehört der Preiswettbewerb und damit die Möglichkeit, den Preis für Wirtschaftsgüter nach marktwirtschaftlichen Wettbewerbsregeln festzulegen.»

¹⁶² Auch ein Eingriff in den Preismechanismus führt aber nicht zwingend zum Schluss der Grundsatzwidrigkeit. So hat das Bundesgericht festgestellt, dass Preisregelungen aus polizeilichen, sozialpolitischen oder gleichwertigen Gründen zulässig sein können, Urteil des Bundesgerichts 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011, E. 4.4 (bei der in diesem Urteil in Frage stehenden Tarifordnung für das Taxiwesen der Stadt Zürich hat das Bundesgericht kein solch legitimes Motiv gesehen; die Tarifordnung wurde als grundsatzwidrig und damit unzulässig eingestuft, da sie den Schutz des Taxigewerbes vor Preiskonkurrenz bezwecke und bewirke, und damit direkt gegen den Wettbewerb gerichtet sei, a.a.O., E. 4.7).

¹⁶³ Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1328.

¹⁶⁴ Siehe z.B. Votum Föhn, AB 2013 S. 286 f.

¹⁶⁵ Art. 8a Abs. 2 des Entwurfs erklärt ausdrücklich, dass für die Festlegung des Mindestpreises der Schutz der öffentlichen Gesundheit, namentlich der Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten massgeblich ist.

¹⁶⁶ Dies steht im Gegensatz zur parlamentarischen Diskussion eines anderen Aspekts der Alkoholgesetzrevision, der Ausbeutungssteuer (siehe hierzu oben, Rz. 3 und Fn. 12). Hier hat das Parlament sehr freimütig erklärt, dass es sich um eine protektionistische Massnahme zum Schutz einheimischer Anbieter handelt, obwohl auch in diesem Fall ein solcher Protektionismus als verfassungs- und völkerrechtswidrig einzustufen ist, was den Befürwortern auch bewusst war (siehe z.B. Votum Walter, AB 2013 N 1483). Dies zeigt, dass das Parlament keine Scheu hat, ein tatsächlich protektionistisches Motiv auch als solches zu benennen.

¹⁶⁷ Siehe hierzu unten, Rz. 96 ff.

¹⁶⁸ Siehe zu ähnlichen Überlegungen im Zusammenhang von Art. 20 Abs. 2 FHA oben, Rz. 76 ff.

¹⁶⁹ EPINEY/METZ, S. 25.

¹⁷⁰ Siehe Botschaft Bundesverfassung, S. 294 f.; REICH, Rz. 922; BIAGGINI, Rz. 2 zu Art. 105 BV.

Grundlage für die vorgeschlagene Mindestpreisregelung¹⁷¹. Ihre Aussage bezieht sich jedoch auf Art. 44 des Vorentwurfs, der sich mit Blick auf die an die gesetzliche Grundlage gestellten Anforderungen von dem aktuellen Art. 8a des Ständeratsentwurfs relevant unterscheidet. Daher ist auf die gesetzliche Grundlage noch etwas näher einzugehen.

[Rz 93] Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlagen unterteilt sich in zwei Elemente, das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform¹⁷². Gemäss dem Erfordernis des Rechtssatzes muss sich eine Grundrechtseinschränkung auf eine generell-abstrakte und genügend bestimmte Norm stützen. Das Erfordernis der Gesetzesform bezieht sich auf die Rechtsetzungsstufe. Schwere Eingriffe bedürfen einer dem Erfordernis des Rechtssatzes genügenden Grundlage auf Ebene des formellen Gesetzes, während bei leichten Eingriffen auch eine entsprechende Grundlage auf Verordnungsstufe genügt, sofern für die Verordnung eine genügende Delegationsgrundlage in einem formellen Gesetz besteht. Das Erfordernis des Rechtssatzes dient der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Handhabung, während das Erfordernis der Gesetzesform auf die Gewährleistung einer ausreichenden demokratischen Legitimation zielt.

[Rz 94] Mit einer Mindestpreisregelung wird in den für den Wettbewerb zentralen Preismechanismus eingegriffen, daher ist eine solche Regelung als schwerer Eingriff zu werten. Folglich bedarf es eines genügend bestimmten Rechtssatzes auf Ebene des formellen Gesetzes. Nach Art. 44 des Vorentwurfs waren die nach Alkoholgehalt gestaffelten Mindestpreise im formellen Gesetz genannt, z.B. 2 Franken bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 3 bis 7 Volumenprozenten¹⁷³. Eine solche Norm würde ohne Zweifel die Anforderung der genügenden Bestimmtheit im formellen Gesetz erfüllen. Demgegenüber delegiert Art. 8a des Ständeratsentwurfs die Festlegung der Höhe der Mindestpreise an den Bundesrat, die Norm ist damit also weniger bestimmt. Der Bundesrat ist bei der Festlegung jedoch nicht völlig frei. Die Norm gibt zwei Kriterien zur Festlegung vor, zum einen hat der Mindestpreis abhängig vom Alkoholgehalt zu sein (Art. 8a Abs. 1), d.h. je höher der Alkoholgehalt, desto höher der Mindestpreis, und zum anderen muss sich die Höhe der Mindestpreise am Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, namentlich dem Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten ausrichten (Art. 8a Abs. 2). Aus den parlamentarischen Diskussionen geht hervor, dass mit den Risikokonsumenten vor allem Jugendliche gemeint waren¹⁷⁴. Mit diesen Vorgaben erscheint die Norm genügend bestimmt, um die geforderte demokratische Legitimation bieten zu können. Die in diesem Beitrag an anderer Stelle angereg-

te Ergänzung der Norm mit einer Evaluationspflicht¹⁷⁵ würde die demokratische Legitimation noch verstärken, da die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben durch den Bundesrat mit einer solchen Evaluationspflicht, verbunden mit einer Berichtspflicht, gezielt der öffentlichen und auch parlamentarischen Diskussion und Überprüfung zugeführt werden würde.

3. Öffentliches Interesse

[Rz 95] EPINEY/METZ bezeichnen den Schutz der öffentlichen Gesundheit vor schädlichen Alkoholauswirkungen als das mit der Mindestpreisregelung verfolgte Ziel und anerkennen dieses als öffentliches Interesse¹⁷⁶. Weiter führen sie aus, dass nach dem klar vorgegebenen verfassungsmässigen Auftrag die Gesetzgebung so zu gestalten sei, dass sie den Verbrauch von Alkohol vermindere. Bisher wichtigstes Mittel zur Reduktion der Nachfrage sei die fiskalische Belastung durch Steuern und die daraus resultierende Verteuerung des Alkohols. Jedoch bestehe ein Bedarf nach ergänzenden Bestimmungen, da es unter Jugendlichen nach wie vor einen problematischen Alkoholkonsum gebe.

[Rz 96] Den Autorinnen ist zuzustimmen, dass die Mindestpreisregelung den Schutz der öffentlichen Gesundheit vor schädlichen Alkoholauswirkungen bezweckt, und dies ein legitimes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV ist. Im Übrigen sind die Ausführungen aber zu ergänzen und zu differenzieren. Die ursprüngliche, auf das Ende des 19. Jahrhunderts zurückgehende Alkoholpolitik des Bundes sah im Spirituosenkonsum eine generelle Bedrohung des gesellschaftlichen Fortschritts und zielte darauf ab, diesen Konsum so weit als möglich zu begrenzen¹⁷⁷. In diesem Sinne verlangte Art. 32bis Abs. 2 der BV von 1878 in der Fassung vom 6. April 1930, die Alkoholgesetzgebung sei so zu gestalten, dass sie den Verbrauch von Trinkbranntwein und dementsprechend dessen Einfuhr und Herstellung vermindere. Demgegenüber fordert Art. 105 der geltenden BV von 1999 nicht mehr eine generelle Reduktion des Alkoholkonsums, sondern verpflichtet den Bund, nur, aber immerhin bei der Alkoholgesetzgebung den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung zu tragen¹⁷⁸. Dieser Wechsel vom Ziel einer generellen Reduktion des Alkoholkonsums zum Fokus auf schädliche Wirkungen trägt dem Umstand Rechnung, dass, wie in der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz festge-

¹⁷⁵ Siehe vorne, Rz. 75.

¹⁷⁶ EPINEY/METZ, S. 25.

¹⁷⁷ Siehe Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1323, 1343 f.

¹⁷⁸ Vgl. Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1323, 1354. Demgegenüber argumentieren EPINEY/METZ, wie gezeigt, es sei nach wie vor der klar vorgegebene verfassungsmässige Auftrag, die Gesetzgebung so zu gestalten, dass sie den Verbrauch von Alkohol vermindere (S. 25). Als Beleg für diese Aussage stützen sie sich auf einen Entscheid der Alkoholrekurskommission vom 20. März 1997 (VPB 63.54, E. 2.c; siehe EPINEY/METZ, S. 25, Fussnote 102). Dieser Entscheid erging jedoch vor Erlass der neuen Bundesverfassung, und nimmt ausdrücklich Bezug auf den Art. 32bis Abs. 2 der BV von 1878.

¹⁷¹ EPINEY/METZ, S. 25.

¹⁷² Siehe hierzu und zum Folgenden HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 307–311; SCHWEIZER, Rz. 10 ff. zu Art. 36 BV.

¹⁷³ Siehe vorne, Rz. 7.

¹⁷⁴ Siehe AB 2013 S 286 ff.

halten wird, die «überwiegende Mehrheit [...] der Bevölkerung heute einen verantwortungsvollen Umgang mit alkoholischen Getränken [pflegt], bei dem der Genuss im Vordergrund steht»¹⁷⁹. Entsprechend hat sich die Gesetzgebung vor allem auf Risikogruppen, wie Jugendliche und Alkoholabhängige, auszurichten. Diese Differenzierung ist wichtig bei der Beurteilung einer Massnahme wie der Mindestpreisregelung, die sich nicht unterschiedslos gegen jeglichen Alkoholkonsum richtet, sondern vor allem die Risikogruppen im Blick hat.

4. Verhältnismässigkeit: Vergleich von Mindestpreisen für Alkoholika mit einer allgemeinen Steuer für Alkoholika

[Rz 97] Wie von EPINEY/METZ erläutert¹⁸⁰ unterscheidet man beim Erfordernis der Verhältnismässigkeit die drei Elemente Eignung, Erforderlichkeit sowie Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung¹⁸¹. Die Eignung von Mindestpreisen für Alkoholika zur Bekämpfung von Alkoholmissbrauch und damit zum Schutz der öffentlichen Gesundheit dürfte kaum strittig sein und wird auch von EPINEY/METZ nicht in Frage gestellt¹⁸². Entscheidend ist die Frage der Erforderlichkeit. Eine grundrechtseinschränkende Massnahme ist nur dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel – d.h. kein Mittel welches das betroffene Grundrecht weniger einschränkt – gibt, welches gleich geeignet wäre, das mit der Grundrechtseinschränkung verfolgte Ziel zu erreichen. Eine grundrechtseinschränkende Massnahme ist also dann nicht erforderlich, wenn es eine alternative Massnahme gibt, die, erstens, gleich geeignet wie die einschränkende Massnahme ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, und, zweitens, dabei das betroffene Grundrecht weniger einschränkt als die einschränkende Massnahme.

[Rz 98] EPINEY/METZ vertreten die Auffassung, dass eine allgemeine Steuer auf Alkoholika eine solche gleich geeignete, aber mildere, weniger einschränkende Massnahme ist¹⁸³. Bei genauerer Analyse zeigt sich jedoch, dass eine solche Steuer weder gleich geeignet, noch weniger einschränkend ist.

4.1 Ist eine allgemeine Steuer auf Alkoholika gleich geeignet wie Mindestpreise für Alkoholika?

[Rz 99] EPINEY/METZ argumentieren, dass man mit einer Erhöhung der allgemeinen Steuern die Preise für Billigalkoholika in gleicher Weise anheben könnte wie mit Mindestpreisen¹⁸⁴. Dies erscheint auf den ersten Blick plausibel. Strebt man z.B. für einen Liter Spirituosen einen Mindestpreis von 20 Franken an, und beträgt das derzeit günstigste Angebot auf dem

Markt für solche Getränke 10 Franken pro Liter, führt eine allgemeine Steuer von 10 Franken pro Liter auf Spirituosen zur Erhöhung des Preises für das günstige Angebot auf den angestrebten Mindestpreis von 20 Franken pro Liter. Diese einfache Betrachtungsweise übersieht aber wichtige Punkte:

- Die Kosten für Alkoholika können fallen, z.B. aufgrund neuer, effizienterer Produktionsmethoden oder aufgrund des Eintritts neuer Konkurrenten aus Ländern mit Kostenvorteilen (z.B. geringeren Lohnkosten). Ist z.B. im obigen Beispiel ein neuer Anbieter in der Lage, einen Liter Spirituosen für 6 Franken statt des bisherigen Tiefstpreises von 10 Franken anzubieten, würde ein Liter Spirituosen von diesem Anbieter unter Berücksichtigung der aufgrund des bisherigen Tiefstpreises festgesetzten Steuer von 10 Franken pro Liter nur 16 Franken pro Liter kosten, 4 Franken weniger als der angestrebte Mindestpreis.
- Noch wichtiger ist die Tatsache, dass Anbieter auf eine Steuererhöhung auch mit einer Reduktion ihrer Gewinnmarge und damit einer Preisreduktion reagieren können, und dass es sogar ökonomisch rational sein kann, Produkte mit Verlust zu verkaufen, z.B. um in einen Markt einzudringen oder neue Käufer-schichten zu gewinnen («Lockvogelangebote»)¹⁸⁵. Um im obigen Zahlenbeispiel zu bleiben, für einen Billiganbieter, der erst ab 10 Franken pro Liter einen Gewinn erzielt, könnte es ökonomisch sinnvoll sein, ein speziell auf junge Käuferinnen und Käufer zugeschnittenes Produkt im Rahmen von Promotionsaktionen für nur 5 Franken anzubieten, in der Hoffnung, mit solchen Aktionen diese jungen Konsumentinnen und Konsumenten längerfristig an seine Produkte zu binden. Bei Aufschlag der Steuer von 10 Franken pro Liter würde dieses Promotionsprodukt 15 Franken pro Liter kosten, d.h. 5 Franken weniger als der angestrebte Mindestpreis. Studien belegen, dass Verlustverkäufe zu Anreizzwecken gerade im Alkoholbereich keine Seltenheit sind¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1337.

¹⁸⁰ EPINEY/METZ, S. 25.

¹⁸¹ Siehe hierzu und zum Folgenden HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 320 ff.; SCHWEIZER, Rz. 22 ff. zu Art. 36 BV.

¹⁸² EPINEY/METZ, S. 26.

¹⁸³ EPINEY/METZ, S. 26 f.

¹⁸⁴ EPINEY/METZ, S. 26 f.

¹⁸⁵ Vgl. Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes, S. 1341: «Verschiedene Anbieter nutzen gezielte Preissenkungen auf alkoholischen Getränken als verkaufsfördernde Massnahmen. Bekannt sind namentlich sogenannte Happy Hours. Eine Vielzahl von Studien belegt den direkten Bezug zwischen Happy Hours und Rauschtrinken einerseits sowie – bei Jugendlichen – der auf Alkoholkonsum zurückzuführenden Vergiftungen andererseits.»; WHO, Handbook for action to reduce alcohol-related harm, S. 18 f.: «Increased taxes do not necessarily mean increased prices. Alcohol producers and retailers, in particular large supermarket chains, sometimes offset tax increases by reducing prices. One way to control this outcome is to introduce a legal minimum price per gram of alcohol. [...] As noted above, tax increases do not necessarily result in higher prices, since producers, distributors and retailers may choose to adjust prices to compensate for higher taxes, sometimes even selling alcoholic beverages below cost. This tactic can be foiled by setting a minimum price per gram of alcohol.»

¹⁸⁶ Scottish Government, S. 45: «Increases in taxation of alcohol will not

[Rz 100] Es sind zwar Wege denkbar, wie man die obigen Probleme einer allgemeinen Steuer zumindest eingrenzen, wenn auch nicht ganz beseitigen könnte. Diese haben aber wiederum ihre eigenen Probleme. Das Problem von Lockvogelangeboten könnte man z.B. mit dem Verbot des Verkaufs von Alkoholika unter Kosten eindämmen. Damit wären aber ein beträchtlicher Kontrollaufwand und ein Zwang zur Offenlegung sensitiver Kostendaten verbunden. Zudem wäre ein Verbot des Verkaufs unter Kosten wiederum ein Eingriff in die Preisgestaltung und die Wirtschaftsfreiheit, der wie Mindestpreise auch diskriminierend wirken kann, da nicht alle Anbieter in gleicher Weise Verlustverkäufe als Marketinginstrument einsetzen.

[Rz 101] Zusammenfassend ist festzustellen, dass eine allgemeine Steuer nicht in gleicher Weise wie die Festsetzung von Mindestpreisen geeignet ist, ein vorgegebenes Mindestpreisniveau von Alkoholika zu gewährleisten.

4.2 Ist eine allgemeine Steuer auf Alkoholika weniger eingreifend als Mindestpreise für Alkoholika?

[Rz 102] EPINEY/METZ argumentieren, eine allgemeine Steuer auf Alkoholika sei weniger eingreifend als die Festsetzung von Mindestpreisen für Alkoholika, da eine allgemeine Steuer alle Anbieter von alkoholischen Getränken gleichermaßen trafe und sich somit auf alle Preise auswirke, ohne damit den Preiswettbewerb zu verzerren, der für die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit besonders schützenswert sei¹⁸⁷. Richtig an diesem Argument ist, dass obwohl die Mindestpreisregelung formal für alle Anbieter von Alkoholika in gleicher Weise gilt (keinem Anbieter ist es erlaubt, Alkohol unterhalb der Mindestpreise anzubieten und jeder Anbieter ist oberhalb der Mindestpreise frei in seiner Preisgestaltung), faktisch eine Verzerrung des Wettbewerbs zu Lasten von Anbietern von Billigprodukten geschaffen wird, da Billiganbieter ihren Kostenvorteil nicht mit Preisen unterhalb der Mindestpreisgrenze am Markt zur Geltung bringen können, und damit im Ergebnis weniger kostenkompetitive Anbieter geschützt werden.

[Rz 103] Dieses Argument blendet aber aus, dass der Verzicht auf eine Preisverzerrung erkaufte wird mit der Erweiterung des Personen- und Produktkreises, die durch die Massnahme eingeschränkt wird. Während die Mindestpreisregelung gezielt nur die unter dem Gesichtspunkt des

Gesundheitsschutzes besonders kritischen Billigalkoholika erfasst, erschwert eine allgemeine Steuer den Absatz jeglicher Alkoholprodukte, auch solcher, die kaum etwas zu dem mit der Massnahme zu bekämpfenden Problem, dem Alkoholmissbrauch, beitragen.

[Rz 104] Zudem führt der Vergleich der Eingriffsintensität von Mindestpreisvorgabe und allgemeiner Steuer selbst für betroffene Billigalkoholanbieter nicht zu einem so eindeutigen Ergebnis, wie es EPINEY/METZ darstellen. Eine allgemeine Steuer erhöht für alle Alkoholprodukte den Preis und senkt entsprechend grundsätzlich für alle Produkte auch den Absatz. Trotz Preiserhöhung erhöht sich aber nicht die Gewinnmarge der Anbieter, da die Preiserhöhung allein auf die an den Staat gehende Steuer zurückzuführen ist. Demgegenüber führt die Mindestpreisvorgabe zwar für Billigalkoholika, wie die allgemeine Steuer, auch zu einer Preiserhöhung und damit zu einer Senkung des Absatzes, anders als bei der allgemeinen Steuer bewirkt die Preiserhöhung jedoch gleichzeitig eine Erhöhung der Gewinnmarge, da die mit der Preiserhöhung einhergehenden zusätzlichen Einnahmen pro verkaufte Einheit an die Anbieter und nicht an den Staat fließen. Die Mindestpreisvorgabe schützt sämtliche im unteren Preissegment tätigen Anbieter vor Preiswettbewerb und sichert damit höhere Margen als sie in einem freien Markt möglich wären, es wirkt also wie ein staatlich verordnetes Preiskartell¹⁸⁸. Anders als bei der allgemeinen Steuer ist es also bei einem Mindestpreis möglich, dass für die Anbieter von Billigalkoholika die Einnahmeausfälle durch die von der Regelung angestrebte Reduktion des Absatzes zumindest teilweise durch eine Erhöhung der Gewinnmarge kompensiert wird¹⁸⁹.

[Rz 105] Insgesamt ergibt sich damit ein differenziertes Bild: Hat man allein das Ausmass der Wettbewerbsverzerrung im Blick, ist die allgemeine Steuer weniger eingreifend als eine Mindestpreisregelung. Schaut man jedoch auf die Anzahl der von der Massnahme betroffenen Wettbewerber, und darauf, inwieweit sich die Massnahme auf die als besonders gefährlich einzustufenden Produkte, die Billigalkoholika, konzentriert, erweist sich die Mindestpreisregelung als klar weniger eingreifend als eine allgemeine Steuer. Weiterhin ist es möglich, dass sich die Mindestpreisregelung selbst für die

necessarily result in a proportionate or indeed any increase in the price of alcohol as alcohol tax and duty increases are not always reflected in the price the consumer pays. For example, the Competition Commission's paper on pricing practices [Competition Commission (2008) Grocery inquiry: below cost selling] noted that ten grocery retailers (9 of whom operate across Scotland) engage in below cost selling to varying extents. The Competition Commission further notes that for most grocery retailers, the majority of below-cost sales relates to two or three products groups, alcohol being one. This suggests that tax increases are sometimes absorbed by the retailer, absorbed by the producer or offset against other products.»

¹⁸⁷ EPINEY/METZ, S. 26 f.

¹⁸⁸ Diese Erhöhung der Gewinnmarge für die Anbieter gehörte im Parlament zu den wesentlichen Argumenten der Gegner einer Mindestpreisregelung; siehe dazu die folgenden Voten: Graber, AB 2013 S 286; Freitag, AB 2013 S 287; Maier, AB 2013 N 1488, 1525; Schelbert, AB 2013 N 1503, 1525; Leutenegger Oberholzer, AB N 1504; Ritter, AB 2013 N 1524.

¹⁸⁹ Im Einzelnen hängt die Auswirkung eines Mindestpreises auf Anbieter von Billigalkoholika insbesondere von der Preiselastizität der Nachfrage und der Aufteilung der zusätzlichen Gewinnmarge zwischen (ausländischen) Produzenten und (inländischen) Detaillisten ab (vgl. zu den Auswirkungen auf die Alkoholbranche HUNT/RABINOVICH/BAUMBERG, 58 ff. [zu Grossbritannien]; Bericht der schottischen Regierung, S. 64 f., welcher davon ausgeht, dass ein Mindestpreis zu steigenden Einnahmen der Alkoholbranche als Ganzes führen wird).

besonders betroffenen Anbieter von Billigalkoholika weniger eingreifend auswirkt aufgrund einer teilweisen Kompensation von Umsatzeinbussen durch eine Erhöhung der Gewinnmarge. Letztlich geht es damit um eine Abwägung und Gewichtung unterschiedlicher Interessen, insbesondere dem Interesse an einem unverfälschten Preiswettbewerb auf der einen Seite und dem Interesse an einer Vermeidung von Belastungen, die nur wenig zum verfolgten öffentlichen Interesse, der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs, beitragen auf der anderen Seite. Innerhalb der Dogmatik der Wirtschaftsfreiheit erfolgt eine solche Abwägung des Interesses an einem unverfälschten Wettbewerb mit anderen Interessen im Rahmen des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Auf diesen vorliegend zentralen Grundsatz wird im nachfolgenden Abschnitt eingegangen.

[Rz 106] Vorab ist kurz darauf hinzuweisen, dass umstritten ist, ob eine reine Lenkungsabgabe, wie die hier als milderes Mittel diskutierte allgemeine Steuer auf Alkoholika, überhaupt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt¹⁹⁰. Sollte die allgemeine Steuer schon gar nicht als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit qualifiziert werden, könnte man annehmen, dass sie in jedem Fall ein milderes Mittel als die Mindestpreisfestsetzung sei, da diese unbestritten ein Eingriff ist. Dabei würde aber übersehen, dass das in Art. 36 Abs. 3 BV nur für Grundrechtseinschränkungen normierte Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV in allgemeiner Weise für jegliches staatliches Handeln gilt, also nicht nur für Grundrechtseinschränkungen¹⁹¹. Im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 BV sind nicht nur die Auswirkungen auf die Wirtschaftsfreiheit zu berücksichtigen, sondern umfassend alle relevanten Interessen, wie z.B. auch die Interessen der Konsumenten, die mit Alkohol verantwortungsbewusst umgehen, und die durch eine allgemeine Steuer unnötig stark belastet würden. Zudem verlangt, wie gleich zu zeigen sein wird, der in der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten eine umfassende Abwägung aller beteiligten Interessen, unabhängig davon, ob die Betroffenen in ihrer Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt sind.

5. Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten

[Rz 107] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts verbietet der aus der Wirtschaftsfreiheit fliessende Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten (auch Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden) Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind¹⁹², na-

mentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen¹⁹³. Der Grundsatz gilt sowohl bezüglich Massnahmen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Einklang stehen, als auch solcher, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen¹⁹⁴. Er geht weiter als das allgemeine, aus Art. 8 Abs. 1 BV fliessende Rechtsgleichheitsgebot, da er auch Schutz gewährt vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen (und daher unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 Abs. 1 BV rechtfertigbar wären), gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten, namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss, begünstigen oder benachteiligen¹⁹⁵.

[Rz 108] Der Grundsatz gilt jedoch nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen aus haltbaren öffentlichen Interessen, wie beispielsweise polizeilich, umweltpolitisch oder kulturpolitisch motivierte Massnahmen, nicht aus¹⁹⁶. Unterscheidungen sind zulässig, sofern sie objektiven Kriterien entsprechen und nicht systemwidrig sind¹⁹⁷. Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss verhältnismässig sein und darf das Gleichbehandlungsgebot unter Konkurrenten nicht geradezu seiner Substanz entleeren; zu vermeiden sind spürbare Wettbewerbsverzerrungen, was eine Abwägung der widerstreitenden Interessen voraussetzt¹⁹⁸.

[Rz 109] Auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten können sich nur die sogenannten direkten Konkurrenten berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind dies Angehörige der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu decken¹⁹⁹. Fragen mag man sich, ob z.B. ein Anbieter eines Billigwodka und derjenige eines Single Malt Whiskeys der Premiumklasse sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu decken. In jedem Fall dürfte ein solches Konkurrenzverhältnis aber zwischen Alkoholika der unteren und

¹⁹³ BGE 136 I 1 E. 5.5.2; BGE 131 II 271 E. 9.2.2; 125 I 431 E. 4b/aa.

¹⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_804/2010 vom 17. Mai 2011 E. 4.1; BGE 125 I 431 E. 4b/aa.

¹⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012, E. 4.2; BGE 125 I 431 E. 4b/aa; BGE 125 II 129 E. 10b; 121 I 279 E. 4a; erstmals in BGE 121 I 129 E. 3c.

¹⁹⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012; Urteil des Bundesgerichts 2C_804/2010 vom 17. Mai 2011 E. 4.3; BGE 136 I 1 E. 5.5.2; BGE 125 I 431 E. 4b/aa; BGE 121 I 279 E. 6c/bb.

¹⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_561/2007 vom 6. November 2008; BGE 132 I 97 E. 2.1.

¹⁹⁸ BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 436; BGE 125 II 129 E. 10b; siehe weiter Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012, E. 4.2; BGE 121 I 279 E. 6c/bb.

¹⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_561/2007 vom 6. November 2008; BGE 132 I 97 E. 2.1; BGE 125 I 431 E. 4b/aa; BGE 125 II 326 E. 10c; BGE 125 II 129 E. 10b; BGE 121 I 279 E. 4a.

¹⁹⁰ Siehe BGE 125 I 182 E. 5b; BGE 125 II 326 E. 10c; zur Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Steuern und Wirtschaftsfreiheit siehe VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Rz. 114–124 zu § 5.

¹⁹¹ Siehe HANGARTNER, Rz. 35 zu Art. 5 BV.

¹⁹² Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012; BGE 123 II 385 E. 11; BGE 123 II 16 E. 10; BGE 121 I 279 E. 4a; BGE 121 I 129 E. 3b.

der mittleren Preisklasse bestehen, oder, anders formuliert, von Produkten mit Preisen leicht unter und solchen leicht über einem wie immer festgelegten Mindestpreis. Damit ist der Anwendungsbereich des Grundsatzes eröffnet.

[Rz 110] Unbestritten stellt die Mindestpreisregelung für Alkohol eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten dar, da nur Anbieter von Billigalkoholika, nicht aber Anbieter höherpreisiger Alkoholika in ihrer Preisgestaltung eingeschränkt werden. Zu klären ist, ob sich diese Wettbewerbsverzerrung nach den vom Bundesgericht vorgegebenen Kriterien rechtfertigen lässt. Für die Anwendung dieser Kriterien im vorliegenden Fall liefert die Kasuistik des Bundesgerichts wertvolle Hinweise. Besonders instruktiv sind die in BGE 136 I 1 und BGE 125 I 431 behandelten Fälle.

[Rz 111] In BGE 136 I 1 hatte das Bundesgericht das 2008 vom Kanton Zürich erlassene Kampfhundeverbot zu beurteilen. Gemäss § 8 des Zürcher Hundegesetzes waren der Erwerb, die Zucht sowie der Zuzug von Hunden mit erhöhtem Gefährdungspotential verboten. Die Entscheidung darüber, welche Hunde ein derart erhöhtes Gefährdungspotential aufweisen, war vom Gesetzgeber an den Regierungsrat delegiert worden, der in einer Verordnung die unter das Verbot fallenden Hunderassen bezeichnet hatte, so z.B. American Pitbull Terrier und Bullterrier. Die Beschwerdeführer machten u.a. eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten geltend, da Züchter von den unter das Verbot fallenden Hunderassen in einem direkten Konkurrenzverhältnis stünden zu Züchtern von nicht verbotenen, aber ebenfalls gefährlichen Hunderassen, wie etwa Schäferhunde oder Rottweiler. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. Es stellte fest, dass der Zürcher Gesetzgeber zum Schutz der Bevölkerung Massnahmen normiert hätte, welche sich an der Gefährlichkeit der Hunderassen orientierten. Je gefährlicher die Hunde seien, desto einschränkender seien die Massnahmen; im Extremfall gelte ein Zuchtverbot. Dem Gesetzgeber sei es nicht darum gegangen, einzelne Züchter gegenüber anderen zu bevorzugen, sondern darum, die Bevölkerung nach Massgabe der Gefährlichkeit der Hunde zu schützen. Dass sich die Massnahmen für Züchter verschiedener Hunderassen unterschiedlich auswirkten, stelle keine unzulässige Ungleichbehandlung dar, sondern sei gerade der legitime Zweck der Massnahmen.

[Rz 112] Aus diesem Fall lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber bei der Bekämpfung von Gefahren nach dem Mass der Gefahr differenzieren darf, auch wenn dies zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führt. Bezogen auf die vom Alkohol ausgehenden Gefahren heisst dies, dass der Gesetzgeber Billigalkoholika, von denen besonders grosse Gefahren für die relevanten Risikogruppen (insbesondere Jugendliche) ausgehen, anders behandeln darf als höherpreisige Alkoholika mit geringerem Gefahrenpotential. Würde man hingegen der Logik von EPINEY/METZ folgen, die mit dem Verweis auf die Wettbewerbsverzerrung eine gleiche Belastung aller

Alkoholika, unabhängig von ihrem Gefahrenpotential, fordern, hätte im Fall von BGE 136 I 1 der Zürcher Gesetzgeber gezwungen werden müssen, zur Vermeidung einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen Hundezüchtern alle irgendwie gefährlichen Hunderassen zu verbieten, Schäferhunde nicht weniger als Pitbull Terrier.

[Rz 113] In BGE 125 I 431 ging es um die Regelung von Ladenöffnungszeiten im Kanton Zürich. 1998 hatten die Zürcher Stimmberechtigten eine Änderung des Ruhetagsgesetzes angenommen, gemäss welcher Verkaufsgeschäfte in Zentren des öffentlichen Verkehrs, die sich in Bahnhofsliegenschaften und damit verbundenen Einkaufspassagen befanden, an öffentlichen Ruhetagen von 6 bis 20 Uhr offen gehalten werden durften, während den übrigen Geschäften die Öffnung an Ruhetagen nach wie vor verboten war. Diese Regelung verletzte nach Auffassung der Beschwerdeführer den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, da die Regelung den Geschäften, die an Ruhetagen offen bleiben durften, gegenüber den übrigen Geschäften einen Wettbewerbsvorteil verschaffte und somit den Wettbewerb verzerrte. Das Bundesgericht sah keine Verletzung des Grundsatzes. Abzuwägen waren vorliegend das Interessen der Bevölkerung an Ruhe an Sonn- und Feiertagen (welches ein grundsätzliches Verbot des Ruhetagsverkaufs nahelegte), das Interesse der Bevölkerung an Einkaufsmöglichkeiten auch an Sonn- und Feiertagen (welches für eine grundsätzliche Zulassung des Ruhetagsverkaufs sprach), und schliesslich das Interesse an Wettbewerbsneutralität (das eine einheitliche Regelung forderte, entweder ein einheitliches Verbot oder eine einheitliche Zulassung). Das Bundesgericht erwog, dass das mit dem Ladenöffnungsverbot verfolgte öffentliche Interesse an Ruhe in Zentren des öffentlichen Verkehrs reduziert sei, da an diesen Orten der Lärm in jedem Fall aufgrund der Reisetätigkeiten erhöht sei, womit der zusätzliche Lärm begrenzt bliebe, und zudem die Einkaufspassagen an diesen Orten typischerweise weitgehend unterirdisch lägen (wie im Hauptbahnhof Zürich und im Bahnhof Stadelhofen), und somit weniger Beeinträchtigungen für umliegende Gebiete entstünden. Es gelangte zur Schlussfolgerung, dass die Regelung zwar zu einer gewissen Wettbewerbsverzerrung führe, doch erweise sie sich mit Blick auf den verfolgten Zweck (beschränkte Lockerung des Öffnungsverbots an öffentlichen Ruhetagen an Orten, an denen das mit dem Gesetz verfolgte Schutzbedürfnis reduziert erscheint) im Rahmen der Interessenabwägung zwischen den Bedürfnissen der Konsumenten und dem polizeilichen Anliegen der Wahrung einer gewissen Sonntagsruhe verfassungsrechtlich noch als haltbar.

[Rz 114] Vergleicht man die Regelung der Ladenöffnungszeiten mit der Regelung des Alkoholverkaufs sieht man, dass es in beiden Fällen ein Interesse gibt, das für eine sehr restriktive Regelung spricht – das Interesse an der Sonn- und Feiertagsruhe bzw. das Interesse an der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs – und ein gegenläufiges Interesse, das eine liberale Regelung verlangt – das Interesse an

durchgehenden Einkaufsmöglichkeiten bzw. das Interesse derjenigen, die verantwortungsbewusst mit Alkohol umgehen, an der Vermeidung unnötiger Belastungen. Im Fall der Ladenöffnungszeiten bestand die vom Bundesgericht gutgeheissene Lösung in der Differenzierung nach dem Mass, in dem das mit der Regelung verfolgte Schutzgut, die Sonntags- und Feiertagsruhe, betroffen war. Dort wo das Schutzgut weniger betroffen war, in den Zentren des öffentlichen Verkehrs, erlaubte es eine liberalere Regelung als in anderen Gebieten, auch wenn diese Differenzierung zu einer Wettbewerbsverzerrung führte. Analog erscheint es sinnvoll, sich für die Zwecke der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs auf die mit besonders hohen Gefahren einhergehenden Billigalkoholika zu konzentrieren, während man im Bereich der höherpreisigen Alkoholika dem Interesse derjenigen, die verantwortungsbewusst mit Alkohol umgehen, höheres Gewicht beimisst, unter Inkaufnahme eines gewissen Masses an Wettbewerbsverzerrung.

[Rz 115] Zusammenfassend zeigt sich, dass das Bundesgericht zwar zu Recht dem Gebot der Wettbewerbsneutralität ein hohes Gewicht beimisst, dieses aber nicht absolut setzt. Es verlangt eine Abwägung der betroffenen Interessen und erlaubt insbesondere Differenzierungen nach dem Gefahrenpotential, das mit einem Regelungsobjekt verbunden ist. Die Mindestpreisregelung für Alkoholika konzentriert sich im Einklang mit dieser Rechtsprechung auf die für die Risikogruppen besonders gefährlichen Billigalkoholika und vermeidet eine unnötige Belastung der übrigen Anbieter und Konsumenten von Alkoholika. Dass damit die Anbieter von Billigalkoholika im Wettbewerb benachteiligt werden, ist in Kauf zu nehmen. Weiterhin zu berücksichtigen ist bei dieser Interessenabwägung, dass die Benachteiligung der Anbieter von Billigalkoholika im Wettbewerb zumindest partiell ausgeglichen werden kann durch eine mit dem Mindestpreis einhergehende Erhöhung der Gewinnmarge²⁰⁰.

[Rz 116] EPINEY/METZ bestreiten demgegenüber die Vereinbarkeit der Mindestpreisregelung mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten²⁰¹. Sie führen hierzu zwei Argumente an, die aber beide nicht überzeugen können. Als erstes verweisen sie auf ihre Ausführungen zur angeblichen Unverhältnismässigkeit der Mindestpreisregelung, d.h. ihre Behauptung, dass eine allgemeine Steuer eine gleich geeignete, aber weniger eingreifende Massnahme sei. Wie oben gezeigt ist eine allgemeine Steuer jedoch weder gleich geeignet noch weniger eingreifend als eine Mindestpreisregelung. Insbesondere fehlt bei EPINEY/METZ die vom Bundesgericht geforderte Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen. Als zweites bringen sie vor, dass die Differenzierung zwischen teuren und billigen Alkoholika und der damit einhergehenden Einteilung in gefährlich und ungefährlich ein unsachgemässes Kriterium sei, denn eine

genaue Bestimmung, ab wann eine Gefährlichkeit besteht, sei letztlich nur vage durchzuführen. Sollte dieses Argument richtig sein, wäre praktisch jede Festlegung von Grenzwerten zur Gefahrenreduzierung unsachgemäss und damit rechtswidrig, da sich in den seltensten Fällen ein objektiv unstrittiger Wert bestimmen lässt. Wo liegt beispielsweise der objektive richtige Wert für eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf Autobahnen, die umwelt- und sicherheitspolitische Ziele verfolgt? Es ist unbestritten, dass höhere Geschwindigkeiten tendenziell zu mehr Risiken im Verkehr und zu höheren Umweltbelastungen führen, aber ab welcher Geschwindigkeit diese Risiken und Umweltbelastungen so hoch werden, dass sie unverträglich erscheinen, ist letztlich eine Wertfrage, die keine wissenschaftlich-objektive Antwort hat. Daraus zu folgern, dass Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Autobahnen unzulässig wären, kann nicht richtig sein. Ähnlich verhält es sich mit Mindestpreisen für Alkoholika. Auch hier ist die grundsätzliche Kausalität unstrittig, d.h. je höher man den Mindestpreis festsetzt, desto stärker wird tendenziell der Alkoholkonsum insbesondere bei den Risikogruppen reduziert. Die Festlegung des Gefahrenniveaus, das man bereit ist zu akzeptieren, ist dann vor allem eine politische Frage. Aus rechtlicher Sicht ist entscheidend, dass sich der politische Entscheid auf sachlich vertretbare Grundlagen abstützt, also z.B. auf seriöse empirische Studien zur Auswirkung von Mindestpreisen auf den Alkoholkonsum von Risikogruppen. Derartige Studien liegen vor²⁰², und weitere Studien lassen sich erstellen²⁰³.

Teil 3. Zusammenfassung

[Rz 117] Zusammenfassend kommt dieser Beitrag zum Schluss, dass der derzeit diskutierte Mindestpreis für Alkoholika weder gegen das Freihandelsabkommen mit der EU, noch gegen die Wirtschaftsfreiheit der Bundesverfassung verstösst, dies im Gegensatz zum Gutachten von EPINEY/METZ, auf welches sich der Bundesrat in seiner Botschaft zur totalrevidierten Alkoholgesetzgebung stützt.

[Rz 118] Mit Blick auf das FHA ist zunächst festzustellen, dass es keine rechtliche Verpflichtung gibt, die Bestimmungen parallel zur Rechtsprechung des EuGH zu Art. 34 und 36 AEUV auszulegen²⁰⁴. Insbesondere wird die These von EPINEY/METZ zurückgewiesen, wonach sich die Funktion des FHA aus dem Jahre 1972 durch die mit dem FZA eingetretene Dynamik in der Beziehung zwischen der Schweiz und der EU dergestalt geändert habe, dass dies eine parallele

²⁰⁰ Siehe vorne, Rz. 103.

²⁰¹ EPINEY/METZ, S. 27.

²⁰² Siehe die vorne, Rz. 70, zitierten Studien.

²⁰³ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Beitrag gefordert wird, dass der Bundesrat vor Festsetzung der konkreten Mindestpreise gegebenenfalls weitere Studien zu erstellen hat, und die Auswirkungen der beschlossenen Mindestpreise nachfolgend einer empirisch gestützten Evaluation zu unterziehen sind (siehe vorne, Rz. 75).

²⁰⁴ Siehe «Keine Parallelität zwischen FHA und FZA», Rz. 25 ff.

Auslegung erfordere²⁰⁵. Es besteht für die Schweiz durchaus Spielraum für eine autonome Auslegung von Art. 13 und 20 FHA unter Berücksichtigung, nicht aber Befolgung der korrespondierenden EuGH-Rechtsprechung.

[Rz 119] Selbst wenn man eine parallele Auslegung bejahen würde, liesse sich der Mindestpreis rechtfertigen. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die EU-Verträge und die darauf gestützte Rechtsprechung des EuGH nicht nur auf die Verwirklichung des Binnenmarktes anstreben, sondern gleichzeitig das Ziel eines hohen Gesundheitsschutzniveaus verfolgen²⁰⁶. Daher kann ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit grundsätzlich durch Gesundheitsschutzinteressen gerechtfertigt werden. Ein rechtmässiger Eingriff setzt allerdings voraus, dass die staatliche Intervention notwendig, geeignet und erforderlich ist²⁰⁷. Die empirischen Befunde zeigen die Notwendigkeit von Massnahmen gegen schädliche individuelle wie gesellschaftliche Auswirkungen des problematischen Alkoholkonsums. Besonders gross ist der Handlungsbedarf bei Kindern und Jugendlichen sowie sozial benachteiligten Gruppen²⁰⁸. Ebenso liegen Studien vor, welche nachweisen, dass ein Mindestpreis für alkoholische Getränke bei den Risikogruppen die erwünschte Wirkung zeigt, also geeignet ist²⁰⁹.

[Rz 120] EPINEY/METZ bestreiten die Eignung von Mindestpreisen für das Erreichen der angestrebten Regulierungsziele nicht, sprechen ihnen aber die Erforderlichkeit ab, da eine allgemeine Steuererhöhung auf alkoholische Getränke gleich geeignet sei, aber die Warenverkehrsfreiheit weniger einschränken würde. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Eine allgemeine Steuer ist nicht gleich geeignet, da eine solche Steuer nur indirekt auf den Endverkaufspreis Einfluss nehmen und einen aus gesundheitspolitischen Gründen angestrebten Mindestpreis nicht gewährleisten kann²¹⁰. Allgemeine Steuererhöhungen zielen zudem über das anzustrebende Ziel «Schutz der Risikokonsumenten/innen» hinaus und erweisen sich deshalb im Ergebnis als die Warenverkehrsfreiheit stärker belastend als Mindestpreise²¹¹.

[Rz 121] Aus dem Blickwinkel der Wirtschaftsfreiheit ist die Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit dem aus der Wirtschaftsfreiheit fliessenden Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten entscheidend²¹². Der Grundsatz verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind.

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht absolut und schliesst Differenzierungen aus haltbaren öffentlichen Interessen, wie z.B. des Interesses am Schutz der öffentlichen Gesundheit, nicht aus. Dies verlangt eine Abwägung des Interesses an einem unverfälschten Wettbewerb mit anderen betroffenen öffentlichen Interessen. Zu beachten ist dabei insbesondere auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Demnach muss eine Massnahme, die in die Wirtschaftsfreiheit eingreift, nicht zuletzt geeignet und erforderlich sein.

[Rz 122] Analog zur Argumentation bei der Warenverkehrsfreiheit des FHA stellen EPINEY/METZ die Eignung von Mindestpreisen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Alkohol durch Risikogruppen nicht in Frage. Auch hier sehen sie bei der Erforderlichkeit das Problem, da es mit einer allgemeinen Steuer auf Alkoholika eine genauso geeignete, aber mildere, d.h. weniger eingreifende Massnahme gebe. Wie im Zusammenhang mit dem FHA erläutert, ist aber eine allgemeine Steuer schon nicht gleich geeignet wie ein Mindestpreis²¹³. Darüber hinaus ist sie auch nicht weniger eingreifend²¹⁴. Sie beschränkt zwar nur Anbieter von Billigalkoholika und ist damit, anders als eine allgemeine Steuer, nicht wettbewerbsneutral. Gleichzeitig belastet die allgemeine Steuer aber auch Anbieter und Konsumenten von höherpreisigen Alkoholika, obwohl höherpreisige Alkoholika in sehr viel geringerem Masse als Billigalkoholika zum Problem des Alkoholmissbrauches bei Risikogruppen beitragen. So gesehen geht eine allgemeine Steuer zu weit. Diese Situation fordert eine Abwägung des Interesses an Wettbewerbsneutralität mit dem Interesse an einer Vermeidung unnötiger Belastungen, wie z.B. der unnötigen steuerlichen Belastung von Konsumenten, die verantwortungsbewusst mit Alkohol umgehen²¹⁵. Die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten zeigt, dass es zulässig ist, bei der Regulierung von Gefahrgütern, wie z.B. Alkohol, nach dem Mass der Gefahr zu differenzieren, auch wenn dies unvermeidlich zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Die Abwägung der Interessen im konkreten Fall führt zum Schluss, dass es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten nicht verletzt, mit einer Mindestpreisvorgabe die tiefpreisigen Alkoholika, die mit besonders hohen Gefahren für Risikogruppen verbunden sind, stärker zu belasten als die höherpreisigen, mit weniger Gefahren für Risikogruppen einhergehenden Alkoholika.

[Rz 123] Insgesamt ist der Vorschlag des Ständerates vom 21. März 2013 für die Schaffung einer Kompetenznorm zur Einführung eines Mindestpreises auf dem Verordnungsweg, der die Anliegen einer «evidenzbasierten Gesetzgebung»

²⁰⁵ Siehe vorne, Rz. 29.

²⁰⁶ Siehe «Öffentliche Gesundheit und Warenverkehrsfreiheit – ein komplexes Verhältnis», Rz. 48 ff.

²⁰⁷ Siehe vorne, Rz. 66 ff.

²⁰⁸ Siehe «Die Problemlagen», Rz. 68 f.

²⁰⁹ Siehe «Mindestpreise als problemadäquate Lösung – Stand des Wissens», Rz. 70 ff.

²¹⁰ Siehe Rz. 98 bis 100 zur Eignung der Mindestpreisregelung.

²¹¹ Siehe «Steuern als angeblich milderer Mittel», Rz. 56 ff.

²¹² Siehe Rz. 106 bis 108 zum Inhalt dieses Grundsatzes.

²¹³ Siehe Rz. 62 und 98 bis 100 zur Eignung der Mindestpreisregelung.

²¹⁴ Siehe Rz. 101 bis 105 zum Vergleich der Eingriffsintensität von Mindestpreisen und einer allgemeinen Steuer.

²¹⁵ Siehe Rz. 109 bis 113 zur Interessenabwägung im Rahmen des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten.

aufnimmt²¹⁶, zu begrüssen. Insbesondere wird der Bundesrat beauftragt, einen Mindestpreis festzulegen, der sich auf das Trinkverhalten der Risikokonsumenten/innen auswirkt. Die Verwaltung wird gefordert sein, die Festsetzung des Mindestpreises unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse über Trinkverhalten und Wirkungen preissensitiver Massnahmen vorzunehmen. Die Auswirkungen eines Mindestpreises sollten zudem periodisch evaluiert werden. Es wird angeregt, diese Verpflichtung in das Gesetz aufzunehmen²¹⁷.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AlkG	Alkoholgesetz vom 21. Juni 1932, SR 680
AlkHG	Alkoholhandelsgesetz (Entwurf)
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
CSOH	Court of Sessions, Outer House (Scotland)
E.	Erwägung
EAV	Eidgenössische Alkoholverwaltung
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Eidg.	Eidgenössisch(e)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	und folgende Seite
ff.	und fortfolgende Seiten
FHA	Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) vom 30. Oktober 1947, SR 0.632.21)
HAPI	Health Action Partnership International
Hrsg.	Herausgeber/in
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
insbes.	insbesondere
ispa	Institut suisse de prévention de l'alcoolisme et autres toxicomanies / Istituto sviz zero di prevenzione dell'alcolismo e altre tossicomanie
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL)
Lfg.	Lieferung
lit.	litera
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SCHARR	School of Health and Related Research at the University of Sheffield
sfa	Schweizerische Fachstelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften)
sog.	sogenannt
SPS	Scottish Prison Service
SpStG	Spirituosensteuergesetz (Entwurf)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSRN	Social Science Research Network
SZIER	Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u.ä.	und ähnlich(e)
u.a.	und andere, unter anderem
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WAK-S	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates
WHO	World Health Organization
WVK	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111 (Wiener Vertragsrechtskonvention)
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

²¹⁶ Siehe vorne, Rz. 73.

²¹⁷ Siehe vorne, Rz. 75.

zit. zitiert
ZSR Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

- ANDERSON PETER/SUHRCKE MARC/BROOKES CHRIS, An overview of the market for alcoholic beverages of potentially particular appeal to minors, HAPI, London 2012.
- BABOR THOMAS/KRAUS LUDWIG (Hrsg.), Alkohol – Kein gewöhnliches Konsumgut. Forschung und Alkoholpolitik, Göttingen 2005.
- BALDI MARINO, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, *Wirtschaft und Recht* 2 (1984) 83 ff.
- BAUDENBACHER LAURA MELUSINE, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, *Christan Grimme / Deutsche Angestellten-Krankenkasse, EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 12. November 2009, C-351/08, European Law Reporter* 2 (2010) 34 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007.
- BORER JÜRIG, Grundlagen des Warenverkehrs im Freihandelsabkommen Schweiz-EWG, *recht* (1988) 109 ff.
- BURRI THOMAS/PIRKER BENEDIKT, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, *SZIER* (2010) 165 ff.
- BURRIS SCOTT/ANDERSON EVAN, Legal Regulation of Health-Related Behavior: A Half-Century of Public Health Law Research, *Annual Review of Law and Social Science* (2013). Abrufbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2233603> (zuletzt besucht: 11. Mai 2013).
- BUSSMANN WERNER, Was ist Evaluation und für wen evaluieren wir? *LeGes* 1 (2005) 65 ff.
- CHALOUPKA FRANK J., Alcoholic Beverage Taxes, Prices and Drinking (Kommentar zu Wagenaar A.C./Salois M.J./Komro K.A., Effects of beverage alcohol price and tax levels on drinking: a meta-analysis of 1003 estimates from 112 studies, *Addiction* 2 (2009) S. 179–190), *Addiction* 2 (2009) 191 f.
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: *Jusletter* 2. Februar 2009.
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: *Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Annuaire Suisse de droit européen* 2003, Zürich/Bern 2004, 358 ff.
- COTTIER THOMAS/LIECHTI RACHEL, Zwischen Skylla und Charybdis: Die Rezeption des europäischen Wirtschaftsrechts in der Schweiz, *EuZW* (2012) 849 ff.
- DROLSHAMMER JENS/WALTER REGULA, Die Schweiz und die Gestaltung ihrer Beziehungen zur EG nach dem 6. Dezember 1992, *EuZW* (1994) 549 ff.
- EPINEY ASTRID, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: *Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Übersax Peter* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht, Annuaire du droit de la migration* 2011/2012, Bern 2012, 81 ff.
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU und der Wirtschaftsfreiheit, *Rechtsgutachten im Auftrag der Eidgenössischen Alkoholverwaltung*, Oktober 2009 (mit Aktualisierung infolge des ab 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon), Freiburg 2009.
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich/Basel/Genf 2012.
- FRENZ WALTER, *Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2012.
- GLOOR DANIELA/MEIER HANNA, Gewalt in der Partnerschaft und Alkohol, Häufigkeit einer Dualproblematik, Muster und Beratungssettings, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Schinznach-Dorf 2013 (zit. *Gewalt in der Partnerschaft und Alkohol*).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Auflage, Zürich 2012.
- HANGARTNER YVO, Kommentar zu Art. 5 BV, in: *Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philipp/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A.*, *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, 99 ff.
- HANSMERSMANN PETRA, Risikovorsorge im Spannungsfeld von Gesundheitsschutz und freiem Warenverkehr, dargestellt am Beispiel der Entsorgung radioaktiver Abfälle, Berlin 2005.
- HARATSCH ANDREAS/KOENIG CHRISTIAN/PECHSTEIN MATTHIAS, *Europarecht*, 7. Auflage, Tübingen 2010.
- HÖLSCHIEDT SVEN, Kommentar zu Art. 24 Grundrechtecharta, in: *Meyer Jürgen* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, 378 ff.
- HUNT PRISCILLA/RABINOVICH LILA/BAUMBERG BEN, Preliminary assessment of the economic impacts of alcohol pricing policy options in the UK, Brüssel 2010.
- IMHOF EDGAR, Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode – Sind die Urteile Bosman, Kohll und Jauch bei der Auslegung zu berücksichtigen?, *ZESAR* (2007) 155 ff.
- KADDOUS CHRISTINE/TOBLER CHRISTA, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, *SZIER* 2010, 597 ff. (zit.: *Europarecht*).
- KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS, Das «Cassis de Dijon»-Prinzip und die Schweiz, *SJZ* (2006) 321 ff.

- KUNTSCHKE EMMANUEL/GMEL GERHARD/ANNAHEIM BEATRICE, Alkohol und Gewalt im Jugendalter, Gewaltformen aus Täter- und Opferperspektive, Konsummuster und Trinkmotive – Eine Sekundäranalyse der ESPAD-Schülerbefragung, Forschungsbericht der Schweizerischen Fachstelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme (sfa/ispa), Lausanne 2006.
- LÖRTSCHER ANDREAS, Evaluationsklauseln: Überlegungen aus gesetzesredaktioneller Sicht, LeGes 1 (2005) 303 ff.
- MAYER FRANZ C., Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion Europarecht 5 (2003) 793 ff.
- MCKINLAY WILLIAM/FORSYTH ALASDAIR J.M./KHAN FURZANA, Alcohol and Violence among Young Male Offenders in Scotland (1979–2009), For the Scottish Prison Service, SPS Occasional Paper, Edinburgh 2009.
- MÜHL AXEL, Diskriminierung und Beschränkung: Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Diss. Bayreuth, Berlin 2004.
- NIEDERER RUEDI/KORN KATI/LUSSMANN DANIELA/KÖLLIKER MIRIAM, Fachhochschule Nordwestschweiz, Hochschule für Wirtschaft, Marktstudie und Befragung junger Erwachsener zum Konsum alkoholhaltiger Mischgetränke (Alcopops), Ergebnisbericht im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit, Olten 2008.
- POPPE ANTONIA-KATHARINA, Grenzen regulativer Eingriffe der Europäischen Union in die Marktfreiheit des Unionsrechts: eine Untersuchung am Beispiel der REACH-Verordnung, Diss. Hamburg, Frankfurt am Main 2011.
- PROESCHOLDT M.G./WALTER M./WIESBECK G.A., Alkohol und Gewalt: Eine aktuelle Übersicht, Alcohol and Violence: A Current Review, Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie (2012) 441 ff.
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011.
- RIEDEL EIBE, Kommentar zu Art. 35 Grundrechtecharta, in: Meyer Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2011 476 ff.
- SCHARR, University of Sheffield, Alcohol Minimum Price Modelling Research, Model-Based Appraisal Of Alcohol Minimum Pricing And Off-Licensed Trade Discount Bans In Scotland Using The Sheffield Alcohol Policy Model (V 2):-, Second Update Based On Newly Available Data, Sheffield 2012 (zit. SCHARR, Minimum Pricing in Scotland).
- SCHARR, University of Sheffield, Alcohol pricing and promotion effects on consumption and harm, Independent Review of the Effects of Alcohol Pricing and Promotion: Part B, Modelling the Potential Impact of Pricing and Promotion Policies for Alcohol in England: Results from the Sheffield Alcohol Policy Model Version 2008(1-1), Sheffield 2008 (zit. SCHARR, Minimum Pricing in England).
- SCHOTT MARKUS, Europäische Ebene, Die Bedeutung der direkten Demokratie im Verhältnis Schweiz – EU, in: Rüssli, Markus et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zürich, 2012, 694–707.
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 36 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philipp/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, 727 ff.
- SIEGWART KARINE/FELDER DANIEL, Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG von 1999 und 2004 sowie das Freihandelsabkommen Schweiz-EWG von 1972 in der praktischen Anwendung, in: Epiney Astrid/Egbuna-Joss Andrea/Wyssling Markus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Annuaire Suisse de droit européen 2005/2006, Bern/Zürich/Basel/Genf 2006, 481 ff.
- Stellen für Suchtprävention im Kanton Zürich, Magazin laut & leise, Märzausgabe 2005, Zürich 2005.
- STOCKWELL TIM/AULD M. CHRISTOPHER/ZHAO JINHUI/MARTIN GINA, Does minimum pricing reduce alcohol consumption? The experience of a Canadian province [Senkt eine Mindestpreisregelung den Alkoholkonsum? Erfahrungen einer kanadischen Provinz], Addiction 5 (2012) 912 ff.
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände, Zürich/St. Gallen: Dike 2013.
- TOBLER CHRISTA, Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenzen des bilateralen Rechts», in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (eds), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern: Stämpfli/Zürich, Basel, Genf: Schulthess 2010, 369–384 /zit.: Wiederkehr).
- TOBLER CHRISTA, Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz-EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?, ZSR (2013) 3 ff. (zit.: Wettbewerbsrecht).
- TOBLER CHRISTA, Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU – Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit», 24 Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, 432–434 (zit.: Luftverkehr).
- VAN DEN BOSSCHE, PETER/ZDOUC, WERNER, The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, 3. A., Cambridge 2013.
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 2006.
- VÖNEKY SILJA/BEYLAAGE-HAARMANN BRITTA, Kommentar zu Art. 217 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin, Das Recht der Europäischen Union, München 2010 (Lfg. 49, Stand 2012).
- WÄGENBAUR BERTRAND, Binnenmarkt und Gesundheitsschutz – eine schwierige Kohabitation, EuZW (2000) 549 ff.

WINNIE K.W. So, Cancer Prevention through Legislation – Hong Kong Experience, Clin Oncol Cancer Res, 2 (2010) 81 ff.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Department of Mental Health and Substance Abuse, Global Status Report on Alcohol 2004, Genf 2004 (zit. WHO, Global Status Report on Alcohol 2004).

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Framework Convention on Tobacco Control, Genf 2005 (zit. WHO, Framework Convention on Tobacco Control).

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Regional Office for Europe, Evidence for the effectiveness and cost-effectiveness of interventions to reduce alcohol-related harm, Dänemark 2009 (zit. WHO, interventions to reduce alcohol-related harm).

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Regional Office for Europe, Handbook for action to reduce alcohol-related harm, Dänemark 2009 (zit. WHO, Handbook for action to reduce alcohol-related harm).

WÜGER DANIEL, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück. BGE 1A.71/2004 vom 8. März 2005, Sonderabfallverwertungs-AG (SOVAG) gegen BUWAL und UVEK, in: Jusletter 4. April 2005.

Weiter verwendet wurden: Bericht der schottischen Regierung, Handlungsrahmen: Ändern der Beziehung zum Alkohol in Schottland. Endgültige Abschätzung der Folgen für Unternehmen und Rechtsvorschriften des gesetzlich vorgesehenen Mindestpreises pro Einheit, Edinburgh 2012 (zit. Bericht der schottischen Regierung) / Scottish Government, Framework for Action: Changing Scotland's Relationship with Alcohol, Final Business and Regulatory Impact Assessment for Minimum Price per Unit of Alcohol as Contained in Alcohol (Minimum Pricing) (Scotland) Bill, Edinburgh 2012. (zit. Scottish Government).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften vom 16. August 1972, BBl 1972 II 653 ff. (zit. Botschaft Freihandelsabkommen).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 294 f (zit. Botschaft Bundesverfassung).

Botschaft zur Totalrevision des Alkoholgesetzes (Spirituosensteuergesetz und Alkoholhandelsgesetz) vom 25. Januar 2012, BBl 2012 1315 ff. (zit. Botschaft Totalrevision des Alkoholgesetzes).

Autoren dieses Beitrages unter Mitarbeit von Nadine Wantz im Auftrag des Suchtverbandes Schweiz verfasst wurde.

* **

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Leiter Zentrum für Sozialrecht, ZHAW, Winterthur.

Prof. Dr. oec. et lic. iur. JENS LEHNE, Leiter Abteilung Business Law, ZHAW.

Beim vorliegenden Text handelt es sich um eine leicht bearbeitete Version eines Rechtsgutachtens, das von den

