

OBSTGARTENSTRASSE 7
POSTFACH
CH - 8042 ZÜRICH
TEL (+41) 043 818 55 30
FAX (+41) 043 818 55 31

HAUPTSTRASSE 39
CH - 8280 KREUZLINGEN
TEL (+41) 071 678 10 10
FAX (+41) 071 678 10 20

DR. IUR.
PETER B. LINDT*
RECHTSANWALT

LIC. IUR.
DANIELA LUTZ**
RECHTSANWÄLTIN, M.B.L.-HSG
FACHANWÄLTIN SAV
BAU- UND IMMOBILIENRECHT

LIC. IUR.
MATTHIAS HAUSER**
RECHTSANWALT

LIC. IUR.
BEAT RÜEDI*
RECHTSANWALT,
DIPL. STEUEREXPERTE

LIC. IUR.
FABIAN KAPFHAMER*
RECHTSANWALT, LL.M.

MAG. IUR.
MICHAEL GEHRING*
RECHTSANWALT,
DIPLOM-VERWALTUNGSWIRT (FH)
(ZULASSUNG AUCH IN DEUTSCHLAND
BEI DER RECHTSANWALTSKAMMER
FREIBURG I.B.R.)

LIC. IUR.
ADRIAN WEBER**
RECHTSANWALT

LIC. IUR.
ROLF BICKEL*
RECHTSANWALT

LIC. IUR.
STEFAN KÖHNIS**
RECHTSANWALT

KONSULENTIN
HELEN KELLER
PROF. DR. IUR., LL.M.

LIC. IUR.
NADINE BIEFER
JURISTISCHE MITARBEITERIN

*EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER
DES KANTONS THURGAU

**EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER
DES KANTONS ZÜRICH

KOOPERATIONSPARTNER
IN DEUTSCHLAND
KUES & PARTNER KONSTANZ

Rechtsgutachten

über die Bundeskompetenz zur Erhebung einer Lenkungsabgabe auf alkoholischen Getränken

13. April 2011

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
I. Einleitung	3
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Lenkungsabgabe im Allgemeinen.....	4
A. Stand der Diskussion	4
B. Tragweite des Verfassungsvorbehalts für Bundessteuern	7
III. Sachkompetenzen des Bundes.....	9
A. Gesundheitsschutz (Art. 118 BV)	9
1. Überblick.....	9
2. Lebensmittel und andere Gegenstände	10
3. Bekämpfung bestimmter Krankheiten.....	13
4. Fazit.....	19
B. Konsumentenschutz (Art. 97 BV)	19
C. Gebrannte Wasser (Art. 105 und 131 Abs. 1 Bst. b BV).....	20
D. Vergorener Alkohol (Art. 32 ^{quater} aBV)	22
E. Getränke- und Biersteuer (Art. 131 Abs. 1 Bst. c BV).....	25
IV. Weitere Voraussetzungen einer Lenkungsabgabe	28
V. Schlussfolgerung und Beantwortung der Gutachtensfragen	30
VI. Anhang	32
1. Literatur	32
2. Gesetzgebungsmaterialien.....	36
3. Abkürzungen	37

I. Einleitung

- 1 Im Auftrag der Eidgenössischen Alkoholverwaltung ist folgende Frage zu prüfen:

„Findet sich in der Bundesverfassung (namentlich in Art. 118 BV) eine Grundlage, die es erlaubt, auf Bier und Wein eine Lenkungsabgabe zu erheben?“

- 2 Die Beantwortung soll im Sinne eines Ergänzungsgutachtens zum Rechtsgutachten erfolgen, welches die Verfasserin und der Verfasser am 6. Juni 2008 dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) zur Frage des verfassungsrechtlichen Rahmens einer Klimalenkungsabgabe des Bundes erstattet haben¹.
- 3 Ziel des vorliegenden Gutachtens ist ausschliesslich zu klären, ob eine Lenkungsabgabe für Wein und Bier auf eine verfassungsrechtliche Sachkompetenz des Bundes abgestützt werden kann. Die Fokussierung auf die formulierte Fragestellung bedeutet, dass nicht geprüft wird, ob die weiteren Voraussetzungen einer Lenkungsabgabe erfüllt sind – wie namentlich, ob die vorgesehene Abgabe eine Lenkungswirkung erzielen kann und ob eine Beeinträchtigung des Steuersubstrats der Kantone vorliegt.
- 4 Die Beantwortung der Gutachtensfrage verlangt eine Auslegung der als Grundlage für die Sachkompetenz in Frage kommenden Verfassungsbestimmungen. Eine besondere Problematik liegt vorliegend darin, dass verschiedene Verfassungsbestimmungen für gebrannte und vergorene Alkoholika mit gesundheits- und fiskalpolitischen Zielen zusammenspie-

¹ KELLER HELEN/HAUSER MATTHIAS, Rechtsgutachten über den verfassungsrechtlichen Rahmen einer Klimalenkungsabgabe des Bundes, Zürich, 6. Juni 2008 (zit. Rechtsgutachten), in überarbeiteter Fassung auszugsweise veröffentlicht unter dem Titel Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, AJP 2009, S. 803 ff. (zit. KELLER/HAUSER, Ertragsverwendung).

len, wobei auch andere, namentlich agrar- und wirtschaftspolitische Rücksichtnahmen ihre Entstehungsgeschichte beeinflusst haben.

- 5 Im Folgenden ist somit zunächst auf Art. 118 BV einzugehen, um zu bestimmen, ob die darin verankerten Sachkompetenzen des Bundes auch die Verhaltenslenkung zur Verminderung des Alkoholkonsums erfassen und die Lenkungsabgabe als Mittel nicht ausschliessen. Sodann ist zu prüfen, ob sich aus dem Zusammenhang mit Art. 105 BV über das Alkoholmonopol für gebrannte Wasser und mit Art. 131 Abs. 1 Bst. b und c BV über die Besteuerung von gebrannten Wassern und Bier sowie aus der geschichtlichen Entwicklung der Verfassungsbestimmungen über den Umgang mit alkoholischen Getränken und deren Besteuerung ein Ausschluss einer Lenkungsabgabe auf Wein und Bier ergibt.

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Lenkungsabgabe im Allgemeinen

A. Stand der Diskussion

- 6 Die im vorliegenden Zusammenhang wesentlichen Ergebnisse unseres am 6. Juni 2008 dem BAFU zur Frage des verfassungsrechtlichen Rahmens einer Klimalenkungsabgabe des Bundes erstatteten Gutachtens werden im Folgenden kurz zusammengefasst. Dabei werden zunächst der Stand der Diskussion in der Lehre und anschliessend die Ergebnisse der eigenen Untersuchung der Tragweite des Verfassungsvorbehalts dargestellt. Schliesslich ist kurz auf die weiteren Voraussetzungen für die Erhebung einer Lenkungsabgabe zu verweisen.
- 7 Nach dem Grundsatz des Verfassungsvorbehalts für Bundessteuern bedarf der Bund als Grundlage für die Erhebung einer Steuer einer expliziten Ermächtigung in der Bundesverfassung. Der Verfassungsvorbehalt für Bundessteuern ist nicht explizit in der Bundesverfassung enthalten,

sondern wird aus den Verfassungsbestimmungen abgeleitet, welche einzelne Bundessteuern regeln².

- 8 Nicht unter den Verfassungsvorbehalt für Bundessteuern fallen gemäss heute herrschender Lehre und der Praxis des Gesetzgebers die reinen Lenkungsabgaben. Diese dienen der Verhaltenslenkung und können vom Bund gestützt auf eine Sachkompetenz erhoben werden, die ihn zur Verhaltenslenkung ermächtigt. Eine zusätzliche besondere Verfassungsgrundlage für die Abgabenerhebung benötigt der Bund dafür nicht³. Sachkompetenzen umfassen im Allgemeinen (vorbehältlich einer besonderen Regelung bzw. Auslegung) alle geeigneten Mittel zur Wahrnehmung der betreffenden Bundesaufgabe und damit auch Lenkungsabgaben⁴. Die dafür geforderten Voraussetzungen sind umstritten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die dogmatische Kategorisierung der reinen Lenkungsabgaben und die Terminologie nicht einheitlich sind. Teilweise werden die reinen Lenkungsabgaben als eigene Kategorie von öffentlichen Abgaben betrachtet, teilweise werden sie

² KELLER/HAUSER, Ertragsverwendung, S. 823.

³ Botschaft Reduktion CO₂-Emissionen, S. 472; Botschaft BV, S. 248; Botschaft USG-Revision 1995, S. 1538 f.; AUBERT, Commentaire Cst., Vorbemerkungen zu BV Art. 126–135 N 2 Fn. 2; BEUSCH, S. 120 ff.; BIAGGINI, Kommentar BV, Vorbemerkungen zu Art. 126–135 BV N 3; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 6 f.; BÖCKLI, Mimikry, S. 186, 203; BÖCKLI, Lenkungssteuern, S. 32 ff., 45 f.; DIRIWÄCHTER, S. 102 ff.; DONZEL, redevances, S. 213 ff.; FLEINER-GERSTER, Kommentar aBV, Art. 24^{septies} Rz. 76 ff.; JAAG/KELLER, S. 325, 328 ff. m.w.H.; JAGMETTI, Ziff. 2514 (unter dem Vorbehalt, dass sie das Steuersubstrat der Kantone nicht wesentlich mindern); OBERSON, droit fiscal, § 2 N 2 sowie § 19 N 2; OBERSON, taxes d'orientation, S. 149 ff.; REICH, N 4; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 7 Rz. 15, § 16 Rz. 76 f.; SALADIN, Kommentar aBV, Art. 3, N 130; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 3 N 12; SEILER, Vorbemerkungen zu USG Art. 35a–35c N 15, 17; VALLENDER/MORELL, S. 178; VALLENDER/JACOBS, S. 77 ff.; KAPPELER, S. 78 f., 104, spricht in diesem Zusammenhang von „Lenkungsabgaben“, worunter er sowohl die reinen, fiskalquotenneutralen als auch die kostenanlastenden Lenkungsabgaben versteht, vgl. KAPPELER, S. 17 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 Rz. 56, verwendet den Begriff der „Lenkungssteuer“, führt aber aus, dass diese primär als Mittel der Aufgabenerfüllung diene und die Erzielung von Einnahmen nicht im Vordergrund stehe – damit bezieht er sich auf reine Lenkungsabgaben im Sinne der vorliegend verwendeten Terminologie. Differenzierter: HÖHN, Lenkungsabgaben, S. 79 ff.; VALLENDER, Lenkungsabgaben, S. 67 ff., 76 ff.

⁴ Vgl. KELLER/HAUSER, Rechtsgutachten, Rz. 75 ff., 199 mit Hinweisen, sowie HETTICH/WETTSTEIN, S. 553.

den Steuern zugerechnet, wobei dann konsequenterweise von „Lenkungssteuern“ gesprochen wird.

- 9 In der Lehre kontrovers ist, wie mit den Erträgen von reinen Lenkungsabgaben, die ohne besondere Verfassungsgrundlage erhoben werden, umzugehen ist: Nach einem Teil der Autoren bildet die vollständige Verteilung des Abgabenertrags an Bevölkerung und Wirtschaft (oder allenfalls auch an die Kantone) eine Voraussetzung dafür, dass der Bund eine Lenkungsabgabe ohne ausdrückliche Ermächtigung zur Abgabenerhebung einführen darf⁵.
- 10 Nach einem anderen Teil der Lehre genügt eine Sachkompetenz als Verfassungsgrundlage einer Lenkungsabgabe bereits dann, wenn der Zweck der Lenkungsabgabe nicht fiskalisch ist, sondern in der Verhaltenslenkung durch die Abgabenerhebung liegt. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die Abgabe durch ausserfiskalische Sachziele gerechtfertigt wird und sie, namentlich auch ihre Höhe, vollständig durch das angestrebte Sachziel determiniert ist⁶. Die Erträge einer reinen Len-

⁵ BIAGGINI, Kommentar BV, Vorbemerkungen zu Art. 126–135 N 3; HUNGERBÜHLER, S. 514; JAGMETTI, Ziff. 9412; MORELL, St. Galler Kommentar BV, Art. 74 N 16; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 76 f.; SEILER, Vorbemerkungen zu USG Art. 35a–35c N 13, 17 f.; VALLENDER/MORELL, Umweltrecht, S. 168, 174; VALLENDER/JACOBS, S. 67 und 77 ff.; vgl. Klimabericht des UVEK vom 16. August 2007, S. 58; HETTICH/WETTSTEIN, S. 552.

⁶ BEUSCH, S. 101, 115 f., 117 ff.; HÖHN, Aspekte, S. 221; DONZEL, *redances*, S. 42 f., 44, 50 ff., 219 f.; JAAG/KELLER, S. 327 ff., insbesondere S. 330 f.; OBERSON, *droit fiscal*, § 2 N 2 sowie § 19 N 2; OBERSON, *taxes d'orientation*, S. 83, 157, 159 f., 168 f.; SALADIN, Kommentar aBV, Art. 3, Rz. 130; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 Rz. 56. In diesem Sinn auch Eidgenössische Justizabteilung, S. 151 f., die allerdings aus dem fehlenden fiskalischen Zweck zu Unrecht auf eine Kausalabgabe schliesst. BÖCKLI, *Mimikry*, S. 204, verlangt einen "ausschliesslichen (oder mindestens beinahe ausschliesslichen)" Lenkungszweck. SALADIN, Bund und Kantone, S. 487, führt aus: "Im Unterschied zu 'Fiskalabgaben' sind *Lenkungsabgaben* nur sekundär auf Geldbeschaffung ausgerichtet, primär auf Steuerung des Verhaltens ..." (Hervorhebung gemäss Original). Vgl. auch HÖHN, Kommentar aBV, Art. 42 Rz. 12, 15, wonach es sich bei den in Art. 42 Bst. h aBV genannten "sonstigen Einnahmen" nicht um "klassische Fiskalsteuern handeln könne, d.h. um Steuern, die primär der Einnahmeerzielung dienen". In ähnlichem Sinn Botschaft Neugestaltung Strassenbenützungsabgaben, S. 759; Botschaft USG-Revision 1995, S. 1538 f.; sowie mit zusätzlichen einschränkenden Vorausset-

kungsabgabe können nach diesem Ansatz im entsprechenden Sachbereich oder sogar – noch weiter gehend – in einem mit diesem eng verknüpften Bereich zur Verstärkung der mit der Abgabenerhebung verfolgten Ziele eingesetzt werden⁷. Verschiedentlich wird verlangt, dass Lenkungsabgaben, die sich nur auf eine Sachkompetenz des Bundes stützen, das Steuersubstrat der Kantone nicht erheblich beeinträchtigen⁸.

B. Tragweite des Verfassungsvorbehalts für Bundessteuern

- 11 Die Untersuchung des Zwecks des Verfassungsvorbehalts, der in der Verfassung explizit vorgesehenen Abgabenerhebungskompetenzen des Bundes sowie der Praxis bezüglich der Erhebung von Abgaben ohne besondere Verfassungsgrundlage ergibt, dass der Verfassungsvorbehalt nur auf Abgaben Anwendung findet, die erheblich in das Steuersubstrat der Kantone eingreifen. Er kann zudem keinen prinzipiellen Vorrang gegenüber Sachkompetenzen beanspruchen⁹.
- 12 Der Sinn des Verfassungsvorbehalts für Bundessteuern liegt u.E. in der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen. Für die Anwendbarkeit des Verfassungsvorbehalts auf Steuern erweisen sich der *fiskalische Zweck*, der *Eingriff in das Steuersubstrat* der Kantone und die *Einschränkung ihres Spielraums zur Ausgestaltung des eigenen Steuersystems* als die vorrangigen Kriterien. Der Verfassungsvorbehalt bezieht

zungen: KAPPELER, S. 16 ff., 111 ff., 115 f. Lenkungsabgaben in diesem weiteren Begriffsverständnis entsprechen grundsätzlich der Kategorie der Marktordnungsabgaben bei AUER, S. 146 ff., 171.

⁷ DONZEL, redevances, S. 42 ff., 50 ff., 218 ff.; JAAG/KELLER, S. 330; OBERSON, taxes d'orientation, S. 159 f., 168 f.; SALADIN, Bund und Kantone, S. 487; KAPPELER, S. 113, will gestützt auf Überlegungen der Gruppenadäquanz und auf das Verursacherprinzip auch einen eng mit der Abgabenerhebung zusammenhängenden Zweck zulassen. Vgl. DUVANEL-DONZEL, fiscalité, S. 44; MARAIA, S. 85 f.

⁸ BÖCKLI, Lenkungssteuern, S. 46; DIRIWÄCHTER, S. 147; FLEINER, S. 311 ff.; JAGMETTI, Ziff. 2514; KAPPELER, S. 114 ff.; OBERSON, droit fiscal, § 2 N 2 sowie § 19 N 2; OBERSON, taxes d'orientation, S. 157; RHINOW/BIAGGINI, S. 15.

⁹ Vgl. hierzu und zum Folgenden: KELLER/HAUSER, Ertragsverwendung, S. 813 ff.

sich somit nur auf Abgaben, die unter den vorgenannten Gesichtspunkten als bedeutsam erscheinen. Geringfügige Abgaben, die das Steuersubstrat der Kantone und deren Spielraum zur Ausgestaltung des Steuersystems nicht erheblich beeinträchtigen, fallen nicht unter den Verfassungsvorbehalt.

- 13 Der Verfassungsvorbehalt tritt, wenn er für eine konkrete Abgabe zur Anwendung kommt, *in Konkurrenz zur Sachkompetenz*, auf welche sich diese Abgabe stützt. Ob der Verfassungsvorbehalt für eine konkrete Steuer greift, ist in wertender Abwägung zwischen diesem und der Sachbereichskompetenz zu bestimmen. Je bedeutender die sachpolitischen Ziele sind, je enger der Bezug der Abgabe zur Sachkompetenz ist und je stärker der Bund auf das Instrument der Lenkungsabgabe angewiesen ist (beispielsweise wegen der Wirksamkeit oder weil sie den geringeren Eingriff in Freiheitsrechte bedeutet als Verbote oder andere Massnahmen), desto höheres Gewicht kommt der Sachkompetenz in der Abwägung zu. Bei Abgaben, die zum Zweck der Verhaltenslenkung erhoben werden, kann dabei generell von einem engen Zusammenhang zur Sachkompetenz ausgegangen werden.
- 14 Eine Verwendung des Abgabenertrags, welche dem Lenkungszweck einer Abgabe dient, beeinträchtigt deren engen Bezug zur Sachkompetenz nicht. Hingegen fällt ein solcher Abgabenertrag im Rahmen der wertenden Gegenüberstellung des Verfassungsvorbehalts und der Sachkompetenz ins Gewicht, da Erträge, die an Bevölkerung und Wirtschaft verteilt werden, das Steuersubstrat der Kantone deutlich weniger beeinträchtigen als Erträge, die der Bund für den Finanzbedarf im Rahmen der betreffenden Sachkompetenz verwendet.
- 15 Somit ist für eine Lenkungsabgabe des Bundes zunächst eine Sachkompetenz erforderlich, welche die Befugnis zur Verhaltenslenkung mit einschliesst. Sodann ist zu prüfen, ob die Sachkompetenz das Mittel der Lenkungsabgabe allenfalls ausschliesst. Falls die Abgabe merklich in das Steuersubstrat der Kantone eingreift, ist eine Abwägung zwischen Verfassungsvorbehalt und Sachkompetenz vorzunehmen.

- 16 Eine weitere verfassungsrechtliche Voraussetzung für die Erhebung von Lenkungsabgaben ist die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 BV. Nach diesem muss die Abgabenerhebung geeignet und erforderlich sein. Der damit verbundene Eingriff muss dem anzustrebenden Ziel angemessen sein. Schliesslich ist ergänzend zu unserem Gutachten vom 6. Juni 2008 auf die Beachtung der Grundrechte und der Voraussetzungen für deren Einschränkung gemäss Art. 36 BV hinzuweisen. Im Zusammenhang mit einer Lenkungsabgabe auf Bier und Wein sind insbesondere Rechtsgleichheit und die Wirtschaftsfreiheit zu beachten¹⁰.

III. Sachkompetenzen des Bundes

A. Gesundheitsschutz (Art. 118 BV)

1. Überblick

- 17 Art. 118 Abs. 1 BV verpflichtet den Bund, im Rahmen seiner bestehenden Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu treffen. Hierbei handelt es sich um einen *nicht kompetenzbegründenden Handlungsauftrag* an den Bund¹¹. Diese Bestimmung bildet somit keine Grundlage für die Erhebung einer Lenkungsabgabe auf alkoholischen Getränken.
- 18 Art. 118 Abs. 2 BV begründet Bundeskompetenzen in drei Teilbereichen des Gesundheitsschutzes. Diese Aufzählung ist abschliessend. Dementsprechend verfügt der Bund im Rahmen des Gesundheitsschutzes nur über eine fragmentarische Rechtsetzungskompetenz¹². Innerhalb der drei in Art. 118 Abs. 2 Bst. a–c BV aufgezählten Teilberei-

¹⁰ Vgl. zur Wirtschaftsfreiheit hinten Rz. 52 ff. sowie das Gutachten EPINEY/PIRKER, S. 30 ff.

¹¹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N. 3.

¹² BGE 128 I 295 E. 3d.bb, S. 301; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N 2; MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 23; POLEDNA, St. Galler Kommentar BV, Art. 118, Rz. 7.

che ist die Zuständigkeit des Bundes jedoch umfassend¹³. Diese Kompetenzen des Bundes beziehen sich sowohl auf Gefahrenabwehr als auch auf die Prävention und die Massnahmen zur Gesundheitsförderung¹⁴.

- 19 Es wird unterschieden zwischen der öffentlichen Gesundheit als Polizeigut¹⁵ und der wohlfahrtsstaatlichen Förderung der Gesundheit der Einzelnen¹⁶. Art. 118 Abs. 2 Bst. a–c BV ist nicht auf den Schutz der Gesundheit als Polizeigut beschränkt¹⁷. Ein öffentliches Interesse besteht nicht nur an der Hebung der (durchschnittlichen) Gesundheit der Allgemeinheit, sondern auch am Schutz Einzelner, was namentlich in Bezug auf die grundsätzlich nicht übertragbaren Zivilisationskrankheiten wie Herz-Kreislauf- oder Gemütskrankungen gilt¹⁸. Entsprechend ermächtigt Art. 118 Abs. 2 Bst. a–c BV den Bund auch, Massnahmen zu treffen, die nicht primär gesundheitspolizeilicher Natur sind¹⁹.

2. Lebensmittel und andere Gegenstände

- 20 Die Kompetenz des Bundes für eine dem Gesundheitsschutz dienende Regelung von Lebensmitteln und weiteren Gegenständen ist umfassend²⁰.

¹³ BGE 133 I 110 E. 4.2, S. 116 f.; BGE 128 I 295 E. 3d.bb, S. 301; Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VPB 68.81; MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 23; POLEDNA, St. Galler Kommentar BV, Art. 118, Rz. 7. In Bezug auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV: Botschaft BV, S. 333.

¹⁴ BGE 118 Ia 427 E. 6b, S. 437; Botschaft BV, S. 333 f.; POLEDNA, St. Galler Kommentar BV, Art. 118 Rz. 3, m.w.H. Vgl. auch Botschaft Präventionsgesetz, S. 7105 ff., S. 7108 f.; MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 168 f. Zur Abstützung prophylaktischer Massnahmen auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV vgl. auch: JAAG/RÜSSLI, Passivrauchen, S. 26; MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69 Rz. 29.

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2435.

¹⁶ MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 168 ff.

¹⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N 6.

¹⁸ BGE 118 Ia 427 E. 6b, S. 437.

¹⁹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N 6.

²⁰ Botschaft BV, S. 333.

- 21 Unter Lebensmitteln im Sinne von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV werden einerseits Nahrungsmittel und andererseits Genussmittel verstanden. Zu den Genussmitteln zählen alkoholische Getränke sowie Tabak und andere Raucherwaren²¹. Das gestützt auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV erlassene Lebensmittelgesetz bezweckt, (a) die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können, (b) den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln sicherzustellen und (c) die Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen zu schützen²². Während die ersten beiden Ziele verfassungsrechtlich auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV abgestützt sind, findet das dritte Ziel seine Grundlage in Art. 97 BV (Konsumentenschutz)²³.
- 22 Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV entspricht in nur redaktionell überarbeiteter Form Art. 69^{bis} aBV. Dieser war im Jahr 1897 im Bestreben in die Verfassung aufgenommen worden, den Verbraucher von gesundheitsschädigenden Lebensmittel oder Gebrauchsgegenständen zu schützen. Neben einer Motion, die den Schutz vor gesundheitsgefährdenden Täuschungen verlangte, flossen auch weitere Vorstösse ein, welche generell den Gesundheitsschutz bei Lebensmitteln zum Ziel hatten²⁴. Auch wenn der Anlass zur Begründung der Bundeskompetenz im Schutz vor gefälschten Lebensmitteln lag, so wurde die Bestimmung doch umfassender formuliert.
- 23 Der Wortlaut der Bestimmung und ihr Randtitel lassen darauf schliessen, dass sich die Bundeskompetenz auf alle gesundheitlich relevanten Aspekte der Lebensmittel und Gegenstände bezieht. Der in der geltenden Verfassung verwendete Begriff des „Umgangs“ bringt besser als der in Art. 69^{bis} aBV verwendete Begriff „Verkehr“ zum Ausdruck, dass

²¹ Vgl. Art. 3 LMG.

²² Art. 1 LMG.

²³ Botschaft BV, S. 333; FN 1 zum Ingress des LMG; AUBERT, Commentaire Cst., Art. 118 N 8.

²⁴ Botschaft, BBl 1885 I 767, S. 767 ff., 771 ff.; MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69^{bis} Entstehungsgeschichte.

nicht nur Herstellung, Verarbeitung und Handel erfasst werden, sondern auch die Verwendung durch die Konsumenten²⁵. Folgerichtig begründet das Bundesamt für Justiz seine Auffassung, dass Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen nicht auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV gestützt werden könnten, nicht damit, dass die Verwendung durch den Konsumenten nicht erfasst sei. Vielmehr führt es aus, diese Bestimmung umfasse einzig die unmittelbaren Einwirkungen auf die Gesundheit von Raucherinnen und Rauchern²⁶. Dementsprechend wurde beispielsweise das Betäubungsmittelgesetz 1951 nicht nur auf Art. 69 aBV, sondern auch auf Art. 69^{bis} aBV gestützt²⁷.

- 24 Auch wenn ursprünglich der Schutz des Verbrauchers vor gesundheits-schädigenden Nahrungsmitteln und Gegenständen im Vordergrund stand, so sprechen der Wortlaut, die systematische Einordnung im Bereich des Gesundheitsschutzes sowie eine zeitgemässe Auslegung der Bestimmung dafür, dass der Bund den Verbraucher auch vor sich selber, namentlich vor dem Konsum übermässiger Mengen gewisser Lebensmittel, schützen kann.
- 25 Aus Art. 118 Abs. 2 BV ergibt sich keine Einschränkung der dem Bund zur Verfügung stehenden Massnahmen. Neben klassischen polizeilichen Instrumenten wie Verboten, Geboten, Bewilligungspflichten und Warnungen kommen auch finanzielle oder sozialpädagogische Massnahmen in Betracht²⁸.

²⁵ AUBERT, Commentaire Cst., Art. 118 N 12; vgl. Botschaft BV, S. 333; Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VPB 68.81.

²⁶ Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VPB 68.81; vgl. Bericht des Bundesrats zum Schutz vor Passivrauchen vom 10. März 2006, BBl 2006, S. 3695 ff., S. 3712; a.M. JAAG/RÜSSLI, Passivrauchen, S. 26; POLEDNA, St. Galler Kommentar BV, Art 118 Rz. 11.

²⁷ Vgl. dazu die Botschaft zur Revision des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 1951 I 829, S. 852 f. Heute verweist der Ingress des Betäubungsmittelgesetzes nicht nur auf Art. 118 Abs. 1 Bst. b, sondern auf Art. 118 BV insgesamt.

²⁸ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N 6. Zum als polizeilich bezeichneten Instrumentarium im Allgemeinen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2450 ff.

- 26 Nach dem in Art. 6 Abs. 1 LMG festgehaltenen Grundsatz dürfen Lebensmittel, die dem Gesetz und seinen Ausführungsbestimmungen nicht entsprechen, nicht oder nur mit Auflagen verwendet oder an Konsumenten abgegeben werden. Dem Bundesrat wird die Kompetenz erteilt, die zulässigen Arten von Lebensmitteln festzulegen²⁹. Während Nahrungsmittel bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit nicht gefährden dürfen, ist bei Genussmitteln nur die Gesundheitsgefährdung verboten, welche unmittelbar oder in unerwarteter Weise erfolgt³⁰. Das Betäubungsmittelgesetz³¹ stützt sich sowohl auf die Kompetenz zur Regelung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen als auch auf die Kompetenz zur Bekämpfung bestimmter Krankheiten³².
- 27 Somit ermächtigt Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV den Bund, Lebensmittel – und damit auch alkoholische Getränke – dann zu verbieten oder ihren Gebrauch einzuschränken, wenn sie die Gesundheit gefährden. Er ist weiter ermächtigt, auf die Reduktion des Konsums von Lebensmitteln hinzuwirken, wenn dies aus Gründen des Gesundheitsschutzes angezeigt ist. Wenn Informationsmassnahmen zu diesem Zweck nicht genügen, kommt als Instrument auch die Belastung bestimmter Lebensmittel mit einer Abgabe in Betracht, denn dabei handelt es sich um ein milderes Mittel als das Verbot des betreffenden Lebensmittels. Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Eignung einer Abgabebelastung zur Erreichung des gesundheitspolitischen Ziels gegeben ist, was im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht zu beurteilen ist.

3. Bekämpfung bestimmter Krankheiten

- 28 Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV beauftragt den Bund, Vorschriften über die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankhei-

²⁹ Art. 8 LMG.

³⁰ Art. 13 LMG.

³¹ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121).

³² MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69 Rz. 65.

ten von Menschen und Tieren zu erlassen. Die Bundeskompetenz gilt nur für Krankheiten, die übertragbar, stark verbreitet oder bösartig sind.

- 29 Zu den von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV erfassten, stark verbreiteten, nicht ansteckenden Krankheiten werden auch die Betäubungsmittelsucht³³ sowie suchtbedingte Störungen³⁴ gezählt, worunter auch der Alkoholismus fällt. In einer Studie werden die sozialen Kosten der Alkoholabhängigkeit für die Schweiz unter Einschluss von so genannt immateriellen Kosten im Jahr 1998 auf 6.5 Milliarden Franken geschätzt³⁵. Angesichts der durch Alkoholismus verursachten sozialen und wirtschaftlichen Schäden für die Gesellschaft sowie der schweren individuellen Auswirkungen, ist diese Krankheit zudem als bösartig im Sinne der Bestimmung zu qualifizieren³⁶. Auch Massnahmen des Bundes zum Schutz vor Passivrauchen können auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV abgestützt werden³⁷.
- 30 Demgegenüber wurde in der älteren Lehre verschiedentlich die Auffassung vertreten, Art. 69 aBV (dem der heutige Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV entspricht) erteile dem Bund im Bereich der Bekämpfung von Betäubungsmittelsucht und Alkoholismus keine Kompetenzen, denn dabei handle es sich nicht um Krankheiten, sondern um Laster³⁸.

³³ Botschaft vom 9. April 1951 zur Revision des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 1951 I 829, S. 852; vgl. MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69 Rz. 21.

³⁴ Botschaft Präventionsgesetz, S. 7071 ff., S. 7182 f.

³⁵ Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des Alkoholgesetzes vom 30. Juni 2010, S. 6.

³⁶ Zum Begriff der bösartigen Krankheiten vgl. MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 32; POLEDNA, St. Galler Kommentar BV, Art. 118, Rz. 14; SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, S. 208.

³⁷ BGE 133 I 110 E. 4.2, S. 116 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N. 16; Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VPB 68.81; JAAG/RÜSSLI, Passivrauchen, S. 25; Schweizerischer Bundesrat, Bericht zum Schutz vor Passivrauchen, S. 3695 ff., S. 3713.

³⁸ BURCKHARDT, S. 614 m.H.; anderer Ansicht MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 46 f., der die Bekämpfung von Suchtkrankheiten als eine noch nicht ausgeschöpfte Gesetzgebungskompetenz des Bundes betrachtet.

- 31 Der hier vertretenen Auffassung, dass auch Suchtkrankheiten in den Anwendungsbereich von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV fallen, sind Bundesrat und Gesetzgeber in einer bis in die 10er Jahre des letzten Jahrhunderts zurückgehenden Praxis immer wieder gefolgt, namentlich im Zusammenhang mit der Gesetzgebung über die Betäubungsmittel. Bereits in seiner Botschaft zur Genehmigung des internationalen Opium-Abkommens von 1912 bezeichnete der Bundesrat die Morphin- und Kokainsucht als Krankheiten, auch wenn er damals noch eine entsprechende Beurteilung für übermässigen Alkoholgenuss ablehnte. Ebenfalls 1924 wurde Art. 69 aBV als Grundlage für ein Bundesgesetz über den Handel mit Betäubungsmitteln angesehen³⁹.
- 32 In der Botschaft zur Revision von Art. 69 aBV wurde ausdrücklich festgehalten, dass der (heute im Wesentlichen noch unveränderte) Wortlaut bewusst so gewählt wurde, um „eine möglichst umfassende, allseitige Formel zu finden, die es dem Bund in Zukunft ermöglicht, bei Krankheiten der Menschen und Tiere, die sein Einschreiten erwünscht erscheinen lassen, gesetzliche Massnahmen zu treffen, ohne jedesmal vorher die Verfassung abändern zu müssen“⁴⁰. Aus einer langjährigen Staatspraxis ergibt sich, dass der Krankheitsbegriff gemäss Art. 69 aBV bzw. Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Erkenntnisse zu beurteilen ist⁴¹. Das Parlament ist jeweils dieser Auffassung des Bundesrats gefolgt⁴². Der jeweilige Stand der medizini-

³⁹ Botschaft Opium-Abkommen, S. 235; Botschaft Betäubungsmittelgesetz 1924, S. 281; vgl. Rechtsgutachten der Justizabteilung vom 2. November 1978 zur verfassungsrechtlichen Grundlage für Bundesrecht über Krankheitsverhütung mit Geltungsbereich auch für die Suchtmittelprävention, VPB 43.48 E. 1, S. 230 f.

⁴⁰ Botschaft Revision Art. 69 aBV, S. 310.

⁴¹ In diesem Sinne (bezüglich Rauschgiften) 1924 die Botschaft Opium-Abkommen, S. 234 f.; Gutachten der Justizabteilung vom 2. November 1978, VPB 43.48 E. 1, S. 230 f. Ausserdem spielt es kaum eine Rolle, ob der Alkoholismus selbst als Krankheit betrachtet wird oder ob darauf abgestellt wird, dass übermässiger Alkoholgenuss die Ursache verschiedener verbreiteter oder bösartiger Krankheiten ist; vgl. dazu Rechtsgutachten der Justizabteilung vom 2. November 1978, VPB 43.48 E. 1, S. 230 f.

⁴² Referendumsvorlage Betäubungsmittelgesetz, BBl 1924 Bd. III, S. 36; Botschaft vom 9. April 1951 zur Revision des Betäubungsmittelgesetzes,

schen Erkenntnisse beeinflusst somit die Auslegung des Begriffs Krankheit in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV.

- 33 Von einem anderen Krankheitsbegriff geht das Sozialversicherungsrecht aus. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ATSG⁴³ gilt als Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Die im zweiten Teilsatz vorgenommene Einschränkung des Krankheitsbegriffs auf behandlungsbedürftige Beeinträchtigungen ist durch das sozialversicherungsrechtliche Leistungsrecht motiviert⁴⁴. Diese Einschränkung ist deshalb und mit Blick auf die Absicht des Verfassungsgebers für die Auslegung von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV nicht ohne Weiteres massgebend. Soweit allerdings aus den alternativ geltenden Voraussetzungen der Behandlungsbedürftigkeit und der Arbeitsunfähigkeit abgeleitet wird, dass die gesundheitliche Störung eine gewisse Schwere aufweisen muss, um als Krankheit zu gelten, gilt dies auch für die Bestimmung der Bundeskompetenzen⁴⁵. Eine Behandlungsbedürftigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 ATSG liegt vor, wenn die Beeinträchtigung der Gesundheit die körperlichen und geistigen Funktionen in so beträchtlichem Masse einschränkt, dass der Patient oder die Patientin ärztlicher Hilfe bedarf, die Gesundung ohne medizinische Hilfe wahrscheinlich nicht oder nicht mit Aussicht auf Erfolg innert angemessener Zeit zu erreichen wäre, oder wenn dem Patienten oder der Patientin nicht zugemutet werden kann, ohne wenigstens den Versuch einer Behandlung zu leben⁴⁶. Positiv formuliert handelt es sich im Bereich der Sozialversicherung bei einer Krankheit in der Regel um gesundheitliche Störungen, die

BBJ 1951 I 829, S. 852; vgl. dazu MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69 Rz. 21; neuerdings: Botschaft Präventionsgesetz, S. 7071 ff., S. 7182 f.

⁴³ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1)

⁴⁴ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 685; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 Rz. 83.

⁴⁵ Vgl. MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 30; SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, S. 208.

⁴⁶ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 142/04 vom 23. Mai 2006 E. 5.2.1.

das körperliche oder seelische Wohlbefinden ernsthaft beeinträchtigen oder in absehbarer Zukunft zu beeinträchtigen drohen⁴⁷.

34 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hält fest, dass es sich beim Begriff der Krankheit im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes bzw. des ATSG um einen Rechtsbegriff handelt, der sich nicht notwendigerweise mit dem medizinischen Krankheitsbegriff decke. Der Krankheitsbegriff lasse sich angesichts der Vielfalt möglicher krankhafter Erscheinungen nur schwer in eine genaue Definition fassen. Ob eine Krankheit im Sinne des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes vorliege, müsse deshalb nach den Besonderheiten des Einzelfalls beantwortet werden. Immerhin könne man kaum je von Krankheit sprechen, wenn nicht Störungen vorliegen, die durch pathologische Vorgänge verursacht worden seien⁴⁸. Als Krankheiten im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes gelten auch Suchtkrankheiten⁴⁹.

35 Bezogen auf die erwähnten Regelungsgegenstände handelt es sich bei Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV um eine umfassende, nachträglich derogatorische Kompetenz⁵⁰. Der Auftrag zur Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten umfasst sowohl vorbeugende Massnahmen (Krankheitsverhütung, Prävention) als auch heilende Massnahmen⁵¹. So führte der Bundesrat in seiner Botschaft von 1973 zur Revision des Betäubungsmittelgesetzes aus: „Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Krankheitsbekämpfung nach Artikel 69 BV auch die Verhütung umfasst und dass laut Artikel 69^{bis} BV die blosser Möglichkeit der Gefährdung der Gesundheit genügt.“⁵² Krankheitsprävention kann der Bund indessen nur soweit betreiben oder diesbezüglich ge-

⁴⁷ MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 15 Rz. 81.

⁴⁸ BGE 116 V 239 E. 3a.

⁴⁹ Für die Heroinsucht: BGE 118 V 107 E. 1b, S. 109.

⁵⁰ BIAGGINI, St. Galler Kommentar, Art. 118 BV N 12; POLEDNA, St. Galler Kommentar BV, Art. 118, Rz. 12.

⁵¹ MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69 Rz. 7, 29; MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 36 ff.

⁵² Botschaft vom 3. Mai 1973 zur Revision des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 1973 I 1348, S. 1370.

setzgeberisch tätig werden, als ein genügend enger Sachzusammenhang mit der Verhütung der genannten Krankheiten besteht. Gefordert wird, dass sich die prophylaktische Tätigkeit des Bundes auf konkrete, besonders naheliegende Krankheitsursachen beschränkt⁵³. Dies trifft auch für Massnahmen zu, welche anerkanntermassen wesentliche Risikofaktoren (beispielsweise Adipositas, Bluthochdruck, übermässiger Alkoholkonsum, Rauchen) von Krankheiten reduzieren, welche von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV erfasst werden⁵⁴. Demgegenüber sind Massnahmen einer umfassenden, nicht krankheitsspezifischen Gesundheitsförderung dem Bund verwehrt⁵⁵.

36 Die Bestimmung über die Krankheitsbekämpfung enthält keine Einschränkung des dem Bund zur Verfügung stehenden Instrumentariums. Somit kommen neben gesundheitspolizeilichen Mitteln wie Verboten, Geboten und Bewilligungspflichten auch andere Massnahmen in Betracht. Dazu gehören Massnahmen der leistenden Verwaltung wie zum Beispiel Finanzhilfen und Aufklärungsarbeiten, Warnungen und sozialpädagogische Massnahmen. Der Bund kann beispielsweise finanzielle Anreize zur Schaffung privater Leistungsangebote setzen, für die Information der Öffentlichkeit über bestimmte Krankheiten sorgen oder verhaltenslenkende Kampagnen führen⁵⁶. Somit ist der Bund in diesem Bereich befugt, verhaltenslenkende Massnahmen zu treffen.

37 BURCKHARDT vertrat 1931 den Standpunkt, dass der Bund gestützt auf Art. 69 aBV nicht in die kantonale Steuerhoheit eingreifen dürfe und insbesondere nicht den Kantonen fiskalische Massregeln vorschreiben dürfe⁵⁷. Er stellte also die Zuständigkeit des Bundes in Frage, den Kantonen die Erhebung bestimmter Steuern vorzuschreiben. Diese Stellung-

⁵³ MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 36 ff.

⁵⁴ Botschaft Präventionsgesetz, S. 7182.

⁵⁵ Botschaft Präventionsgesetz, S. 7182.

⁵⁶ Botschaft BV, S. 333 f.; Botschaft Präventionsgesetz, S. 7071 ff., S. 7182; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 118 N 6, 15; Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VPB 68.81; MALINVERNI, Kommentar aBV, Art. 69 Rz. 29; MÜLLER, Zwangsmassnahmen, S. 22.

⁵⁷ BURCKHARDT, S. 614.

nahme spricht deshalb nicht gegen Lenkungsabgaben, welche der Bund (aus nicht fiskalischen Gründen) erhebt.

- 38 Aus heutiger Sicht zählen reine Lenkungsabgaben zu den Instrumenten, welche der Bund grundsätzlich einsetzen kann, wenn er in einem bestimmte Sachbereich über die Kompetenz zur Verhaltenslenkung verfügt⁵⁸. Wortlaut, Zweck, Entstehungsgeschichte und geltungszeitliche Auslegung von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV sprechen nicht dagegen, dass der Bund als Instrument zur Bekämpfung stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten auch Lenkungsabgaben einsetzt.

4. Fazit

- 39 Sowohl Art. 118 Abs. 2 Bst. a als auch Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV räumen dem Bund die Kompetenz ein, gesundheitspolitisch motivierte verhaltenslenkende Massnahmen zur Reduktion übermässigen Alkoholkonsums zu treffen. Damit ist eine der Voraussetzungen einer Bundeskompetenz zur Erhebung einer Lenkungsabgabe erfüllt.

B. Konsumentenschutz (Art. 97 BV)

- 40 Gemäss Art. 97 BV trifft der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Die Zielvorgabe dieser Bundeskompetenz ist weit gefasst; die Botschaft bezeichnet sie als „generalklauselartig“⁵⁹. Es handelt sich um eine Querschnittaufgabe, welche sich mit zahlreichen kantonalen Kompetenzen überschneidet. Dementsprechend ist bei der Bestimmung des Umfangs der Bundeskompetenz eine gewisse Zurückhaltung geboten⁶⁰. Unter dem Schutz der Konsumenten wird insbesondere die Stärkung der Markttransparenz und der Konsumenten-

⁵⁸ Vorn Rz. 8.

⁵⁹ Botschaft BV, S. 302.

⁶⁰ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 97 N 3.

souveränität sowie der Ausgleich des Machtgefälles zwischen Anbietern und Nachfragern verstanden⁶¹.

- 41 Art. 97 Abs. 1 BV enthält keine Ermächtigung, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Somit muss sich die Konsumentenschutzgesetzgebung auf Massnahmen beschränken, welche mit dem Grundsatz des freien Wettbewerbs gemäss Art. 94 BV vereinbar sind. Als zulässig gelten somit in der Regel Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter und sozialpolitisch orientierten Regelungen zum Schutz benachteiligter Konsumenten. Unzulässig wären dagegen Massnahmen zur Beeinflussung der Marktstruktur, auch wenn angenommen würde, dass eine bestimmte Marktstruktur dem Interesse der Konsumenten dienen würde⁶².

- 42 Die Lenkungsabgabe auf Wein und Bier dient nicht der Markttransparenz, der Konsumentensouveränität oder dem Ausgleich des Machtgefälles zwischen Anbietern und Nachfragern. Sie kann sich somit nicht auf Art. 97 BV stützen.

C. Gebrannte Wasser (Art. 105 und 131 Abs. 1 Bst. b BV)

- 43 Art. 105 BV begründet eine umfassende Bundeskompetenz auf dem Gebiet der „gebrannten Wasser“. Der Begriff der „gebrannten Wasser“ ist in einem weiten Sinn zu verstehen und erfasst sämtliche Arten von Alkohol mit Ausnahme von Erzeugnissen, die ausschliesslich durch Vergärung gewonnen werden wie z. B. Wein, Bier und Most⁶³. Der Gesetzgebungsauftrag an den Bund ist gesundheitspolitisch motiviert⁶⁴. Ent-

⁶¹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 97 N 4 mit Hinweisen.

⁶² JACOBS, St. Galler Kommentar BV, Art. 97 N 9.

⁶³ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 105 N 2 f.; VEIT/LEHNE, St. Galler Kommentar BV, Art. 105 Rz. 2 f.

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 2A.660/2004 E. 3.4; BGE 128 I 301 E. 3d/aa; Entscheid der eidgenössischen Alkoholkurskommission, VPB 64.115 E. 7b; Botschaft BV, S. 313 f.; AUBERT, Kommentar aBV, Art. 32^{bis} Rz. 58; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 105 N 4; VEIT/LEHNE, St. Galler Kommentar BV, Art. 105 Rz. 4.

sprechend schreibt Art. 105 Satz 2 BV vor, dass der Bund insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung trägt.

- 44 Wichtige Mittel des Bundes zur Erreichung der gesundheitspolitischen Ziele im Bereich der gebrannten Wasser sind einerseits die Monopolisierung, welche durch ein Konzessionssystem ausgeübt wird, und andererseits die Reduktion der Nachfrage durch die fiskalische Belastung. Neben diesen gesundheitspolitischen Zielen darf der Bund seine Gesetzgebungskompetenz unter Einschluss der Monopolisierung und der Besteuerung auch für weitere – namentlich auch fiskalische – Ziele nutzen⁶⁵.
- 45 Für die Besteuerung gebrannter Wasser besteht eine besondere Verfassungsgrundlage in Art. 131 Abs. 1 Bst. b BV. Diese Steuer hat neben dem gesundheitspolitischen auch einen fiskalischen Zweck⁶⁶. Gemäss Art. 131 Abs. 3 BV erhalten die Kantone zehn Prozent des Reinertrags aus der Besteuerung der gebrannten Wasser zur Bekämpfung der Ursachen und Wirkungen von Suchtproblemen.
- 46 Die Kompetenz des Bundes im Bereich der gebrannten Wasser umfasst anerkanntermassen auch die Kompetenz, eine Lenkungsabgabe zu erheben⁶⁷.
- 47 Zwar ist die unter der Sachüberschrift Alkohol in Art. 105 BV verankerte Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der „gebrannten Wasser“ in Bezug auf ihren Gegenstand extensiv auszulegen. Aber aus ihrem Wortlaut, dem Wortlaut von Art. 131 BV sowie aus der historischen Entwicklung der Bundeskompetenzen im Bereich der Alkoholprävention und -besteuerung ergibt sich, dass aus Art. 105 sowie 131 Abs. 1 Bst. b BV keine Bundeskompetenz für eine allgemeine Alkoholsteuer abgeleitet

⁶⁵ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 105 N 4 f.; VEIT/LEHNE, St. Galler Kommentar BV, Art. 105 Rz. 4 ff.

⁶⁶ BEHNISCH, St. Galler Kommentar BV, Art. 131 Rz. 8; REICHMUTH, S. 30; ZURBRÜGG, S. 31 ff.

⁶⁷ Vgl. Botschaft Alcopops, S. 2171 ff., 2178; BEHNISCH, St. Galler Kommentar BV, Art. 131 Rz. 4.

werden könnte, welche auch den ausschliesslich durch Vergärung gewonnenen Alkohol umfassen würde⁶⁸.

- 48 Umgekehrt kann aus Art. 105 und 131 Abs. 1 Bst. b BV u.E. auch kein Argument abgeleitet werden, das gegen die Zulässigkeit von Lenkungsabgaben auf Bier und Wein sprechen würde, sofern sich diese auf andere Bestimmungen der Bundesverfassung stützen kann. Die umfassende Bundeskompetenz im Bereich der gebrannten Wasser stand schon seit 1930 neben spezifischen Bundeskompetenzen im Bereich des vergorenen Alkohols⁶⁹ und verschiedenen weiteren Kompetenzen des Bundes in Bezug auf den Gesundheitsschutz.

D. Vergorener Alkohol (Art. 32^{quater} aBV)

- 49 1930 wurde Art. 32^{quater} in die Bundesverfassung aufgenommen, welcher verschiedene Regelungen über vergorene alkoholische Getränke (Wein, Bier und Most) enthielt. Dies erfolgte vor dem Hintergrund einer damals bestehenden Regelung, welche darauf abzielte, den Konsum von hochprozentigem gebranntem Alkohol auf den vergorenen Alkohol mit niedrigem Alkoholanteil umzulenken⁷⁰. Dementsprechend verbot Art. 32^{quater} Abs. 3 aBV den Kantonen, den vergorenen Alkohol zu besteuern.
- 50 Art. 32^{quater} Abs. 1 und 2 aBV enthielten Ermächtigungen an den kantonalen Gesetzgeber, bei der Regelung des Gastwirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels in Bezug auf den Ausschank und Vertrieb alkoholischer Getränke einschränkende Bestimmungen zu erlassen, welche von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen können. Der wesentliche Gehalt von Art. 32^{quater} Abs. 1 aBV war die Grundlage für eine vom kantonalen Gesetzgeber einzuführende Bedürfnisklausel. Art. 32^{quater} Abs. 2 aBV gab den Kantonen die Ermächtigung, den sogenannten Mittelhandel (auch Mi-Groshandel) mit vergorenen alkoholischen Getränken in

⁶⁸ Botschaft BV, S. 352 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 131 N. 2.

⁶⁹ Vgl. vorn Rz. 49.

⁷⁰ AUBERT, Kommentar aBV, Art. 32^{quater}, Rz. 3 und 7.

Mengen von 2 bis 10 Liter einer Bewilligungspflicht und einer mässigen Gebühr zu unterstellen. Soweit gesundheitspolitisch motiviert, konnte sich die Bewilligungspflicht bereits auf Art. 31 Abs. 2 aBV stützen. Somit bestand der wesentliche Regelungsgehalt der Bestimmung in der Beschränkung der Höhe kantonaler Gebühren im Mittelhandel⁷¹.

- 51 Die Regelung über vergorene alkoholische Getränke gemäss Art. 32^{quater} aBV wurde nicht in die BV 1999 übernommen. Für die meisten Bestimmungen dieses Verfassungsartikels bedeutete dies eine Zurückstufung auf die Gesetzesebene⁷². Hingegen begründete die Botschaft zur neuen Bundesverfassung den Verzicht auf die Übernahme der Bestimmungen zur Bedürfnisklausel damit, dass gesundheitspolitisch motivierte Beschränkungen des Alkoholverkaufs und -ausschanks bis hin zu einer Bedürfnisklausel auch ohne eine solche Bestimmung eingeführt werden könnten, wenn sie sich zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs als geeignet erweisen⁷³.
- 52 Nach heutiger Auffassung bedürfen nur Massnahmen, die gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verstossen (sogenannte grundsatzwidrige Massnahmen) einer besonderen Ermächtigung in der Bundesverfassung. Sie sind ausserdem dem Bund vorbehalten, soweit sie nicht auf kantonalen Regalrechten beruhen⁷⁴. Als grundsatzwidrig gelten Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen oder die das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan lenken wollen⁷⁵. Dazu werden beispielsweise Preisvorschriften, Kontingente und Einfuhrverbote gezählt. Soweit keine besondere Verfassungsgrundlage

⁷¹ AUBERT, Kommentar aBV, Art. 32^{quater} aBV, Rz. 14, 26 ff.

⁷² Botschaft BV, S. 108, vgl. auch S. 112 f.

⁷³ Botschaft BV, S. 314; AUBERT, Kommentar aBV, Art. 32^{quater} aBV, Rz. 26 ff.

⁷⁴ Art. 94 Abs. 4 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 661.

⁷⁵ BGE 125 I 335 E. 2a; BGE 111 Ia 184 E. 2b; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 658; VALLENDER, St. Galler Kommentar BV, Art. 94, Rz. 5 ff. mit Hinweisen. Zu Art. 32^{quater} aBV vgl. AUBERT, Art. 32^{quater} aBV, Rz. 26.

dafür besteht, ist aufgrund der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV eine staatliche Bedürfnislenkung ausgeschlossen⁷⁶.

- 53 Demgegenüber sind prinzipiell Massnahmen zulässig, welche mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit konform sind⁷⁷. Als grundsatzkonform werden Massnahmen betrachtet, die sich auf ein polizeiliches oder ein anderes nicht wirtschaftspolitisches öffentliches Interesse stützen⁷⁸. Auch solche Massnahmen können erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse haben, führen aber nicht ohne Weiteres zur Annahme einer Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Dies gilt insbesondere, wenn das Eingriffsmotiv in einem besonders gewichtigen öffentlichen Interesse, namentlich im Schutz hochrangiger Polizeigüter wie dem Gesundheitsschutz, besteht⁷⁹. Ob eine Massnahme grundsatzkonform ist oder nicht, ist oft eine mit Abwägungen verbundene Wertungsfrage. Je gewichtiger das nicht wirtschaftspolitische Interesse an einer Massnahme ist, desto eher sind wettbewerbsverzerrende Wirkungen hinzunehmen⁸⁰.
- 54 Da die Wirtschaftsfreiheit durch Art. 27 BV grundrechtlich geschützt ist, müssen Eingriffe auch den Anforderungen von Art. 36 BV entsprechen. Sie müssen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein; der Kerngehalt des Grundrechts darf nicht verletzt werden⁸¹. Bestehen verschiedene Möglichkeiten zur Erreichung polizeilicher oder anderer nicht wirtschaftspolitischer Ziele, so ist eine Massnahme zu treffen, die möglichst wettbe-

⁷⁶ VALLENDER, St. Galler Kommentar BV, Art. 94, Rz. 5 ff. mit Hinweisen; zu Art. 32^{quater} aBV: AUBERT, Art. 32^{quater} aBV, Rz. 26.

⁷⁷ Art. 94 Abs. 1 BV; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 49.

⁷⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 672 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 49.

⁷⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 659, 694.

⁸⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 659; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 59 ff., 90 ff.

⁸¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 668 ff.

werbsfreundlich ist⁸². Voraussetzung ist, dass sie nicht wirtschaftspolitisch (im Sinne der Begünstigung bestimmter Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen oder einer Lenkung des Wirtschaftslebens nach einem festen Plan) motiviert sind.

55 Die Möglichkeit einer strukturpolitischen Bedürfnisklausel war im Verfassungsentwurf 1996 in der Bestimmung über die Strukturpolitik (Art. 92 Abs. 2) enthalten, wurde aber im Parlament gestrichen. Den Kantonen wurde befristet bis 2009 die Möglichkeit belassen, eine strukturpolitische Bedürfnisklausel zum Schutz des Gastwirtschaftsgewerbes weiterzuführen⁸³.

56 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 32^{quater} aBV in Bezug auf die Alkoholprävention einerseits sicherstellte, dass die Kantone vergorene (und damit niedrigprozentige) alkoholische Getränke nicht durch Steuern verteuerten und andererseits wurde den Kantonen ermöglicht, die Anzahl der Gaststätten durch eine Bedürfnisklausel zu reduzieren. Daraus kann unseres Erachtens jedoch nicht abgeleitet werden, dass es dem Bund untersagt wäre, gestützt auf andere kompetenzbegründende Verfassungsbestimmungen Massnahmen zur Bekämpfung des übermässigen Konsums vergorenen Alkohols zu treffen. Ebenso wenig spricht diese Entwicklung gegen die Erhebung einer Lenkungsabgabe.

E. Getränke- und Biersteuer (Art. 131 Abs. 1 Bst. c BV)

57 Eine eidgenössische Getränkesteuer hatte in den 1930er Jahren sämtliche Getränke (mit Ausnahme der separat besteuerten gebrannten Wasser) mit einer fiskalisch motivierten Luxussteuer belastet⁸⁴. Sie wurde 1935 durch einen extrakonstitutionellen Bundesbeschluss eingeführt. In

⁸² RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 71.

⁸³ Art. 196 Ziff. 7 BV.

⁸⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 2. September 1933 betreffend die ausserordentlichen und vorübergehenden Massnahmen zur Wiederherstellung des Budgetgleichgewichtes, BBl 1933 II 197, S. 276 ff.

den nächsten zwei Jahren zeigte sich, dass die Biersteuer etwa drei Viertel des Gesamtertrages der Getränkesteuer ausmachte. Auf Grund des fortdauernden Widerstandes der Weinbauern wurde die allgemeine Getränkesteuer mit Bundesratsbeschluss vom 27. September 1937 (Inkrafttreten am 1. Okt. 1937) aufgehoben und nur noch die Steuer auf Bier beibehalten. Mit Bundesbeschluss vom 26. Oktober 1937 über die Verlängerung und Anpassung des Fiskalnotrechts für das Jahr 1938 wurde die Biersteuer von der Bundesversammlung genehmigt⁸⁵. Die Aufhebung der Besteuerung der übrigen nicht gebrannten Getränke erfolgte mit Rücksicht auf die schwierige wirtschaftliche Lage (schlechte Wein- und Obsternte) sowie auf das erfolgreiche Lobbying der Weinbauer⁸⁶. Erst 1958 wurde die Biersteuer in Art. 41^{ter} BV und damit zum ersten Mal im ordentlichen Verfassungsrecht verankert⁸⁷.

- 58 Aus der im Laufe dieser Entwicklung erfolgten Beschränkung der Besteuerung auf Bier darf geschlossen werden, dass auch gesundheitspolitische Überlegungen mitgespielt hatten. Dementsprechend wird weder Mineralwasser noch alkoholfreies Bier einer entsprechenden Steuer unterworfen (während der Gesetzgeber beim Wein und Most den Interessen der einheimischen Wein- und Obstbauern entgegenkam). Eine vergleichbare gesundheitspolitische Absicht spielte bei der Festschreibung der Abgabenhöhe in Art. 41^{ter} Abs. 4 BV mit⁸⁸. Aus diesem Grund kann entgegen der Botschaft zum Biersteuergesetz⁸⁹ nicht gesagt werden, dass es sich um eine rein fiskalische Steuer handle und eine Lenkungsabgabe auf Bier nicht auf Art. 131 Abs. 1 Bst. c BV gestützt werden könne. Vielmehr liegt – zumindest sekundär – eine Lenkungsabsicht vor⁹⁰.

⁸⁵ Vgl. Botschaft Biersteuer, S. 5655.

⁸⁶ Botschaft Getränkesteuer, S. 149 f.

⁸⁷ Vgl. HÖHN/VALLENDER, Kommentar aBV, Art. 41^{ter}, S. 4 ff.

⁸⁸ Vgl. auch die Botschaft zum Biersteuergesetz BBl 2005, S. 5649 ff., S. 5655,

⁸⁹ Botschaft Biersteuergesetz, S. 5665 f., 5678.

⁹⁰ Vgl. auch BEHNISCH, St. Galler Kommentar BV, Art. 131 Rz. 4, der für die in Art. 131 BV aufgeführten Steuern allgemein auf die Berücksichtigung

- 59 Somit liesse sich eine gesundheitspolitisch motivierte Erhöhung der Biersteuer auch auf Art. 131 Abs. 1 Bst. c BV abstützen⁹¹. Da sich diese Bestimmung ausdrücklich nur auf Bier bezieht, bildet sie hingegen keine Grundlage für Lenkungsabgaben auf anderen alkoholischen Getränken, wie Wein und Most.
- 60 Anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 wurde die (erneute) Ausdehnung der Besteuerung auf alle Alkoholika unter Einschluss von Wein und Most abgelehnt, weil dies über die Nachführung hinaus gegangen wäre⁹². Geblieben ist nur die Besteuerung von gebrannten Wassern und von Bier. Die übrigen vergorenen Alkoholika unterliegen keiner besonderen Besteuerung (aber natürlich der Mehrwertsteuer). Aus dem agrar- und wirtschaftspolitisch motivierten Verzicht auf die Besteuerung der übrigen vergorenen Alkoholika (Wein und Most), welcher anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung beibehalten wurde, muss geschlossen werden, *dass fiskalische Nebenzwecke einer gesundheitspolitisch motivierten Lenkungsabgabe auf Wein und Most unzulässig sind*. Unzulässig sind somit auch fiskalpolitische Nebenzwecke einer auf Art. 118 Abs. 2 BV gestützten Lenkungsabgabe. Dieser Aspekt müsste bei der Prüfung der Zulässigkeit einer allfälligen Ertragsverwendung einer solchen Lenkungsabgabe berücksichtigt werden.
- 61 Hingegen kann aus dem wirtschafts- und agrarpolitisch motivierten Verzicht auf die Erhebung einer primär fiskalischen Steuer auf Wein und Most nicht geschlossen werden, dass die Erhebung einer gesundheitspolitisch motivierten reinen Lenkungsabgabe auf diesen Alkoholika unzulässig wäre. Hieraus folgt auch, dass Art. 131 Abs. 1 Bst. c BV nicht

gesundheitspolitischer und ökologischer Aspekte sowie einen erheblichen Lenkungscharakter hinweist. Gemäss HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht, S. 687 ff., werden die Bier- und die Branntweinsteuern als besondere Wirtschaftsverkehrssteuern kategorisiert. Er weist darauf hin, dass diesen neben dem Fiskalzweck zum Teil auch eine Lenkungsfunktion zukommt, insbesondere bei der Besteuerung von Genussmitteln.

⁹¹ Anderer Ansicht Botschaft Biersteuergesetz, S. 5666.

⁹² AB NR Separatdruck Reform der Bundesverfassung 1998, S. 351 f.

dagegen spricht, eine Kompetenz des Bundes zur Erhebung von gesundheitspolitisch motivierten Lenkungsabgaben gestützt auf andere Bestimmungen der Bundesverfassung (namentlich Art. 118 BV) anzunehmen.

IV. Weitere Voraussetzungen einer Lenkungsabgabe

- ⁶² Die Erhebung einer Lenkungsabgabe setzt zunächst eine Sachkompetenz des Bundes zur Verhaltenslenkung voraus⁹³. Wie gezeigt wurde, verfügt der Bund sowohl gestützt auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a als auch auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV über die Kompetenz, gesundheitspolitisch motivierte verhaltenslenkende Massnahmen zur Reduktion übermässigen Alkoholkonsums zu treffen.
- ⁶³ Sodann ist vorausgesetzt, dass die betreffende Sachkompetenz Lenkungsabgaben als Instrument nicht ausschliesst. Da dem Bund in beiden genannten Teilbereichen eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zusteht und er in der Wahl der Mittel keinen besonderen Einschränkungen unterworfen ist, steht ihm grundsätzlich auch die Möglichkeit offen, gestützt auf diese beiden Bestimmungen Lenkungsabgaben zu erheben. Wie gezeigt wurde, schliessen auch die Verfassungsbestimmungen über die Besteuerung von alkoholischen Getränken eine auf Art. 118 BV gestützte Lenkungsabgabe nicht aus.
- ⁶⁴ Zu beachten sind aber die allgemeinen Grundsätze über die Erhebung von Lenkungsabgaben durch den Bund sowie die grundrechtlichen Anforderungen, namentlich die rechtsgleiche Ausgestaltung der Lenkungsabgabe und die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, soweit diese betroffen ist⁹⁴.

⁹³ Vorn Rz. 8.

⁹⁴ Vorn Rz. 16.

- 65 Die Lenkungsabgaben müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit geeignet sein, das angestrebte Ziel zu fördern. Dies ist auch bei der Festlegung der Höhe der Abgabe zu berücksichtigen⁹⁵. Zu beachten ist, dass gemäss den im erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des Alkoholgesetzes erwähnten Studien eine Preiserhöhung zwischen 10 und 100 Prozent erforderlich ist, um eine merkliche Beeinflussung des Alkoholkonsums zu erreichen⁹⁶.
- 66 Weiter verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass sich die Abgabe als das mildere Mittel erweist als andere denkbare Massnahmen. Dies trifft jedenfalls im Verhältnis zu staatlich vorgeschriebenen Mindestpreisen zu, weil Lenkungsabgaben im Gegensatz zu einem Mindestpreis den Preiswettbewerb nicht verzerren⁹⁷.
- 67 Grundsätzlich können die Erträge entweder an die Bevölkerung und die Wirtschaft bzw. an die Kantone verteilt oder dann zur Förderung des Lenkungsziels verwendet werden. Eine lenkungszielkonforme Verwendung kann im Einsatz des Abgabenertrags für die Alkoholprävention liegen. Wie bereits erwähnt, müsste die Zulässigkeit einer allfälligen Ertragsverwendung bei der Besteuerung von Wein und Most auch unter Berücksichtigung der in Art. 131 BV erfolgten Auswahl von Steuerobjekten unter den alkoholischen Getränken geprüft werden.
- 68 Wenn der Abgabenertrag im Hinblick auf die Wahrung des Steuersubstrats der Kantone als wesentlich erscheint, tritt die Sachkompetenz in Konkurrenz zum Verfassungsvorbehalt für Bundessteuern⁹⁸. Je stärker die Lenkungsabgabe für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist, desto eher wird sie von den genannten Sachkompetenzen umfasst. Zu beachten ist weiter, dass das Steuersubstrat der Kantone durch die insge-

⁹⁵ KELLER/HAUSER, Ertragsverwendung, S. 807, 809 f.; KELLER/HAUSER, Rechtsgutachten, Rz. 31, 44, 102, 149.

⁹⁶ Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des Alkoholgesetzes vom 30. Juni 2010, S. 9 f.

⁹⁷ EPINEY/METZ, S. 26; EPINEY/PIRKER, S. 34; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 77 mit weiteren Hinweisen.

⁹⁸ KELLER/HAUSER, Ertragsverwendung, S. 823.

samt ohne besondere Verfassungsgrundlage erhobenen Lenkungsabgaben nicht erheblich beeinträchtigt werden darf.

V. Schlussfolgerung und Beantwortung der Gutachtensfragen

- 69 Eine gesundheitspolitisch motivierte Lenkungsabgabe des Bundes auf nicht gebrannten alkoholischen Getränken, namentlich auf Bier und Wein, kann auf die Bundeskompetenzen zum Erlass der Gesetzgebung über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände gemäss Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV sowie die Kompetenz zur Bekämpfung bestimmter Arten von Krankheiten gemäss und Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV gestützt werden.
- 70 Aus der früheren Regelung in Art. 32^{quater} aBV, welche im Interesse der Alkoholprävention sicherstellte, dass die Kantone vergorene (und damit niedrigprozentige) alkoholische Getränke nicht durch Steuern verteuerten und ihnen ermöglichten, die Anzahl der Gaststätten durch eine Bedürfnisklausel zu reduzieren, kann unseres Erachtens nicht abgeleitet werden, dass es dem Bund untersagt wäre, gestützt auf andere kompetenzbegründende Verfassungsbestimmungen Massnahmen zur Bekämpfung des übermässigen Konsums vergorenen Alkohols zu treffen und zu diesem Zweck eine Lenkungsabgabe einzuführen.
- 71 Art. 131 BV sieht eine Sonderverbrauchssteuer auf gebrannten Wassern und Bier vor, die neben fiskalischen zumindest sekundär auch gesundheitspolitische Zwecke hat. Nicht erfasst von dieser Bestimmung sind Wein und Most. Nicht zulässig wäre deshalb die Abstützung einer Lenkungsabgabe auf Wein und Most auf Art. 131 BV. Die in Art. 131 BV getroffene Auswahl der Steuerobjekte im Bereich alkoholischer Getränke muss bei der Prüfung der Zulässigkeit einer allfälligen Ertragsverwendung berücksichtigt werden.

- 72 Keine Aussage kann im vorliegenden Gutachten zur Ausgestaltung einer Lenkungsabgabe getroffen werden, da kein konkretes Konzept zu prüfen war. Immerhin lässt sich festhalten, dass eine solche Abgabe ausschliesslich gesundheitspolitisch motiviert und deshalb gesundheitspolitisch ausgestaltet sein muss. Die Eignung der Lenkungsabgabe zur Reduktion übermässigen Alkoholkonsums ist eine Voraussetzung ihrer Zulässigkeit und bildet deshalb ein entscheidendes Kriterium für ihre Ausgestaltung sowie für ihre Höhe. Bei der Ausgestaltung sind weiter die Anforderungen an Grundrechtseingriffe, namentlich in Bezug auf die Rechtsgleichheit und die Wirtschaftsfreiheit zu beachten. Anhand der konkreten Ausgestaltung ist die Verhältnismässigkeit der Abgabe und auf Grund ihres Eingriffs in das Steuersubstrat der Kantone ihre Vereinbarkeit mit dem Verfassungsvorbehalt für Bundessteuern zu prüfen.

Zürich, 13. April 2011

Helen Keller

Matthias Hauser

VI. Anhang

1. Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. AUBERT, Kommentar aBV)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003 (zit. Commentaire Cst.)
- AUER RES, Sonderabgaben, Diss., Bern 1980
- BEHNISCH URS, Kommentar zu Art. 131 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 (zit. BEHNISCH, St. Galler Kommentar BV)
- BEUSCH MICHAEL, Lenkungsabgaben im Strassenverkehr, Diss. Zürich 1999
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, Kommentar BV)
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002
- BÖCKLI PETER, Innovation und Mimikry im Abgaberecht, ASA 1989/90, S. 177 ff. (zit. BÖCKLI, Mimikry)
- BÖCKLI PETER, Rechtliche Aspekte der Lenkungssteuern, WuR 1976, S. 32 ff. (zit. BÖCKLI, Lenkungssteuern)
- Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten über die Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen vom 8. Mai 2003, VPB 68.81
- BURCKHARDT W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931
- DIRIWÄCHTER HANS, Die Zuständigkeit zur Erhebung und Regelung von Lenkungsabgaben, Diss., Gais 1980
- DONZEL VALÉRIE, Les redevances en matière écologique, Diss., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. DONZEL, redevances)
- DUVANEL-DONZEL VALÉRIE, La fiscalité écologique à la lumière des principes généraux du droit, URP 2007, S. 37 ff. (zit. DUVANEL-DONZEL, fiscalité)

- EPINEY ASTRID/METZ BEATE, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG und der Wirtschaftsfreiheit, Institut für Europarecht, Universität Freiburg, Oktober 2009 (<http://www.eav.admin.ch/dienstleistungen/00634/>, zuletzt besucht am 12.04.2011)
- EPINEY ASTRID/PIRKER BENEDIKT, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG und der Wirtschaftsfreiheit, Institut für Europarecht, Universität Freiburg, November 2009 (<http://www.eav.admin.ch/dienstleistungen/00634/>, zuletzt besucht am 12.04.2011)
- FLEINER THOMAS, Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, WuR 1975, S. 193 ff.
- FLEINER-GERSTER THOMAS, Kommentar zu Art. 24^{septies} aBV in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. FLEINER-GERSTER, Kommentar aBV)
- GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2010
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008
- HETTICH PETER/WETTSTEIN YANNICK, Rechtsfragen um Kostenanlastungssteuern, ASA 78 (2009/2010), S. 537 ff.
- HÖHN ERNST, Kommentar zu Art. 42 aBV in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. HÖHN, Kommentar aBV)
- HÖHN ERNST, Aspekte verfassungsmässiger Besteuerung, ASA 45 (1976/77), S. 209 ff. (zit. HÖHN, Aspekte)
- HÖHN ERNST, Zum Problem der Verfassungsmässigkeit von Lenkungsabgaben des Bundes, in: Küng Emil (Hrsg.), Festschrift Walter A. Jöhr, Tübingen 1980, S. 76 ff. (zit. HÖHN, Lenkungsabgaben)
- HÖHN ERNST/VALLENDER KLAUS A., Kommentierung von Art. 41^{ter}, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. HÖHN/VALLENDER, Kommentar aBV)
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Bd. I, 9. Aufl., Bern 2001

- HUNGERBÜHLER ADRIAN, Grundsätze des Kausalabgaberechts, ZBI 2003, S. 505 ff.
- JAAG TOBIAS/KELLER HELEN, Zur Verfassungsmässigkeit einer Energieabgabe, URP 1998, S. 319 ff.
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte, AJP 2006, S. 21 ff.
- JAGMETTI RICCARDO, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd. VII, Basel 2005
- JUSTIZABTEILUNG, Rechtsgutachten der vom 2. November 1978 zur verfassungsrechtlichen Grundlage für Bundesrecht über Krankheitsverhütung mit Geltungsbereich auch für die Suchtmittelprävention, VPB 43.48
- KAPPELER THOMAS, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen umweltpolitisch motivierter Lenkungsabgaben, Diss. Zürich 2000
- KELLER HELEN/HAUSER MATTHIAS, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, AJP 2009, S. 803 ff. (zit. KELLER/HAUSER, Ertragsverwendung)
- KELLER HELEN/HAUSER MATTHIAS, Rechtsgutachten über den verfassungsrechtlichen Rahmen einer Klimalenkungsabgabe des Bundes, Zürich, 6. Juni 2008, <http://www.bafu.admin.ch/recht/01748/>, zuletzt besucht am 12.04.2011; zit. KELLER/HAUSER, Rechtsgutachten)
- LANDOLT HARDY, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009
- MALINVERNI GIORGIO, Kommentierungen der Art. 69 und 69^{bis}, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. MALINVERNI, Kommentar aBV)
- MARAIA JEAN-FREDERIC, Des contributions écologiques volontaires aux contributions publiques (ou taxes) écologiques, URP 2007, S. 58 ff.
- MAURER ALFRED/SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARK, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2009
- MORELL RETO, Kommentierung von Art. 74, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 (zit. MORELL, St. Galler Kommentar BV)
- MÜLLER MARKUS, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung. Das Epidemiengesetz und die persönliche Freiheit, Diss. Bern, Basel und Frankfurt am Main 1992 (zit. MÜLLER, Zwangsmassnahmen)

- OBERSON XAVIER, Droit fiscal suisse, 3. Aufl., Basel 2006 (zit. OBERSON, droit fiscal)
- OBERSON XAVIER, Les taxes d'orientation, Diss., Basel 1991 (zit. OBERSON, taxes d'orientation)
- POLEDNA TOMAS, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 (zit. POLEDNA, St. Galler Kommentar BV)
- REICH MARKUS, Vorbemerkungen zu Art. 1/2, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., Basel 2002
- REICHMUTH ALFRED, Das schweizerische Alkoholmonopol, Diss., Zürich 1971
- RHINOW RENE A., in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. RHINOW, Kommentar aBV)
- RHINOW RENÉ/BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsgutachten über die Zuständigkeit des Bundes zur Einführung des sog. "Landschaftsrappens" vom 29. Oktober 1997 (nicht publiziert)
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
- SALADIN PETER, Bund und Kantone, ZSR 1984 II, S. 431 ff. (zit. SALADIN, Bund und Kantone)
- SALADIN PETER, Kommentar zu Art. 3, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. SALADIN, Kommentar aBV)
- SCHÜPBACH MIKE/FORSTER PETER/ZELTNER THOMAS, Krankheitsbekämpfung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd. VIII, Gesundheitsrecht, Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Basel 2005, S. 191 ff.
- SCHWEIZER RAINER, Kommentar zu Art. 3, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 (zit. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV)
- SCHWEIZERISCHER BUNDESRAT, Bericht zum Schutz vor Passivrauchen vom 10. März 2006, BBl 2006, S. 3695 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Vorbemerkungen zu USG Art. 35a-35c, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz (hrsg. Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004
- TRUEB JOHANNES, Die Schweizerische Biersteuer, Diss. Zürich, Lungern 1947

- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht)
- VALLENDER KLAUS A., Lenkungsabgaben als Instrument des Umweltschutzrechts, URP 1988, S. 67 ff. (zit. VALLENDER, Lenkungsabgaben)
- VALLENDER KLAUS A., Kommentierung von Art. 94, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 (zit. VALLENDER, St. Galler Kommentar BV)
- VALLENDER KLAUS A./JACOBS RETO, Ökologische Steuerreform, Bern/Stuttgart/Wien, 2000
- VALLENDER KLAUS A./MORELL RETO, Umweltrecht, Bern 1997
- VEIT MARC D./LEHNE JENS B., Kommentierung von Art. 105, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008 (zit. VEIT/LEHNE, St. Galler Kommentar BV)
- ZURBRÜGG CHRISTOPH, Die schweizerische Alkoholpolitik, Diss., Bern 1976

2. Gesetzgebungsmaterialien

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Revision des Art. 69 der Bundesverfassung im Sinne vermehrter Befugnis des Bundes bei der Bekämpfung menschlicher und tierischer Krankheiten vom 20. Dezember 1911 (zit. Botschaft Revision Art. 69 aBV)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Genehmigung des internationalen Opium-Abkommens vom 8. Februar 1924, BBl 1924 Bd. I, S. 197 ff. (zit. Botschaft Opium-Abkommen)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Betäubungsmittel vom 12. Februar 1924, BBl 1924 Bd. I, S. 279 ff. (zit. Botschaft Betäubungsmittelgesetz)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Bezug der eidgenössischen Getränkesteuer vom 27. September 1937, BBl 1997, Bd. 3, S. 149 ff. (zit. Botschaft Getränkesteuer)
- Botschaft über die Verlängerung und Neugestaltung der Strassenbenützungsabgaben (Schwerverkehrsabgabe und Nationalstrassenab-

gabe) vom 27. Januar 1992, BBl 1992, Bd. II, S. 729 ff. (zit. Botschaft Neugestaltung Strassenbenützungsabgaben)

- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) vom 7. Juni 1993, BBl 1993, Bd. II, 1445 ff. (zit. Botschaft USG-Revision 1995)
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997, Bd. I, S. 1 ff. (zit. Botschaft BV)
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 17. März 1997, BBl 1997, Bd. III, 410 ff. (zit. Botschaft Reduktion CO₂-Emissionen)
- Botschaft betreffend die Einführung einer Sondersteuer auf Alcopops vom 26. Februar 2003, BBl 2003, S. 2170 ff. (zit. Botschaft Alcopops)
- Botschaft vom 7. September 2005 zum Bundesgesetz über die Biersteuer, BBl 2005, S. 5649 ff. (zit. Botschaft Biersteuer)
- Botschaft zum Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung vom 30. September 2009, BBl 2009, S. 7071 ff. (zit. Botschaft Präventionsgesetz)
- Totalrevision des Alkoholgesetzes: Vernehmlassungsentwurf des Alkoholgesetzes (AlkG) und Erläuternder Bericht vom 30. Juni 2010, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html>
- Totalrevision des Alkoholgesetzes: Vernehmlassungsentwurf eines Spirituosensteuergesetzes und Erläuternder Bericht vom 30. Juni 2010, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html>

3. Abkürzungen

AB NR	Amtliches Bulletin des Nationalrates
ABI	Amtsblatt des Kantons Zürich
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (nicht mehr in Kraft)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage

BBl	Bundesblatt
Bst.	Buchstabe
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, SR 812.121)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
bzw.	beziehungsweise
et al.	und andere
FN	Fussnote
Hrsg.	Herausgeber
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (Lebensmittelgesetz; SR 817.0)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
RN	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.E.	unseres Erachtens
URP	Umweltrecht in der Praxis
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts, Zürich (bis 1990)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht