

Astrid Epiney / Beate Metz

# **Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit**

2010

Cahiers fribourgeois de droit européen no 12a  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 12a



Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg  
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

([http://www.unifr.ch/euroinstitut/n/de/Publikationen/cahiers\\_de.php](http://www.unifr.ch/euroinstitut/n/de/Publikationen/cahiers_de.php))

- 8 Astrid Epiney / Patrizia Zbinden  
Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG : Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG
- 9 Sarah Volknandt  
Der Vertrag von Lissabon : Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag – eine Gegenüberstellung ausgewählter Aspekte beider Verträge
- 10 Astrid Epiney / Tamara Civitella / Patrizia Zbinden  
Datenschutzrecht in der Schweiz : Eine Einführung in das Datenschutzgesetz des Bundes, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben
- 11 Bernhard Hofstötter  
Nuclear power plants and the rights of neighbouring States: A case study on the management of the dispute between the Republic of Austria and the Czech Republic concerning the nuclear power plant in Temelín
- 12a Astrid Epiney / Beate Metz  
Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit

Astrid Epiney / Beate Metz

**Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für  
Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz –  
EU und der Wirtschaftsfreiheit**

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

**Editeur / Herausgeber**

Institut de droit européen / Institut für Europarecht  
Avenue de Beauregard 11  
CH-1700 Fribourg

[euroinstitut@unifr.ch](mailto:euroinstitut@unifr.ch)

[www.unifr.ch/euroinstitut](http://www.unifr.ch/euroinstitut)

August 2010

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>B.</b>	<b>Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz - EU</b>	<b>5</b>
	I. Zur parallelen Auslegung völkerrechtlicher Verträge und unionsrechtlicher Bestimmungen – unter besonderer Berücksichtigung des Unionsrechts einerseits und des Freihandelsabkommens andererseits	6
	II. Zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen für Alkoholika mit Art. 13,20 FHA	14
	1. Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkohol mit Art. 34 ff. AEUV	14
	a) Schutzbereich	14
	b) Eingriff	15
	c) Rechtfertigung	17
	d) Ergebnis	20
	2. Schlussfolgerung: zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkohol mit Art. 13, 20 FHA	21
<b>C.</b>	<b>Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkoholika mit der Wirtschaftsfreiheit</b>	<b>23</b>
	I. Schutzbereich	23
	II. Eingriff	24
	III. Rechtfertigung	24
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>27</b>
	<b>Literatur</b>	<b>29</b>
	<b>Abkürzungen</b>	<b>32</b>

## A. Einleitung

Im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere der Jugend, vor den Folgen übermässigen Alkoholkonsums werden aus politischer Sicht verschiedene Massnahmen in Betracht gezogen, wobei die Palette von mehr oder weniger sichtbaren Präventionskampagnen über die Einschränkung des Verkaufs von Alkoholika in zeitlicher und / oder örtlicher Hinsicht und steuerlichen Massnahmen bis hin zu direkten Eingriffen in die Preisgestaltung von Alkoholika reicht. Regelmässig werfen solche Massnahmen rechtliche Fragen auf, die selbstredend in Abhängigkeit von den in Betracht gezogenen Massnahmen variieren.

Im vorliegenden Beitrag soll speziell der Frage nachgegangen werden, ob die gesetzliche Fixierung eines Mindestpreises für Alkoholika mit den Vorgaben des Freihandelsabkommens der Schweiz mit der EU<sup>1</sup> (B.) sowie der in der Bundesverfassung verankerten Wirtschaftsfreiheit (C.) in Einklang steht. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst (D.).

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, das die Verfasserinnen im Auftrag der Eidgenössischen Alkoholverwaltung erstellten, dies anlässlich der laufenden Arbeiten für eine Totalrevision des Alkoholgesetzes. Der den Verfasserinnen zur Begutachtung vorgelegte Text des Art. 44 des Entwurfs für ein Alkoholgesetz lautet wie folgt:

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

- a. bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 3 bis 7 Volumenprozenten 2 Franken pro Liter;
- b. bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 7 bis 18 Volumenprozenten 6 Franken pro Liter;
- c. bei Getränken mit einem Alkoholgehalt von über 18 Volumenprozenten 17 Franken pro Liter;
- d. bei alkoholischen Süssgetränken mit einem Alkoholgehalt von über 3 bis 15 Volumenprozenten 15 Franken pro Liter.

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

Die den Verfasserinnen zur Begutachtung vorgelegte Frage war wie folgt formuliert:

„Das Gutachten soll der Frage nachgehen, ob die Fixierung eines Mindestpreises für Alkoholika – in der Form, in der diese im derzeit diskutierten Entwurf für eine Revision der einschlägigen Gesetzgebung vorgesehen ist – mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU (SR 0.632.401), insbesondere mit Art. 13, 20 FHA, vereinbar ist. Ggf. sollen die Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit eines solchen Mindestpreises aufgezeigt werden. Weiter soll seiner Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit nachgegangen werden.“

Bei der Bearbeitung dieser Problemstellung – die aus rein wissenschaftlicher Sicht erfolgte, so dass es sich um ein unabhängiges Gutachten handelt – konnten die Verfasserinnen auf einige der 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 Verfasserinnen entgegen gebrachte Vertrauen und für die ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit.

---

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

## B. Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz - EU

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Vereinbarkeit eines (abgestuften<sup>2</sup>) Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU (FHA) sind insbesondere Art. 13 Abs. 1 FHA, der die Neueinführung mengenmässiger Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung verbietet, sowie Art. 20 FHA, der von diesem Verbot aus bestimmten Gründen Ausnahmen zulässt, so dass eine Rechtfertigung möglich ist, von Bedeutung.

Art. 13 FHA

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

Art. 20 FHA

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

Art. 13, 20 FHA sind Art. 34, 36 AEUV nachgebildet: Abgesehen von den durch die Aufnahme in ein Freihandelsabkommen mit einem Drittstaat notwendigen Modifikationen der Formulierungen<sup>3</sup> wurden die genannten Bestimmungen des AEUV wörtlich in das Freihandelsabkommen übernommen. In Anbetracht des Umstandes, dass zur Warenverkehrsfreiheit im AEUV bereits eine äusserst umfangreiche und differenzierte Rechtsprechung des EuGH besteht<sup>4</sup> – wobei zahlreiche entscheidende Weichenstellungen allerdings erst in Urteilen, die nach der Unterzeichnung und dem Inkrafttreten des Freihandelsabkommens ergangen sind, vorgenommen wurden – wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit sich die Auslegung der Art. 13, 20 FHA an der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 34, 36 AEUV zu orientieren hat bzw. welche Auslegungsgrundsätze bei der Auslegung des Freihandelsabkommens im Allgemeinen und der Art. 13, 20 FHA im Besonderen anzulegen sind (I.), bevor der Vereinbarkeit der Festsetzung eines Mindestpreises für Alkoholika mit Art. 13, 20 FHA nachgegangen werden kann (II.).

---

<sup>2</sup> Im Folgenden ist zunächst grundsätzlich der Frage nach der Vereinbarkeit der Festlegung eines Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen und (unter C.) mit der Wirtschaftsfreiheit nachzugehen; die Frage nach der Zulässigkeit differenzierter Preise je nach dem Alkoholgehalt der Produkte stellt sich ggf. erst im Anschluss an die Bejahung der grundsätzlichen Rechtmässigkeit eines Mindestpreises.

<sup>3</sup> Sowie der Bezugnahme, in Art. 13 FHA, auf „neue“ Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung (der in unserem Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung zukommt, da es sich jedenfalls um eine „neue“ Massnahme handelte) und der Besonderheit betreffend Gold und Silber in Art. 20 FHA.

<sup>4</sup> Vgl. ausführlich zur Rechtsprechung des EuGH zu Art. 34 AEUV etwa Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 28-30, Rn. 117 ff.; s. auch die Darstellungen bei Bieber/Epiney/Haag-Epiney, § 11, Rn. 34 ff.; Ehlers-Epiney, § 8, Rn. 8 ff.

## I. Zur parallelen Auslegung völkerrechtlicher Verträge und unionsrechtlicher Bestimmungen – unter besonderer Berücksichtigung des Unionsrechts einerseits und des Freihandelsabkommens andererseits<sup>5</sup>

Die Europäische Union schliesst schon seit Jahrzehnten völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten ab, die in Teilen unionsrechtliche Bestimmungen wörtlich oder sinngemäss übernehmen. Hierzu gehört das Freihandelsabkommen (FHA) der Schweiz mit der EU<sup>6</sup> (aber auch in neuerer Zeit das „bilaterale“ Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz sowie andere Abkommen der „Bilateralen I“ und der „Bilateralen II“<sup>7</sup>), das u.a. die Regeln über den freien Warenverkehr – darunter insbesondere das im Zusammenhang mit diesem Beitrag im Zentrum des Interesses stehende grundsätzliche Verbot mengenmässiger Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung, vorbehalten einer Rechtfertigung (Art. 13, 20 FHA) – „übernimmt“. Derartige Verträge sind aber selbstverständlich als völkerrechtliche Verträge nach den einschlägigen, in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)<sup>8</sup> festgelegten völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen.<sup>9</sup> 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“.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> 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.).

<sup>6</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, in Kraft getreten am 1. Januar 1973, SR 0.632.401.

<sup>7</sup> 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 (das grösstenteils mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsabkommens inzwischen in Kraft getreten ist) 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“, Zinsbesteuerung 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.

<sup>8</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

<sup>9</sup> Vgl. allgemein und sehr instruktiv zur Auslegung von durch die EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen *Klein*, in: *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 1 ff.

<sup>10</sup> *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.



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 Unionsrechts zurückgreift bzw. gar dem AEUV wörtlich entsprechende Artikel enthält, so u.a. die Bestimmungen über den freien Warenverkehr (Art. 13 FHA einerseits und Art. 34 AEUV andererseits sowie Art. 20 FHA einerseits und Art. 36 AEUV andererseits), aber auch über die Zölle (vgl. Art. 6, 7 FHA und Art. 30 AEUV) und das Verbot diskriminierender inländischer Abgaben (Art. 18 FHA und Art. 110 AEUV).

Aus diesem Rückgriff auf dem Unionsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind;<sup>11</sup> vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Unionsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Unionsrecht 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<sup>12</sup>, ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Unionsrechts zwingend aufgegeben wird. Massgeblich ist daher, ob sich aus den erwähnten Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ der dem Unionsrecht nachgebildeten Bestimmungen des Freihandelsabkommens ergibt, wie dies zu Recht etwa für das Personenfreizügigkeitsabkommen angenommen wird.<sup>13</sup> So könnte sich insbesondere aus dem Gebot, dass Verträge unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstands auszulegen sind, ergeben, dass gewisse im Unionsrechts anwendbare Auslegungsgrundsätze auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sind, soweit diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden unionsrechtlichen Garantien.

Im Urteil *Metalsa* formulierte der EuGH diese 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

---

<sup>11</sup> Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Unionsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Unionsrecht 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.

<sup>12</sup> Zur Auslegung im Unionsrecht m.w.N. nur Bieber/Epiney/Haag-Epiney, § 9, Rn. 11 ff.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

mit denjenigen des Vertrages [hier wird auf den AEUV Bezug genommen] erhebliche Bedeutung zu. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nämlich nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen.<sup>14</sup>

In einem neueren Urteil<sup>15</sup> 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 AEUV. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen 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* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Union 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 unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nicht in Betracht.<sup>16</sup> 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 AEUV und die dort figurierenden entsprechenden Bestimmungen verfolgt und ob auf dieser Grundlage in Anbetracht des Gegenstands der fraglichen Bestimmung eine „Übernahme“ des *acquis* beabsichtigt ist und sich damit (grundsätzlich) eine parallele Auslegung von Abkommen und Unionsrecht aufdrängt, wobei gegebenenfalls noch danach zu fragen ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf zukünftige Entwicklungen des *acquis* bezieht.<sup>17</sup>

Der EuGH verneinte diese Fragen in Bezug auf wortgleiche Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge mit solchen des AEUV verschiedentlich, so bezüglich einiger Bestimmungen der sog. Europa-Abkommen (mit den damaligen Kandidatenstaaten Mittel- und Osteuropas)<sup>18</sup> und (Anfang der 80er Jahre) des Freihandelsabkommens der EU mit Portugal (das parallel zum FHA mit der Schweiz ausgestaltet war).<sup>19</sup> 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 zu gewährleisten vermöge, seien doch die Zielsetzungen

---

<sup>14</sup> 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.).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 unionsrechtlichen 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.).

<sup>17</sup> Hierzu im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen die Nachweise in Fn. 7. S. ansonsten zur Frage der Regelung und Reichweite der Übernahme von Teilen des *acquis* in den Bilateralen Abkommen ausführlich Epiney/Meier/Mosters, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg, 77 (98 ff.).

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329.

beider Vertragswerke zu unterschiedlich.<sup>20</sup> 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 des Abkommens sowie des Gegenstandes der fraglichen Bestimmungen zum gegenteiligen Ergebnis.<sup>21</sup> Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH die Regeln der Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit der EU, die den freien Warenverkehr betreffen (nicht aber die abgabenrechtlichen Bestimmungen) parallel wie diejenigen im AEUV auslegt,<sup>22</sup> so dass der EuGH von einer Parallelität der Art. 13, 20 FHA mit den Art. 34 ff. AEUV ausgehen dürfte.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> Es betont dabei in ständiger Rechtsprechung, dass das Freihandelsabkommen als „reines Handelsabkommen“ anzusehen sei, das nicht wie der AEUV 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,<sup>25</sup> womit offenbar gemeint ist, dass die Rechtsprechung des EuGH und damit die Rechtslage in der Europäischen Union nicht (zwingend) für die Auslegung des Freihandelsabkommens entscheidend sei.<sup>26</sup> Dieser sehr restriktive Ansatz – der auch dazu führte, dass die Art. 13, 20 FHA teilweise inhaltlich abweichend von der Rechtslage auf der Grundlage der Art. 34 ff. AEUV ausgelegt wurden<sup>27</sup> – wurde in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch relativiert: So hält das Bundesgericht etwa in seinem Urteil *SOVAG*<sup>28</sup> fest, dass die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 AEUV in Bezug auf die

---

<sup>20</sup> EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 14 ff.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-207/91 (Eurim Pharm GmbH), Slg. 1993, I-3723; EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751.

<sup>23</sup> Zumindest soweit der Tatbestand des Art. 13 FHA betroffen ist.

<sup>24</sup> 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, 20 FHA eher bejaht. Zum Problembereich 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.).

<sup>25</sup> BGE 118 Ib 367 (PVC), E. 6b; BGE 105 II 49 (OMO), E. 3a; BGE 104 IV 175 (Adams), E. 2c.

<sup>26</sup> 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 AEUV. Vgl. ausführlich hierzu *Jacot-Guillarmod*, Le juge national face au droit européen, 230 ff.; *Sommer*, Beziehungen zwischen der Schweiz und der EG, 59 ff.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> BGE 131 II 271, E. 10.3.

Auslegung des inhaltsgleichen Art. 7 FHA durchaus „nicht unbeachtlich“ sei.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Im Urteil *Physiogel*<sup>31</sup> 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. 36 AEUV 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. 13, 20 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 klaren Schlüsse zu, wobei der Stand bzw. die Tendenzen der Rechtsprechung wie folgt zusammen gefasst werden können:

- Die klar für Freizügigkeitsabkommen einschlägige Rechtsprechung des EuGH, die einer Parallelität der Auslegung gleichlautender Bestimmungen (teilweise) eher zurückhaltend gegenüberstand, liegt bereits viele Jahre zurück,<sup>32</sup> 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 Unionsrecht – mit entsprechenden Folgen für die Auslegung – angestrebt werden soll.
- 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 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 Unionsrecht nachgebildete Bestimmungen enthalten, näher präzisierten Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention auf die hier zur Debatte stehende Frage an, so sprechen insgesamt die besseren Argumente für eine grundsätzliche Anlehnung der Auslegung der Art. 13, 20 FHA an die Rechtslage in der Union: Zwar finden sich im Freihandelsabkommen selbst – insoweit im Gegensatz etwa zum

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> BG 2A.593/2005, Urt. v. 6.9.2006.

<sup>32</sup> 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. 34 ff. AEUV weniger grosse Bedeutung beimass.

Personenfreizügigkeitsabkommen<sup>33</sup> – keine Anhaltspunkte dafür, dass dieses die Anwendung eines Teils des (bestehenden bzw. gar weiterentwickelten) *acquis* 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“ Wettbewerbsbedingungen 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 die Bestimmungen des AEUV und ihre „Integration“ in das Freihandelsabkommen deutet vor diesem Hintergrund darauf hin, dass zumindest die Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Freihandelsabkommen grundsätzlich parallel zur Rechtslage in der Union 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 Union 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 AEUV – 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 AEUV 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 AEUV 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 AEUV auszulegen sind.

Soweit der freie Warenverkehr betroffen ist, sprechen auch keine sich aus dem Gegenstand der Bestimmung oder dem in der EU vorgesehenen Kontrollverfahren ergebenden Gründe gegen eine solche Auslegung.<sup>34</sup>

Damit dürfte insgesamt davon auszugehen sein, dass Ziel und Zweck der Art. 13, 20 FHA mit denjenigen der Art. 34, 36 AEUV 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 Union grundsätzlich die Rechtsprechung des EuGH (auch diejenige nach der Unterzeichnung) heranzuziehen, kann doch nur auf diese Weise die Zielsetzung des Abkommens, den in der Union 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

---

<sup>33</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

<sup>34</sup> 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. 108 AEUV entsprechenden Durchsetzungssystem, was gegen eine Parallelität der Auslegung der Beihilfebestimmungen des Abkommens mit denjenigen des AEUV spreche. A.A. insoweit *Arioli*, Jusletter v. 7.5.2007, 4.

die Auslegung des Unionsrechts ausschlaggebend.<sup>35</sup> Die Rechtsprechung jedenfalls des Bundesgerichts dürfte sich einer solchen Auslegung nicht grundsätzlich verschliessen. So zog sie bei den Zollbestimmungen sowie den Bestimmungen über die Nichtdiskriminierung bei inländischen Abgaben gerade neuere Rechtsprechung des EuGH heran.<sup>36</sup> Daher sollte im Falle der Bejahung der Parallelität der Auslegung von Abkommensbestimmungen mit den entsprechenden Artikeln des AEUV 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.

Fraglich könnte noch sein, ob der Umstand, dass das im Abkommen enthaltene Verbot von Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung zumindest in der Schweiz offenbar schon deshalb nicht parallel wie in der Europäischen Union ausgelegt wird, weil nur eine „einseitige“ Einführung des sich in der EU aus Art. 34 AEUV ergebenden „*Cassis de Dijon*-Prinzips“ für notwendig gehalten wurde.<sup>37</sup> Denn u.E. stellt die „einseitige“ Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips lediglich eine Anpassung der innerstaatlichen Rechtsordnung an den Grundsatz, der tatsächlich in der Rechtsprechung des EuGH formuliert wird, dass jedes in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellte und zirkulierende Produkt grundsätzlich in allen anderen Mitgliedstaaten vermarktet werden darf (es sei denn, eine Rechtfertigung liege vor), dar. Daher beantwortet er nicht die Frage nach der Auslegung des Art. 13, 20 FHA.<sup>38</sup> Im Übrigen und nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass es die Grundsätze des freien Warenverkehrs auf der Grundlage der Art. 34 ff. AEUV gerade nicht erfordern, dass „automatisch“ alle in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig hergestellten und zirkulierenden Produkte auch im eigenen Staat vermarktet werden dürfen. Vielmehr ist jeweils im Einzelfall die Rechtfertigung zu prüfen, so dass grundsätzlich eben gerade die nationalen (Produkt-) Vorschriften anwendbar sind (die jedoch den Anforderungen der Art. 34 ff. AEUV entsprechend auszugestalten sind).

Parallele Erwägungen können in Bezug auf die Aussagen des Bundesgerichts, wonach das *Cassis de Dijon*-Prinzip in der Schweiz nicht „automatisch“ anzuwenden und die Schweiz bisher keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingegangen sei, welche die direkte Anwendung des *Cassis de Dijon*-Prinzips gebieten würden,<sup>39</sup> angestellt werden: Denn einmal ist unklar, was das Bundesgericht hier genau unter dem *Cassis de Dijon*-Prinzip versteht, wobei der Kontext (insbesondere die Bezugnahme auf die erwähnte innerstaatliche Revision) es nahe legt, dass damit eine Art „automatische“ Zulassung von im Ausland rechtmässig hergestellter und vermarkteter Produkte gemeint ist, was sich – wie erwähnt – aus dieser Rechtsprechung gerade nicht ableiten lässt. Dann aber kann diese Bezugnahme auf das *Cassis de Dijon*-Prinzip nicht als grundsätzliche Absage an eine gewisse Anlehnung der Auslegung der Art. 13, 20 FHA an die Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden.<sup>40</sup> Zum anderen ist die Feststellung, dass die Schweiz durch das Freihandelsabkommen nicht „direkt“ und „automatisch“ an gewisse Aspekte der Rechtsprechung des EuGH gebunden ist, vor dem Hintergrund des Grundsatzes der autonomen Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Vertragsparteien durchaus im Grundsatz zutreffend. Sie beantwortet jedoch nicht die Frage danach, ob nicht die massgeblichen Auslegungsgrundsätze der Wiener Vertragsrechtskonvention gerade eine Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH bzw. gewisse Aspekte derselben nahelegen.

---

<sup>35</sup> So i. Erg. auch *Cottier/Diebold*, SJER 2008/2009, 237 (258).

<sup>36</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 28 ff.

<sup>37</sup> Zu dieser Diskussion, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, *Siegwart/Felder*, SJER 2005/2006, 481 (499 ff.). S. die Revision des Bundesgesetzes über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse, vgl. die Botschaft vom 25.6.2008, BBl 2008 7275 ff. Mit der am 1. Juli 2010 in Kraft getretenen Revision des THG wurde das vom EuGH entwickelte *Cassis de Dijon*-Prinzip autonom in der Schweiz eingeführt. Vgl. Art. 16a Abs. 1 Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG), in Kraft seit 1. Juli 2010 (SR 946.51).

<sup>38</sup> Unklar insoweit (noch) *Epiney*, in: Steuerwettbewerb, 75 (84 f.).

<sup>39</sup> BG, 2A/593/2005, Urt. v. 6.9.2006, E. 6.

<sup>40</sup> A.A. *Seiler*, in: Aufsätze und Publikationen aus dem Bundesgericht, 3, der aus dieser Urteils Passage allgemein ableitet, dass die „Rechtsprechung *Cassis de Dijon*“ keine Anwendung im Rahmen des FHA findet, ohne dass er präzisiert, was genau mit der Rechtsprechung *Cassis de Dijon* gemeint ist.

Der hier vertretene Ansatz – zumindest für die Auslegung der den Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens<sup>41</sup> – 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,<sup>42</sup> wobei diese Berücksichtigung der späteren Übung und späterer Abkommen einen Aspekt der teleologischen Auslegung darstellen kann. Berücksichtigt man nun die Entwicklung der Beziehungen Schweiz – EU seit der 1972 erfolgten Unterzeichnung des Freihandelsabkommens, so ist insbesondere seit Ende der 90er Jahre (Unterzeichnung der „Bilateralen I“ am 21.6.1999 und der „Bilateralen II im Oktober 2004“)<sup>43</sup> nicht nur eine Intensivierung der Beziehungen Schweiz – EU und eine Ausweitung ihres materiellen Anwendungsbereichs, sondern auch eine verstärkte Anlehnung der neuen Abkommen an den unionsrechtlichen Besitzstand zu beobachten, die sich nunmehr nicht mehr nur in der wörtlichen Übernahme unionsrechtlicher Bestimmungen, sondern auch in einer ausdrücklichen Bezugnahme in den (Ziel-) Bestimmungen zahlreicher Bilateralen Abkommen auf den für massgeblich erklärten unionsrechtlichen Besitzstand, mitunter auch unter ausdrücklichem Einbezug der Rechtsprechung (bis zum Datum der Unterzeichnung), äussert.<sup>44</sup> 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* 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 Union auszugehen.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> 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 AEUV m.w.N. *Cottier/Matteotti*, SJER 2006/2007, 221 (227 ff.); eher gegen eine parallele Auslegung der beihilferechtlichen Bestimmungen in FHA und AEUV *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).

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

<sup>44</sup> Vgl. zu den verschiedenen „Techniken“ der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands in den Bilateralen Abkommen *Epiney/Meier/Mosters*, in: *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg*, 77 (98 ff.).

<sup>45</sup> 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 Unionsrecht (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. 34 AEUV 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 AEUV schon *Duric*, Freihandelsabkommen, 89 ff.

Der Klarheit halber sei darauf hingewiesen, dass die nach der hier vertretenen Ansicht parallele Auslegung der Art. 13, 20 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 Unionsrecht, sondern um die Anwendung völkerrechtlicher Auslegungsmethoden, die ihrerseits die Heranziehung unionsrechtlicher Grundsätze nahe legen, handelt.<sup>46</sup>

## **II. Zur Vereinbarkeit von Mindestpreisen für Alkoholika mit Art. 13,20 FHA**

Da somit die besseren Gründe für eine grundsätzlich Parallelität der Auslegung von Art. 13, 20 FHA und Art. 34 ff. AEUV sprechen, soll im Folgenden im Zusammenhang mit der Frage nach der Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkohol mit Art. 13, 20 FHA zunächst von der Rechtslage in der Union ausgegangen werden (1.), bevor Schlussfolgerungen für die Vereinbarkeit der geplanten Massnahme mit dem Freihandelsabkommen gezogen werden (2.).

### **1. Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkohol mit Art. 34 ff. AEUV**

Art. 34 AEUV verbietet mengenmässige Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung. Bei der Frage nach der Vereinbarkeit einer bestimmten Massnahme mit den dieser Bestimmung zu entnehmenden Vorgaben ist zwischen der Eröffnung des Schutzbereichs (a), der Beeinträchtigung der in der Vorschrift gewährleisteten Rechte bzw. dem Eingriff (b) sowie der Rechtfertigung (c) zu unterscheiden, bevor die aufgeworfene Frage abschliessend beantwortet werden kann (d).

#### **a) Schutzbereich**

Der sachliche Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit wäre bei einer staatlichen Massnahme wie der Festsetzung eines Mindestpreises für Alkoholika eröffnet: Alkoholische Getränke sind als Waren im Sinne des Art. 28 Abs. 2 AEUV anzusehen, da sie Erzeugnisse sind, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.<sup>47</sup> Vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts<sup>48</sup> ist auszugehen, da die Festsetzung eines Mindestpreises für Alkoholika auch eingeführte Alkoholika betreffe.

Im Übrigen sei nur am Rande darauf hingewiesen, dass im Bereich des Warenverkehrs mit Alkoholika keine Harmonisierung durch Sekundärrecht besteht. Andere Grundfreiheiten als die Warenverkehrsfreiheit sind nicht einschlägig. Es handelt sich auch nicht um Zölle und Abgaben gleicher Wirkung, Art. 28 ff., 30 ff. AEUV.

---

<sup>46</sup> S. in diesem Zusammenhang auch *Cottier/Diebold*, Jusletter v. 2.2.2009, Rn. 37, die darauf hinweisen, dass keine „formelle Bindung“ (an die unionsrechtliche 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 unionsrechtliche Grundsätze mit der Folge der Massgeblichkeit der Auslegung der entsprechenden Bestimmungen im Unionsrecht 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 Unionsrecht und – im Falle des Freihandelsabkommens – auch nicht ausdrücklich aus diesem ergibt.

<sup>47</sup> Zum Warenbegriff etwa *Calliess/Ruffert-Kingreen*, Art. 28-30 EGV, Rn. 120; *Ehlers-Epiney*, § 8, Rn. 8 ff.

<sup>48</sup> Zu dessen Notwendigkeit nach der Rechtsprechung des EuGH nur *Ehlers-Epiney*, § 8, Rn. 14.



Ebenso wenig sind sonstige Sonderregelungen oder Bereichsausnahmen, die für die hier zur Debatte stehende Regelung einschlägig sein könnten,<sup>49</sup> ersichtlich.

### **b) Eingriff**

Nach Art. 34 AEUV sind einerseits mengenmässige Einfuhrbeschränkungen, andererseits Massnahmen gleicher Wirkung verboten.

Unter mengenmässigen Beschränkungen sind alle Massnahmen zu verstehen, die die Einfuhr einer Ware der Menge oder dem Wert nach beschränken oder ganz untersagen.<sup>50</sup> Diese Voraussetzungen sind bei der Festlegung eines Mindestpreises für Alkoholika nicht gegeben, da diese keine Beschränkung der Einfuhr als solche impliziert, sondern lediglich vorgeschrieben wird, zu welchen Preisen die Alkoholika (mindestens) zu vermarkten sind.

Allerdings könnte eine Massnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung vorliegen. Hierunter ist nach ständiger Rechtsprechung jede Massnahme zu verstehen, die geeignet ist, den Handel in der EU unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern (sog. *Dassonville*-Formel).<sup>51</sup> Da die Festsetzung eines Mindestpreises für Alkoholika jedenfalls für Alkoholika des unteren Preissegments zu einer Verteuerung der betroffenen Waren führt (und auch führen soll), ist zu erwarten, dass weniger „billigere“ Alkoholika abgesetzt werden können und damit der Umsatz dieser Waren zurückgeht. Zumindest erscheint die Festlegung eines Mindestpreises potentiell geeignet, eine solche Wirkung zu entfalten (was nach der zitierten *Dassonville*-Formel ausreicht), so dass der Handel (auch) mit den betroffenen eingeführten Waren entsprechend zurückgehen dürfte, womit eine zumindest mittelbare Behinderung zu bejahen ist. Die Voraussetzungen der *Dassonville*-Formel liegen somit vor.

Allerdings könnte die Einschlägigkeit des Tatbestandes des Art. 34 AEUV deshalb ausgeschlossen sein, weil die Festlegung eines Mindestpreises für Alkoholika eine bestimmte Verkaufsmodalität im Sinne der sog. *Keck*-Rechtsprechung darstellen könnte. Diese Rechtsprechung schränkt den ausgesprochen weiten Anwendungsbereich der *Dassonville*-Formel insoweit ein, als bestimmte Verkaufsmodalitäten dann nicht geeignet sind,

„den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (...) zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“<sup>52</sup>

Damit unterscheidet der Gerichtshof zunächst zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen: Während erstere, die Vorschriften über die Ware selbst enthalten, weiterhin grundsätzlich als Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit anzusehen sind, fallen letztere (die Verkaufsmodalitäten) nur noch dann in den Schutzbereich des Art. 34 AEUV, wenn sie den Absatz ausländischer Erzeugnisse im Vergleich zu inländischen Erzeugnissen erschweren.<sup>53</sup> Da sich ein Mindestpreis als Massnahme der Preisgestaltung nicht auf das Produkt selbst bezieht, sondern die Frage betrifft, unter welchen Voraussetzungen bzw. eben

<sup>49</sup> Vgl. hierzu Ehlers-*Epiney*, § 8, Rn. 13; Bieber/*Epiney*/Haag-*Epiney*, § 11, Rn. 9.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. 2/73 (*Geddo*), Slg. 1973, 865, Rn. 7; EuGH, Rs. 124/85 (Kommission/*Griechenland*), Slg. 1986, 3935, Rn. 3 ff.

<sup>51</sup> EuGH, Rs 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 873.

<sup>52</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (*Keck* und *Mithouard*), Slg. 1993, I-6097, Rn. 16.

<sup>53</sup> Vgl. etwa *Callies/Ruffert-Kingreen*, Art. 28-30 EGV, Rn. 49; vgl. auch die Kritik am Ansatz des EuGH bei Ehlers-*Epiney*, § 8 Rn. 44 ff.; Bieber/*Epiney*/Haag-*Epiney*, § 11, Rn. 47 f., wo dafür plädiert wird, dass Art. 34 AEUV immer dann einschlägig sein soll, wenn sich die inkriminierte Massnahme auf eine abgrenzbare Gruppe von Produkten bezieht, eine Voraussetzung, die bei Mindestpreisen für Alkoholika zu bejahen wäre.

unter welchem Preis das betreffende Produkt verkauft werden darf, geht es hier zweifellos um vertriebsbezogene Massnahmen.<sup>54</sup>

Damit ist für die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV im Falle von Mindestpreisen für Alkohol entscheidend, ob diese den Absatz aus- und inländischer Produkte in gleicher Weise berühren, also nicht (auch nicht faktisch) diskriminierend ausgestaltet sind. Ob und inwieweit diese Frage zu bejahen bzw. zu verneinen ist, ergibt sich aus einer reichhaltigen Rechtsprechung des EuGH. Zwar ist diese zum Teil vor der Entwicklung der *Keck*-Rechtsprechung anzusiedeln; allerdings erachtete der Gerichtshof Preisregelungen auch auf der Grundlage der alleinigen Massgeblichkeit der *Dassonville*-Formel nur dann als Massnahme gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen, wenn sie so festgesetzt waren, dass eingeführten Erzeugnissen gegenüber gleichartigen inländischen Erzeugnissen einen Nachteil erlitten,<sup>55</sup> so dass es auch hier auf die (direkt oder indirekt) diskriminierende Wirkung der betreffenden Preisregelung ankam. Insofern begründet der EuGH seit dem *Keck*-Urteil seine Aussagen zur Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV auf Preisregelungen im Ansatz anders;<sup>56</sup> im Ergebnis ist in jedem Fall die Frage nach der diskriminierenden Wirkung entscheidend,<sup>57</sup> so dass auch die Rechtsprechung vor dem *Keck*-Urteil für die hier zu entscheidende Frage der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV für Mindestpreise für Alkohol herangezogen werden kann. Der Gerichtshof bejahte in Bezug auf Mindestpreisregelungen eine diskriminierende Wirkung gegenüber eingeführten Erzeugnissen immer dann, wenn diese zu den festgesetzten Bedingungen nicht gewinnbringend abgesetzt werden können oder wenn sich der Wettbewerbsvorteil eingeführter Erzeugnisse aufgrund ihrer niedrigeren Gestehungskosten relativiert. Daher muss sich ein niedrigerer Gestehungspreis<sup>58</sup> eingeführter Produkte grundsätzlich im Preis niederschlagen können, so dass letztlich die Kriterien für die Festsetzung der Mindestpreise die Übernahmepreise aller Marktteilnehmer unabhängig vom Ursprung der Ware berücksichtigen müssen.

Im Einzelnen formulierte der EuGH die für die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV bei Preisregelungen massgeblichen Kriterien wie folgt:

„So kann sich eine Behinderung der Einfuhr insbesondere daraus ergeben, dass eine innerstaatliche Stelle Preise oder Gewinnspannen so festsetzt, dass dadurch die eingeführten Erzeugnisse gegenüber gleichartigen inländischen Erzeugnissen benachteiligt werden, sei es, weil sie zu den festgesetzten Bedingungen nicht gewinnbringend abgesetzt werden können, sei es, weil der sich aus dem niedrigeren Gestehungspreis ergebende Wettbewerbsvorteil neutralisiert wird.“<sup>59</sup>

Was die Festsetzung des Mindestpreises anging, fügte der EuGH zur Abgrenzung von der zulässigen Festsetzung einer Gewinnspanne folgende klarstellende Aussage an:

„Anders liegt es dagegen bei dem auf einen bestimmten Betrag festgesetzten Mindestpreis, der, obwohl er für inländische wie für eingeführte Erzeugnisse gleichermassen gilt, den Absatz der letzten insoweit zu benachteiligen geeignet ist, als er verhindert, dass ihr niedrigerer Gestehungspreis sich im Preis für den Verkauf an den Verbraucher niederschlägt.“<sup>60</sup>

Später konkretisierte der EuGH diese Rechtsprechung noch, indem er sich zur unzulässigen Berechnungsmethode des Mindestpreises äusserte:

<sup>54</sup> Bemerkenswert ist im Übrigen, dass auch das *Keck*-Urteil selbst eine Massnahme der Preisgestaltung (Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis) zum Gegenstand hatte, so dass davon auszugehen ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Regelung der Preisgestaltung eine vertriebsbezogene Massnahme darstellt.

<sup>55</sup> Vgl. m.w.N. Grabitz/Hilf/Nettesheim-Leible, Art. 28 EGV, Rn. 39; Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 28-30 EGV, Rn. 156, sowie die sogleich im Text angeführte Rechtsprechung.

<sup>56</sup> Vgl. etwa die Formulierung in EuGH, Rs. C-63/94 (Belgapom/ITM), Slg. 1995, I-2467, Rn. 12.

<sup>57</sup> So auch Grabitz/Hilf/Nettesheim-Leible, Art. 28 EGV, Rn. 39; Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 28-30 EGV, Rn. 156.

<sup>58</sup> Der Begriff Gestehungspreis ist im Prinzip gleichzusetzen mit dem Anschaffungs-, Fertigungs- oder / und Herstellungspreis.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. 82/77 (Staatsanwaltschaft Niederlande/van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rn. 13.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. 82/77 (Staatsanwaltschaft Niederlande/van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rn. 16-20.

„Um jede nachteilige Auswirkung auf den Absatz eingeführter Erzeugnisse auf dem Markt auszuschliessen, müssen diese Kriterien jedoch die Übernahmepreise aller Marktteilnehmer unabhängig vom Ursprung der Ware angemessen berücksichtigen.“<sup>61</sup>

Verallgemeinert man diese Aussagen und Kriterien des EuGH, so haben sich Mindestpreise an den Gestehungskosten sowohl der einheimischen als auch ausländischen Hersteller zu orientieren, um keinen Wettbewerbsnachteil für Importeure zu begründen.<sup>62</sup>

Daher sah der EuGH eine staatliche Massnahme, die Verkäufe verbieten, die nur eine äusserst niedrige Gewinnspanne mit sich bringen, als mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar an, da die Festsetzung der Gewinnspanne gestehungsabhängig erfolge.<sup>63</sup>

Die Berechnung des Mindestpreises in der hier zur Debatte stehenden in Erwägung gezogenen gesetzlichen Regelung orientiert sich aber nicht an den Gestehungskosten; vielmehr wird der Mindestpreis in Abhängigkeit vom Alkoholgehalt der betroffenen Getränke festgesetzt. Damit ist davon auszugehen, dass die Gestehungspreise der importierten Alkoholika der unteren Preisklasse nicht berücksichtigt werden und sich ihr niedrigerer Gestehungspreis nicht oder nur unzureichend im Verkaufspreis niederschlagen kann. Im Übrigen dürfte sich die Festlegung des Mindestpreises eher an teureren Alkoholika ausrichten, weil diese als nicht oder weniger gefährlich für bestimmte Teile der Bevölkerung eingestuft werden. Da es sich bei den teureren Produkten aber grösstenteils um Schweizer und bei den billigen vorrangig um importierte Produkte handeln dürfte, werden faktisch durch die Regelung überwiegend ausländische Hersteller bzw. Importeure ausländischer Produkte benachteiligt.<sup>64</sup> Dies lässt sich nicht damit widerlegen, dass die Einfuhrpreise frei seien und Mindestpreise den Einzelhändlern eine grössere Gewinnspanne gewährten. Denn der Warenpreis stellt ein wesentliches Wettbewerbselement dar, so dass Mindestpreise jedenfalls nachteilige Auswirkungen auf den Absatz eingeführter Billigerzeugnisse entfalten. Diese Auswirkungen sind im Übrigen beabsichtigt, um Billigangebote auf diesem Wege vom Schweizer Markt zu verdrängen. Art. 34 AEUV ist damit tatbestandlich einschlägig.

### **c) Rechtfertigung**

Im Falle der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV ist die betreffende Massnahme zwar grundsätzlich verboten. Allerdings eröffnet Art. 36 AEUV<sup>65</sup> den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, zum Schutz bestimmter Rechtsgüter unter den Tatbestand des Art. 34 AEUV fallende Massnahmen aufrechtzuerhalten bzw. zu ergreifen, die aber den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entsprechen müssen.

Im Zusammenhang mit der Fixierung eines Mindestpreises für Alkohol, die die Möglichkeiten der Preisgestaltung beim Verkauf von Alkoholika einschränkt und damit gezielt gegen Billigangebote vorgeht, soll der problematische Alkoholkonsum bei Jugendlichen und Alkoholabhängigen bekämpft werden.

---

<sup>61</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Leclerc), Slg. 1985, 305, Rn. 26.

<sup>62</sup> Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 28-30 EGV, Rn. 156.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-63/94 (Belgapom/ITM), Slg. 1995, I-2467, Rn. 13 ff.

<sup>64</sup> Tatsächlich geht auch der Entwurf zur Botschaft davon aus, dass von der Regelung überwiegend ausländische Alkoholika betroffen sind, da gerade diese aufgrund der äusserst tiefen Produktionskosten deutlich preiswerter seien als einheimische Schweizer Produkte. S. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 20 f.

<sup>65</sup> Auf die im Urteil *Cassis de Dijon* (EuGH, Rs. 120/78, Rewe, Slg. 1979, 649, Rn. 8, 14) entwickelten sog. zwingenden Erfordernisse, die ebenfalls im Ergebnis Eingriffe in Art. 34 AEUV rechtfertigen können, braucht vorliegend nicht eingegangen werden, da bei der Festsetzung von Mindestpreisen als zulässiger Rechtfertigungsgrund von vornherein nur der bereits in Art. 36 AEUV verankerte Gesundheitsschutz in Betracht kommt.

Diese Massnahme ist nach Angaben einer interdepartementalen Arbeitsgruppe, die mögliche Handlungsvarianten im Auftrag des Bundesrates untersuchte, auch und gerade vor dem Hintergrund zu sehen, dass insbesondere der Konsum von Spirituosen und Bier bei gefährdeten Teilen der Bevölkerung problematische Auswirkungen nach sich ziehe.<sup>66</sup> Betroffen seien durch ein problematisches Trinkverhalten nicht nur die Konsumierenden selber. Auch jener Teil der Bevölkerung, der den Alkoholkonsum „im Griff“ habe, gehöre dazu, sei es als Angehörige, Bekannte oder Mitarbeitende von alkoholgefährdeten Personen, sei es als Steuer- und Prämienzahlende, als Gefährdete oder gar als Opfer alkoholbedingter Unfälle oder Gewaltakte.<sup>67</sup>

Demnach soll die Massnahme dem Gesundheitsschutz dienen und verfolgt ein in Art. 36 AEUV genanntes Ziel.<sup>68</sup>

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, das massgebliche Niveau des Gesundheitsschutzes zu bestimmen.<sup>69</sup> Der Grad der Substantiierungspflicht wird, als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, insbesondere von der Intensität der im Einzelfall drohenden Gefahr und der Eintrittswahrscheinlichkeit abhängen. Dabei ist nicht erforderlich, dass bereits ein Schaden eingetreten ist, weil vielfach gerade präventive Massnahmen zum Gesundheitsschutz beitragen.<sup>70</sup> Die Beweislast für eine rechtfertigende Massnahme obliegt den Mitgliedstaaten.<sup>71</sup>

Eine Mindestpreisregelung ist als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit jedoch nur dann zum Schutz der Gesundheit gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist, mithin den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes entspricht.<sup>72</sup>

Wie bereits erwähnt, soll durch die Einführung eines Mindestpreises als gezielte Massnahme gegen Billigangebote der problematische Alkoholkonsum, insbesondere bei Jugendlichen und Alkoholabhängigen, eingeschränkt werden. Als problematisch wird der Konsum von Alkohol dann eingestuft, wenn „die eigene Gesundheit oder diejenige von anderen Personen erheblich gefährdet wird und entsprechende Schäden in Kauf genommen oder verursacht werden“.<sup>73</sup> Bei der Einführung eines Mindestpreises für Alkoholika legt der Staat den tiefsten Preis fest, zu dem Spirituosen bzw. alkoholische Getränke verkauft werden dürfen. Die Einführung von Mindestpreisen würde sich gezielt gegen Billigangebote richten und diese vom Markt verdrängen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Massnahme wie der hier zur Debatte stehende Mindestpreis geeignet ist, um den problematischen Konsum von Alkoholika, insbesondere von Spirituosen und Bier, einzudämmen und damit gefährdete Teile der Bevölkerung zu schützen. Denn insbesondere bei Jugendlichen, aber auch bei zahlreichen Alkoholabhängigen, spielt die Erschwinglichkeit von Spirituosen und sonstigem Alkohol – die übrigens in den letzten Jahren und Jahrzehnten, insbesondere für Jugendliche, deutlich gestiegen ist<sup>74</sup> – eine zentrale Rolle, so dass davon auszugehen ist, dass bei höheren Preisen der Konsum der Produkte des unteren Preissegments sinken wird. Zwar würde ein solcher Mindestpreis das

---

<sup>66</sup> Entwurf zur Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 41.

<sup>67</sup> Vgl. Bundesamt für Gesundheit (2008): Nationales Programm Alkohol 2008-2012, 17.

<sup>68</sup> Siehe Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38.

<sup>69</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. 178/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1987, 1227, Rn. 41 (Reinheitsgebot für Bier); EuGH, Rs. C-434/04 (Ahokainen und Leppik), Slg. 2006, I-9171.

<sup>70</sup> Calliess/Ruffert-Kingreen, Art. 30, Rn. 199, m.w.N. Ausführlich zum Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten auch Ehlers-Epiney, § 8, Rn. 92 ff.

<sup>71</sup> EuGH Rs. C-14/02 (ATRAL), Slg. 2003, I-4431, Rn. 64.

<sup>72</sup> EuGH, Rs. C-14/02 (ATRAL), Slg. 2003, I-4431, Rn. 64; EuGH, verb. Rs. C-388/00 und C-390/99 (Canal Satélite Digital), Slg. 2002, I-607, Rn. 33; EuGH, Rs. C-405/98 (Konsumentombutsmann/Gourmet International Products, Slg. 2001, I-1795, Rn. 28.

<sup>73</sup> Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38; vgl. Bundesamt für Gesundheit (2008): Nationales Programm Alkohol 2008-2012, 17.

<sup>74</sup> Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38.

Problem übermäßigen Alkoholkonsums nicht allein lösen; allerdings ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass er hierzu einen Beitrag leisten könnte, was für die Bejahung der Geeignetheit einer Massnahme ausreicht.<sup>75</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Festlegung eines Mindestpreises auch als erforderlich angesehen werden kann, mithin im Hinblick auf die Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs als das mildeste Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels bzw. der Wirkung angesehen werden kann. Die Festsetzung von Mindestpreisen für Alkoholika soll – wie bereits angemerkt – durch die Verteuerung der Alkoholika des unteren Preissegments die Verfügbarkeit von „billigem“ Alkohol reduzieren bzw. verhindern und so durch den damit erwarteten Rückgang des Alkoholkonsums einen Beitrag zum Gesundheitsschutz leisten. M.a.W. geht es darum zu vermeiden, dass Alkoholika unter einem bestimmten Preis eingekauft werden können. Eine solche Massnahme stellt auch und gerade deshalb einen schweren Eingriff in den Binnenmarkt dar, weil die verschiedenen Produkte – je nach Preissegment – unterschiedlich betroffen sind: Während sich eine solche Massnahme sehr stark auf Alkoholika des tiefen Preissegments auswirkt, deren Preise ggf. beträchtlich anzuheben sind, zeitigt sie für solche des oberen Preissegments keine oder wesentlich geringere Auswirkungen, da deren Preise sowieso schon über dem Mindestpreis liegen werden. Damit wird aber der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Produkten – der selbstredend auch über den Preis erfolgt – empfindlich eingeschränkt. Deutlich wird damit, dass die geplante Einführung eines Mindestpreises nicht als erforderlich zur Erreichung des angestrebten Ziels des Gesundheitsschutzes bzw. zur Verhinderung der Verfügbarkeit zu billiger Alkoholika angesehen werden kann, weil eine Preiserhöhung bei Billigalkoholika gleichermassen durch eine Anhebung der Steuern auf Alkoholika insgesamt sichergestellt werden kann. Steuern wären vom Preis unabhängig und würden gewährleisten, dass sowohl Alkoholika des unteren als auch des oberen Preissegments proportional vergleichbar besteuert würden, so dass die Auswirkungen auf die verschiedenen Produkte vergleichbar wären, würden doch alle belastet. Auf diese Weise wäre der geschützte Preiswettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht beeinträchtigt. Eine allgemeine Steuererhöhung auf Alkoholika würde also den Gesundheitsschutz gleichermassen, aber im Hinblick auf die damit verbundene Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs, auf mildere Weise, fördern.

Gegen diesen Ansatz kann nicht eingewandt werden, es handle sich schon deshalb um einen möglichst geringfügigen Markteingriff, weil der verantwortungsvolle Konsum von Alkohol nicht unnötig verteuert und nicht übermäßig in die persönliche Freiheit der Konsumenten eingegriffen werden sollte. So führe die Erhöhung der Spirituosensteuer (oder auch eine generelle Steuererhöhung auf alkoholische Getränke) insgesamt zu einer erhöhten Belastung mit Abgaben und verstosse gegen das Ziel, den verantwortungsvollen Konsum nicht zu verteuern.<sup>76</sup> Denn die Erforderlichkeit ist im Hinblick auf den Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit zu prüfen, und für diesen Aspekt spielen die angeführten Gesichtspunkte keine Rolle.

Die hier vertretene Verneinung der Erforderlichkeit der vorgesehenen Massnahme wird durch die Rechtsprechung des EuGH in sehr klarer und deutlicher Weise bestätigt: Der Gerichtshof hat bei Preisregelungen, die die Festsetzung des Kleinverkaufspreises für Tabakwaren durch die staatlichen Behörden in Frankreich und in Griechenland betrafen, einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit festgestellt:

„Insoweit ist festzustellen, dass Artikel 36 EG-Vertrag [Art. 36 AEUV] den Mitgliedstaaten die Anwendung nationaler Vorschriften erlaubt, die zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen den

---

<sup>75</sup> Vgl. m.w.N. Ehlers-*Epiney*, § 8, Rn. 97.

<sup>76</sup> Vgl. die Argumentation im Entwurf zur Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38 ff. Die Abklärungen, wie stark Mindestpreise in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, sollen im Rahmen der Regulierungsabschätzungen, die das SECO im Zusammenhang mit der EAV vornimmt, erfolgen. Laut Botschaft sollen dazu erste Ergebnisse Ende September 2009 vorliegen, 41, Fn. 58.

innergemeinschaftlichen Handel einschränken. Die nach Artikel 36 EG-Vertrag [Art. 36 AEUV] getroffenen Massnahmen können indessen nur gerechtfertigt sein, wenn sie für die Erreichung des in diesem Artikel genannten Zieles notwendig sind und dieses Ziel nicht mit Massnahmen erreichbar ist, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken.

[...]

Im vorliegenden Fall kann das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit jedoch in angemessener Weise durch eine erhöhte Besteuerung der Tabakwaren verfolgt werden, die den Grundsatz der freien Preisfestsetzung unangetastet liesse.<sup>77</sup>

Das Problem der Mindestpreise stellt sich weiterhin. Unlängst hat die Kommission angekündigt, Klage gegen Österreich<sup>78</sup> und Irland<sup>79</sup> wegen der Festsetzung von Mindestpreisen für den Kleinverkauf von Tabakwaren einzureichen. In einer Stellungnahme erklärt die Kommission hierzu Folgendes:

„Die Kommission unterstützt in vollem Umfang Massnahmen in den Mitgliedstaaten, die auf eine Beschränkung des Tabakkonsums zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes abzielen. Hierzu empfiehlt sie u.a. höhere Verbrauchsteuern und die Einführung einer Mindeststeuer. Diese Massnahmen haben die gleichen Auswirkungen auf die Preise wie die Festsetzung von Mindestpreisen; zugleich aber wird eine ausschliesslich im Interesse der Hersteller liegende Einschränkung des Preiswettbewerbs durch Sicherung der Gewinnspannen vermieden.“<sup>80</sup>

Diese Rechtsprechung des EuGH ist auch für die hier im Zentrum des Interesses stehende Festlegung von Mindestpreisen für Alkoholika in jeder Beziehung einschlägig, da die getroffene strittige Massnahme – staatliche Mindestpreisregelungen zum Gesundheitsschutz gegen Tabakmissbrauch – mit der Festlegung staatlicher Mindestpreise zum Gesundheitsschutz gegen Alkoholmissbrauch vergleichbar ist.

Der Vollständigkeit halber sei schliesslich noch darauf hingewiesen, dass wirtschaftliche Interessen einen Eingriff in Art. 34 AEUV (oder auch eine andere Grundfreiheit) nicht zu rechtfertigen vermögen.<sup>81</sup> Unter wirtschaftlichen Gründen sind solche Gründe zu verstehen, die letztlich auf die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer, insbesondere protektionistischer, Anliegen abzielen. Insofern sind die im Entwurf zur Botschaft zu findenden Hinweise darauf, dass die Totalrevision des neuen Alkoholgesetzes auch heutigen ökonomischen Gegebenheiten, die das bisherige Gesetz nicht mehr ausreichend berücksichtigen könne, Rechnung tragen solle, im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang. Dies gilt insbesondere für die Erwägung, dass aus Ländern mit äusserst tiefen Produktionskosten vermehrt billigste Angebote an Spirituosen auf den Schweizer Markt gelängen und die bisherige Vorgabe des Alkoholgesetzes, wonach Spirituosen zu kostendeckenden Preisen angeboten werden müssten, ihre Wirkung verlöre. Auch stehe die einheimische Spirituosenbranche unter existentiellstem Druck, da viele der im Inland konsumierten Spirituosen importiert würden.<sup>82</sup> Soweit damit gemeint ist, die Massnahme der Mindestpreise sei auch deshalb gewählt worden, weil sie – gerade im Vergleich mit einer allgemeinen Steuererhöhung für alkoholische Getränke – der einheimischen Wirtschaft zugute komme, ginge es um unzulässige protektionistische Ziele, die unvereinbar mit der Gewährung des freien Handels sind und einen Eingriff in Art. 34 AEUV nicht zu rechtfertigen vermögen.

#### **d) Ergebnis**

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass ein Verbot, unter einem Mindestpreis Alkoholika zu verkaufen, geeignet ist, das Absatzvolumen von Erzeugnissen aus Mitgliedstaaten der EU insoweit einzuschränken, als es den Wirtschaftsteilnehmern eine Methode der Absatzförderung nimmt. Eine solche Regelung kann zudem auch auf der Grundlage der *Keck*-Rechtsprechung – wobei sich die Rechtslage vor der *Keck*-Rechtsprechung auf der Grundlage

---

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-216/98 (Kommission/Griechenland), Slg. 2000, I-08921, Rn-28-31; s. auch EuGH, Rs. 90/82 (Kommission/Französische Republik), Slg. 1983, 2011, Rn. 29.

<sup>78</sup> Az. 2006/2288.

<sup>79</sup> Az. 2006/2083.

<sup>80</sup> Pressemitteilung IP/08/148, abrufbar unter <<http://europa.eu/rapid/>>, zuletzt besucht am 10.10.2009.

<sup>81</sup> Ständige Rechtsprechung. Vgl. etwa EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563, Rn. 36; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Slg. 1997, I-3091, Rn. 22 f.

<sup>82</sup> Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 21, 22.

der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH ebenso darstellte – als Massnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV qualifiziert werden, da sich der Mindestpreis nicht allgemein an den Gesteungskosten der verschiedenen Alkoholika orientiert. Im Übrigen spricht Vieles dafür, dass die Massnahme in Bezug auf die Situation in der Schweiz materiell diskriminierend ist, da Alkoholika in niedrigen Preissegmenten vorwiegend importiert werden und insbesondere einheimische Alkoholika ganz überwiegend höheren Preissegmenten angehören.

Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes kommt grundsätzlich in Betracht, scheitert aber an der Verhältnismässigkeit der Massnahme, da mildere Massnahmen – im Verhältnis zu der mit der Festlegung eines Mindestpreises einhergehenden Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs – zur Verfügung stehen, wobei insbesondere eine allgemeine Erhöhung der Verbrauchssteuern auf alkoholische Getränke in Betracht kommt.

## ***2. Schlussfolgerung: zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkohol mit Art. 13, 20 FHA***

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht<sup>83</sup> davon aus, dass zumindest die den freien Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens und damit Art. 13, 20 FHA parallel zu den Art. 34 ff. AEUV auszulegen sind, so ist auf eine Unvereinbarkeit der vorgesehenen Mindestpreise für Alkoholika mit Art. 13, 20 FHA zu schliessen. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich die hierfür ausschlaggebenden Gründe<sup>84</sup> 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 der Art. 13, 20 FHA heranzuziehen sein sollen.

Ohne dass es im vorliegenden Rahmen möglich ist, umfassend auf den 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 Produkte<sup>85</sup>, 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 Anwendungsbereich für die hier zu erörternde Fragestellung eröffnet ist.<sup>86</sup>

Selbst wenn man aber den Ansatz vertritt, Art. 13, 20 FHA seien enger auszulegen als Art. 34 ff. AEUV, insbesondere soweit die tatbestandliche Einschlägigkeit (also das Vorliegen einer Massnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung) betroffen ist,<sup>87</sup> sprechen die besseren Gründe für eine Anwendbarkeit des Art. 13 FHA auf die staatliche Festlegung von Mindestpreisen: Denn diese dürfte – wie gezeigt<sup>88</sup> – diskriminierende Wirkungen entfalten,

---

<sup>83</sup> Oben B.I.

<sup>84</sup> S.o. B.II.1.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> Vgl. zum Handel mit landwirtschaftlichen Produkten zwischen der Schweiz und der EU auf der Grundlage des FHA und der Bilateralen Abkommen ausführlich *Senti*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 731 ff., 789 ff.

<sup>87</sup> Wobei dann noch unklar bleibt, wie genau der Tatbestand des Art. 13 FHA auszulegen wäre und in welcher Beziehung hier Einschränkungen vorzunehmen wären. Vgl. auch noch die Bemerkungen sogleich im Text.

<sup>88</sup> B.II.1.b).

besteht doch die begründete Gefahr, dass sie vorwiegend inländische Produkte bevorzugt; inländische Produkte sind nämlich von den Mindestpreisen tendenziell weniger betroffen, da es sich bei den inländischen Alkoholika grossmehrheitlich um solche des oberen Preissegments handelt. Damit kann davon ausgegangen werden, dass die Einführung von Mindestpreisen sich gerade für die billigen Importprodukte als ein Handelshemmnis und in diesem Sinne als Massnahme gleicher Wirkungen wie eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung bzw. Kontingentierung darstellt. Ausländische Alkoholika werden diskriminiert, da gerade bei Importprodukten der sich aus dem niedrigeren Gestehungspreis ergebende Wettbewerbsvorteil neutralisiert und ihnen auf diesem Wege ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. der Wettbewerb in der Freihandelszone verzerrt wird. Jedenfalls dürften diskriminierende Massnahmen, die den Handel zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten, aber von Art. 13 FHA erfasst werden, treffen sie doch die Wareneinfuhr als solche und damit wohl „unmittelbar“ im Sinne der Formulierung des Bundesgerichts im Entscheid *Omo*.<sup>89</sup>

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 Massnahmen nach Art. 20 FHA gerechtfertigt werden können, die den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügen, was – wie gezeigt<sup>90</sup> – in Bezug auf die Festlegung von Mindestpreisen für Alkoholika nicht der Fall ist.

---

<sup>89</sup> Vgl. BGE 105 II 49, 60: „Art. 13 FHA ist nach seinem Wortlaut klar, und für eine davon abweichende Auslegung liegen keine Anhalte vor. Mit ‚Massnahmen gleicher Wirkung‘ können nur solche gemeint sein, welche die Wareneinfuhr unmittelbar betreffen.“ S. auch *Baldi*, in: Rechtsfragen der Freihandelsabkommen, 159 (185), der wie die hier vertretene Ansicht davon ausgeht, dass zumindest diskriminierende Massnahmen von Art. 13 FHA erfasst sind, und als Ergebnis seiner Untersuchung der Auslegung der Freihandelsabkommen – wobei er (im Jahr 1987) von einer autonomen Auslegung ausgeht – u.a. Folgendes formuliert: „Im EWG- und im Freihandelsrecht ebenfalls grundsätzlich nach denselben Kriterien als MglW zu qualifizieren sind formell nichtdiskriminierende, jedoch den Tatbestand der Diskriminierung nach der Herkunft der Ware materiell insofern erfüllende Massnahmen, als sie mittels Eingriffen in den Marktmechanismus, vor allem etwa durch Preisregelungen, die Absatzmöglichkeiten besonders von ausländischen Produkten beeinträchtigen. Eine Einfuhrerschwerung oder gar eine eigentliche Einfuhrverhinderung kann sich aus staatlich verordneten Höchstpreisen ergeben, eine einfuhrdrosselnde Wirkung mag durch Mindestpreise bezweckt sein.“ I. Erg. ähnlich wohl auch *Borer*, Massnahmen gleicher Wirkung, 100, der davon ausgeht, dass Art. 13 FHA diskriminierende Regelungen (worunter er wohl auch materiell diskriminierende Regelungen meint) erfasse, nicht aber (nur) Beschränkungen.

<sup>90</sup> B.II.1.c).



## C. Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkoholika mit der Wirtschaftsfreiheit

Die staatliche Festlegung eines Mindestpreises für Alkoholika könnte auch gegen die in Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit verstossen. 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 eines Mindestpreises für Alkoholika mit Art. 27 BV entscheidenden Fragen teilweise (soweit die Rechtfertigung betroffen ist) mit den bereits im Zusammenhang mit Art. 34 ff. AEUV erörterten Aspekten überschneiden, sind die folgenden Ausführungen eher knapp gefasst, und es wird insoweit auf die bereits im Zusammenhang mit der Rechtslage im Unionsrecht angestellten Überlegungen verwiesen.

### I. Schutzbereich

Die in Art. 27 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit schützt unter anderem die Freiheit der unternehmerischen Betätigung. Das beinhaltet insbesondere jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns dient.<sup>91</sup> Die Wirtschaftsfreiheit umfasst darüber hinaus die Aussenwirtschaftsfreiheit, d.h. sie gewährleistet die „aussenwirtschaftliche Befugnis“, Waren ein- und auszuführen.<sup>92</sup> Die 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.

Träger des Freiheitsrechts sind zunächst Schweizerbürgerinnen und -bürger sowie die inländischen juristischen Personen des Privatrechts.<sup>93</sup> Werden demnach durch die Preisregelungen 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,<sup>94</sup> für ausländische juristische Personen hingegen offen gelassen.<sup>95</sup> 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 Mindestpreisen für Alkoholika unproblematisch erfüllt ist.

---

<sup>91</sup> Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 634. Vgl. ausführlich zum Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit Kiener/Kälin, Grundrechte, 307 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte, 1052 ff.

<sup>92</sup> BGE 126 III, 149; BGE 124 III 321, 331; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Vallender, Art. 27 BV, Rn. 24.

<sup>93</sup> Vgl. nur Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 654 ff.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> BGE 125 I 182, 197 f.; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Vallender, Art. 27 BV, Rn. 43, m.w.N.

## II. Eingriff

Durch eine Preisregulierung von Alkoholika wird die Wirtschaftsfreiheit beschränkt und der freie Wettbewerb verzerrt, da der freie Preiswettbewerb mit alkoholischen Getränken durch den Staat reglementiert wird. Die Beschränkung ist erheblich, weil ein Verbot statuiert wird, unter einem bestimmten festgesetzten Preis Alkohol zu verkaufen.

## 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.<sup>96</sup>

Nach Art. 94 Abs. 4 BV gelten 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.<sup>97</sup>

Grundsatzwidrige Beschränkungen, d.h. Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen und sich gegen den freien Wettbewerb richten, liegen ausschliesslich in der Bundeskompetenz. Von der Kompetenz darf der Bund nur dort Gebrauch machen, wo die Verfassung Abweichungen vorsieht, vgl. Art. 94 Abs. 4 BV.<sup>98</sup>

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.<sup>99</sup>

- 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.
- Die mit der Festlegung eines Mindestpreises für Alkohol verbundene Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit soll dem Schutz der öffentlichen Gesundheit vor schädlichen Alkoholauswirkungen<sup>100</sup> dienen. Damit wird zweifelsohne ein öffentliches Interesse verfolgt.

---

<sup>96</sup> Vgl. zu diesem Zusammenspiel von Art. 27, 36 und 94 BV etwa *Kiener/Kälin*, Grundrechte, 313.

<sup>97</sup> *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 657 ff.

<sup>98</sup> Vgl. *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 661.

<sup>99</sup> BGE 124 I 310, E. 3a 313; BGE 123 I 12, E. 2a 15; BGE 125 I 335, 337.

<sup>100</sup> 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 liege 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

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.<sup>101</sup> Jedoch bestehe ein Bedarf nach ergänzenden Bestimmungen, da es unter Jugendlichen und Alkoholabhängigen nach wie vor einen problematischen Alkoholkonsum gebe.<sup>102</sup>

- Nach Art. 36 Abs. 3 BV muss das Erfordernis der Verhältnismässigkeit gewahrt sein, das allgemein auch in Art. 5 Abs. 2 BV festgelegt 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):<sup>103</sup>
  - 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.<sup>104</sup> An die Eignung der Massnahme werden insgesamt eher geringe Anforderungen gestellt.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> Aufgrund dieser Tatsachen können Massnahmen gegen Billigstpreise durchaus zur Bekämpfung eines übermässigen Alkoholkonsums beitragen, und die Einführung eines Mindestpreises für Alkoholika ist – wie schon im Zusammenhang mit Art. 34 ff. AEUV festgestellt wurde<sup>107</sup> – 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.<sup>108</sup> Ebenso wie im Zusammenhang mit der Prüfung des Art. 34 ff. AEUV und aus parallelen Gründen<sup>109</sup> ist davon auszugehen, dass ein Mindestpreis für Alkoholika, so wie er im Gesetzesentwurf vorgesehen ist, nicht das mildeste Mittel im Verhältnis zu der damit verbundenen Einschränkung der

---

Alkohol- und andere Drogenprobleme schätze die sozialen Kosten des Alkoholmissbrauches in der Schweiz auf jährlich 6.48 Milliarden Franken (Stand 1998).

<sup>101</sup> Vgl. Entscheid der Alkoholrekurskommission vom 20.3.1997, VPB 63.54, 1 c.

<sup>102</sup> Vgl. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38.

<sup>103</sup> Vgl. zu den Elementen der Verhältnismässigkeit nur Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36 BV, Rn. 22 ff.

<sup>104</sup> Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36 BV, Rn. 22.

<sup>105</sup> Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 39, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>106</sup> Vgl. Entwurf der Botschaft zum neuen Alkoholgesetz, 38.

<sup>107</sup> Oben B.II.1.c).

<sup>108</sup> Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36, Rn. 23.

<sup>109</sup> Vgl. im Einzelnen oben B.II.1.c).

Wirtschaftsfreiheit darstellt: Eine Erhöhung der Steuern stellte ein milderes Mittel dar, weil sie alle Anbieter von alkoholischen Getränken 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 der Festlegung eines Mindestpreises bekämpft werden, ohne bestimmten Marktteilnehmern einen Wettbewerbsvorteil – nämlich den Preisvorteil – zu nehmen.

- Aufgrund der Verneinung der Erforderlichkeit erübrigt sich letztlich eine Prüfung, ob der beabsichtigte Zweck in einem vernünftigen und zumutbaren Verhältnis zum Eingriff in das Freiheitsrecht steht.<sup>110</sup>

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.<sup>111</sup> Durch die vorgesehenen Mindestpreise für Alkoholika 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 der damit einhergehenden 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.

---

<sup>110</sup> Zu diesem Erfordernis Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 36, Rn. 24.

<sup>111</sup> Vgl. nur Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 660, 692 ff.

## D. Zusammenfassung

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung können wie folgt 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. 13, 20 FHA im Besonderen im Einklang mit der Rechtslage in der EU (insbesondere Art. 34 ff. AEUV) 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 Unionsrecht gleichlautenden Bestimmungen völkerrechtlicher Abkommen der Union 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 unionsrechtlichen 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.<sup>112</sup>
- Die Heranziehung der für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge der Union mit Drittstaaten massgeblichen Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention legen es grundsätzlich nahe, dass jedenfalls die den Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Freihandelsabkommens – und damit auch Art. 13, 20 FHA – parallel zu der Rechtslage im Unionsrecht, so wie diese durch die Rechtsprechung des EuGH präzisiert wurde, auszulegen sind. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte sich einer solchen Auslegung nicht grundsätzlich verschliessen.<sup>113</sup>
- Ein Verbot, unter einem Mindestpreis Alkoholika (so wie es in dem hier untersuchten Gesetzesentwurf vorgesehen ist) zu verkaufen, ist geeignet, das Absatzvolumen von Erzeugnissen aus Mitgliedstaaten der EU insoweit einzuschränken, als es den Wirtschaftsteilnehmern eine Methode der Absatzförderung nimmt. Damit sind die Voraussetzungen der sog. *Dassonville*-Formel erfüllt, und der Tatbestand des Art. 34 AEUV ist eröffnet. Eine solche Regelung kann zudem auch auf der Grundlage der *Keck*-Rechtsprechung – wobei sich die Rechtslage vor der *Keck*-Rechtsprechung auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH aber ebenso darstellte – als Massnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV qualifiziert werden, da sich der Mindestpreis nicht allgemein an den Gestehungskosten der verschiedenen Alkoholika orientiert. Im Übrigen spricht Vieles dafür, dass die Massnahme in Bezug auf die Situation in der Schweiz materiell diskriminierend ist, da Alkoholika in niedrigen Preissegmenten vorwiegend importiert werden und insbesondere einheimische Alkoholika ganz überwiegend höheren Preissegmenten angehören.<sup>114</sup>
- Eine Rechtfertigung dieses Verstosses gegen Art. 34 AEUV aus Gründen des Gesundheitsschutzes kommt grundsätzlich in Betracht, scheitert aber an der Verhältnismässigkeit der Massnahme, da mildere Massnahmen – im Verhältnis zu der mit der Festlegung eines Mindestpreises einhergehenden Beeinträchtigung des freien

---

<sup>112</sup> B.I.

<sup>113</sup> B.I.

<sup>114</sup> B.II.1.a), b)

Warenverkehrs – zur Verfügung stehen, wobei insbesondere eine allgemeine Erhöhung der Verbrauchssteuern auf alkoholische Getränke in Betracht kommt.<sup>115</sup>

- Geht man mit der hier vertretenen Ansicht<sup>116</sup> davon aus, dass jedenfalls Art. 13, 20 FHA parallel zu den Art. 34 ff. AEUV auszulegen sind, so ist vor dem Hintergrund des sich aus der Rechtsprechung des EuGH klar ergebenden Verstosses einer Mindestpreisregelung, wie der hier zur Debatte stehenden, gegen Art. 34 ff. AEUV auch auf eine Unvereinbarkeit der vorgesehenen Mindestpreise für Alkoholika mit Art. 13, 20 FHA zu schliessen. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich die hierfür ausschlaggebenden Gründe<sup>117</sup> 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 der Art. 13, 20 FHA heranzuziehen sein sollen.<sup>118</sup>
- Selbst wenn man den Ansatz vertritt, Art. 13, 20 FHA seien enger auszulegen als Art. 34 ff. AEUV, insbesondere soweit die tatbestandliche Einschlägigkeit (also das Vorliegen einer Massnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung) betroffen ist, sprechen die besseren Gründe für eine Anwendbarkeit des Art. 13 FHA auf die staatliche Festlegung von Mindestpreisen wie den hier zur Debatte stehenden: Denn diese dürfte – wie gezeigt<sup>119</sup> – diskriminierende Wirkungen entfalten, und diskriminierende Massnahmen, die den Handel zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten, dürften jedenfalls von Art. 13 FHA erfasst werden, treffen sie doch die Wareneinfuhr als solche und damit wohl „unmittelbar“ im Sinne der Formulierung des Bundesgerichts im Entscheid *Omo*.<sup>120</sup> Die Erwägungen, die hinsichtlich der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit Art. 34 ff. AEUV angestellt wurden, sind entsprechend im Rahmen des Art. 20 FHA anzuwenden, so dass insgesamt auch aufgrund einer „autonomen“ Auslegung der Art. 13, 20 FHA von einer Unvereinbarkeit des Mindestpreises für Alkoholika, so wie in dem hier untersuchten Gesetzesentwurf vorgesehen, auszugehen ist.<sup>121</sup>
- Durch eine Preisregulierung von Alkoholika 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 ein Verbot statuiert wird, unter einem bestimmten festgesetzten Preis Alkohol zu verkaufen. 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. 34 ff. AEUV relevant sind.<sup>122</sup>

---

115 B.II.1.c).

116 Oben B.I.

117 S.o. B.II.1.

118 B.II.2.

119 B.II.1.b).

120 Vgl. BGE 105 II 49, 60.

121 B.II.2.

122 C.

## Literatur

- Arioli, Silvio*: Zur Tragweite des Freihandelsabkommens im Beihilfenbereich aus rechtlicher Sicht, Jusletter v. 7.5.2007.
- 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.
- 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 Gammenthaller (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/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/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).
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Siewart, 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.
- 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.

## Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
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
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
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
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht
Ziff.	Ziffer

Die vorliegende Studie untersucht die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Festsetzung eines Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU (FHA) von 1972. Anlässlich der laufenden Arbeiten für eine Totalrevision des schweizerischen Alkoholgesetzes war ein staatlich festgelegter Mindestpreis für Alkoholika zum Gesundheitsschutz in Erwägung gezogen worden. Artikel 13 FHA verbietet die Neueinführung mengenmässiger Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung. Artikel 20 FHA lässt von diesem Verbot aus bestimmten Gründen Ausnahmen zu, insbesondere kann eine staatliche Massnahme zum Schutz der Gesundheit gerechtfertigt sein. Diese Vorschriften des FHA sind den Bestimmungen des EU-Rechts über die Warenverkehrsfreiheit nachgebildet. Der vorliegende Band untersucht daher, ob und inwieweit die Auslegung dem EU-Recht nachgebildeter, gleichlautender Bestimmungen des FHA sich an der umfangreichen und differenzierten Rechtsprechung des EuGH zum Unionsrecht zu orientieren hat und welche Auslegungsgrundsätze bei der Auslegung des FHA anzuwenden sind. Durch die Analyse wird belegt, dass gleichlautende Bestimmungen des AEUV und völkerrechtlicher Abkommen der EU mit Drittstaaten im Falle übereinstimmender Zielsetzung der betreffenden Bestimmungen parallel auszulegen und staatliche Mindestpreisregelungen sowohl mit dem EU-Recht als auch mit dem FHA unvereinbar sind. Darüber hinaus verstossen derartig ausgestaltete Preisregelungen gegen die in der schweizerischen Bundesverfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit.

La présente contribution examine la compatibilité d'un prix minimum pour les alcools, déterminé par voie légale, avec l'accord de libre-échange Suisse – UE (ALE) de 1972. A l'occasion des travaux actuellement en cours concernant la révision totale de la loi suisse sur les alcools, l'introduction d'un prix minimum fixé par l'Etat à des fins de protection de la santé a été envisagée. L'art. 13 ALE interdit l'introduction de restrictions quantitatives à l'importation ainsi que celle de mesures d'effet équivalent. L'art. 20 ALE tolère toutefois certaines exceptions à cette interdiction, une mesure nationale peut notamment être justifiée pour des raisons de protection de la santé. Ces règles de l'ALE reprennent les dispositions du droit de l'Union européenne. La présente étude évalue d'une part si, et le cas échéant dans quelle mesure, l'interprétation de telles dispositions de l'ALE doit s'effectuer de manière parallèle à celle, riche et variée, effectuée par la CJUE dans le cadre du droit de l'Union. D'autre part, elle recherche quels sont les principes à appliquer lors de l'interprétation de l'ALE. Au travers de cette analyse, il est démontré que des dispositions concordantes entre le droit de l'UE et des accords internationaux conclus par celle-ci avec des Etats tiers sont à interpréter de manière parallèle si les objectifs poursuivis sont similaires. Les réglementations visant la fixation par l'Etat d'un prix minimum ne sont ni conciliables avec le droit de l'Union, ni avec l'ALE. De plus, l'introduction d'une telle réglementation des prix n'est pas conforme avec la liberté économique garantie par la Constitution fédérale suisse.

**Astrid Epiney**, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Freiburg und Neuenburg.

**Beate Metz**, Rechtsassessorin, LL.M., Assistentin, Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ue.