



Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG und der Wirtschaftsfreiheit

Rechtsgutachten im Auftrag der Eidgenössischen Alkoholver-
waltung

*Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.
Benedikt Pirker, LL.M.*

November 2009

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung.....	2
B.	Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG.....	3
I.	Zur parallelen Auslegung völkerrechtlicher Verträge und gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen – unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts einerseits und des Freihandelsabkommens andererseits	5
II.	Zur Vereinbarkeit von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit Art. 18 FHA	16
	1. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkohol mit Art. 90 EGV	16
	2. Schlussfolgerung: zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit Art. 18 FHA.....	29
C.	Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben mit der Wirtschaftsfreiheit	30
I.	Schutzbereich.....	30
II.	Eingriff	31
III.	Rechtfertigung	32
D.	Zusammenfassung.....	35
E.	Literatur.....	38
F.	Abkürzungen	43

A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag ist im Zusammenhang mit einer anderen Untersuchung zu sehen, in dem die Vereinbarkeit der Festsetzung von **Mindestpreisen** (die dem Gesundheitsschutz dienen sollten) im Rahmen der geplanten Revision des Alkoholgesetzes mit dem **Freihandelsabkommen** zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft¹ einerseits und mit der verfassungsrechtlich vorgegebenen **Wirtschaftsfreiheit** andererseits untersucht wurde.² Während es in diesem Beitrag somit um das Instrument der Festsetzung eines Mindestpreises für Alkoholika ging, steht im Folgenden ein anderes Instrument, nämlich das der **Lenkungsabgabe**, im Zentrum des Interesses, wobei auch die Einführung einer Lenkungsabgabe Anliegen des Gesundheitsschutzes dienen soll. Herausgegriffen werden dabei insgesamt **drei verschiedene „Grundmodelle“ von Lenkungsabgaben**: die „referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe“, die Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis sowie eine alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe.

Die „referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe“ fiel an, wenn alkoholische Getränke unterhalb eines staatlich festgelegten „Referenzpreises“ verkauft würden bzw. werden sollen. Ihre Höhe belief sich auf die Differenz zwischen Referenz- und Verkaufspreis. Wenn also der Referenzpreis für 0.7 l Spirituose CHF 15,- betrage, müsste ein Händler, der ein solches Getränk für CHF 12,- verkaufen möchte, CHF 3,- als Lenkungsabgabe entrichten. Im Alltag würden Händler und Produzenten mit hoher Wahrscheinlichkeit die entsprechenden Spirituosenangebote auf jenen Preis erhöhen, ab dem die Lenkungsabgabe nicht mehr anfällt. Der Aufpreis würde diesfalls allerdings nicht in Form einer Lenkungsabgabe anfallen, sondern beim Händler bzw. Produzenten verbleiben, so dass eine solche referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe letztlich einem staatlich festgesetzten Mindestpreis weitgehend gleichkäme.

Bei einer **Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis** würde auf den Endpreis ein Zuschlag (ähnlich wie beim Flaschenpfand mit anderweitiger Form der Rückerstattung) erhoben. Die Höhe der Lenkungsabgabe würde sich nach dem Endpreis des Produkts richten und mit steigendem Endpreis sinken. Eine solche Degression setzte somit mindestens zwei Abstufungen voraus. Denkbar wäre z.B. ein Zuschlag von CHF 10,- auf den Endpreis für 0.7 Liter Spirituosen, die für weniger als CHF 20,- verkauft werden, und ein Zuschlag von CHF 5,- auf den Endpreis für 0.7 Liter Spirituosen, die für CHF 20,- bis CHF 30,- verkauft werden; bei einem Verkaufspreis ab CHF 30,- könnte der Zuschlag wegfallen. Insgesamt führte dieses Instrument zu einer „Stauchung“ der Preisskala.

Die **alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe** wäre auf alle alkoholischen Getränke zu erheben und würde zusätzlich zu den heute bereits bestehenden Verbrauchssteuern für Spirituosen und Bier erhoben. Sie führte bei allen alkoholischen Getränken jeder Preisklasse zu einer erhöhten Belastung mit Abgaben.

Zu untersuchen sind die drei erwähnten Modelle einer Lenkungsabgabe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EG (B.)

¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, in Kraft getreten am 1. Januar 1973, SR 0.632.401.

² *Epiney/Metz*, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG und der Wirtschaftsfreiheit, Institut für Europarecht, Universität Freiburg, Oktober 2009.

sowie der Wirtschaftsfreiheit (C.).³ Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst (D.). Soweit dabei Fragen relevant sind, die bereits in der eingangs erwähnten Untersuchung erörtert wurden, wird im Folgenden auf die dort bereits formulierten Ausführungen zurückgegriffen, wobei sie aber im Hinblick auf die Verständlichkeit und Konsistenz des vorliegenden Beitrags aus sich allein heraus auch teilweise nochmals in den Text integriert werden.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, das die Verfasser im Auftrag der Eidgenössischen Alkoholverwaltung erstellt. Dabei wurde der Auftrag wie folgt formuliert:

„Das Gutachten soll der Frage nachgehen, ob ausgewählte Modelle einer Lenkungsabgabe auf Alkohol (alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe, referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe und Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis) mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG (SR 0.632.401), insbesondere mit Art. 13, 20 FHA, vereinbar sind. Ggf. sollen die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit einer solchen Lenkungsabgabe mit dem Abkommen aufgezeigt werden. Weiter soll seiner Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit nachgegangen werden. Nicht Gegenstand des Gutachtens sind Fragen der Kompetenz des Bundes zur Einführung solcher Lenkungsabgaben.“

Bei der Bearbeitung dieser Problemstellung – die aus rein wissenschaftlicher Sicht erfolgte, so dass es sich um eine unabhängige Untersuchung handelt – konnten die Verfasser auf einige von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellte Dokumente zurückgreifen, wobei insbesondere der Entwurf für die Botschaft zum totalrevidierten Alkoholgesetz von Bedeutung ist, der im Folgenden auch teilweise zitiert wird.

Gedankt sei an dieser Stelle der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, insbesondere Frau *Anouck Pipoz*, Rechtsanwältin, für das dem Institut für Europarecht und den Verfassern entgegen gebrachte Vertrauen und für die ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit.

Die Untersuchung wurde im November 2009 abgeschlossen, so dass noch, bei der Rechtslage in der EG, auf die Situation vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon abgestellt wird. Es sei aber darauf hingewiesen, dass die hier relevanten Regelungen durch den Vertrag von Lissabon keine für die hier untersuchte Fragestellung relevanten Modifikationen erfahren haben, so dass das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nichts an den Ergebnissen dieses Beitrags ändert.

B. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG

Im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit der eingangs⁴ erwähnten Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen ist zunächst der Frage nachzugehen, **welche Bestimmung(en) des Freihandelsabkommens als Prüfungsmassstab** heranzuziehen sind. In Betracht kommen im Wesentlichen⁵ **Art. 13**

³ Sonstige verfassungsrechtliche Fragen, insbesondere diejenige nach der Kompetenz des Bundes für die Einführung solcher Abgaben, bleiben jedoch in der vorliegenden Untersuchung ausgespart.

⁴ S.o. A.

⁵ Die die Zölle betreffenden Vorschriften sind hier von vornherein nicht einschlägig, da die Lenkungsabgabe nicht an die Ein- oder Ausfuhr des Produkts, sondern den Verkauf anknüpft, vgl. in diesem Zusammenhang zur Auslegung des Art. 25 EGV etwa *Calliess/Ruffert-Waldhoff*, Art. 25, EGV, Rn. 7, m.w.N. aus der Rechtsprechung. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Einordnung von steuerlichen Massnahmen unter Art. 90 EGV nicht immer unproblematisch ist. Im Verhältnis zu anderen Bestimmungen gilt

FHA einerseits und **Art. 18 FHA** andererseits. Während die zuerst genannte Bestimmung **mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen** und Massnahmen gleicher Wirkung verbietet, steht Art. 18 FHA **innerstaatlichen Abgaben** entgegen, die für eingeführte Produkte diskriminierende Wirkung entfalten. In Anbetracht des Umstands, dass auch solche Abgaben einfuhrbeschränkende Wirkung entfalten, dürfte **Art. 18 FHA** – jedenfalls soweit sein Anwendungsbereich eröffnet ist – Art. 13 FHA als **speziellere Vorschrift** vorgehen.

Für diese Sicht spricht auch ein Blick auf die **Rechtslage im EG-Vertrag**: Auch hier geht nach allgemeiner Ansicht Art. 90 EGV (dem Art. 18 FHA nachgebildet ist) Art. 28 EGV (der in Art. 13 FHA „übernommen wird“) als speziellere Norm vor.⁶ So geht auch die Rechtsprechung des EuGH davon aus, dass eine produktbezogene Abgabe grundsätzlich nicht von Art. 90 EGV erfasst wird, sofern sie nicht diskriminierend ausgestaltet ist, auch wenn nicht zu übersehen ist, dass insbesondere eine Abgabe exzessiver Höhe – auch bei einer nicht diskriminierenden Ausgestaltung – durchaus den Handel beeinträchtigen kann.⁷ Eine tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 28 EGV auf produktbezogene Abgaben ist daher – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen denkbar, so dass diese Vorschrift grundsätzlich nur für nicht steuerliche Massnahmen zum Zuge kommt.

Damit ist davon auszugehen, dass eine Lenkungsabgabe auf Alkoholika nur am **Massstab des Art. 18 FHA** zu prüfen ist,⁸ während Art. 13 FHA nicht einschlägig sein dürfte. Wie bereits erwähnt, ist Art. 18 FHA Art. 90 EGV nachgebildet, wenn auch gewisse Formulierungsunterschiede zu verzeichnen sind.

Art. 90 EGV (keine höheren Abgaben für Waren aus anderen Mitgliedsstaaten)

Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbare noch mittelbare höhere inländische Abgaben gleich welcher Art, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben.

Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten keine inländischen Abgaben, die geeignet sind, andere Produktionen mittelbar zu schützen.

Art. 18 FHA

Die Vertragsparteien wenden keine Massnahmen oder Praktiken interner steuerlicher Art an, die unmittelbar oder mittelbar eine diskriminierende Behandlung der Erzeugnisse einer Vertragspartei und gleichartiger Ursprungserzeugnisse der anderen Vertragspartei bewirken.

grundsätzlich, dass nur entweder Art. 25 EGV für Abgaben zur Anwendung kommen kann, die beim Grenzübertritt von Waren erhoben werden, oder Art. 90 EGV, wenn die Abgaben auf Waren eingehoben werden, die sich bereits im Land befinden.

⁶ Vgl. nur Calliess/Ruffert-Waldhoff, Art. 25, EGV, Rn. 22; Epiney/Gruber, Verkehrsrecht, 196 ff., m.w.N.; ausführlich zum Problemkreis *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 188 ff.

⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung in Bezug auf eine Zulassungssteuer für Gebrauchtwagen EuGH, Rs. C-47/88 (Kommission/Dänemark), Slg. 1990, I-4509, Rn. 10 ff.; EuGH, Rs. C-383/01 (De Danske Bilimportører/Skatteministeriet), Slg. 2003, I-6065, Rn. 41.

⁸ Zumal die mit einer solchen Abgabe verbundenen Preissteigerungen insgesamt relativ moderat ausfallen dürften und jedenfalls nicht zu vergleichbaren Preissteigerungen führen dürften wie diejenigen, die mit der dänischen Abgabe, um die es in den in Fn. 7 zitierten Urteilen ging, verbunden waren.

Für Waren, die in das Gebiet einer Vertragspartei ausgeführt werden, darf keine Erstattung für inländische Abgaben gewährt werden, die höher ist als die auf diese Waren unmittelbar erhobenen Abgaben.

Damit wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit sich die **Auslegung des Art. 18 FHA** an derjenigen des **Art. 90 EGV** – für die es bereits eine differenzierte Rechtsprechung des EuGH gibt,⁹ die aber grösstenteils erst nach der Unterzeichnung des Freihandelsabkommens ergangen ist – zu **orientieren** hat bzw. welche Auslegungsgrundsätze bei der Auslegung des Freihandelsabkommens im Allgemeinen und des Art. 18 FHA im Besonderen anzulegen sind (I.), bevor in einem zweiten Schritt der Vereinbarkeit der hier zu prüfenden Modelle einer Lenkungsabgabe auf Alkoholika mit Art. 18 FHA nachzugehen ist (II).

I. Zur parallelen Auslegung völkerrechtlicher Verträge und gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen – unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts einerseits und des Freihandelsabkommens andererseits¹⁰

Die Europäische Gemeinschaft schliesst schon seit Jahrzehnten völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten ab, die in Teilen gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen wörtlich oder sinngemäss übernehmen. Hierzu gehört das Freihandelsabkommen (FHA) der Schweiz mit der EG¹¹ (aber auch in neuerer Zeit das „bilaterale“ Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz sowie andere Abkommen der „Bilateralen I“ und der „Bilateralen II“¹²), das u.a. die Regeln über den freien Warenverkehr – darunter

⁹ Vgl. ausführlich zu Art. 90 EGV m.w.N. Calliess/Ruffert-Waldhoff, Art. 90; *Epiney/Gruber*, Verkehrsrecht in der EU, 186 ff.; *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, *passim*; *Ohler*, Fiskalische Integration, *passim*.

¹⁰ Die Ausführungen in diesem Abschnitt gehen teilweise auf bereits früher durchgeführte Untersuchungen zurück, vgl. *Epiney*, Ausländerklauseln im Amateursport, 6 ff. (= Jusletter v. 9.2.2009); *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und FZA, 7 ff. (= Jusletter v. 31.8.2009); *Epiney*, in: Steuerwettbewerb, 75 (79 ff.). Weite Teile der in diesem Abschnitt figurierenden grundsätzlichen Ausführungen zur Auslegung des Freihandelsabkommens wurden darüber hinaus mit leichten Änderungen bereits im Vorgutachten zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG verwendet.

¹¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, in Kraft getreten am 1. Januar 1973, SR 0.632.401.

¹² Bislang wurden zwei Pakete sog. „bilateraler“ und sektorieller Abkommen im Gefolge des EWR-Neins vom 6.12.1992 abgeschlossen: Ein erstes Paket (am 21.6.1999 unterzeichnet und am 1.6.2002 in Kraft getreten) betrifft die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Austragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBl. 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff.; ein zweites Paket vom Oktober 2004 erfasst die Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbe-

das Diskriminierungsverbot für Abgaben auf Waren aus Partnerstaaten (Art. 18 FHA) – „übernimmt“. Derartige Verträge sind aber selbstverständlich als **völkerrechtliche Verträge** nach den einschlägigen, in der **Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)**¹³ festgelegten **völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen**.¹⁴ Nach der Grundregel des Art. 31 WVK ist ein Vertrag

„nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“.¹⁵

Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind damit **Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext** (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie **Gegenstand und Zweck** des Vertrages; daneben ist ggf. die **nachfolgende Praxis der Parteien** einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK). Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann – sind recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann und wohl auch sollte. Insofern dürften die Grundsätze eine **hohe Flexibilität** aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt, Gegenstand oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt.

Versucht man vor diesem Hintergrund die für die **Auslegung des Freihandelsabkommens** massgeblichen Grundsätze zu formulieren, so ist der Ausgangspunkt zunächst, dass das Abkommen in weiten Teilen auf **Begriffe oder Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift** bzw. gar dem EG-Vertrag wörtlich entsprechende Artikel enthält, so u.a. die Bestimmungen über den freien Warenverkehr (Art. 13 FHA einerseits und Art. 28 EGV andererseits sowie Art. 20 FHA einerseits und Art.

steuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl. 2004, 5965 ff. Zu den Bilateralen Abkommen I und II insbesondere die Beiträge in *Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz EU, passim*. Vgl. insbesondere ausführlich zur Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens m.w.N. *Epiney/Mosters*, in: *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 57 (61 ff.); *Imhof*, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff. S. in diesem Zusammenhang auch die Bemerkungen von *Cottier/Diebold*, SJER 2008/2009, 237 (257 f.), die darauf hinweisen, dass die Bilateralen Abkommen Rückwirkungen auf die Auslegung des Freihandelsabkommens entfalteteten, sei es doch nunmehr in ein „bilaterales Vertragswerk“ eingebunden.

¹³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

¹⁴ Vgl. allgemein und sehr instruktiv zur Auslegung von durch die EG abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen *Klein*, in: *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 1 ff.

¹⁵ *Klein*, in: *Auslegung von Integrationsverträgen*, 1 (5), weist zutreffend darauf hin, dass diese Formulierung am Ende wenig geglückt ist und man statt von „Ziel und Zweck“ eher von „Gegenstand und Zweck“ sprechen sollte.

30 EGV andererseits), aber auch über die Zölle (vgl. Art. 6, 7 FHA und Art. 25 EGV) und das Verbot diskriminierender inländischer Abgaben (Art. 18 FHA und Art. 90 EGV).

Aus diesem Rückgriff auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind;¹⁶ vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Gemeinschaftsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können,¹⁷ ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Gemeinschaftsrechts zwingend aufgegeben wird. Massgeblich ist daher, ob sich aus den erwähnten Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention ein **Grundsatz der „parallelen Auslegung“** der dem Gemeinschaftsrecht nachgebildeten Bestimmungen des Freihandelsabkommens ergibt, wie dies zu Recht etwa für das Personenfreizügigkeitsabkommen angenommen wird.¹⁸ So könnte sich insbesondere aus dem Gebot, dass Verträge unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstands auszulegen sind, ergeben, dass gewisse im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsgrundsätze auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sind, soweit diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien.

Im Urteil *Metalsa* formulierte der EuGH die für die Beantwortung dieser Frage massgeblichen Grundsätze wie folgt:

„Insgesamt ergibt sich (...), dass die Übertragung der Auslegung einer Vertragsbestimmung auf eine vergleichbar, ähnlich oder übereinstimmend gefasste Bestimmung eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft und einem Drittland insbesondere davon abhängt, welchen Zweck diese Bestimmungen in dem ihnen je eigenen Rahmen verfolgen; insoweit kommt dem Vergleich von Zweck und Kontext des Abkommens mit denjenigen des Vertrages [hier wird auf den EG-Vertrag Bezug genommen] erhebliche Bedeutung zu. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nämlich nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen.“¹⁹

In einem weiteren Urteil²⁰ führt der EuGH aus, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen

¹⁶ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395. S. auch EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.

¹⁷ Zur Auslegung im Gemeinschaftsrecht m.w.N. nur Bieber/Epiney/Haag-Epiney, § 9, Rn. 11 ff.

¹⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 12.

¹⁹ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f. S. auch EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533. Aus der Literatur etwa Ott, EuZW 2000, 293 (294 f.).

²⁰ EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895.

nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen.

Verallgemeinert man diesen Ansatz, so sind in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die **Zielsetzung des jeweiligen Abkommens** gerade dahin geht, das in der **Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten**, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich **parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen** auszulegen; ist dies zu verneinen, so kommt eine „automatische“ Übertragung der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nicht in Betracht.²¹ Massgeblich ist damit die entsprechende **Zielsetzung und der Zweck des Abkommens**, und es ist insbesondere danach zu fragen, ob das jeweilige Abkommen angesichts seines Zweck und Kontexts parallele Zielsetzungen wie der EG-Vertrag und die dort figurierenden entsprechenden Bestimmungen verfolgt und ob auf dieser Grundlage in Anbetracht des Gegenstands der fraglichen Bestimmung eine „Übernahme“ des *acquis communautaire* beabsichtigt ist und sich damit (grundsätzlich) eine parallele Auslegung von Abkommen und Gemeinschaftsrecht aufdrängt, wobei gegebenenfalls noch zu eruieren ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf zukünftige Entwicklungen des *acquis communautaire* bezieht.²²

Der EuGH verneinte diese Fragen in Bezug auf wortgleiche Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge mit solchen des EG-Vertrages verschiedentlich, so bezüglich einiger Bestimmungen der sog. Europa-Abkommen (mit den damaligen Kandidatenstaaten Mittel- und Osteuropas)²³ und (Anfang der 80er Jahre) des Freihandelsabkommens der EG mit Portugal (das parallel zum FHA mit der Schweiz ausgestaltet war).²⁴ In Bezug auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) hielt der EuGH fest, dass die wortgleiche Ausgestaltung weiter Teile des Abkommens mit vertraglichen Bestimmungen nicht die „Homogenität“ der Rechtsnormen

²¹ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der gemeinschaftlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv Klein, in: Auslegung von Integrationsverträgen, 1 (16 ff.).

²² Hierzu im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen die Nachweise in Fn. 12. S. ansonsten zur Frage der Regelung und Reichweite der Übernahme von Teilen des *acquis communautaire* in den Bilateralen Abkommen ausführlich *Epinney/Meier/Mosters*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg, 77 (98 ff.).

²³ EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55.

²⁴ EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329.

zu gewährleisten vermöge, seien doch die Zielsetzungen beider Vertragswerke zu unterschiedlich.²⁵ In anderen (neueren) Fällen (so bezüglich der Auslegung der Niederlassungsfreiheit in den Europa-Abkommen) kam er aber auf der Grundlage einer eingehenden Prüfung von Ziel und Zweck der Abkommen sowie des Gegenstandes der fraglichen Bestimmungen zum gegenteiligen Ergebnis.²⁶

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH die Regeln der **Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit der EG**, die den **freien Warenverkehr** i.e.S. (so insbesondere das Verbot von Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung) betreffen, **parallel** wie diejenigen im EG-Vertrag auslegt.²⁷ Bei den **abgabenrechtlichen Bestimmungen** hingegen bezieht der Gerichtshof eine differenziertere Position:²⁸ Zwar bezweckten die Art. 90 EGV entsprechenden Bestimmungen in Freihandelsabkommen ebenfalls (wie Art. 90 EGV), jede unmittelbare oder mittelbare steuerliche Diskriminierung von Erzeugnissen der anderen Vertragspartei zu untersagen;²⁹ jedoch erfassten diese – im Gegensatz zu Art. 90 EGV – nicht auch die Ungleichbehandlung bei Strafmassnahmen, die bei steuerrechtlichen Verstössen bei Einführen aus anderen Vertragsstaaten verhängt werden.³⁰ Eine einfach „analoge“ Übertragung der Rechtsprechung zu Art. 90 EGV auf Bestimmungen in Abkommen wie Art. 18 FHA wird somit verneint.³¹ Im Gegenschluss kann aus der Rechtsprechung, insbesondere dem Urteil *Metalsa*, jedoch auch abgeleitet werden, dass – vor dem Hintergrund der **Parallelität der Zielsetzungen des Art. 90 EGV und der entsprechenden Bestimmungen in Freihandelsabkommen**, soweit Abgaben auf Produkte selbst betroffen sind – jedenfalls in Bezug auf die **Erhebung von Abgaben auf Produkte die Auslegung des Art. 90 EGV auf die entsprechenden Bestimmungen der Abkommen übertragen** werden kann.³² Für diese Sicht spricht auch, dass in denjenigen Fällen, in denen sich der EuGH bislang anlässlich der Prüfung produktbezogener Abgaben zur Auslegung von Art. 18 FHA ähnlichen Bestimmungen auszusprechen hatte, diese im Ergebnis parallel wie Art. 90 EGV ausgelegt wurden,³³ dies trotz der erwähnten grundsätzlichen Ablehnung einer „automatischen“

²⁵ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 14 ff.

²⁶ EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26.

²⁷ EuGH, Rs. C-207/91 (Eurim Pharm GmbH), Slg. 1993, I-3723.

²⁸ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751: In dieser Rechtssache ging es um Art. 18 des Freihandelsabkommens mit Österreich, der ebenso wie Art. 18 FHA formuliert ist.

²⁹ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 9.

³⁰ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 15 ff. Der EuGH lehnt hier die Anwendung der Rechtsprechung zu Art. 90 EGV über das Verbot der Diskriminierung im Rahmen von Strafmassnahmen für steuerrechtliche Verstösse ab, siehe zu dieser EuGH, Rs. 299/86 (Drexler), Slg. 1988, 1213.

³¹ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 17.

³² In diese Richtung denn wohl auch EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 9, 20.

³³ EuGH, Rs. 104/81, (Kupferberg), Slg. 1982, 3641; EuGH, Rs. 253/83 (Kupferberg II), Slg. 1985, 157. Dies dürfte auch für das Kriterium der Gleichartigkeit gelten. A.A. in Bezug auf diesen Aspekt wohl *Duric*, Freihandelsabkommen, 100, der aufgrund der Be-

Übertragung der Auslegung des Art. 90 EGV (so wie sie in der Rechtsprechung des EuGH erfolgt ist) auf entsprechende Bestimmungen der Abkommen. Damit dürfte die Rechtsprechung im Ergebnis dahingehend auszulegen sein, dass in all denjenigen Fällen, in denen der Anwendungsbereich des Art. 18 FHA eröffnet ist, eine Art. 90 EGV entsprechende Auslegung zugrunde zu legen ist; andererseits ist aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Freihandelsabkommen einerseits und EG-Vertrag andererseits, soweit Abgabenregelungen betroffen sind, davon auszugehen, dass der Kreis der untersagten Diskriminierungen bzw. der Anwendungsbereich des Art. 18 FHA enger zu ziehen ist,³⁴ wobei Art. 18 FHA jedenfalls in Bezug auf die Erhebung produktbezogener Abgaben zum Zuge kommen dürfte,³⁵ stellt dies doch den Kernbereich des Art. 90 EGV dar.

Das **Bundesgericht** hatte sich verschiedentlich mit der Auslegung des Freihandelsabkommens zu befassen, wobei häufig (auch) die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens zur Debatte stand.³⁶ Es betont dabei in ständiger Rechtsprechung, dass das Freihandelsabkommen als „reines Handelsabkommen“ anzusehen sei, das nicht wie der EG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen wolle. Daher habe der Schweizer Richter die Bestimmungen des Abkommens grundsätzlich autonom anzuwenden und auszulegen,³⁷ womit offenbar gemeint ist, dass die Rechtsprechung des EuGH und damit die Rechtslage in der Europäischen Union nicht (zwingend) für die Auslegung des Freihandelsabkommens

zugnahme des EuGH auf das Kriterium der Herstellungsart eine im Vergleich zu Art. 90 Abs. 1 EGV restriktivere Auslegung der Gleichartigkeit im Rahmen der entsprechenden Bestimmungen der Freihandelsabkommen erkennen will. Jedenfalls dürfte aber Einigkeit herrschen, dass auch materiell diskriminierende Regelungen von Art. 18 FHA erfasst werden, so auch die Kommission in ihrer Erklärung im Fall Kupferberg I, EuGH, Slg. 1982, 3652, linke Spalte. S. auch EuGH, Rs. 253/83 (Kupferberg II), Slg. 1985, 157.

³⁴ Insbesondere sind Strafmassnahmen, die bei steuerrechtlichen Verstössen ergriffen werden, nicht erfasst, vgl. EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 20.

³⁵ S. in diesem Zusammenhang insbesondere EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 20, wo der Gerichtshof in Bezug auf Art. 18 des Freihandelsabkommens mit Österreich Folgendes festhält: „Die letztgenannte Vorschrift untersagt Diskriminierungen aufgrund von Massnahmen oder Praktiken, die sich unmittelbar oder mittelbar auf die Festsetzung, die Bedingungen und die Modalitäten der Erhebung von Steuern auswirken, mit denen die Erzeugnisse der anderen Vertragspartei belastet sind (...).“

³⁶ Dabei stand das Bundesgericht dieser (im Gegensatz zum EuGH, vgl. EuGH, Rs. 104/81, Kupferberg, Slg. 1982, 3641, Rn. 26) lange Zeit sehr skeptisch gegenüber; erst in jüngerer Zeit bejahte das Gericht die unmittelbare Anwendbarkeit, vgl. BGE 131 II 271. Immerhin ist zu bemerken, dass die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens in der Schweiz sehr unterschiedlich beurteilt wird, wobei dies auch bei den hier zur Debatte stehenden Bestimmungen durchaus von Bedeutung ist. In der Lehre wird die unmittelbare Anwendbarkeit (auch) der Art. 13, 18, 20 FHA eher bejaht. Zum Problemkreis ausführlich *Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im Schweizerischen Recht, insbes. 154 ff.; s. auch *Wüger*, Jusletter v. 4.4.2005; *Ziegler*, Jusletter v. 20.3.2006; *Cottier/Diebold*, SJER 2008/2009, 237 (246 ff.).

³⁷ BGE 118 Ib 367 (PVC), E. 6b; BGE 105 II 49 (OMO), E. 3a; BGE 104 IV 175 (Adams), E. 2c.

entscheidend sei.³⁸ Dieser sehr restriktive Ansatz – der dazu führte, dass z.B. die Art. 13, 20 FHA teilweise inhaltlich abweichend von der Rechtslage auf der Grundlage der Art. 28 ff. EGV ausgelegt wurden³⁹ – wurde in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch relativiert: So hält das Bundesgericht insbesondere in seinem Urteil *SOVAG*⁴⁰ fest, dass die **Rechtsprechung des EuGH** zu Art. 25 EGV in Bezug auf die Auslegung des inhaltsgleichen Art. 7 FHA durchaus „**nicht unbeachtlich**“ sei.⁴¹ Ohne näher zu präzisieren, was mit dieser doch auslegungsbedürftigen Aussage gemeint sein könnte, wird im Anschluss daran die einschlägige Rechtsprechung des **EuGH** (die übrigens nach der Unterzeichnung des Freihandelsabkommens erging) referiert und letztlich im Ergebnis als für die **Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens massgeblich** erachtet.⁴² Ebenso zieht das Bundesgericht in diesem Urteil die Auslegung des **Art. 90 EGV** (auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH) für diejenige des **Art. 18 FHA** heran⁴³ (ohne diesen Ansatz allerdings ausdrücklich zugrunde zu legen und zu begründen) und dürfte damit grundsätzlich davon ausgehen, dass Art. 18 FHA parallel wie Art. 90 EGV auszulegen ist. Im Urteil *Physiogel*⁴⁴ wiederholte das Gericht die Aussage von der Beachtlichkeit der Rechtsprechung des EuGH zwar nicht, prüfte aber letztlich die Einschlägigkeit des Art. 20 FHA nach parallelen Kriterien wie diejenigen, die im Rahmen des Art. 30 EGV massgeblich sind (ohne allerdings auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug zu nehmen).

Die **Rechtsprechung** sowohl des **Bundesgerichts** als auch des **EuGH** zu der Frage, ob und inwieweit in Bezug auf das Freihandelsabkommen im Allgemeinen und in Bezug auf Art. 18 FHA im Besonderen die einschlägige Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen ist bzw. diese Bestimmungen parallel zur Rechtslage in der Europäischen Union auszulegen sind, lässt damit keine ganz eindeutigen Schlüsse zu, wobei der Stand bzw. die Tendenzen der Rechtsprechung wie folgt zusammen gefasst werden können:

³⁸ So überrascht es nicht, dass das Bundesgericht zumindest während sehr langer Zeit Art. 13, 20 FHA wesentlich enger auslegte als der EuGH die entsprechenden Artikel des EGV-Vertrages. Vgl. ausführlich hierzu *Jacot-Guillarmod*, *Le juge national face au droit européen*, 230 ff.; *Sommer*, *Beziehungen zwischen der Schweiz und der EG*, 59 ff.

³⁹ So lehnte das Bundesgericht eine Prüfung von Parallelimporten am Massstab der Art. 13, 20 FHA ab, BGE 122 III 469 (*Chanel S.A.*); BGE 126 III 129 (*Kodak SA*); BGE 124 III 321 (*Imprafot AG*). Weiter prüfte das Bundesgericht bei einer produktbezogenen umweltrechtlichen Regelung nicht deren Vereinbarkeit mit Art. 13, 20, BGE 118 Ib 367 (*Association pour le Recyclage PVC*), wobei dies in erster Linie damit begründet wurde, dass das in den Flaschen enthaltene Mineralwasser als landwirtschaftliches Produkt nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens falle.

⁴⁰ BGE 131 II 271, E. 10.3.

⁴¹ S. darüber hinaus in diesem Zusammenhang BGE 114 Ib 168, Erw. 1c, wo das Gericht im Zusammenhang mit der Auslegung von Ursprungsregeln im FHA ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgreift.

⁴² Vgl. aber die inhaltliche Kritik an der Argumentation des Bundesgerichts in Bezug auf die Auslegung der Art. 7, 18 FHA bei *Wüger*, *Jusletter* v. 4.5.2005, Rn. 19 ff., der aber auch von der Parallelität der Auslegung ausgehen dürfte.

⁴³ BGE 131 II 271, E. 10.4.

⁴⁴ BG 2A.593/2005, Urt. v. 6.9.2006.

- Die in Bezug auf Freihandelsabkommen einschlägige **Rechtsprechung des EuGH**, die einer Parallelität der Auslegung gleichlautender Bestimmungen (teilweise) eher zurückhaltend gegenüberstand, liegt bereits viele Jahre zurück,⁴⁵ und die neuere Rechtsprechung zu dieser Frage (bezüglich anderer Abkommen, aber auch bezüglich der den Warenverkehr betreffenden Bestimmungen der Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten) geht wohl eher davon aus, dass zumindest in denjenigen Fällen, in denen es um die „Übernahme“ von Grundfreiheiten in völkerrechtlichen Abkommen geht, tendenziell eine parallele Rechtslage wie im Gemeinschaftsrecht – mit entsprechenden Folgen für die Auslegung – angestrebt werden soll. Spezifisch in Bezug auf **Art. 90 EGV** bzw. die Auslegung der diesem Artikel entsprechenden Bestimmungen in Abkommen mit Drittstaaten dürfte der EuGH ebenfalls von einer solchen **Parallelität** ausgehen, soweit es „**direkt**“ **um die Erhebung produktbezogener Abgaben** – und nicht etwa um Diskriminierungen im Rahmen von Strafmassnahmen – geht.
- Die **Rechtsprechung des Bundesgerichts** ist – nach anfänglicher fast alleiniger Betonung der „autonomen Auslegung“ des Freihandelsabkommens – durch einen gewissen Pragmatismus gekennzeichnet, wobei sich in der neueren Rechtsprechung zumindest in den die Warenverkehrsfreiheit betreffenden Bereichen (unter Einschluss des Art. 18 FHA) eine stärkere **Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH** abzeichnet, ohne dass das Bundesgericht diesen Rückgriff jedoch dogmatisch-methodisch untermauert.

Wendet man die oben erwähnten und vom EuGH in Bezug auf die Auslegung völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten, die dem Gemeinschaftsrecht nachgebildete Bestimmungen enthalten, näher präzisierten Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention auf die hier zur Debatte stehende Frage an, so sprechen insgesamt – im Einklang mit den erwähnten Tendenzen der Rechtsprechung – die besseren Argumente **für eine grundsätzliche Anlehnung der Auslegung des Art. 18 FHA an die Rechtslage in der Gemeinschaft**: Zwar finden sich im Freihandelsabkommen selbst – insoweit im Gegensatz etwa zum Personenfreizügigkeitsabkommen⁴⁶ – keine Anhaltspunkte dafür, dass dieses die Anwendung eines Teils des (bestehenden bzw. gar weiterentwickelten) *acquis communautaire* auf die Beziehungen zur Schweiz ausdehnen soll. Vielmehr beschränkt sich gerade der Zweckartikel des FHA (Art. 1) darauf, in allgemeiner Weise auf die Verbesserung der Wirtschaftsbeziehungen, die Ausweitung des Warenverkehrs und die Gewährleistung „gerechter“ Wettbewerbs-

⁴⁵ S. etwa in Bezug auf ein parallel ausgestaltetes Freihandelsabkommen EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329. Immerhin spricht der EuGH den Art. 13, 20 FHA unmittelbare Anwendbarkeit zu, vgl. EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982 3541, Rn. 26. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH die Voraussetzungen der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Art. 13 FHA entsprechenden Vorschriften ähnlich weit wie auf der Grundlage der Dassonville-Formel fasste und eher bei der Rechtfertigung dem freien Warenverkehr im Verhältnis zur Regelungsbefugnis der Abkommenspartner eine im Vergleich zur Auslegung der Art. 28 ff. EGV weniger grosse Bedeutung beimass.

⁴⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 12.

bedingungen hinzuweisen. Allerdings legt auch diese Zielsetzung es nahe, dass zwischen den Vertragsparteien der freie Warenverkehr im Anwendungsbereich des Abkommens garantiert werden sollte. Der wörtliche Rückgriff – bei der Präzisierung der aus dieser Zielsetzung abgeleiteten Verpflichtungen der Vertragsparteien – auf manche Bestimmungen des EG-Vertrages und ihre „Integration“ in das Freihandelsabkommen deuten vor diesem Hintergrund darauf hin, dass zumindest die Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Freihandelsabkommen grundsätzlich parallel zur Rechtslage in der Gemeinschaft auszulegen sind. Offenbar soll m.a.W. der Freihandel in der Freihandelszone nach parallelen Kriterien wie in der Europäischen Union gewährleistet werden. Diese Auslegung wird bestätigt durch die in der Präambel zum Ausdruck kommende Zielsetzung des Abkommens, die EFTA-Staaten (es wurden mit allen EFTA-Staaten parallel ausgestaltete Freihandelsabkommen abgeschlossen) am freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft teilhaben zu lassen. Eine solche Teilhabe impliziert letztlich die „Ausdehnung“ der einschlägigen Regeln über den freien Warenverkehr auf die EFTA-Staaten.

Gegen diesen Ansatz kann nicht geltend gemacht werden, das Freihandelsabkommen weise – im Vergleich mit dem EG-Vertrag – einen beschränkten Anwendungsbereich auf und seine Zielsetzungen gingen weniger weit, da es nur um die Verwirklichung einer Freihandelszone für Industrieerzeugnisse geht, dies im Gegensatz zum im EG-Vertrag verankerten umfassenden Binnenmarktziel. Diese an sich zutreffende Feststellung ändert nichts daran, dass in Bezug auf den (zweifelloso beschränkten) Teilbereich des vom Abkommen erfassten freien Warenverkehrs vom Sinn und Zweck des Abkommens her eine Art „Teilintegration“ in den Binnenmarkt erfolgen sollte; wenn auch im EG-Vertrag darüber hinausgehende Zielsetzungen und Inhalte figurieren, impliziert diese Zielsetzung insoweit (aber nur insoweit effektiv der freie Warenverkehr betroffen ist) eine **Parallelität der Zielsetzungen** mit der Folge, dass die einschlägigen abkommensrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich parallel wie die entsprechenden Vorschriften des EG-Vertrages auszulegen sind. Im Bereich der abgabenrechtlichen Bestimmungen ist zwar von einer weniger analogen Übertragbarkeit der Auslegung von Gemeinschaftsrecht auszugehen. Graubereiche entstehen hier bezüglich Massnahmen, die, wie zuvor erörtert, nicht bei der Erhebung von Abgaben auf Produkte selbst ansetzen. Nichtsdestotrotz kann im „Kernanwendungsbereich“ des Art. 90 EGV, nämlich der Erhebung produktbezogener Abgaben selbst, von einer Übertragbarkeit der Rechtslage in der EG auf diejenige im Freihandelsabkommen ausgegangen werden, geht es hier doch um Massnahmen, die sich als solche unmittelbar auf den freien Warenverkehr beziehen bzw. auswirken.

Soweit der freie Warenverkehr betroffen ist, sprechen auch keine sich aus dem Gegenstand der Bestimmung oder dem in der Gemeinschaft vorgesehenen Kontrollverfahren ergebenden Gründe gegen eine solche Auslegung.⁴⁷

⁴⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei *Epiney*, in: Steuerwettbewerb, 75 (83 ff.), wo in Bezug auf die Beihilferegulierung des Art. 23 FHA argumentiert wird, es fehle in dem Abkommen an einem Art. 88 EGV entsprechenden Durchsetzungssystem, was gegen eine Parallelität der Auslegung der Beihilfebestimmungen des Abkommens mit denjenigen des EG-Vertrages spreche. A.A. insoweit *Arioli*, Jusletter v. 7.5.2007, 4.

Damit dürfte insgesamt davon auszugehen sein, dass **Ziel und Zweck des Art. 18 FHA im Kernbereich mit demjenigen von Art. 90 und 91 EGV** übereinstimmen, so dass grundsätzlich von einer **Parallelität der Auslegung** ausgegangen werden kann. Vieles spricht im Weiteren dafür, bei der Frage nach der Auslegung in der Gemeinschaft grundsätzlich die Rechtsprechung des EuGH (auch diejenige nach der Unterzeichnung) heranzuziehen, kann doch nur auf diese Weise die Zielsetzung des Abkommens, den in der Gemeinschaft realisierten freien Warenverkehr auf die mit ihr durch Freihandelsabkommen verbundene Staaten auszudehnen, erreicht werden. Im Übrigen dürfte die Bejahung der Parallelität der Auslegung letztlich nur dann sinnvoll sein, wenn diese unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgt, ist diese doch für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts ausschlaggebend.⁴⁸ Die Rechtsprechung jedenfalls des Bundesgerichts dürfte sich einer solchen Auslegung nicht grundsätzlich verschliessen. So zog sie bei den Zollbestimmungen sowie – was im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse ist – den Bestimmungen über die Nichtdiskriminierung bei inländischen Abgaben gerade neuere Rechtsprechung des EuGH heran.⁴⁹ Daher sollte im Falle der Bejahung der Parallelität der Auslegung von Abkommensbestimmungen mit den entsprechenden Artikeln des EG-Vertrages grundsätzlich die gesamte Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden, die immer dann für die Auslegung des Freihandelsabkommens heranzuziehen ist, wenn aus dem Abkommen selbst keine Gründe ersichtlich sind, von der Rechtsprechung bzw. einzelnen Urteilen abzuweichen.

Der hier vertretene Ansatz – zumindest für die Auslegung der den Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens⁵⁰ – impliziert zumindest grundsätzlich eine **dynamische Auslegung**. Eine solche dynamische Auslegung ist dem Völkerrecht durchaus nicht fremd; vielmehr betont Art. 31 Abs. 3 Wiener Vertragsrechtskonvention die Relevanz späterer Übereinkünfte bzw. einer einheitlichen Anwendungspraxis als (u.a.) relevante Auslegungselemente,⁵¹ wobei diese Berücksichtigung der späteren Übung und späterer Abkommen einen Aspekt der teleologischen Auslegung darstellen kann. Berücksichtigt man nun die **Entwicklung der Beziehungen Schweiz – EG** seit der 1972 erfolgten Unterzeichnung des Freihandels-

⁴⁸ So i. Erg. auch *Cottier/Diebold*, SJER 2008/2009, 237 (258).

⁴⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 37 ff.

⁵⁰ In Bezug auf die Wettbewerbsbestimmungen des Abkommens, insbesondere die Beihilferegeln, sprechen hingegen die besseren Gründe gegen eine Parallelität der Auslegung, da hier auch institutionelle Aspekte involviert sind, vgl. hierzu ausführlich *Epiney*, in: *Steuerwettbewerb*, 75 (83 ff.). Ausführlich zur Frage der Parallelität der Auslegung der beihilferechtlichen Regelungen im Freihandelsabkommen und im EG-Vertrag m.w.N. *Cottier/Matteotti*, SJER 2006/2007, 221 (227 ff.); eher gegen eine parallele Auslegung der beihilferechtlichen Bestimmungen in FHA und EGV *Seitz*, AJP 2007, 415 (422); *Seitz/Breitenmoser*, SJER 2005/2006, 159 (173 f.); *Felder/Siegwart*, SJER 2006/2007, 399 (411 ff.); *Oberson/Maraia*, SJER 2006/2007, 209 (218).

⁵¹ Vgl. zu diesen Auslegungselementen etwa EGMR, Beschwerde-Nr. 46221/99 (*Öcalan/Türkei*), Urt. v. 12.5.2005; IGH, Case Concerning Kasikili (Botswana v. Namibia), ICJ Rep. 1999, 1045, Rn. 47 ff. Im Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Rep. 1994, 6, Rn. 53 ff., griff der IGH auch auf andere Abkommen der Streitparteien zur Auslegung eines Vertrages zurück.

abkommens, so ist insbesondere seit Ende der 90er Jahre (Unterzeichnung der „Bilateralen I“ am 21.6.1999 und der „Bilateralen II“ im Oktober 2004)⁵² nicht nur eine Intensivierung der Beziehungen Schweiz – EU und eine Ausweitung ihres materiellen Anwendungsbereichs, sondern auch eine verstärkte Anlehnung der neuen Abkommen an den gemeinschaftlichen Besitzstand zu beobachten, die sich nunmehr nicht mehr nur in der wörtlichen Übernahme gemeinschafts- oder unionsrechtlicher Bestimmungen, sondern auch in einer ausdrücklichen Bezugnahme in den (Ziel-) Bestimmungen zahlreicher Bilateralen Abkommen auf den für massgeblich erklärten gemeinschaftlichen Besitzstand, mitunter auch unter ausdrücklichem Einbezug der Rechtsprechung (bis zum Datum der Unterzeichnung), äussert.⁵³ Damit hat sich die Funktion des Freihandelsabkommens (etwas) geändert: Es ist Teil eines umfassenderen bilateralen Vertragswerks geworden, das in weiten Teilen grundsätzlich vom Einbezug der Schweiz in Teilbereiche des Unionsrechts bzw. des *acquis communautaire* ausgeht, so dass Vieles dafür spricht, bei der Auslegung der Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Freihandelsabkommen, die letztlich die die Grundfreiheiten betreffenden Bilateralen Verträge (insbesondere das Abkommen über den freien Personenverkehr) für den Warenverkehr ergänzen, von einer Anlehnung an die Rechtslage in der Gemeinschaft auszugehen.⁵⁴

Der Klarheit halber sei darauf hingewiesen, dass die nach der hier vertretenen Ansicht parallele Auslegung des Art. 18 FHA aufgrund der Anwendung der einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsmethoden durchaus in autonomer Weise – entsprechend dem völkerrechtlichen Grundsatz, dass völkerrechtliche Verträge von den Vertragsparteien grundsätzlich autonom auszulegen sind – zu erfolgen hat, so dass es sich hier nicht um einen direkten Rückgriff auf die Rechtslage im Gemeinschaftsrecht, sondern um die Anwendung völkerrechtlicher Auslegungsmethoden, die ihrerseits die Heranziehung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze nahe legen, handelt.⁵⁵

⁵² Vgl. die Nachweise in Fn. 12.

⁵³ Vgl. zu den verschiedenen „Techniken“ der Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstands in den Bilateralen Abkommen *Epiney/Meier/Mosters*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg, 77 (98 ff.).

⁵⁴ In diese Richtung auch etwa *Cottier/Diebold*, SJER 2008/2009, 237 (257 f.); *Cottier/Dzamko/Evtimov*, SJER 2003, 357 (375); *Wüger*, Jusletter v. 4.5.2005, Rn. 19, der formuliert, dass das Bundesgericht „nicht umhin kommen (wird), die Rechtsprechung des EuGH in weitem Umfang zu berücksichtigen.“; für eine allgemein parallele Auslegung des FHA mit dem entsprechenden Gemeinschaftsrecht (im Gegensatz zur hier vertretenen Ansicht auch für den Bereich der Beihilfen) *Arioli*, Jusletter v. 7.5.2007. Für eine parallele Auslegung des Art. 13 FHA mit Art. 28 EGV wohl auch die Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO INUM) vom 20.10.2005, hierzu *Ziegler*, Jusletter v. 20.3.2006, 1 ff., 20. S. im Übrigen mit ausführlicher und beachtlicher Argumentation für eine parallele Auslegung der den freien Warenverkehr betreffenden Regelungen der Freihandelsabkommen mit den entsprechenden Artikeln des EG-Vertrages schon *Duric*, Freihandelsabkommen, 89 ff.

⁵⁵ S. in diesem Zusammenhang auch *Cottier/Diebold*, Jusletter v. 2.2.2009, Rn. 37, die darauf hinweisen, dass keine „formelle Bindung“ (an die gemeinschaftsrechtliche Auslegung bzw. die Rechtsprechung des EuGH) bestehe, was insofern etwas missverständlich ist, als eine Bindung an das Freihandelsabkommen als völkerrechtlicher Vertrag zu bejahen ist; ergibt nun die Anwendung der hierfür massgeblichen Auslegungskriterien in der Schweiz, dass eine (teilweise) Anlehnung an gemeinschaftsrechtliche Grundsätze mit der Folge der Massgeblichkeit der Auslegung der entsprechenden Bestimmungen im Ge-

II. Zur Vereinbarkeit von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit Art. 18 FHA

Die vorangehenden Betrachtungen haben gezeigt, dass aufgrund von Ziel und Zweck des Freihandelsabkommens bzw. vor allem seiner binnenmarktrelevanten Bestimmungen davon auszugehen ist, dass Art. 18 FHA – soweit die Erhebung von Abgaben auf Produkte betroffen ist, was bei Lenkungsabgaben auf Alkohol zu bejahen ist – parallel wie Art. 90 EGV auszulegen ist, so dass auch die relevante Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen ist. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden ausgehend von der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht nach der Vereinbarkeit der im vorliegenden Beitrag zu untersuchenden Lenkungsabgaben für Alkohol mit Art. 90 EGV gefragt werden (1.), bevor Schlussfolgerungen zur Vereinbarkeit der verschiedenen Lenkungsabgaben mit dem Freihandelsabkommen zu ziehen sind (2.).

1. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkohol mit Art. 90 EGV

Art. 90 Abs. 1 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten,

„auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art (zu erheben), als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben“.⁵⁶

Art. 90 EGV ist im Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen betreffend den freien Warenverkehr (insbesondere Art. 25, 28 EGV) zu sehen, so dass das Zusammenwirken dieser Vorschriften auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung

meinschaftsrecht für die Auslegung des Freihandelsabkommens erfolgt, so ist durchaus von einer rechtlichen Verpflichtung zu sprechen, wenn es auch zutreffend ist, dass sich diese nicht direkt aus dem Gemeinschaftsrecht und – im Falle des Freihandelsabkommens – auch nicht ausdrücklich aus diesem ergibt.

⁵⁶

Art. 18 FHA bildet im ersten Absatz mit leicht unterschiedlichem Wortlaut die Bestimmung des Art. 90 Abs. 1 EGV und im zweiten Absatz praktisch wortgleich die Bestimmung des Art. 91 EGV ab. Da Art. 18 Abs. 2 FHA bzw. Art. 91 EGV sich mit dem hier nicht weiter relevanten Thema der überhöhten Rückerstattung inländischer Abgaben beschäftigen, konzentriert sich der vorliegende Beitrag auf Art. 18 Abs. 1 FHA bzw. Art. 90 Abs. 1 EGV. Die Auslassung von Art. 90 Abs. 2 EGV führt zu einem wesentlich engeren Anwendungsbereich und macht die Beachtung der Auslegung dieser Bestimmung für die vorliegende Untersuchung überflüssig. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in Bezug auf das Zusammenwirken von Art. 90 Abs. 1 und Abs. 2 EGV nicht immer explizit klarstellte, welcher Absatz im konkreten Fall einschlägig war, vgl. insbesondere EuGH, Rs. 171/78 (Kommission/Dänemark), Slg. 1980, 447; EuGH, Rs. 169/78 (Kommission/Italien), Slg. 1980, 385; EuGH, Rs. 168/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1980, 347, Rn. 13. Diese weiter vom Text entfernte Auslegung zu Art. 90 EGV wurde später hingegen aufgegeben, vgl. EuGH, Rs. 243/84 (Johnnie Walker), Slg. 1986, 875; EuGH, Rs. 184/85 (Kommission/Italien), Slg. 1987, 2013, so dass im vorliegenden Beitrag von einer heute geltenden klaren Trennung der Analyse unter Art. 90 Abs. 1 und Abs. 2 EGV ausgegangen wird. Insofern wird im Folgenden lediglich Rechtsprechung unter Art. 90 Abs. 1 EGV herangezogen.

des EuGH sicherstellt, dass Waren innerhalb des Binnenmarktes möglichst ungehemmt von diskriminierenden oder protektionistisch motivierten, teilweise aber auch nur „beschränkenden“ Handelshemmnissen aller Art zirkulieren können.⁵⁷ Insbesondere **ergänzt Art. 90 EGV die Bestimmungen zur Zollunion**, indem es Mitgliedsstaaten unmöglich gemacht werden soll, diskriminierende und protektionistisch motivierte Abgaben auf eingeführte Erzeugnisse statt an der Grenze in Form von steuerlichen Abgaben nach dem Import einzuheben.

Art. 90 Abs. 1 EGV steht nicht der Erhebung inländischer produktbezogener Abgaben an und für sich entgegen, sondern diese Bestimmung soll (lediglich) **bestimmte Ungleichbehandlungen** hinsichtlich der dadurch verursachten Abgabenlast verhindern. Damit lässt sich Art. 90 Abs. 1 EGV als **besondere Ausprägung des in Art. 12 EGV enthaltenen allgemeinen Diskriminierungsverbots** begreifen, wobei der (grundsätzlich) verbotene Bezugspunkt einer Differenzierung hier allerdings die **Warenherkunft** bildet.⁵⁸

Für die Bestimmung der tatbestandlichen Reichweite des Art. 90 Abs. 1 EGV bzw. seine „Verbotswirkung“ – der im Folgenden für die hier untersuchten Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkohol nachgegangen werden soll – sind sein Anwendungsbereich (a), das Vorliegen einer Diskriminierung (b) sowie die Frage nach deren Rechtfertigung (c) ausschlaggebend.

a) Anwendungsbereich

Art. 90 Abs. 1 EGV bezieht sich auf „**inländische Abgaben auf Waren**“, womit der Anwendungsbereich dieser Bestimmung in mehrfacher Hinsicht präzisiert werden kann:

- Zunächst geht es nur um „**inländische**“ **Abgaben**, womit der Anwendungsbereich des Art. 90 Abs. 1 EGV von demjenigen des Art. 25 EGV (Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung) abzugrenzen ist; beide Vorschriften schliessen sich nämlich gegenseitig aus, so dass sie nicht auf den gleichen Sachverhalt angewandt werden können.⁵⁹ Art. 25 EGV verbietet jede vom Staat einseitig auferlegte finanzielle Belastung, denen eingeführte (oder ex-

⁵⁷ Vgl. etwa Lenz/Borchardt-Wolffgang, Art. 90, Rn. 3.

⁵⁸ Vgl. etwa Ohler, Fiskalische Integration, 99; Hof, Strassenverkehrsabgaben, 193; Wasmeier, Umweltabgaben, 127.

⁵⁹ EuGH, Rs. 57/65 (Lütticke), Slg. 1966, 258; EuGH, Rs. C-212/96 (Chevassus-Marche/Conseil regional de la Réunion), Slg. 1988, I-743; EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze), Slg. 2003, I-14243. Eine kumulative Anwendung der Art. 25 und 90 EGV verbietet sich auch schon wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen: Während Art. 25 EGV ein absolutes Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung enthält und somit keiner Rechtfertigung zugänglich ist, können unter den Tatbestand des Art. 90 Abs. 1 EGV fallende Massnahmen (jedenfalls soweit es nicht um formell diskriminierende Massnahmen geht) durch öffentliche Interessen gerechtfertigt werden, vgl. hierzu noch unten B.II.1.c).

portierte) Waren (allein) wegen ihres Grenzübertritts ausgesetzt sind.⁶⁰ Das Merkmal der Grenzkausalität unterscheidet damit zollgleiche Abgaben von inländischen Abgaben im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV, die als Bestandteil eines übergreifenden inländischen Abgabensystems die fraglichen Waren nach objektiven Kriterien erfassen und sie daher unabhängig von ihrer Herkunft belasten.⁶¹

Als Teil eines allgemeinen Abgabensystems kann eine Abgabe auch dann verstanden werden, wenn keine inländische Produktion den eingeführten Erzeugnissen gegenübersteht.⁶² Das entsprechende System muss jedoch systematisch vorgehen bei der Erstellung von Kategorien von Erzeugnissen und darf sich nicht am Ursprung selbiger orientieren, während die betreffende Abgabe sich harmonisch in das System einfügen muss.⁶³ Als Ausnahmefall kann eine Abgabe dennoch als Abgabe gleicher Wirkung wie ein Zoll behandelt werden, wenn dadurch Tätigkeiten finanziert werden, die einheimischen Erzeugnissen zugute kommen, das belastete ausländische mit dem einheimischen Erzeugnis identisch ist und die Belastung für das einheimische Erzeugnis vollständig ausgeglichen wird.⁶⁴

Im Übrigen findet Art. 90 Abs. 1 EGV nicht nur auf Einfuhren aus Mitgliedsstaaten, sondern auch auf Ausfuhren in Mitgliedsstaaten Anwendung.⁶⁵

- In Bezug auf den in Art. 90 Abs. 1 EGV verwandten **Abgabenbegriff** ist im Ergebnis, auch in Anknüpfung an den Wortlaut der Bestimmung, wonach „Abgaben gleich welcher Art“ erfasst werden, von einem **weiten Begriffsverständnis** auszugehen.⁶⁶ Unter einer Abgabe im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV ist damit jede hoheitlich auferlegte Verpflichtung zur Geldleistung zu verstehen, wobei die Bezeichnung der Abgabe bzw. deren innerstaatliche Qualifizierung als Steuer, Gebühr oder Beitrag ebensowenig massgebend ist wie Art und Zweck der Mittelverwendung.⁶⁷

⁶⁰ Vgl. etwa EuGH, Rs 39/82 (Donner/Niederlande), Slg. 1983, 19; EuGH, Rs. 158/82 (Kommission/Dänemark), Slg. 1983, 3573, Rn. 12; EuGH, Rs. C-111/89 (Niederlande/Bakker Hillegrom), Slg. 1990, I-1735, Rn. 12 ff.

⁶¹ EuGH, Rs. 77/76 (Gebr. Cucchi/Avez), Slg. 1977, 987; EuGH, Rs. 90/79 (Kommission/Frankreich), Slg. 1981, 283, Rn. 13 f.; EuGH, Rs. 15/81 (Gaston Schul), Slg. 1982, 1409; EuGH, Rs. 193/85 (Cooperativa Co-Frutta), Slg. 1987, 2085. Aus der Literatur ausführlich *Wasmeier*, Umweltabgaben, 106 ff.; *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 149 ff.; *Wiebe*, Abgaben zollgleicher Wirkung 122 ff.

⁶² EuGH, Rs. 24/68 (Kommission/Italien), Slg. 1969, 193.

⁶³ EuGH, Rs. 193/85 (Cooperativa Co-Frutta), Slg. 1987, 2085. Vgl. hierzu auch m.w.N. *Epiney/Gruber*, Verkehrsrecht, 191.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-78/90 bis C-83/90 (Companie Commerciale de l'Ouest), Slg. 1992, I-1847, Rn. 27 und 28. Der EuGH führt hier aus, dass im Falle, dass die Belastung vollständig ausgeglichen wird, von einer Abgabe im Sinne des Art. 25 EGV auszugehen ist, während im Fall eines teilweisen Ausgleichs Art. 90 EGV Anwendung findet.

⁶⁵ EuGH, Rs. 142/77 (Statens Kontrol med aedle Metaller/Preben Larsen), Slg. 1978, 1543. Dies soll der Neutralität des Abgabensystems gegenüber dem freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft dienen, vgl. *Lenz/Borchardt-Wolffgang*, Art. 90, Rn. 13.

⁶⁶ EuGH, Rs. 20/76 (Schöttle & Söhne), Slg. 1977, 247, Rn. 13; *Ohler*, Fiskalische Integration, 106; *Calliess/Ruffert-Waldhoff*, Art. 90, Rn. 10.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. 74/76 (Iannelli & Volpi), Slg. 1977, 557, Rn. 18 f., sowie die Nachweise in Fn. 66.

- Allerdings müssen sich die **Abgaben „auf Waren“ beziehen**, so dass etwa solche auf Kapital oder Dienstleistungen, aber auch direkte Steuern, nicht von Art. 90 Abs. 1 EGV erfasst werden. Massgebender Gesichtspunkt ist hier das Vorliegen einer auf der Abgabe beruhenden finanziellen Belastung einer Ware⁶⁸, die sich beispielsweise in der Erhöhung der Einstandskosten äussern kann; jedenfalls notwendig ist damit ein erkennbarer Produktbezug der in Frage stehenden Abgabe, womit auch Abgaben auf den Gebrauch einer Ware erfasst sind.⁶⁹ Eine Vielzahl von indirekten Steuern wurde so vom EuGH am Massstab des Art. 90 EGV geprüft.⁷⁰

Wendet man diese Voraussetzungen für die Eröffnung des **Anwendungsbereichs des Art. 90 Abs. 1 EGV** auf die hier zur Debatte stehenden **Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkohol** an, so ist der Anwendungsbereich des Art. 90 Abs. 1 EGV unproblematisch eröffnet: Da es um eine **Abgabe** geht, die bei allen drei Modellen letztlich den **Verkauf bzw. Verbrauch im Inland** betrifft und in jedem Fall auf eingeführte und einheimische Erzeugnisse Anwendung finden soll, scheidet das Vorliegen einer Abgabe gleicher Wirkung wie ein Zoll von vornherein aus, und es kann sich nur um eine inländische Abgabe im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV handeln. Die vorgesehene Lenkungsabgabe erfüllt zweifellos den **weiten Abgabebegriff des Art. 90 Abs. 1 EGV**, geht es doch um eine **hoheitlich auferlegte Pflicht zur Zahlung eines bestimmten Betrags**, der bei den drei untersuchten Modellen in unterschiedlicher Weise bestimmt wird. Die Tatsache, dass die gewonnenen Mittel aus einer Lenkungsabgabe definitionsgemäss an die Bevölkerung zurückzuerstatten sind,⁷¹ ändert nichts an der Einstufung als Abgabe, da selbige nicht auf den Zweck bzw. die Verwendung der erlangten Mittel abstellt.⁷² Schliesslich ist diese Abgabe bei allen drei Modellen auch **warenbezogen**, da sie direkt an den Verkauf der Produkte anknüpft, so dass es sich letztlich um ein verbrauchssteuerähnliches Modell – mit unterschiedlichen Varianten – handelt, und Verbrauchssteuern sind jedenfalls als produktbezogene Abgaben im Sinne des Art. 90 EGV anzusehen.⁷³

⁶⁸ Wobei nur Gemeinschaftswaren erfasst werden, d.h. sowohl Ursprungserzeugnisse der Mitgliedstaaten als auch Waren, die sich in der Gemeinschaft im freien Verkehr befinden, vgl. EuGH, Rs. 193/85 (Cooperativa Co-Frutta), Slg. 1987, 2085.

⁶⁹ Vgl. zum Produktbezug etwa EuGH, Rs. 28/67 (Molkerei-Zentrale/HZA Paderborn), Slg. 1968, 215; EuGH, Rs. 252/86 (Bergandi), Slg. 1988, 1343, Rn. 27; EuGH, Rs. 112/84 (Humblot), Slg. 1985, 1317, Rn. 13 ff.; EuGH, Rs. C-195/90 (Kommission/Deutschland), Slg. 1992, I-3141; EuGH, Rs. 393/92 (Almelo), Slg. 1994, I-1477; EuGH, Rs. C-213/96 (Outokumpu Oy), Slg. 1998, I-1777; aus der Literatur etwa *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 22 ff.; *Ohler*, Fiskalische Integration, 106 f.; spezifisch mit Bezug zu verkehrsrechtlichen Abgaben *Epiney/Gruber*, Verkehrsrecht, 188 ff. Vgl. im Übrigen die Auflistung der vom EuGH bislang am Massstab des Art. 90 Abs. 1 EGV geprüften Abgaben bei *Lenz/Borchardt-Wolffgang*, Art. 90, Rn. 21.

⁷⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 69.

⁷¹ Siehe Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 39.

⁷² EuGH, Rs. 74/76 (Ianelli/Meroni), Slg. 1977, 557, Rn. 9.

⁷³ Vgl. ausdrücklich etwa EuGH, Rs. 184/85 (Kommission/Italien), Slg. 1987, 2013; EuGH, Rs. C-47/88 (Kommission/Dänemark), Slg. 1990, I-4509; EuGH, Rs. C-213/96 (Outokumpu Oy), Slg. 1998, 1777.

b) Diskriminierung

Bezüglich des Diskriminierungsverbots ist zunächst der Begriff der „gleichartigen Waren“ als zentral anzusehen, bezieht sich das Diskriminierungsverbot doch von vornherein nur auf solche gleichartigen Waren.

Während Art. 90 Abs. 2 EGV auf die Wettbewerbsbeziehung zwischen Produkten abstellt und diesbezüglich protektionistische Ungleichbehandlungen bekämpft, ist für Art. 90 Abs. 1 EGV eine detaillierte Untersuchung der Gleichartigkeit erforderlich, da nur für gleichartige Erzeugnisse das Verbot der Ungleichbehandlung einschlägig sein kann.

Bei der Bestimmung der Gleichartigkeit von Waren ist ein **objektiver, wenn auch weiter Massstab** anzulegen: Nach der nunmehr gefestigten Rechtsprechung des EuGH⁷⁴ ist diese gegeben, wenn Erzeugnisse der gleichen Produktions- oder Vertriebsstufe

„in den Augen der Verbraucher die gleichen Eigenschaften haben und denselben Bedürfnissen dienen“⁷⁵.

Massgebender Gesichtspunkt bildet dabei die Frage, ob die Erzeugnisse **objektiv so beschaffen** sind, dass sie eine **gleiche** oder zumindest eine **vergleichbare Verwendung** zulassen.⁷⁶ Nationale Verbrauchergewohnheiten sind damit für sich allein genommen ebensowenig entscheidend wie rein subjektive Maßstäbe; sie können allenfalls in Kombination mit den objektiven Produktmerkmalen (wie der Warensatzensetzung oder der Produktionsweise) Indizienwirkung entfalten.⁷⁷ Die objektiven Merkmale umfassen etwa Ausgangsstoff, Herstellungsverfahren, organoleptische Eigenschaften und Alkohol- oder Wassergehalt.⁷⁸ Die Analyse ihrer Verwendung stellt auf die Verbrauchersicht ab. Entscheidend ist damit letztlich eine **wertende**

⁷⁴ Seit EuGH, Rs. 45/75 (Rewe-Zentrale), Slg. 1976, 181, Rn. 12; EuGH, Rs. 193/85 (Co Frutta), Slg. 1987, 2085, Rn. 17 f.; *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 30 ff. Anders noch die frühere Rechtsprechung, die sehr formal nur auf die steuer- und zollrechtliche Einordnung der Waren abstellte. Vgl. EuGH, Rs. 27/67 (Fink Frucht), Slg. 1968, 333 (347); EuGH, Rs. 28/69 (Kommission/Italien), Slg. 1970, 187.

⁷⁵ EuGH, Rs. 168/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1980, 347, Rn. 5; ebenso EuGH, Rs. 216/81 (COGIS), Slg. 1982, 2701, Rn. 7 f.; EuGH, Rs. 106/84 (Kommission/Dänemark), Slg. 1986, 833, Rn. 12; EuGH, Rs. 193/85 (Co-Frutta), Slg. 1987, 2085; EuGH, Rs. C-113/94 (Casarin), Slg. 1995, I-4203, Rn. 15; EuGH, Rs. C-265/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-2305, Rn. 42; EuGH, Rs. C-101/00 (Tulliasiamies und Siilin), Slg. 2002, I-7487, Rn. 56.

⁷⁶ *Jobs*, Steuern auf Energie, 263; *GTE-Eilers*, Art. 95, Rn. 47; EuGH, Rs. 168/78 (Kommission/Italien), Slg. 1980, 347, Rn. 5, EuGH, Rs. 216/81 (COGIS), Slg. 1982, 2701.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-367/93, 377/93 (Rodgers), Slg. 1995, I-2229; s. auch die ausdrücklich auf objektive Gesichtspunkte abstellende Formulierung in EuGH, Rs. C-113/94 (Casarin), Slg. 1995, I-4203, Rn. 15; EuGH, Rs. C-421/97 (Tarantik), Slg. 1999, I-3633, Rn. 28; zum Ganzen *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 30 ff.; *Ohler*, Fiskalische Integration, 100 ff.

⁷⁸ *Lenz/Borchardt-Wolffgang*, Art. 90, Rn. 27. Der Autor führt eine breite Palette von Fällen bezüglich alkoholischer Getränke an.

Gesamtschau der Indizienlage,⁷⁹ so dass die Gleichartigkeit zu verneinen ist, wenn sich die verglichenen Produkte sowohl hinsichtlich ihrer Herstellungsart als auch ihrer wesentlichen Eigenschaften unterscheiden.⁸⁰ Der Kreis der im Rahmen des Belastungsvergleiches heranzuziehenden Waren ist damit recht weit gezogen.

Wendet man diese Kriterien auf die verschiedenen, hier zu untersuchenden Modelle von **Lenkungsabgaben auf Alkoholika** an, so ist die Voraussetzung der Gleichartigkeit der betroffenen Waren im Ergebnis zu bejahen:

- Im Rahmen der **referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe** wird eine Abgabe dann fällig, wenn Alkoholika unter einem staatlich festgelegten Referenzpreis verkauft werden. Diese Abgabe erhöht dann den Endpreis auf das Niveau des genannten Referenzpreises.⁸¹ Die Massnahme differenziert daher aufgrund des Endverkaufspreises zwischen Alkoholika. Objektive typische Merkmale (z.B. Herstellungsverfahren, Ausgangsstoff, organoleptische Eigenschaften) spielen hingegen keine Rolle bei der Unterscheidung. Vielmehr wird die Abgabe völlig unabhängig von der Natur der betreffenden Spirituose erhoben. Ebenso wenig relevant sind die aus Verbrauchersicht durch das Produkt zu befriedigenden Bedürfnisse.

Hier ist auf den konkreten Gebrauch durch den Endverbraucher abzustellen. Beispielsweise stellte der EuGH so bei Obstwein und Traubenwein Gleichartigkeit fest,⁸² verneinte diese jedoch bei Obstwein und Likörwein.⁸³

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die allgemeine Unterscheidung zwischen Spirituosen bzw. Alkoholika unter einem gewissen Preisniveau einerseits und solchen darüber andererseits nicht zur Verneinung der Gleichartigkeit führt, da der Gebrauch durch Verbraucher ähnlichen Mustern entsprechen dürfte. Ein Argument gegen die Gleichartigkeit liesse sich allenfalls vorbringen, wenn eine sehr klare Einteilung bezüglich Qualitätsstufen vorgenommen würde. So könnte vorgebracht werden, dass bestimmte hochklassige alkoholische Getränke von einer klar definierten Verbrauchergruppe zu bestimmten Zwecken oder Anlässen verwendet würde, die sich vom Normalgebrauch unterscheiden.⁸⁴ Selbst wenn man diesem Ansatz folgte, erscheint das Festlegen eines Referenzpreises in diesem Zusammenhang aber zu grobmaschig, da dieser allein eine solche klare Einteilung kaum zu

⁷⁹ Calliess/Ruffert-Waldhoff, Art. 90, Rdnr. 12.

⁸⁰ EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Ziff. 46.

⁸¹ S. schon oben A.

⁸² EuGH, Rs. 106/84 (Kommission/Dänemark), Slg. 1986, 833.

⁸³ EuGH, verb. Rs. C-367/93 bis C-377/93 (Rodgers), Slg. 1995, I-2248.

⁸⁴ Für ein gutes Beispiel der Analyse von Konsumgewohnheiten und damit verbundener Gleichartigkeit von Produkten siehe EuGH, Rs. 106/84 (Kommission/Dänemark), Slg. 1986, 833, Rn. 15. Der EuGH stellt hier fest, dass Trauben- sowie Obstweine von Verbrauchern sowohl als Durstlöcher ebenso genossen werden als auch als Begleitung zu Mahlzeiten und somit aus Verbraucherperspektive als gleichartig anzusehen sind. Spirituosen unterhalb des Referenzpreises bzw. darüber weisen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenso einen weiten Graubereich auf, innerhalb dessen Produkte von Verbrauchern für dieselben Zwecke konsumiert werden, z.B. als Aperitive.

gewährleisten vermag. Durch die Einteilung in ein Billigpreissegment und ein Sortiment an Produkten, die über dem Referenzpreis verkauft werden und von der Abgabe nicht betroffen sind, wird also letztlich nicht aufgrund von Kriterien unterschieden, die zur Verneinung der Gleichartigkeit der betroffenen Produkte führten. Es ist daher von der **Gleichartigkeit im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV der unter und über dem Referenzpreis liegenden Alkoholika** auszugehen.

- Bei der **Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis** wird je nach Preisklasse ein bestimmter Zuschlag auf den Endpreis eines alkoholischen Getränkes eingehoben. Der Zuschlag nimmt ab, je höher der Endpreis ist. Damit wird auch hier zwischen Alkoholika unterschiedlicher Preissegmente unterschieden, so dass die **Gleichartigkeit** der Erzeugnisse ist mit denselben Argumenten wie im Zusammenhang mit der referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe zu **bejahen** ist.

Gleichzeitig ist zu bemerken, dass die Form eines degressiven Zuschlags näher an die Unterscheidung zwischen Produkten aufgrund der Verbraucherperspektive herankommt, da nicht lediglich eine grobe Zweiteilung der Erzeugnisse aufgrund ihres Endpreises vorgenommen wird. Dennoch ist wohl von einer weitgehenden Gleichartigkeit der betroffenen Erzeugnisse auszugehen, da selbst bei verschiedenen Preiskategorien nicht davon auszugehen ist, dass auf diese Weise tatsächlich eine objektive „Ungleichartigkeit“ der betroffenen Produkte hergestellt werden kann.

- Zusätzlich zu den Verbrauchssteuern wird bei der **alkoholgehaltsabhängigen Lenkungsabgabe** der Preis um einen vom Alkoholgehalt der Spirituose abhängigen Betrags angehoben, was zu einer Verteuerung entlang der gesamten Produktpalette führt. Billige und teurere Produkte sind gleichermassen betroffen. Hier ist festzuhalten, dass die **Gleichartigkeit** der Produkte auf jeden Fall **gegeben** ist: Eine Abgabe, die lediglich auf den Alkoholgehalt von Getränken abstellt, ohne jedoch daran unterschiedliche Folgen zu knüpfen (keinerlei Staffelung der Abgabenhöhe), führt keine Unterscheidung zwischen Gruppen von Produkten ein.

Sind die mit Abgaben belasteten Erzeugnisse als gleichartig anzusehen, muss in Bezug auf die Abgabenbelastung eine **Ungleichbehandlung⁸⁵ in Anknüpfung an die Warenherkunft** belegt werden, womit ein Belastungsvergleich zwischen eingeführten und inländischen Waren durchzuführen ist. Dabei erfasst Art. 90 Abs. 1 EGV sowohl Ungleichbehandlungen, die direkt an das Kriterium der Warenherkunft an-

⁸⁵ Dabei kann die ungleiche Höhe der Abgabenbelastung auf verschiedene Ursachen zurückgehen, so dass ihr genauer Grund für die Einschlägigkeit des Art. 90 Abs. 1 EGV unerheblich ist. So kann sich die unterschiedliche Höhe sowohl aus der Geltung verschiedener Abgabensätze als auch aus der Tatsache ergeben, dass die Bemessungsgrundlagen, die Erhebungsmodalitäten oder auch die Befreiungs- bzw. Vergünstigungstatbestände unterschiedlich ausgestaltet sind oder angewandt werden. Vgl. etwa EuGH, Rs. 55/79 (Kommission/Irland), Slg. 1980, 481; EuGH, Rs. 257/86 (Kommission/Italien), Slg. 1988, 3249, Rn. 16; EuGH, Rs. C-228/98 (Dounias), Slg. 2000, I-577, Rn. 41; EuGH, Rs. C-265/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-2305, Rn. 47 ff. S. auch *Wasmeier*, Umweltabgaben, 129; *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 36 ff.

knüpfen (**formelle Diskriminierungen**),⁸⁶ als auch solche, die auf ein formal unterschiedsloses Kriterium abstellen, wodurch allerdings *de facto* wiederum (ausschliesslich oder überwiegend) Erzeugnisse ausländischer Provenienz höher belastet werden (**materielle Diskriminierungen**).⁸⁷ Eine Abgabe, die z.B. auf bestimmte Produktcharakteristika abstellt, die typischerweise bei eingeführten Waren anzutreffen sind, führt so zu einer materiellen (oder auch indirekten) Diskriminierung, wenn in der Folge Produkte genannter Kategorie eine höhere Abgabenlast zu tragen haben.⁸⁸ Weiter ändert die Einfuhr geringfügiger Mengen von Produkten der bevorzugten Kategorie aus anderen Mitgliedsstaaten nichts am grundsätzlichen Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.⁸⁹

Liegt eine (formelle oder materielle) Diskriminierung vor, kommt es auf die „Schwere“ oder „Spürbarkeit“ der dadurch verursachten Marktstörung nicht an.⁹⁰

Auf dieser Grundlage kann denn auch das Vorliegen einer (**materiellen**⁹¹) **Diskriminierung** bei den drei in diesem Beitrag im Zentrum des Interesses stehenden **Modellen einer Lenkungsabgabe auf Alkoholika** untersucht werden:

⁸⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung die Beispiele für das Vorliegen einer direkten Diskriminierung: EuGH, Rs. 57/65 (Lütticke), Slg. 1966, 258; EuGH, Rs. C-90/94 (Haahr Petroleum), Slg. 1997, I-4085 (Festlegung einer höheren Abgabe auf ein eingeführtes Produkt); EuGH, Rs. 55/79 (Kommission/Irland), Slg. 1980, 481 (günstigere Bedingungen für die Begleichung der Abgabe im Falle der Betroffenheit inländischer Produkte).

⁸⁷ Vgl. zur Erfassung dieser verschiedenen Formen der Diskriminierung etwa EuGH, Rs. 20/76 (Schöttle), Slg. 1977, 247; EuGH, Rs. C-47/88 (Kommission/Dänemark), Slg. 1990, I-4509; *Wasmeier*, Umweltabgaben, 129 f.; *Balke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit, 35 ff.; *Calliess/Ruffert-Waldhoff*, Art. 90, Rn. 13.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-302/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-2055. In mehreren Fällen sah der EuGH so auch Abgaben auf PKWs, die nach Motorenleistung oder ähnlichen Kriterien gestaffelt waren, als materielle Diskriminierungen an, da sich jeweils die nationalen Erzeugnisse (überwiegend) in niedrigeren Kategorien fanden. Vgl. EuGH, Rs. 112/84 (Humblot), Slg. 1985, 1367; EuGH, Rs. C-132/88 (Kommission/Griechenland), Slg. 1990, I-1567. Der Beschwerdeführer muss jedoch einen *prima facie* Nachweis für die tatsächlichen (und nicht nur potentiellen) Auswirkungen auf eingeführte Erzeugnisse erbringen. Daran scheiterte das Vertragsverletzungsverfahren gegen Griechenland in der Rs. C-132/88.

⁸⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-302/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-2055: Hier wurden bestimmte Zigarettensorten (mit dunklem Tabak) günstiger behandelt, die hauptsächlich im betreffenden Mitgliedstaat produziert wurde. Der Import einer geringen Menge an derartigen Zigaretten aus anderen Mitgliedsstaaten änderte nach Ansicht des EuGH nichts am Vorliegen einer materiellen Diskriminierung.

⁹⁰ So dass jede noch so geringe Benachteiligung ausländischer Waren untersagt ist. Vgl. etwa EuGH, Rs. 55/79 (Kommission/Irland), Slg. 1980, 481, Rn. 9; EuGH, Rs. 257/86 (Kommission/Italien), Slg. 1988, 3249, Rn. 11; wohl auch EuGH, Rs. C-265/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-2305, Rn. 49. Aus der Literatur etwa *Ohler*, Fiskalische Integration, 107.

⁹¹ Eine formelle Diskriminierung scheidet von vornherein aus, da bei keinem der hier untersuchten Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika ausdrücklich zwischen eingeführten und einheimischen Produkten differenziert wird.

- Bei der **referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe** wird letztlich zwischen **Alkoholika des unteren Preissegments** (bei denen die Abgabe letztlich dazu führt, dass ein Aufschlag bis zur Höhe des Referenzpreises erfolgt) und solchen des **höheren Preissegments** (die sowieso schon über dem Referenzpreis liegen) unterschieden.

In der Praxis würden Händler und Produzenten mit hoher Wahrscheinlichkeit die entsprechenden Angebote an Alkoholika zu jenem Preis verkaufen, ab dem die Lenkungsabgabe nicht mehr anfiel. Der Aufpreis fiel diesfalls nicht in der Form einer Lenkungsabgabe an, sondern verbliebe beim Händler bzw. Produzenten. Deutlich wird damit auch, dass der Referenzpreis bei diesem Szenario einem staatlich festgesetzten Mindestpreis gleichkäme.

Die den Verfassern zur Verfügung stehenden Materialien legen die Annahme nahe, dass diese **Differenzierung zwischen „billigen“ und „teuren“ Alkoholika eine materielle Diskriminierung** darstellt: Aus Informationen bezüglich der geplanten Reform des Alkoholgesetzes lässt sich nämlich schliessen, dass ein hoher Anteil (85%) der in der Schweiz konsumierten alkoholischen Getränke importiert wird.⁹² Zugleich wird ein grosser Anteil dieser importierten Erzeugnisse aufgrund der geringeren Produktionskosten zu im Vergleich mit in der Schweiz produzierten Alkoholika (weitaus) billigeren Endpreisen am Markt angeboten.⁹³ Es ist daher mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass von der referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe importierte Erzeugnisse weitaus stärker betroffen wären als einheimische. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt damit *prima facie* ein Fall materieller Diskriminierung vor.⁹⁴

- Bei der **Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis** lassen sich letztlich in Bezug auf das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung ähnliche Überlegungen anstellen: Eine überwiegende Last, die durch den degressiven Zuschlag auf den Endpreis entsteht, wird von billigeren importierten Produkten getragen, während Produkte mit höherem Endpreis, unter denen sich häufig einheimische Erzeugnisse finden dürften, einen geringeren oder gar keinen Zuschlag erleiden. Insofern ist auch hier eine **materielle Diskriminierung zu bejahen**.
- Hingegen ist das Vorliegen einer **materiellen Diskriminierung** bei der **alkoholgehaltsabhängigen Lenkungsabgabe zu verneinen**: Hier ist keine Ungleichbehandlung der Erzeugnisse ersichtlich, die für eingeführte Erzeugnisse eine höhere Belastung mit sich bringen könnte. Eine rein vom Alkoholgehalt abhängige Abgabe könnte höchstens dann als materielle Diskriminierung an-

⁹² Siehe Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 21.

⁹³ Vgl. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 20.

⁹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-302/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-2055, Rn. 30: Eine materielle Diskriminierung wurde in diesem Urteil deshalb bejaht, weil Frankreich die Steuern auf Zigaretten derart gestaltete, dass sich im Bereich der niedrigeren Verbrauchssteuer beinahe ausschliesslich jene Art von Zigaretten befand, die in Frankreich produziert wurde, während höher besteuerte Sorten fast ausschliesslich importiert wurden.

zusehen sein, wenn sie Alkoholika bestimmten Alkoholgehaltes stärker belastete und zugleich insbesondere eingeführte Alkoholika einen solchen Gehalt aufwiesen. Hierfür sind aber – auch unter Berücksichtigung der den Verfassern zur Verfügung gestellten Informationen zur Reform des Alkoholgesetzes – keine Anhaltspunkte ersichtlich. Somit fehlt bei dieser Variante der Lenkungsabgabe bereits das Element der diskriminierenden Wirkung, so dass schon die **Einschlägigkeit des Tatbestandes des Art. 90 Abs. 1 EGV** zu **verneinen** ist.

c) **Rechtfertigung**

Jedenfalls im Falle des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung⁹⁵ kann diese durch **legitime öffentliche Interessen** – wie etwa Umweltschutz, Verbraucherschutz, regionale Entwicklung oder öffentliche Ordnung – **gerechtfertigt** werden, wobei die gewählten Anknüpfungspunkte bei objektiver Betrachtung geeignet und erforderlich sein müssen, um zur Verwirklichung der angestrebten (Lenkungs-) Ziele beizutragen, womit der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** zu beachten ist.⁹⁶ Insofern sind also parallele Massstäbe wie im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung einer gegen Art. 28 EGV verstossenden Massnahme anzulegen.⁹⁷

Die Beweislast und -führung in Bezug auf die Existenz eines solchen Grundes obliegt dem Mitgliedsstaat, der die entsprechende Abgabe erhebt.

Damit fragt es sich, ob eine **referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe** oder eine **Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis** durch ein legitimes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann, wobei sich die Rechtfertigung gerade auf die mit diesen Massnahmen einhergehenden **Differenzierungen zwischen Alkoholika des niedrigen und solchen des höheren Preissegments** beziehen muss.

⁹⁵ Hingegen dürfte bei formellen Diskriminierungen die Rechtfertigungsmöglichkeit zu verneinen sein.

⁹⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung zu dieser Rechtfertigungsmöglichkeit etwa EuGH, Rs. C-90/94 (Haahr Petroleum), Slg. 1997, I-4085; EuGH, Rs. C-213/96 (Outokumpu Oy), Slg. 1998, I-1777; EuGH, Rs. 132/88 (Kommission/Griechenland), Slg. 1990, I-1567; EuGH, Rs. 252/86 (Bergandi), Slg. 1988, 1343; EuGH, Rs. 196/85 (Kommission/Frankreich), Slg. 1987, 1597; EuGH, Rs. 140/79 (Chemial Farmaceutici), Slg. 1981, 1, Rn. 8. Im zuletzt genannten Urteil erachtete der EuGH eine Abgabe, die die Produktion von Alkohol auf der Basis von landwirtschaftlichen Rohstoffen förderte, während die Produktion auf der Basis von Erdöl benachteiligt wurde, als mit Art. 90 EGV vereinbar. So solle Erdöl für „wichtigere Zwecke“ benutzt werden, was auch als Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit verstanden werden kann.

⁹⁷ Zu dieser im Zusammenhang mit der Festlegung eines Mindestpreises für Alkoholika bereits *Epiney/Metz*, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem FHA, 17 ff.

Dabei ist von vornherein festzuhalten, dass rein wirtschaftliche bzw. binnenwirtschaftspolitische Zielsetzungen von vornherein nicht als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen.⁹⁸ Ebenso wie bei der Frage nach der Rechtfertigung von Mindestpreisen für Alkoholika⁹⁹ scheidet damit eine Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes der einheimischen Spirituosenbranche aus. Wenn in den Informationen zur Reform des Alkoholgesetzes daher von „existentiellem Druck“ die Rede ist, unter dem die einheimische Spirituosenbranche leide,¹⁰⁰ stellt dies im EG-Recht kein geeignetes Argument dar, um materielle Diskriminierungen zum Vorteil einheimischer Wirtschaftstreibender zu rechtfertigen.

Ein Hauptziel der Reform des Alkoholgesetzes, im Rahmen dessen die Einführung einer Lenkungsabgabe erwogen wird, ist die „Bekämpfung des problematischen Alkoholkonsums namentlich von Jugendlichen“.¹⁰¹ Diesen soll durch eine Verteuerung der Alkoholika der Zugang zu diesen erschwert werden, womit der Konsum insbesondere durch „Risikogruppen“ gesenkt werden und damit ein Beitrag zum **Gesundheitsschutz** geleistet werden soll.¹⁰² Das angestrebte Ziel der Lenkungsabgabe (bei beiden Modellen) ist es daher, den Zugang zu Billigangeboten bei alkoholischen Getränken mit preiserhöhenden Massnahmen zu beschränken, um den im Hinblick auf den Gesundheitsschutz problematischen Umgang mit Alkohol vor allem von Jugendlichen zurückzudrängen. Damit ist das Vorliegen eines **legitimen öffentlichen Interesses zu bejahen**.

Gemäss Art. 152 EGV haben die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedsstaaten für ein hohes Gesundheitsschutzniveau Sorge zu tragen. Gesundheitsschutz ist darüber hinaus als schützenswertes Interesse in Art. 30 EGV aufgeführt und in einer umfassenden Rechtsprechung vom EuGH als zu schützendes Rechtsgut ersten Ranges anerkannt und ausgelegt worden.¹⁰³ Aufgrund dieser prominenten Stellung des Gesundheitsschutzes kann davon ausgegangen werden, dass auch für den Fall einer indirekten steuerlichen Diskriminierung unter Art. 90 Abs. 1 EGV der Gesundheitsschutz ein zulässiges Ziel darstellt, das eine solche Diskriminierung zu rechtfertigen vermag.

Eine Rechtfertigung kommt somit in Betracht, sofern die getroffene Massnahme bzw. die in Frage stehende Differenzierung (hier zwischen Alkoholika des niedrigen und solchen des höheren Preissegments) geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist, m.a.W. den Anforderungen der **Verhältnismässigkeit** entspricht.

Grundsätzlich dürften beide hier zur Debatte stehenden Massnahmen (eine referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe und eine Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis) **geeignet** sein, das erwähnte Ziel des Gesundheitsschutzes zu erreichen. Denn beide Modelle von Lenkungsabgaben führen jeden-

⁹⁸ Vgl. schon EuGH, Rs. 7/61 (Kommission/Italien), Slg. 1961, 317.

⁹⁹ Vgl. hierzu *Epiney/Metz*, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem FHA, 20 f.

¹⁰⁰ Siehe Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 21.

¹⁰¹ Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 21.

¹⁰² Insofern deckt sich die Zielsetzung der referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe, aber auch der Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis mit derjenigen der Einführung eines Mindestpreises. Vgl. hierzu schon *Epiney/Metz*, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem FHA, 17 f.

¹⁰³ Vgl. nur Lenz/Borchardt-*Lux*, Art. 30, Rn. 12, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

falls bzw. insbesondere bei den Alkoholika des niedrigen Preissegments zu einer **Verteuerung der betroffenen Getränke**. Die Erschwinglichkeit spielt aber eine zentrale Rolle beim Konsum von Spirituosen und anderen Alkoholika, vor allem bei Jugendlichen, deren sofortige Reaktion auf Preisänderungen bereits im Rahmen der sogenannten „Alkopop-Sondersteuer“ im Jahr 2003 zu beobachten war.¹⁰⁴ Daher würde bei höheren Preisen von Alkoholika des unteren Preissegments der Konsum gerade dieser Alkoholika voraussichtlich sinken. Zwar würde die Einführung einer solchen Lenkungsabgabe das Problem des übermässigen Alkoholgenusses nicht allein lösen. Allerdings ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass derartige Lenkungsabgaben hierzu einen Beitrag leisten könnten, was für die Bejahung der Geeignetheit einer Massnahme ausreicht.¹⁰⁵

Im Rahmen der Prüfung der **Erforderlichkeit** ist danach zu fragen, ob die gewählte Massnahme bzw. Differenzierung im Hinblick auf die dadurch verursachte Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs und das zu erreichende Ziel das **mildeste Mittel** darstellt:

- Die **referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe** stellt aufgrund ihrer Auswirkungen, die denen der Festsetzung eines Mindestpreises gleichkommen, einen ähnlich schweren Eingriff in den Binnenmarkt wie ein solcher Mindestpreis dar.¹⁰⁶ Der Wettbewerb auf der Grundlage des Endverkaufspreises zwischen Produkten des unteren Preissegmentes würde stark eingeschränkt und zu einem Gutteil ausgeschaltet. Ein vergleichbarer Rückgang des Konsums von Billigspirituosen könnte jedoch auch durch mildere Mittel bewirkt werden, die den Wettbewerb weniger einschränken, so insbesondere durch steuerliche Massnahmen, bei denen die freie Preisfestsetzung gewahrt bleibt.¹⁰⁷ Gerade letztere Voraussetzung ist jedoch im Falle der referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe nicht erfüllt, so dass diese – wie erwähnt – eine ähnliche Wirkung auf die Preisfestsetzungsfreiheit entfaltet wie ein Mindestpreis. Als **milderes Mittel** böte sich hingegen eine **grundsätzlich erhöhte Besteuerung bzw. eine zusätzliche Lenkungsabgabe auf sämtliche Alkoholika** an, z.B. basierend auf dem Alkoholgehalt. Die freie Preisfestsetzung würde so weniger beeinflusst und Wettbewerb, der hauptsächlich über den Preismechanismus funktioniert, bliebe möglich. Dennoch würde der Zugang zu Alkoholika des unteren Preissegments preislich in vergleichbarem Ausmass erschwert.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Siehe Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 15.

¹⁰⁵ Vgl. nur, m.w.N., Ehlers-*Epiney*, § 8, Rn. 97.

¹⁰⁶ Vgl. zur (Verneinung der) Erforderlichkeit eines Mindestpreises bereits ausführlich die Erörterungen bei *Epiney/Metz*, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem FHA, 18 ff.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-216/98 (Kommission/Griechenland), Slg. 2000, I-8921, Rn. 31; EuGH, Rs. 90/82 (Kommission/Frankreich), Slg. 1983, 2011, Rn. 29.

¹⁰⁸ Es ist hier anzumerken, dass der Erläuternde Bericht zum Entwurf des Alkoholmarktgesetzes zusätzliche Massnahmen in der geplanten Reform auflistet, die z.B. Handels- und Werbebeschränkungen umfassen. Der EuGH verlangt jedoch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung von Mitgliedsstaaten nicht, in jedem Fall weniger handelsbeschränkende Massnahmen zu ergreifen. Die Massnahmen müssen vielmehr denselben

Da die Rechtfertigung einer referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe daher auf der Stufe der Erforderlichkeit scheitert, ist die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne nicht weiter zu prüfen.¹⁰⁹

- Bei der **Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis** lassen sich letztlich parallele Überlegungen anstellen: Denn auch dieses Modell greift stark in die Freiheit der Preisgestaltung ein und führt letztlich auch (wie eine referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe, wenn auch in abgeschwächter Form) dazu, dass der „Preisvorteil“ von Alkoholika des unteren Preissegments zumindest teilweise ausgeschaltet bzw. stark relativiert wird, geht es doch gerade darum, bei den Alkoholika dieses Segments die Preise anzuheben.¹¹⁰ Eine Lenkungsabgabe, die sich z.B. am Alkoholgehalt orientiert, könnte damit dieselben Wirkungen zeitigen, ohne dermassen stark in die Preisgestaltung und den dadurch geführten Wettbewerb einzugreifen.

d) **Ergebnis**

Im Ergebnis stellen damit eine **referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe** sowie eine **Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis** eine **materiell diskriminierende** (in Bezug auf eingeführte Produkte dar) Form der **Besteuerung** dar, die grundsätzlich durch Art. 90 Abs. 1 EGV verboten ist. Denn diese Lenkungsabgaben beziehen sich letztlich auf Alkoholika des unteren Preissegments, die vorwiegend importiert werden, während einheimische Alkoholika überwiegend höheren Preissegmenten angehören, so dass diese Abgaben vorwiegend importierte Erzeugnisse belasteten.

Eine **Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes** kommt zwar grundsätzlich in Betracht, **scheitert** aber an der **Verhältnismässigkeit** der Massnahme. Denn es stehen – im Verhältnis zu der mit diesen Modellen von Lenkungsabgaben einhergehenden Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs – mildere Massnahmen zur Verfügung, da etwa eine alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe oder andere Formen der stärkeren Besteuerung von alkoholischen Getränken vergleichbaren Nutzen bei weniger starkem Eingriff in den Markt und Wettbewerb erzielen.

Beitrag zum Erreichen des Zieles leisten, was im Fall von Lenkungsabgaben z.B. durch Einschränkung von Verkaufsmöglichkeiten nicht der Fall ist. Daher werden hier nur ähnlich preiserhöhende Massnahmen als Alternativen behandelt und auf ihre geringere Belastung des Handelsverkehrs geprüft.

¹⁰⁹ Die Verhältnismässigkeit i.e.S. spielt im Übrigen in der Rechtsprechung des EuGH eine zu vernachlässigende Rolle, wenn sie auch gelegentlich durchaus geprüft wird. Bei dieser Prüfung wird (im Bereich des freien Warenverkehrs) die handelsbeschränkende Wirkung der Massnahme mit dem erzielten Beitrag zur Erreichung des Zieles abgewogen und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne verneint, wenn ein unverhältnismässig starker Eingriff einem zu geringen erzielten Vorteil gegenübersteht, siehe EuGH, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607, Rn. 20 f.

¹¹⁰ Die Beschreibung der Abgabe spricht bildhaft von einer „Stauchung der Preisskala“.

Hingegen ist bei der **alkoholgehaltsabhängigen Lenkungsabgabe** bereits das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung zu verneinen, so dass schon der Tatbestand des Art. 90 Abs. 1 EGV nicht erfüllt ist und die Massnahme daher, da Art. 28 EGV bei abgabenbezogenen Massnahmen grundsätzlich nicht heranzuziehen ist, im **Einklang mit den Vorgaben des Vertrages** steht.

2. **Schlussfolgerung: zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit Art. 18 FHA**

Folgt man der hier vertretenen Ansicht,¹¹¹ dass zumindest die den freien Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens **parallel wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen** auszulegen sind, kann für die Auslegung (auch) des Art. 18 FHA auf die auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH für Art. 90 Abs. 1 EGV zum Zuge kommenden Grundsätze zurückgegriffen werden, jedenfalls soweit es um die Erhebung produktbezogener Abgaben selbst geht. Daher ist für die ersten beiden Varianten der **referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe** bzw. der **Abgabe mit degressivem Zuschlag auf den Endpreis** auf eine **Unvereinbarkeit mit Art. 18 FHA** zu schliessen. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 90 Abs.1 EGV,¹¹² die hier herangezogen wird, ist reich ausgestaltet und seit längerem etabliert, wodurch es schwierig zu begründen erscheint, diese Grundsätze bei der Auslegung von Art. 18 Abs. 1 FHA ausser Acht zu lassen.

Ohne dass es im vorliegenden Rahmen möglich ist, umfassend auf den **sachlichen Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens** in Bezug auf (verarbeitete) landwirtschaftliche Produkte einzugehen, der im Übrigen im Laufe der Zeit, insbesondere im Zuge des Abkommens über verarbeitete landwirtschaftliche Produkte¹¹³, Modifikationen erfahren hat, sei festgehalten, dass nach Art. 2 FHA i.V.m. mit Protokoll Nr. 2 zum FHA (das durch das erwähnte Bilaterale Abkommen modifiziert wurde) zahlreiche Alkoholika (so insbesondere verschiedene Weine, Bier aus Malz und zahlreiche Spirituosen) in den Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens fallen, so dass dessen sachlicher Anwendungsbereich für die hier zu erörternde Fragestellung eröffnet ist.¹¹⁴

Weiter ist davon auszugehen, dass eine Schweizer Lenkungsabgabe auf Alkoholika in den **räumlichen Geltungsbereich des Freihandelsabkommens** fällt.

Selbst wenn man aber den Ansatz vertritt, Art. 18 FHA sei enger auszulegen als Art. 90 Abs. 1 EGV (wobei dann noch zu präzisieren wäre, in welcher Beziehung), sprechen die besseren Gründe für die Einschlägigkeit des Art. 18 FHA für die Modelle der referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe und der Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis: Denn bei diesen Abgaben werden di-

¹¹¹ Oben B.I.

¹¹² S.o. B.II.1.

¹¹³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 in Bezug auf die Bestimmungen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, BBl 2004 6303 ff.

¹¹⁴ Vgl. zum Handel mit landwirtschaftlichen Produkten zwischen der Schweiz und der EG auf der Grundlage des FHA und der Bilateralen Abkommen ausführlich *Senti*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 731 ff., 789 ff.

rekt bestimmte Produkte belastet, wobei die Abgabe so ausgestaltet ist, dass eingeführte Produkte zumindest überwiegend schwerer betroffen sind, womit eine materielle Diskriminierung zu bejahen ist. Damit ist aber letztlich der sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 18 FHA ergebende Kern dieser Bestimmung betroffen, so dass eine Auslegung, die Massnahmen wie die genannten Lenkungsabgaben nicht erfasste, Art. 18 FHA geradezu seines *effet utile* beraubte.

Soweit die Erwägungen hinsichtlich der Rechtfertigung betroffen sind, sind letztlich allgemeine Kriterien der Verhältnismässigkeit entscheidend. Dieser Grundsatz ist auch dem schweizerischen Recht bekannt (Art. 36 Abs. 3 BV), so dass davon auszugehen ist, dass auch auf der Grundlage einer „autonomen“ Auslegung des Freihandelsabkommens von vornherein nur solche materiell diskriminierenden und damit grundsätzlich gegen Art. 18 FHA verstossende Massnahmen gerechtfertigt werden können, die den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügen, was – wie gezeigt¹¹⁵ – in Bezug auf die beiden erwähnten Modelle von Lenkungsabgaben für Alkoholika nicht der Fall ist.

Bezüglich der **dritten Form der Lenkungsabgabe**, die sich am **Alkoholgehalt der Spirituosen** orientiert, ist bereits eine diskriminierende Wirkung auszuschliessen. Nichts deutet darauf hin, dass bestimmte Spirituosen aufgrund ihres Alkoholgehaltes bevorzugt oder benachteiligt würden. Ohne Diskriminierung ist diese Lenkungsabgabe jedoch auch problemlos **mit Art. 18 Abs. 1 FHA vereinbar**.

C. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben mit der Wirtschaftsfreiheit

Die verschiedenen Varianten von Lenkungsabgaben könnten auch gegen die in Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit verstossen.¹¹⁶ Bei der Analyse dieser Frage ist zwischen dem Schutzbereich (I.), dem Eingriff (II.) sowie der Rechtfertigung (III.) zu unterscheiden.

Da sich die für die Vereinbarkeit der hier untersuchten Lenkungsabgaben für Alkoholika mit Art. 27 BV entscheidenden Fragen teilweise (soweit die Rechtfertigung betroffen ist) mit den bereits im Zusammenhang mit Art. 90 EGV und Art. 18 FHA erörterten Aspekten überschneiden, sind die folgenden Ausführungen eher knapp gefasst, und es wird insoweit auf die bereits im Zusammenhang mit der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht angestellten Überlegungen verwiesen.

I. Schutzbereich

Die in Art. 27 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit schützt unter anderem die **Freiheit der unternehmerischen Betätigung**. Diese beinhaltet insbesondere jede gewerbs-

¹¹⁵ B.II.1.c).

¹¹⁶ Aufgrund der grossen Ähnlichkeit der Problematik der Vereinbarkeit von Lenkungsabgaben mit Art. 27 BV und derjenigen der Vereinbarkeit von Mindestpreisen mit Art. 27 BV wird auch hier auf die diesbezüglich bereits durchgeführten Untersuchungen zurückgegriffen, vgl. *Epiney/Metz*, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem FHA, 23 ff.

mässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns dient.¹¹⁷ Die Wirtschaftsfreiheit umfasst darüber hinaus die Aussenwirtschaftsfreiheit, d.h. sie gewährleistet die „ausenwirtschaftliche Befugnis“, Waren ein- und auszuführen.¹¹⁸ Die freie Wahl des Preises einer zum Verkauf angebotenen Ware ist zweifellos von der unternehmerischen Freiheit umfasst, stellt sie doch einen wesentlichen Aspekt der betroffenen privatwirtschaftlichen Tätigkeit dar. Daher fällt auch die Pflicht zur Abführung von Lenkungsabgaben grundsätzlich in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, führt sie doch in aller Regel zumindest zu einer Beschränkung der diesbezüglichen Gestaltungsfreiheit der Betroffenen.

Träger des Freiheitsrechts sind zunächst Schweizerbürgerinnen und -bürger sowie die inländischen juristischen Personen des Privatrechts.¹¹⁹ Werden demnach durch die Abgaberegulungen schweizerische Unternehmen und Bürger betroffen, können sich diese ohne weiteres auf ihre durch die Bundesverfassung geschützte Wirtschaftsfreiheit berufen. Problematisch ist indessen, ob sich auch ausländische natürliche Personen bzw. juristische Personen des Privatrechts auf die Freiheitsgarantie nach Art. 27 BV berufen können. Das Bundesgericht hat dies für niedergelassene Ausländer bejaht,¹²⁰ für ausländische juristische Personen hingegen offen gelassen.¹²¹ Diese Problematik kann aber im Zusammenhang mit der hier interessierenden Fragestellung dahin stehen, da zumindest die schweizerischen Händler und Unternehmen, die mit importierten Alkoholika zu Billigpreisen handeln, ihre Freiheitsrechte geltend machen könnten.

Verpflichtet ist jedenfalls der Staat (Art. 35 BV), eine Voraussetzung, die im Falle der gesetzlichen Festlegung von Lenkungsabgaben auf Alkoholika unzweifelhaft erfüllt ist.

II. Eingriff

Durch Lenkungsabgaben auf Alkoholika wird die Wirtschaftsfreiheit jedenfalls dann beschränkt, wenn der **freie Wettbewerb** durch eine Einschränkung des freien Preiswettbewerbs verzerrt wird. Eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit liegt vor, wenn staatliche Lenkungsmassnahmen den Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage ausser Kraft setzen oder beeinträchtigen.¹²²

Während **wettbewerbsverzerrende Eingriffe** wie im Falle der **referenzpreisabhängigen Lenkungsabgabe** bzw. der **Lenkungsabgabe mit degressivem Zuschlag**

¹¹⁷ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 634. Vgl. ausführlich zum Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit Kiener/Kälin, Grundrechte, 307 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte, 1052 ff.

¹¹⁸ BGE 126 III, 149; BGE 124 III 321, 331; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Vallender, Art. 27 BV, Rn. 24.

¹¹⁹ Vgl. nur Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 654 ff.

¹²⁰ BGE 108 Ia 148; BGE 116 Ia 148; BGE 116 Ia 237; BGE 119 Ia 35; vgl. hierzu auch Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Vallender, Art. 27 BV, Rn. 39.

¹²¹ BGE 125 I 182, 197 f.; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Vallender, Art. 27 BV, Rn. 43, m.w.N.

¹²² Müller/Schefer, Grundrechte, 1068, siehe vor allem dort Fussnote 236.

auf den **Endpreis** zweifellos Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit darstellen, ist umstritten, ob **wirtschaftspolitische Massnahmen ohne verzerrenden Einfluss** auf den Wettbewerb am Markt wie die **alkoholgehaltabhängige Lenkungsabgabe** ebenso als Beschränkungen einzuordnen sind.¹²³ Verneint man dies, ist die letzte Variante der Lenkungsabgabe auf dieser Stufe als mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar anzusehen.

III. Rechtfertigung

Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit können grundsätzlich – wie andere Grundrechte – unter den in **Art. 36 BV** formulierten Voraussetzungen **gerechtfertigt** werden. Daneben ist aber immer der in **Art. 94 Abs. 1 BV** formulierte **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** zu beachten. Danach sind wettbewerbsverzerrende Eingriffe grundsätzlich verboten und nur unter den in Art. 94 Abs. 4 BV aufgeführten Voraussetzungen zulässig. Diese zusätzlichen Anforderungen sind bei der Prüfung des Art. 36 BV zu berücksichtigen.¹²⁴

Nach Art. 94 Abs. 4 BV gelten solche Massnahmen als grundsatzwidrig (also gegen den in Art. 94 Abs. 1 BV verankerten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verstossend), die sich gegen den Wettbewerb richten. Als grundsatzwidrig werden vom Bundesgericht Handlungen bezeichnet, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern und zu begünstigen, oder die Lenkung des Wirtschaftslebens nach einem festen Plan vorsehen. Die Beeinträchtigung muss sich mehr als geringfügig auf das Wirtschaftsleben auswirken. Mehr als geringfügig sind spürbare Wettbewerbsverzerrungen. Es ist zu prüfen und zu untersuchen, in welchem Ausmass eine staatliche Massnahme den Wettbewerb verzerrt und mit welchem Eingriffsmotiv dies vonstatten geht. Handelt der Staat, um ein besonders gewichtiges Interesse zu verfolgen, sind durchaus auch erhebliche Einwirkungen auf den freien Wettbewerb zulässig.¹²⁵

Grundsatzwidrige Beschränkungen, d.h. Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen und sich gegen den freien Wettbewerb richten, liegen ausschliesslich in der Bundeskompetenz. Von dieser Kompetenz darf der Bund nur in den Fällen Gebrauch machen, in denen die Verfassung Abweichungen vorsieht, vgl. Art. 94 Abs. 4 BV.¹²⁶

Ein **Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit** ist nach dem allgemein für Grundrechtseingriffe zum Zuge kommenden Art. 36 BV zulässig, falls eine **gesetzliche Grundlage** besteht, die Einschränkung durch ein **öffentliches Interesse** (oder den Schutz von Grundrechten Dritter) gerechtfertigt ist und den Anforderungen des **Verhältnismässigkeitsgrundsatzes** Genüge getan wurde.¹²⁷

- Das geplante totalrevidierte Alkoholgesetz stellt zweifellos eine genügende **gesetzliche Grundlage** dar, die auch den Anforderungen des Art. 94 Abs. 4 BV entspricht. Denn die in Art. 105 BV enthaltene Bundeskompetenz impliziert eine Abweichungsermächtigung zur Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen des Alkoholkonsums.

¹²³ Müller/Schefer, Grundrechte, 1069.

¹²⁴ Vgl. zu diesem Zusammenspiel von Art. 27, 36 und 94 BV etwa Kiener/Kälin, Grundrechte, 313.

¹²⁵ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 657 ff.

¹²⁶ Vgl. Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 661.

¹²⁷ BGE 124 I 310, E. 3a 313; BGE 123 I 12, E. 2a 15; BGE 125 I 335, 337.

- Die mit der Einführung einer Lenkungsabgabe auf Alkoholika verbundene Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit soll dem **Schutz der öffentlichen Gesundheit** vor schädlichen Alkoholauswirkungen¹²⁸ dienen. Damit wird zweifelsohne ein **öffentliches Interesse** verfolgt.

Nach dem klar vorgegebenen verfassungsmässigen Auftrag ist die Gesetzgebung so zu gestalten, dass sie den Verbrauch von Alkohol vermindert. Bisher ist wichtigstes Mittel zur Reduktion der Nachfrage die fiskalische Belastung durch Steuern und die daraus resultierende Verteuerung des Alkohols.¹²⁹ Jedoch bestehe ein Bedarf nach ergänzenden Bestimmungen, da es unter Jugendlichen und Alkoholabhängigen nach wie vor einen problematischen Alkoholkonsum gebe.¹³⁰

- Nach Art. 36 Abs. 3 BV muss das Erfordernis der **Verhältnismässigkeit** gewahrt sein, das allgemein auch in Art. 5 Abs. 2 BV formuliert ist. So soll gewährleistet werden, dass die staatlichen Beeinträchtigungen privater Entfaltungsmöglichkeiten nicht „über das Ziel hinaus schiessen“ und zur Verwirklichung der zu verfolgenden Interessen geeignet sind. Drei wesentliche Aspekte sind zu beachten: die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Verhältnismässigkeit i.e.S. oder Angemessenheit).¹³¹

- Eine grundrechtsbeschränkende Massnahme ist nur dann **geeignet**, wenn sie das angestrebte Ziel verwirklichen kann, also zwecktauglich erscheint und sinnvolle Wirkungen mit Blick auf den beabsichtigten Zweck entfaltet.¹³² An die Eignung der Massnahme werden insgesamt eher geringe Anforderungen gestellt.¹³³

Der Handel mit alkoholischen Billigstgetränken ist grundsätzlich nicht bedenkenlos. Insbesondere bei Jugendlichen und Alkoholabhängigen können preiswerte Angebote zu einem problematischen Alkoholkonsum führen. Zudem hat die Spirituosensteuer real abgenommen, die verfügbaren Einkommen hingegen zugenommen und Fortschritte in der Produktion und Logistik sowie der gesteigerte Wettbewerbsdruck in einer globalen Wirtschaft lassen die Alkoholpreise sinken.¹³⁴ Aufgrund dieser Tatsachen können Massnahmen gegen Billigstpreise durchaus zur Be-

¹²⁸ Vgl. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 34: Zwar sei die sog. Schnapspest besiegt, bedenkliche alkoholbedingte Probleme existierten nach wie vor. Die Zahl der alkoholabhängigen Personen liegt gemäss BAG bei 300.000. Täglich würden fünf junge Menschen (bis 23 Jahre alt) aufgrund von Alkoholproblemen in ein Spital eingeliefert. Die Schweizerische Fachstelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme schätze die sozialen Kosten des Alkoholmissbrauches in der Schweiz auf jährlich 6.48 Milliarden Franken (Stand 1998).

¹²⁹ Vgl. Entscheid der Alkoholrekurskommission vom 20.3.1997, VPB 63.54, 1 c.

¹³⁰ Vgl. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38.

¹³¹ Vgl. zu den Elementen der Verhältnismässigkeit nur Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36 BV, Rn. 22 ff.

¹³² Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36 BV, Rn. 22.

¹³³ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 39, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

¹³⁴ Vgl. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38.

kämpfung eines übermässigen Alkoholkonsums beitragen, und die Einführung von Lenkungsabgaben auf Alkoholika ist – wie schon im Zusammenhang mit Art. 90 Abs. 1 EGV festgestellt wurde¹³⁵ – grundsätzlich **geeignet**, einen **Beitrag zu dem verfolgten Gesundheitsanliegen** zu leisten, sind Alkoholika doch nur zu bestimmten höheren Preisen erhältlich, was im Übrigen auch billige Alkoholika vom Schweizer Markt (teilweise) verdrängen könnte.

- 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, in unserem Fall die Wirtschaftsfreiheit, **mildeste Massnahme** zu wählen.¹³⁶

Ebenso wie im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Lenkungsabgaben im Lichte des Art. 90 Abs. 1 EGV¹³⁷ ist davon auszugehen, dass die ersten beiden Varianten der Lenkungsabgabe auf Alkoholika (**referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe bzw. eine Abgabe mit degressivem Zuschlag auf den Endpreis**) nicht das mildeste Mittel im Verhältnis zu der damit verbundenen Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit darstellen: Eine Erhöhung der Steuern generell bzw. eine alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe stellte ein milderer Mittel dar, weil sie alle Anbieter von alkoholischen Getränke gleichermaßen trafe und sich somit auf alle Preise auswirkte, ohne damit den Preiswettbewerb zu verzerren, der für die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit besonders schützenswert ist. Zudem würden durch eine Erhöhung der Steuern zu niedrige Preise in gleicher Form wie mit den nicht in Betracht kommenden Varianten der Lenkungsabgaben bekämpft werden, ohne bestimmten Marktteilnehmern einen Wettbewerbsvorteil – nämlich den Preisvorteil – zu nehmen. Hieraus ergibt sich, dass die **alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe** – sofern ihr nicht bereits auf der Eingriffsebene die grundrechtsbeschränkende Wirkung abgesprochen wird – auf der Ebene der Rechtfertigung als einzige Form der geplanten Lenkungsabgaben bestehen kann.

Gegen die Erforderlichkeit oder gar die Geeignetheit einer alkoholgehaltsabhängigen Lenkungsabgabe kann jedenfalls nicht grundsätzlich eingewandt werden, sie führe nicht zu einer hinreichenden Verteuerung der Alkoholika im Billigsektor: Denn einmal hängt diese Verteuerung von der Höhe des Satzes ab, und zum anderen dürfte jede Verteuerung einen (wenn auch ggf. nur kleinen) Beitrag zur Reduktion des Alkoholkonsums leisten. Eine andere, letztlich auf politischer Ebene zu entscheidende Frage ist aber diejenige, ob der politische Wille besteht, die Lenkungsabgabe so festzusetzen, dass sie eine stärkere Verteuerung im Billigsektor bewirkt, was umgekehrt auch zu einer entsprechenden Verteuerung des Hochpreissegments führte, was aber *per se* nichts an der grundsätzlichen Verhältnismässigkeit der Massnahme änderte.

¹³⁵ Oben B.II.1.c).

¹³⁶ Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36, Rn. 23.

¹³⁷ Oben B.II.1.c).

- Aufgrund der Verneinung der Erforderlichkeit erübrigt sich letztlich eine Prüfung für die beiden ausgeschlossenen Varianten von Lenkungsabgaben, ob der beabsichtigte Zweck in einem vernünftigen und zumutbaren Verhältnis zum Eingriff in das Freiheitsrecht steht.¹³⁸ Für die **alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe** dürfte dies zu **bejahen** sein, sofern die Höhe der Lenkungsabgabe massvoll angesetzt wird.

Darüber hinaus und der Vollständigkeit halber sei noch auf den sich ebenfalls aus der Wirtschaftsfreiheit ableitbaren Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung hingewiesen: Nach diesem Grundsatz der Gleichbehandlung verbieten sich Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, bzw. nicht wettbewerbsneutral sind.¹³⁹ Durch die vorgesehenen zwei ersten Varianten der Lenkungsabgabe werden die Händler von Alkoholika unterschiedlich behandelt, je nachdem ob sie billige oder teure Erzeugnisse anbieten. Eine Ungleichbehandlung kann zwar durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein; aufgrund des oben Gesagten steht die eingreifende Massnahme aber ausser Verhältnis zum beabsichtigten Zweck, dem Gesundheitsschutz. Zudem könnte man noch argumentieren, dass die Differenzierung zwischen teuren und billigen Alkoholika und die damit einhergehende Einteilung in gefährlich und ungefährlich ein unsachgemässes Kriterium sei. Denn eine genaue Bestimmung, ab wann eine Gefährlichkeit besteht, ist letztlich nur vage durchzuführen. Eine Ungleichbehandlung aufgrund einer mutmasslichen Feststellung ist allerdings ein Verstoß gegen die Gleichbehandlung von Konkurrenten und unvereinbar mit der Wirtschaftsfreiheit.

D. Zusammenfassung

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung können wie folgt thesenartig zusammengefasst werden.

- Weder die Rechtsprechung des EuGH noch diejenige des Bundesgerichts lassen in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit das Freihandelsabkommen im Allgemeinen und Art. 18 FHA im Besonderen im Einklang mit der Rechtslage in der EG (insbesondere Art. 90 EGV) und damit der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist, eindeutige Schlüsse zu. Allerdings besteht in der neueren **Rechtsprechung des EuGH** eine Tendenz, bei im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht gleichlautenden Bestimmungen völkerrechtlicher Abkommen der Gemeinschaft mit Drittstaaten und im Falle **übereinstimmender Zielsetzungen der betreffenden Bestimmungen von einer parallelen Auslegung** auszugehen. Auch die neuere **Rechtsprechung des Bundesgerichts** betont im Zusammenhang mit dem Freihandelsabkommen, dass die Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung derjenigen Bestimmungen des Abkommens, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften nachgebildet sind, „**nicht unbeachtlich**“ sei, so dass sich in der neueren Rechtsprechung zumindest in den die Warenverkehrsfreiheit betreffenden Bereichen eine stärkere Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH abzeichnet, ohne dass das Bundesgericht diesen Rückgriff jedoch dogmatisch-methodisch untermauert.¹⁴⁰

¹³⁸ Zu diesem Erfordernis Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36, Rn. 24.

¹³⁹ Vgl. nur Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 660, 692 ff.

¹⁴⁰ B.I.

- Die Heranziehung der für die **Auslegung völkerrechtlicher Verträge der Gemeinschaft mit Drittstaaten massgeblichen Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention** legen es grundsätzlich nahe, dass jedenfalls die den Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens – und damit auch der hier einschlägige **Art. 18 FHA**, zumindest was den Kernbereich von **Art. 90 Abs. 1 EGV** (die Erhebung produktbezogener Abgaben selbst) betrifft – **parallel zu der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht**, so wie diese durch die Rechtsprechung des EuGH präzisiert wurde, auszulegen sind. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte sich einer solchen Auslegung nicht grundsätzlich verschliessen bzw. sogar – wie übrigens auch die Rechtsprechung des EuGH – in diese Richtung gehen.¹⁴¹
- Zwei Varianten der hier zu prüfenden Lenkungsabgaben (**referenzpreisabhängige Lenkungsabgabe und Lenkungsabgabe in der Form eines degressiven Zuschlags auf den Endpreis**) – wobei Lenkungsabgaben auf jeden Fall als Massnahmen oder Praktiken interner **steuerlicher Art nach Art. 90 Abs. 1 EGV** aufzufassen sind – stellen eine **materielle Diskriminierung** aus Gründen der Produktherkunft dar: Die **Gleichartigkeit der Produkte** ist anzunehmen, da als einziges Unterscheidungskriterium für die ersten zwei Varianten der Lenkungsabgabe der Endpreis herangezogen wird, während typische Eigenschaften und der Gebrauch in den Augen des Verbrauchers irrelevant sind. Somit werden sämtliche Arten von Alkoholika von der Abgabe erfasst und die Unterscheidung nur aufgrund der Zugehörigkeit zum höherpreislichen Segment bzw. niedrigpreislichen Segment auf relativ grobe Art und Weise gezogen. Eine materielle Diskriminierung ergibt sich bei den ersten beiden Varianten der Lenkungsabgabe, da in der Realität eine hohe Anzahl von eingeführten Erzeugnissen dem niedrigen Preissegment zuzuordnen sind und ebendieses durch die höhere Abgabenbelastung im Wettbewerb benachteiligt wird.¹⁴²
- Bei der dritten Variante einer **alkoholgehaltsabhängigen Lenkungsabgabe** hingegen erfolgt die Abgabenbelastung rein gemäss dem Alkoholgehalt des alkoholischen Getränkes. Da sich eingeführte und heimische Alkoholika jedoch in diesem Punkt nicht signifikant unterscheiden, ist in der Belastungsverteilung keine materielle Diskriminierung zu erkennen. Insofern ist eine alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe mit **Art. 90 Abs. 1 EGV vereinbar**.¹⁴³
- Eine **Rechtfertigung** des *prima facie*-Verstosses gegen Art. 90 Abs. 1 EGV durch die ersten beiden Varianten der Lenkungsabgabe aus Gründen des **Gesundheitsschutzes** kommt grundsätzlich in Betracht, **scheitert** aber an der **Verhältnismässigkeit** der Massnahme, da mildere Massnahmen – im Verhältnis zu der durch die verursachte Stauchung der Preisskala einhergehenden Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs – zur Verfügung stehen, wobei

¹⁴¹ B.I.

¹⁴² B.II.1.a), b).

¹⁴³ B.II.1.a), b).

insbesondere eine allgemeine Erhöhung der Verbrauchssteuern auf alkoholische Getränke bzw. eine alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe in Betracht kommen.¹⁴⁴

- Geht man mit der hier vertretenen Ansicht¹⁴⁵ davon aus, dass **Art. 18 FHA weitgehend parallel zu Art. 90 EGV auszulegen ist**, so ist vor dem Hintergrund des sich aus der Rechtsprechung des EuGH klar ergebenden Verstosses einer materiellen Diskriminierung, wie sie hier durch die zwei ersten Varianten der Lenkungsabgabe entsteht, gegen Art. 90 EGV auch auf eine **Unvereinbarkeit der vorgesehenen Abgaben mit Art. 18 FHA** zu schliessen. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich die hierfür ausschlaggebenden Gründe aus einer konsequenten Anwendung einer bereits seit langem etablierten Rechtsprechung ergeben und insofern kein Grund ersichtlich ist, warum die erörterten, durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien nicht auch im Rahmen der Auslegung des Art. 18 FHA heranzuziehen sein sollen.¹⁴⁶
- Durch die ersten zwei Varianten von Lenkungsabgaben auf Spirituosen wird die in **Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit** beschränkt und der freie Wettbewerb verzerrt, da der freie Preiswettbewerb mit alkoholischen Getränken durch den Staat reglementiert wird. Die Beschränkung ist erheblich, weil für eine Kategorie von Produkten effektiv der Wettbewerb über den Preis ausgeschaltet bzw. stark eingeschränkt wird. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit scheitert an der **Verhältnismässigkeit** der Massnahme, dies im Ergebnis aus parallelen Gründen wie diejenigen, die im Zusammenhang mit Art. 90 EGV bzw. Art. 18 FHA relevant sind. Die alkoholgehaltsabhängige Lenkungsabgabe könnte bereits aufgrund ihres nicht wettbewerbsverzerrenden Charakters als kein Eingriff, sondern eine rein wirtschaftspolitische Massnahme eingeordnet werden. Geht man dennoch von einer Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit aus, so lässt sich die Abgabe aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit rechtfertigen und erfüllt grundsätzlich die Kriterien der Verhältnismässigkeit.¹⁴⁷

144 B.II.1.c).
145 Oben B.I.
146 B.II.2.
147 C.

E. Literatur

- Arioli, Silvio*: Zur Tragweite des Freihandelsabkommens im Beihilfenbereich aus rechtlicher Sicht, Jusletter v. 7.5.2007.
- Barnard, Catherine*: The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms. 2. Aufl., Oxford 2007.
- Baldi, Marino*: Das Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen in den Freihandelsabkommen EFTA-Staaten – EWG, in: Hans-Georg Koppensteiner (Hrsg.): Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten, Wien 1987, 159 ff.
- Balke, Barbara*: Steuerliche Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten und freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1998.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*: Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Aufl., Baden-Baden 2008 (zitiert: Bieber/Epiney/Haag-Verfasser).
- Borer, Jürg*: Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen im Freihandelsabkommen Schweiz-EG, Bern 1988.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV / EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Auflage, München 2007 (zit. Calliess/Ruffert-Verfasser).
- Cottier, Thomas/Diebold, Nicolas*: Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter v. 2.2.2009.
- Cottier, Thomas/Diebold, Nicolas*: Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen. Zur Anwendung und Auslegung von nachvollzogenem Recht und Staatsverträgen unterschiedlicher Generationen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2008/2009, Bern/Zürich 2009, 237 ff.
- Cottier, Thomas/Dzamko, Daniel/Evtimov, Erik*: Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2003, Bern 2004, 357 ff.
- Cottier, Thomas/Matteotti, René*: Der Steuerstreit Schweiz – EG: Rechtslage und Perspektiven, in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2006/2007, Zürich/Bern 2007, 221 ff.
- Duric, Hans-Peter*: Die Freihandelsabkommen EG/EFTA, Baden-Baden 1991.

- Ehlers, Dirk* (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009 (zitiert: *Ehlers-Verfasser*).
- Ehrenzeller, Bernhard/Mastronadi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A.* (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2 Bände, 2. Aufl., Sankt Gallen 2008 (zit. *Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Verfasser*).
- Epiney, Astrid*: Steuern, Europa und die Schweiz – Ausgewählte Aspekte der „Europakompatibilität“ kantonaler Steuerregime aus rechtlicher Sicht, in: Franz Jäger (Hrsg.), Steuerwettbewerb: Die Schweiz im Visier der EU, Zürich 2008, 75 ff.
- Epiney, Astrid*: Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 5, Freiburg 2008 (Zweitabdruck in: Jusletter v. 9.2.2009).
- Epiney, Astrid/Gruber, Reto*: Verkehrsrecht in der EU. Zu den Gestaltungsspielräumen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Landverkehrs, Baden-Baden 2001.
- Epiney, Astrid/Meier, Annekathrin/Mosters, Robert*: Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Zürich 2006, 77 ff.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate*: Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG und der Wirtschaftsfreiheit, Institut für Europarecht, Universität Freiburg, Oktober 2009.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz / Interprétation et application des „traités d'intégration“. De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse, Zürich 2006, 57 ff.
- Epiney, Astrid/Zbinden, Patrizia*: Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg 2009 (Zweitabdruck in: Jusletter v. 31.8.2009).
- Felder, Daniel/Siegwart, Karine*: Die sektoriellen Abkommen I und II von 1999/2004 sowie das Freihandelsabkommen Schweiz-EWG von 1972 in der praktischen Anwendung, in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2006/2007, Zürich/Bern 2007, 399 ff.

- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Band I, München 2008 (zit. Grabitz/Hilf/Nettesheim-Verfasser).
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EU-/EG-Vertrag), 4 Bde., 6. Aufl., Baden-Baden 2003-2004 (zitiert: von der Groeben/Schwarze-Verfasser).
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008.
- Hof, Christian*: Strassenverkehrsabgaben und Europarecht. Eine Untersuchung der Abgabenbelastung des Strassenverkehrs im Lichte des europäischen Rechts, Heidelberg 1998.
- Imhof, Edgar*: Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.
- Jacot-Guillarmod, Olivier*: Le juge national face au droit européen, Basel 1993.
- Jobs, Alselm T.*: Steuern auf Energie als Element einer ökologischen Steuerreform, Baden-Baden 1999.
- Kiener, Regina/Kälin, Walter*: Grundrechte, Bern 2007.
- Klein, Eckart*: Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz / Interprétation et application des „traités d’intégration“. De la reprise de l’acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse, Zürich 2006, 1 ff.
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter*: EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl., Köln 2006 (zitiert Lenz/Borchardt-Verfasser).
- Müller, Jörg Paul/Schefer, Markus*: Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.
- Oberson, Xavier/Maraia, Jean-Frédéric*: Droit fiscal européen, in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2006/2007, Zürich/Bern 2007, 209 ff.
- Ohler, Christoph*: Die fiskalische Integration in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1997.
- Ott, Andrea*: Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (Acquis communautaire), EuZW 2000, 293 ff.

- Seiler, Hansjörg*: Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft“ der Schweiz und Liechtensteins?“), in: Aufsätze und Publikationen aus dem Bundesgericht 2008.
- Seitz, Claudia*: Autonomie der Regionen bei Steuerregelungen. Neuere Entwicklung im Europäischen Beihilferecht und ihre Bedeutung für die Schweiz, AJP 2007, 415 ff.
- Seitz, Claudia/Breitenmoser, Stephan*: Das europäische Beihilferecht im Bereich der staatlichen Steuermassnahmen, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2005/2006, Zürich/Bern 2006, 159 ff.
- Senti, Richard*: Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, in: Thürer, Daniel/Weber, Rolf H./Portmann, Wolfgang/Kellerhals, Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich 2007, 731 ff.
- Senti, Richard*: Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, in: Thürer, Daniel/Weber, Rolf H./Portmann, Wolfgang/Kellerhals, Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich 2007, 789 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: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2005/2006 (SJER/AnnSDE), Zürich, Bern 2006, 481 ff.
- Sommer, Patrick*: Die Beziehung zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft unter dem Blickwinkel der Funktionen internationaler Handelsabkommen, St.Gallen 1991.
- Thürer, Daniel/Weber, Rolf H./Portmann, Wolfgang/Kellerhals, Andreas* (Hrsg.): Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, Zürich 2007.
- Wasmeier, Martin*: Umweltabgaben und Europarecht. Schranken des staatlichen Handlungsspielraumes bei der Erhebung öffentlicher Abgaben im Interesse des Umweltschutzes, München 1995.
- Wiebe, Alexander*: Das Verbot der Erhebung von Abgaben zollgleicher Wirkung in Abgrenzung zu anderen Regelungen des EG-Vertrages, Frankfurt u.a. 1999.
- Wüger, Daniel*: Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im Schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005.
- Wüger, Daniel*: Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: Jusletter v. 4.4.2005.
- Ziegler, Andreas*: Die Bedeutung der völker- und europarechtskonformen Auslegung für das öffentliche Wirtschaftsrecht in der Schweiz, in: Jusletter v. 20.3.2006.

F. Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
Bde.	Bände
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung
bzgl.	Bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EAV	Eidgenössische Alkoholverwaltung
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende
FHA	Freihandelsabkommen
FZA	Freizügigkeitsabkommen
Ggf.	gegebenenfalls
GR	Grundrechte
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.Erg.	im Ergebnis
i.S.d./i.S.v.	im Sinne des / im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ICJ Rep	International Court of Justice Report
IGH	Internationaler Gerichtshof
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MglW	Massnahmen gleicher Wirkung
Nr.	Nummer
REKO INUM	Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
s.o.	siehe oben
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
v.	von
Verb.	verbunden
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht
Ziff.	Ziffer