

JAAC 66.45

Entscheid der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission vom 9. November 2001 in Sachen X AG [ALKRK 2001-002]).

Alcool. Boissons distillées. Changement de pratique en matière de publicité tolérée pour les boissons spiritueuses. Réglementation transitoire.

- Il y a décision attaquable également lorsqu'une autorité communique sous forme de décision une déclaration d'intention nette ou l'interdiction d'un certain comportement, même s'il n'existe pas d'obligation d'obtenir une autorisation y relative (consid. 1b et 1c).

- Confirmation de la jurisprudence selon laquelle la réglementation sur l'alcool doit exercer une action modératrice sur la consommation d'alcool, afin de concrétiser la lutte contre l'alcoolisme (consid. 2a et 4e/cc).

- Alors que, dans le cadre de sa pratique antérieure en matière d'autorisation de mesures de publicité, la Régie fédérale des alcools (RFA) avait toléré la représentation de personnel de bar dans son environnement de travail, elle introduisit un changement de pratique, qui interdit désormais la représentation de boissons spiritueuses dans le contexte de manifestations sociales et de lieux de rencontre. Des motifs sérieux ont conduit la RFA à développer la pratique selon laquelle la publicité pour des boissons spiritueuses ne doit représenter que le processus de production jusqu'à la commercialisation et que la publicité pour des boissons distillées doit se référer directement au produit et à ses propriétés, sans évoquer des valeurs idéales (consid. 4).

- Les renseignements donnés par une autorité ne peuvent la lier que dans la mesure où elle avait été informée sur l'état des faits. Comme seuls des sujets isolés et non une campagne publicitaire de plusieurs années avaient été soumis à la RFA pour autorisation, la modification de sa pratique ne viole pas le principe de la protection de la confiance (consid. 3b et 5a).

- L'absence de réglementation transitoire ne doit être considéré comme inadmissible qu'avec réserve, surtout dans le domaine du droit économique. Le fait que la RFA permette l'usage de sujets antérieurement admis constitue une réglementation transitoire suffisante (consid. 3c et 5b).

Alkohol. Gebrannte Wasser. Praxisänderung bei der Zulassung von Werbung für Spirituosen. Übergangsregelung.

- Eine anfechtbare Verfügung liegt auch dann vor, wenn die Behörde in Form einer Verfügung eine klare Absichtserklärung abgibt oder ein Verhalten untersagt, ohne dass eine entsprechende Bewilligungspflicht besteht (E. 1b und 1c).

- Bestätigung der Rechtsprechung, wonach die Alkoholrechtsordnung mässigend auf den Alkoholverbrauch einzuwirken hat, um die Bekämpfung des Alkoholismus zu verwirklichen (E. 2a und E. 4e/cc).

- Nachdem die Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV) im Rahmen ihrer früheren Bewilligungspraxis Werbung zugelassen hatte, welche Barpersonal an seinem Arbeitsplatz zeigt, führte sie eine Praxisänderung ein, welche die Darstellung von Spirituosen im Umfeld von gesellschaftlichen Anlässen und Begegnungsstätten untersagt. Der EAV können ernsthafte und sachliche Gründe für die Praxis nicht abgesprochen werden, wonach bei der Spirituosenwerbung nur der Produktionsbereich bis zu dessen Abschluss dargestellt werden darf und sich die Werbung für gebrannte Wasser unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen muss und keine ideelle Wertvorstellungen hervorrufen darf (E. 4).

- Eine Auskunft der Behörde kann nur in Bezug auf den Sachverhalt verbindlich werden, der ihr zur Kenntnis gebracht worden ist. Da der EAV nur einzelne Sujets und keine mehrjährige Werbekampagne zur Bewilligung unterbreitet wurden, ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes durch die Praxisänderung nicht verletzt (E. 3b und 5a).

- Das Fehlen einer Übergangsregelung ist insbesondere im Wirtschaftsrecht mit Zurückhaltung als unzulässig zu beurteilen. Der Umstand, dass die EAV die weitere Verwendung bereits bewilligter Sujets gestattet, stellt in ausreichendem Umfang eine Übergangsregelung dar (E. 3c und 5b).

Alcool. Bevande distillate. Modifica della prassi per l'autorizzazione di pubblicità per bevande spiritose. Disposizione transitoria.

- Una decisione è impugnabile anche quando l'autorità fornisce una chiara dichiarazione d'intenti sotto forma di decisione oppure quando proibisce un comportamento, senza che per quest'ultimo sia previsto un obbligo di autorizzazione (consid. 1b e 1c).

- Conferma della giurisprudenza, secondo cui la legislazione sull'alcool deve portare ad una limitazione del consumo di alcool, in modo da rendere concreta la lotta all'alcoolismo (consid. 2a e 4e/cc).

- Nella sua precedente prassi d'autorizzazione, la Regia federale degli alcool (RFA) permetteva la pubblicità in cui appariva personale di bar al proprio posto di lavoro. In seguito, la RFA ha introdotto una modifica della prassi, che proibisce la rappresentazione di bevande spiritose nel contesto di manifestazioni sociali e di luoghi di incontro. Motivi importanti hanno portato la RFA a sviluppare una prassi secondo la quale la pubblicità per bevande spiritose deve rappresentare solo il processo di produzione fino alla commercializzazione e la pubblicità per bevande distillate deve riferirsi direttamente al prodotto e alle sue proprietà, senza evocare valori ideali (consid. 4).

- Le informazioni fornite da un'autorità possono essere vincolanti solo nella misura in cui tale autorità era stata informata sullo stato dei fatti. Poiché alla RFA erano stati sottoposti per autorizzazione solo alcuni soggetti pubblicitari e non una campagna pubblicitaria pluriennale, la modifica della sua prassi non lede il principio della buona fede (consid. 3b e 5a).

- L'assenza di una disposizione transitoria deve essere considerata inammissibile solo con una certa prudenza, in particolare nel campo del diritto economico. Il fatto che la RFA permetta l'ulteriore utilizzo di soggetti pubblicitari già autorizzati costituisce una disposizione transitoria sufficiente (consid. 3c e 5b).

A. Der Zweck der X AG ist gemäss Eintrag im Handelsregister der Handel, Vertrieb und das Marketing von Getränken aller Art, insbesondere alkoholischer Getränke; unter anderem vertreibt diese Gesellschaft einen Whisky mit der Bezeichnung (unter der Marke) «Y».

B. Seit 1999 und vereinzelt schon früher traten diverse Werbeagenturen im Auftrag verschiedener Marktteilnehmer des Spirituosenhandels mit Gesuchen an die Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV) heran, in der Spirituosenwerbung Barpersonal abbilden zu dürfen. Die fraglichen Konzepte sehen die Wiedergabe einer Aussage einer Person zu ihren Erfahrungen mit dem fraglichen Produkt vor (so genannte Testimonialwerbung). Die Antragsteller begründeten ihr Begehren damit, dass beim Mixen von Cocktails auf der Basis verschiedener Spirituosen faktisch ein neues Produkt hergestellt werde. Da das Mischen dieser Drinks unter anderem durch Barkeeper erfolge, könnten diese als Mitarbeiter bei der Produktion angesehen werden. Diese Betrachtungsweise veranlasste die EAV dazu, Spirituosenwerbung zu tolerieren, die neben der Darstellung des Produkts auch Barpersonal im Umfeld des Arbeitsortes (Bar) zeigt. Eine derartige Werbung wurde jedoch nur dann bewilligt, wenn es sich bei den abgebildeten Personen um authentisches Barpersonal handelte, das empfohlene Rezept angegeben und die Lokalität genannt wurde, in welcher das Personal tätig ist.

Seit dem Zeitpunkt der Bewilligung der ersten Werbekampagnen dieser Art stellten die Werbeagenturen nach Auffassung der EAV zunehmend das Barpersonal in das Zentrum ihrer Werbebotschaft, während die Produkteinformation immer mehr in den Hintergrund rückte. So wurden beispielsweise in der neueren Werbekampagne eines Konkurrenten der X AG für das Produkt Wodka «Z» drei Kellner und eine Bardame abgebildet, wobei die Letztgenannte in eine überdimensionierte Spirituosenflasche projiziert erschien. Neben der Abbildung der Personen war die Darstellung des beworbenen Produktes nach Ansicht der EAV in diesen Inseraten nur noch nebensächlich. Auch tendierten die in den neueren Werbekampagnen zu den sogenannten Testimonials verwendeten Texte immer mehr dazu, den direkten Bezug zur beworbenen Spirituose zu verlieren. Die Werbung mit solchen Sujets präsentierte zunehmend auch die entsprechenden Begegnungsstätten und stellte diese bzw. das Barpersonal ins Zentrum, während die Produktinformation in den Hintergrund trat. Damit aber näherte sich die Werbung nach Ansicht der Verwaltung dem Bereich der verbotenen Angaben und Darstellungen. Aus diesem Grund sah sich die EAV dazu veranlasst, die Zulässigkeit derartiger Werbung strenger zu beurteilen. Um dem Verbot der unsachlichen Werbung zu genügen, durfte in der Spirituosenwerbung nur noch der Bereich des Produktionsprozesses der beworbenen Spirituose dargestellt werden, wobei der Produktionsprozess mit der Fertigstellung des Produktes als abgeschlossen galt.

Am 19. Juli 2000 entschied daher die Koordinationsstelle der EAV erstmals betreffend einer ihr zur Bewilligung vorgelegten neuen Werbekampagne für den Wodka «Z» im Sinne jener Praxisänderung, dass die Abbildung von Barpersonal im Zusammenhang mit der Werbung für gebrannte Wasser nicht mehr zulässig sei.

C. Bereits vor diesem Zeitpunkt, nämlich am 21. Oktober 1999, präsentierte eine von der X AG beauftragte Werbeagentur dem Leiter der Koordinationsstelle für den Handel mit gebrannten Wassern der EAV das Projekt einer Werbekampagne für den Whisky Y. Die Kampagne zeigt auf der Basis von Testimonials in Schwarzweiss je einen Barkeeper in seinem Arbeitsumfeld, der sich über das fragliche Getränk in werbewirksamer Art und Weise positiv äussert. Am 29. Oktober 1999 unterbreitete die Werbeagentur der EAV die ersten konkreten Entwürfe, welche einen Barkeeper von der «L. Bar» in B. zeigten. Die Koordinationsstelle der EAV teilte der Werbeagentur am 1. November 1999 mit, dass sie die Entwürfe mit den Werbebestimmungen als vereinbar erachte. In der Folge wurde die Werbekampagne für Whisky Y mit dem genehmigten Sujet realisiert.

Wegen der positiven Resonanz im Publikum und aufgrund befriedigender Marktforschungsergebnisse unterbreitete die Werbeagentur im Auftrag der X AG der EAV am 9. Mai 2000 zwei weitere Personenabbildungen und diverse Textvarianten. Es handelte sich dabei um einen Barkeeper vom «Le B.» in G. und einen Chef de Bar vom «La T.» in Z. Da die bildlichen Darstellungen mit den bereits genehmigten Inseraten der Kampagne im Einklang standen, bestätigte die Koordinationsstelle der EAV die Gesetzeskonformität der Entwürfe. Hinsichtlich der französischsprachigen Werbetexte zu den bildlichen Darstellungen teilte die Koordinationsstelle der EAV der Werbeagentur am 29. Mai 2000 mit, dass nur ein Teil der vorgeschlagenen

Werbetexte den Anforderungen entspreche. Nach Vornahme entsprechender Anpassungen bei den Texten hat die X AG die Werbekampagne mit den zwei neuen Darstellern realisiert.

In der Folge stellte die EAV fest, dass sich die Werbekampagne der X AG zunehmend auf die Darstellung des Konsumbereiches verlagerte. Der Leiter der Koordinationsstelle der EAV teilte am 4. Oktober 2000 einer Marketingmanagerin der X AG telefonisch mit, dass die Verwaltung eine derartige Werbung für Whisky Y nicht mehr tolerieren könne. Zusätzlich erhielt die X AG die Information, dass die Geschäftsleitung der EAV beschlossen habe, ihre Werbep Praxis zu ändern; einer Multiplizierung der von der X AG entwickelten Werbekampagne (neues Barpersonal an anderen Standorten) könne deshalb nicht zugestimmt werden. Zu den bereits bewilligten Sujets stehe man seitens der Verwaltung, diese könnten weiter verwendet werden; neue Sujets bzw. die Multiplizierung der Kampagne könnten dagegen nicht mehr bewilligt werden. Daraufhin verlangte die X AG von der EAV mit Schreiben vom 5. Oktober 2000 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend diese Praxisänderung.

D. Im Dispositiv der Verfügung vom 21. Dezember 2000 befand die EAV über das Begehren der X AG wie folgt:

- «1.- Die Werbekampagne der X AG für Whisky Y verletzt Artikel 42b Absatz 1 AlkG; ihre Weiterführung ist daher untersagt.*
- 2.- Die vorliegende Verfügung ist sofort nach ihrer Eröffnung vollstreckbar. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.*
- 3.- Es werden keine Kosten gesprochen.»*

Zur Begründung führte die EAV insbesondere aus, dass gestützt auf Art. 42b Abs. 1 des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser vom 21. Juni 1932 (Alkoholgesetz [AlkG], SR 680) Werbung für gebrannte Wasser in Wort, Bild und Ton nur Angaben und Darstellungen enthalten darf, die sich unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen. Mit dem Verbot der unsachlichen Darstellung eines Produkts solle in erster Linie die suggestive Werbung für Spirituosen verhindert werden. Verboten seien dabei vor allem Anpreisungen, die Spirituosen als wichtigen Bestandteil des gesellschaftlichen und kulturellen Lebens darstellten. Das Publikum solle - unter Hinweis auf die Botschaft vom 11. Dezember 1978 über die Änderung des Alkoholgesetzes (BBl 1979 I 79) - nicht zu Vorstellungen verleitet werden, welche die gebrannten Wasser oder ihren Genuss mit erstrebten materiellen oder ideellen Gütern in Verbindung bringen. Daher sei Werbung, die Spirituosen im Umfeld von gesellschaftlichen Anlässen zeige, untersagt. Die Verwendung von sachlichen Angaben, beispielsweise des Namens des Herstellers, Importeurs oder Händlers, der Kennzeichnung der Ware nach Menge, Gradstärke, Herkunft und Alter (z. B. Very Superior Old Pale [VSOP]) sei dagegen gestattet. Zulässig sei auch die bildliche Darstellung der Ware, ihrer Rohstoffe sowie der Produktionsvorgänge und -betriebe. Damit dürfe in der Werbung der Spirituosen der Bereich der Herstellung der Produkte grundsätzlich in Wort und Bild dargestellt werden. Die EAV lasse die Abbildung von Erntearbeitern oder Mitarbeitern des Brennereigewerbes wie Destillateure, Blendmaster, usw. in der Spirituosenwerbung zu. Enthalte die Werbung jedoch Abbildungen, die aus dem Bereich des Konsums der

Produkte stammten, werde diese grundsätzlich untersagt. Zur Frage des Entzuges der aufschiebenden Wirkung führte die Verwaltung aus, dass die privaten Interessen der Verfügungsadressatin den öffentlichen Interessen gegenüberzustellen seien. Würde einer allfälligen Beschwerde der X AG die aufschiebende Wirkung nicht entzogen, hätte dies zur Folge, dass dieses Unternehmen ihre Werbekampagne in der bisherigen Form fortsetzen und weiterhin unerlaubte Spirituosenwerbung betreiben könnte.

E. Mit Eingabe vom 10. Januar 2001 erhob die X AG (Beschwerdeführerin) bei der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission (ALKRK) Beschwerde gegen Ziff. 2 der Verfügung der EAV vom 21. Dezember 2000 betreffend die aufschiebende Wirkung des Werbeverbots, wobei sie gleichzeitig eine Beschwerde in der Hauptsache selbst ankündigte, die am 31. Januar 2001 bei der Rekurskommission eingereicht wurde und im vorliegenden Beschwerdeverfahren behandelt wird.

F. Die Beschwerdeführerin beantragt in der Eingabe vom 31. Januar 2001 (Beschwerde in der Hauptsache), Ziff. 1 der Verfügung der EAV vom 21. Dezember 2000 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin die Weiterführung ihrer Werbekampagne für Whisky Y zu bewilligen. Eventualiter sei für die Inkraftsetzung der Praxisänderung der EAV eine angemessene Übergangsfrist anzusetzen.

Zur Begründung der Beschwerde in der Hauptsache bringt die Beschwerdeführerin vor, zu berücksichtigen sei, dass die Alkoholgesetzgebung keine Bewilligungspflicht für Werbekampagnen vorsehe, jedoch zahlreiche Spirituosenhändler ihre diesbezüglichen Projekte von der Verwaltung absegnen lassen würden. Da die Bewilligungspraxis der EAV nicht publiziert werde, müsse davon ausgegangen werden, dass die beschlossene Praxisänderung der Verwaltung gar nicht allgemein bekannt sei und andere Marktteilnehmer in guten Treuen eine Werbekampagne mit Barpersonal anlaufen lassen könnten. Diese Konkurrenten würden lediglich eine Verfügung der EAV riskieren, eine derartige Werbekampagne sei einzustellen. Eine Busse könne dagegen wohl nur schwerlich ausgesprochen werden, zumal sich die Konkurrenten auf die bisherige Bewilligungspraxis stützen könnten.

Nach dem Wortlaut des Art. 42b AlkG müsse Spirituosenwerbung nur den Bezug zum Produkt wahren, vom Begriff «Produktion» sei in der Gesetzesbestimmung nicht die Rede. Auch die historische Auslegung ergebe nichts anderes. Darstellungen ausserhalb des Produktionsbetriebes bzw. der Produktionsvorgänge dürften nicht generell ausgeschlossen werden. Eine derartige Abgrenzung habe der Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Es sei in keiner Weise nachvollziehbar, inwiefern Spirituosen durch die Darstellung von Barpersonal am Arbeitsplatz eine besondere Anziehung verliehen werde. Der Bezug zum Produkt und die Sachlichkeit werde durch die Darstellung eines authentischen Barkeepers an seinem Arbeitsplatz durchaus gewahrt. Der Barkeeper sei das letzte Glied des Produktionsprozesses, stelle er doch Cocktails - und damit ein gänzlich neues Produkt - auf der Basis von Spirituosen her. Solange ein Barkeeper bzw. dessen Arbeit sachlich dargestellt werde, sei ein generelles Verbot der Darstellung von Barkeepern in der Spirituosenwerbung nicht haltbar. Auslöser der Praxisänderung der EAV sei vermutlich die Werbekampagne einer Konkurrentin der Beschwerdeführerin für das Produkt Wodka «Z» gewesen, die von der Verwaltung bewilligt worden

sei, jedoch hart an der Grenze der sachlichen Spirituosenwerbung liege. Es könne jedoch nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin für die allzu gewagten Werbestrategien ihrer Konkurrenz bestraft werde.

Die angefochtene Verfügung verstosse aber auch gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes, der dem Einzelnen Schutz auf sein berechtigtes Vertrauen in behördliche Zusicherungen gebe. Mit der Praxis, Barpersonal in der Werbung zuzulassen, habe die EAV eine Vertrauensgrundlage geschaffen, die die Beschwerdeführerin zu Dispositionen mit erheblichen finanziellen Auswirkungen (Investitionen in eine Werbekampagne mit Konzeptionskosten von ungefähr Fr. 300'000.-) veranlasst habe. Da die EAV drei Sujets genehmigt habe, habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass ihre Werbekampagne im Grundsatz (die «Grundidee», Barpersonal am Arbeitsplatz im Zusammenhang mit einer positiven Aussage zum Produkt darzustellen) mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar sei. Eine Praxisänderung sei nur dann statthaft, wenn qualifizierte Gründe dafür angeführt werden könnten, die das Interesse an der Rechtssicherheit überwiegen würden. Sollte die Rekurskommission zum Schluss gelangen, dass das Verbot der Weiterführung der Werbekampagne rechtens sei, müsse der Beschwerdeführerin zumindest eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden.

G. (Zwischenentscheid der ALKRRK vom 2. März 2001: Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung. Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht mit Urteil vom 23. Mai 2001 [2A.130/2001] abgelehnt.)

H. In der Vernehmlassung vom 19. März 2001 zur Hauptsache schliesst die EAV auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die Verwaltung verweist zur Zulässigkeit von Personendarstellungen insbesondere auf die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung und hält fest, dass vor allem die suggestive Werbung verboten werden sollte, die gezielt mit der Darstellung von Personen arbeite. Die von der Beschwerdeführerin in ihrer Kampagne verwendeten Barszenen mit den Portraits von Barkeepern wiesen eine Werbebotschaft auf, welche dem Betrachter Emotionen suggerierten, die in Verbindung gebracht würden mit den Stichworten wie Nachtleben, Entertainment, usw. Der Gesetzgeber habe gerade derartige suggestive Spirituosenwerbung verbieten wollen. Das in der fraglichen Werbung präsentierte Barpersonal habe mit dem Herstellungsprozess des Whisky Y nichts zu tun, deshalb sei die Argumentation der Beschwerdeführerin, der Bezug zum Produkt sei durch die Abbildung des Barkeepers an dessen Arbeitsplatz gewahrt, unbehelflich.

Die EAV habe in ihrer Bewilligungspraxis jeweils nur die Darstellungen von Personen erlaubt, die in direktem Zusammenhang mit der Herstellung von Spirituosen standen. Die Verwaltung habe zwar vor einiger Zeit eine extensive Auslegung des Begriffs Produktionsprozess dahingehend bewilligt, als Barkeeper im Gastgewerbe im weitesten Sinne als Mitarbeiter in der Produktion bezeichnet werden könnten, dies unter der Einschränkung, dass es sich um authentisches Barpersonal handle. Da die Anwendung des Kriteriums «Herstellung von Mixgetränken» als eine Form der Produktion praktisch nicht administrierbar gewesen sei und unter diesen Umständen auch andere Zubereitungsarten als Produktionsprozess hätten anerkannt werden müssen, was eine rechtsungleiche Behandlung der Marktteilnehmer zur Folge gehabt

hätte, habe sich die EAV dazu entschlossen, ihre erweiterte Interpretation des Begriffs Produktionsprozess aufzugeben und wiederum zur strengen Auslegungspraxis zurückzukommen.

I. Mit Replik vom 21. Mai 2001 hält die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Anträgen fest und vertritt die Ansicht, dass Personendarstellungen nur dann verboten werden dürften, wenn besondere Assoziationen (z. B. Gewinn an Lebensqualität, besseres Lebensgefühl, usw.) dabei erweckt würden. Bei der Werbung mit authentischem Barpersonal an dessen Arbeitsort handle es sich um eine nüchterne und harmlose Darstellung, schliesslich werde kein Barbetrieb (z. B. konsumierende, lachende oder allenfalls auch tanzende Gäste, usw.) gezeigt. Die ALKRK habe in ihrer bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Spirituosenwerbung die Darstellung von Personen nicht generell verboten. Nur wenn eine Person ideelle Wertvorstellungen hervorrufe, sei die Personendarstellung unzulässig. Dies sei auch die Auffassung von alt Nationalrat Bäumlin gewesen, dem «Vater» des Gesetzeswortlautes der Bestimmung von Art. 42b AlkG. Mit dem generellen Verbot der Darstellung von Barpersonal habe die EAV den ihr zustehenden Ermessensspielraum eindeutig unterschritten. Die Abgrenzung der Verwaltung zwischen Personendarstellungen aus dem Produktions- und Konsumbereich finde weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Unter Hinweis auf verschiedene Werbebeispiele diverser Konkurrenzfirmen solle illustriert werden, dass die Auslegungspraxis der EAV insgesamt ein sehr heterogenes Bild ergeben würde.

Zur Präzisierung der bisherigen finanziellen Aufwendungen der Beschwerdeführerin für die Werbekampagne werde auf eine detaillierte Aufstellung verwiesen. Eine Werbekampagne sei jeweils auf mehrere Jahre angelegt und die Beschwerdeführerin habe die Absicht, die aktuelle Kampagne bis mindestens Ende 2003 weiterzuführen. Der Positionierung einer Marke in der Werbebotschaft (so genannte «integrierte Kommunikation») komme grösste Bedeutung zu, wobei diese mittel- bis langfristig erfolgen müsse; mithin sei eine gewisse Kontinuität unabdingbar. Die gegenständliche Werbekampagne habe Ende 1999 begonnen und müsse durch Multiplizierung des Grundkonzeptes noch einige Jahre durchgezogen werden, um die Kommunikation nicht zu zersplittern. Falls die seit Ende 1999 eingeführte Werbelinie vorzeitig abgebrochen werden müsste, würde sich der (erzwungene) Konzeptswechsel als kontraproduktiv für die Marke erweisen. Für die Marke Y ergebe sich daraus ein erheblicher, nicht wieder gutzumachender Schaden. Falls die Rekurskommission in ihrem Entscheid zum Ergebnis gelangen sollte, dass überwiegende öffentliche Interessen gegen den Bestandesschutz sprächen, wäre der Beschwerdeführerin für den erlittenen Vertrauensschaden nach richterlichem Ermessen eine Entschädigung zuzusprechen. Jedenfalls müsse der Beschwerdeführerin zumindest eine Übergangsfrist eingeräumt werden, um weitere Sujets, basierend auf dem bisherigen Werbekonzept, in den Medien zu lancieren.

J. In der Duplik vom 29. Juni 2001 hält die EAV an den bereits gestellten Anträgen fest. Der Umstand, dass der Whisky Y von den portraitierten Barkeepern in den genannten Bars ausgeschenkt werde, vermöge den vom Gesetz geforderten unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Produkt und dessen Eigenschaften in keiner Weise herzustellen. Es gebe keinen «natürlichen Zusammenhang» zwischen dem Barkeeper und einer bestimmten

Spirituose. Die EAV lasse in der Spirituosenwerbung Bildelemente zu, die Rohstoffe oder Abbildungen aus dem Bereich des Herstellungsprozesses zeigten, wobei es sich um authentische Darstellungen handeln müsse. Stelle sich in einem konkreten Fall heraus, dass die Authentizität nicht gegeben sei (z. B. Darstellung eines Schlosses, das sich nicht im Eigentum eines Spirituosenherstellers befinde; Abbildung eines Gewässers in Schottland [«Loch»], dessen Wasser sich wegen des Salzgehaltes nicht für die Herstellung der fraglichen Spirituose eigne; usw.), so interveniere die Verwaltung regelmässig. Nationalrat Bäumlin habe in den parlamentarischen Beratungen die Auffassung vertreten, dass jene Reklame verboten sei, die eben die erwähnten Assoziationen erwecken möchte, die den Gewinn eines Lebensgefühls verspricht oder gar einen Gewinn an gefühlsbetonten zwischenmenschlichen Beziehungen (vgl. AB 1980 N 163).

(Ausführungen zu Markenrecht und Gleichbehandlung der Marktteilnehmer)

K. Nachdem die ALKRRK dem Vertreter der Beschwerdeführerin die Duplik der EAV zur Kenntnisnahme zugestellt hatte, teilte dieser der Rekurskommission mit Schreiben vom 13. Juli 2001 unaufgefordert mit, dass es ihm bei der Darstellung der «Barpersonalpraxis» der Verwaltung, die mit der Werbekampagne für den Wodka Z einen vorläufigen Höhepunkt erreicht habe, lediglich darum gegangen sei darzustellen, dass das Barpersonal als Werbeobjekt grundsätzlich zulässig sei.

Aus den Erwägungen:

1.a. (...)

b. (Allgemeines zum Begriff der Verfügung, siehe [VPB 63.56 E. 3.1](#))

Bezüglich der Abgrenzung der Verfügung zu Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter ist anzumerken, dass eine Vielzahl von Verwaltungshandlungen, anders als eine Verfügung, keine unmittelbaren Rechtswirkungen haben. So fallen innerdienstliche Anordnungen, amtliche Berichte und Vernehmlassungen, Auskünfte, Belehrungen, Empfehlungen und Rechnungsstellungen, Ermahnungen gegenüber Privaten sowie Realakte und Vollzugshandlungen nicht unbedingt unter den Verfügungsbegriff. Es ist im Einzelfall abzuklären, ob eine Verfügung vorliegt oder nicht (vgl. *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, S. 177 ff. Rz. 694 ff., mit weiteren Hinweisen). Bezüglich einer behördlichen Absichtserklärung hat das Bundesgericht im Falle eines beabsichtigten Transportes, der die festgelegten Ausmasse für Strassentransporte überschreiten wird, ausgeführt, dass die Auskunft des Bundesamtes für Polizeiwesen an den Transporteur, die in die Form einer Verfügung gekleidet war, in klarer Weise die Haltung definiere, die das Bundesamt künftig einnehmen werde und damit seinen Ermessensspielraum für die Zukunft einschränke. Daher handle es sich hierbei um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die unmittelbar Gegenstand einer Beschwerde sein könne, ohne dass die betroffene Firma die Verweigerung einer bestimmten Bewilligung hätte abwarten müssen. Somit war auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 97 ff. des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz [OG], SR 173.110) zulässig ([BGE 114 Ib 190](#), 191).

In casu bestand für die Beschwerdeführerin zwar keine gesetzliche Verpflichtung, vor dem Beginn einer Werbekampagne eine Bewilligung bezüglich der verwendeten Sujets bei der EAV einzuholen. Sie hat dennoch die Verwaltung um eine Beurteilung der fraglichen Sujets ersucht und die Verwaltung hat ihre Ansicht, ob diese von ihr als «statthaft» oder als «nicht statthaft» angesehen werden, bekannt gegeben. Bereits damit hat die EAV in klarer Weise ausgesprochen, welche Haltung sie in Zukunft einnehmen wird, womit auch ihr zukünftiger Ermessensspielraum eingeschränkt wurde. Zusätzlich hat die EAV am 21. Dezember 2000 eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen, in der sie der Beschwerdeführerin ausdrücklich die - Weiterführung der - Werbekampagne für Whisky Y untersagt hat. Das Bundesgericht ist denn auch im Urteil vom 23. Mai 2001 indirekt davon ausgegangen, dass es sich vorliegend um eine Verfügung handelt, ist es doch im Verfahren betreffend die aufschiebende Wirkung auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten.

c. (Schutzwürdiges Interesse gegeben, auf die Beschwerde wird eingetreten)

2.a. Nach Art. 105 der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen (neuen) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist die Gesetzgebung über Herstellung, Einfuhr, Reinigung und Verkauf gebrannter Wasser Sache des Bundes. Bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Alkoholordnung hat der Bund insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung zu tragen (Art. 105 BV, Satz 2). Dieser gesundheitspolitische Auftrag war bereits in der bis zum 31. Dezember 1999 geltenden (alten) Bundesverfassung normiert, die in Art. 32^{bis} Abs. 2 bestimmte, dass die Gesetzgebung im Bereich des Alkohols den Verbrauch von Trinkbranntwein und dementsprechend dessen Einfuhr und Herstellung vermindern sollte. Der hauptsächliche Zweck der Alkoholordnung liegt im Schutz der öffentlichen Gesundheit; der übermässige Verbrauch von Branntwein hatte ja die Verfassungsgeber von 1885 und von 1930 zum Handeln bewogen. Jedenfalls muss erkannt werden, dass die Alkoholordnung mässigend auf den Alkoholkonsum einzuwirken hat, um die vordringlichste Aufgabe, nämlich die Bekämpfung des Alkoholismus, zu verwirklichen (vgl. *Jean-François Aubert*, in Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern 1996, Art. 32^{bis} BV, Rz. 58 und 114; vgl. auch Entscheid der ALKRR vom 20. August 2001 in Sachen N. [ALKRR 2000-002] E. 2a).

b. Art. 42b Abs. 1 AlkG weist folgenden Wortlaut auf: «Die Werbung für gebrannte Wasser darf in Wort, Bild und Ton nur Angaben und Darstellungen enthalten, die sich unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen.»

c. (Zu Auslegung und Vorrang der teleologischen Auslegung im Verwaltungsrecht siehe [VPB 62.79](#) E. 2c bb und [VPB 64.115](#) E. 4b)

d. Die Botschaft des Bundesrates vom 11. Dezember 1978 über die Änderung des Alkoholgesetzes hält im Zusammenhang mit Werbung für Spirituosen Folgendes fest (BBl 1979 I 79; Ziff. 246.1):

«Durch das Verbot unsachlicher Angaben und Darstellungen, namentlich solcher, die der Ware oder ihrem Genuss eine besondere Anziehung verleihen oder eine Gedankenverbindung mit ideellen Werten hervorrufen, wird der

exzessiven und suggestiven Werbung entgegengetreten. Die Bestimmung richtet sich namentlich gegen Anpreisungen - sei es in Wort, Bild und Ton - welche der Ware einen Nimbus verleihen, der ihr tatsächlich nicht zukommt. Das Publikum soll nicht zu Vorstellungen verleitet werden, welche die gebrannten Wasser oder ihren Genuss mit erstrebten materiellen oder ideellen Gütern in Verbindung bringen. So sollen beispielsweise Slogans wie <Wodka für starke Männer>, <Sportler trinken den Aperitif X>, <Lebensfreude mit dem Likör Y>, <Wer Sorgen hat trinkt Likör Z>, <Noblesse mit Whisky> usw., aber auch entsprechende Hintergrund-Illustrationen, wie etwa die Verbindung von Alkohol mit Berglandschaften, Meeresbrandung, Automobilen, Sport- und Campingszenen unterbunden werden. Hingegen sind sachliche Angaben, wie der Name des Herstellers, Importeurs oder Händlers und die Kennzeichnung der Ware nach Menge, Gradstärke, Herkunft und Alter (Dreistern, VSOP usw.) gestattet. Zulässig bleiben auch bildliche Darstellungen der Ware, ihrer Rohstoffe und der Produktionsbetriebe oder -vorgänge.»

e. Im Entscheid vom 13. November 1984 in Sachen M. (ALKRK 281/93, ALKRK 282/93 und ALKRK 296/84) hat die Rekurskommission auf S. 20 Art. 42b Abs. 1 AlkG wie folgt interpretiert:

«Enfin, il est indéniable que le texte finalement adopté, dont il n'est d'ailleurs pas certain qu'il soit plus restrictif que celui du projet initial, entend prohiber toute publicité suggestive, qui lie la consommation d'alcool à des valeurs sans rapport direct avec le produit et ses caractéristiques, en particulier à une certaine ambiance agréable, de détente, de bien-être. Or, toute représentation de personnes avec un verre en main - qu'il s'agisse d'ailleurs de camionneurs ou de femmes en robe de soirée -, même normale et banale, si tant est qu'on puisse déterminer ce qu'est une scène normale, a auprès de public une valeur évocatrice et suggestive, d'invitation à la consommation. Il n'est dès lors pas injustifié de considérer qu'elle va à l'encontre du but poursuivi par la loi, en particulier sous l'angle du mandat constitutionnel de limitation de la consommation. En conclusion, eu égard au but poursuivi par le législateur, il n'est pas interdit de penser que l'article 42 b al. 1 Lalc, s'il ne peut être interprété comme impliquant une interdiction générale de représenter des personnages, prohibe néanmoins les illustrations publicitaires mettant en scène des personnes en situation de consommation et suggérant l'idée que cette consommation est liée, d'une façon ou d'une autre, à une forme de bonheur ou de plaisir.»

3.a. Der eingelebten Praxis von Verwaltungsbehörden und Gerichten kommt erhebliches Gewicht zu. Allerdings ist es den Behörden nicht verwehrt, eine bisher geübte Praxis zu ändern, wenn sie zur Einsicht gelangen, dass eine andere Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine solche Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die um so gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde (BGE 127 I 52 E. 3c; BGE 125 II 162 E. 4c/aa, mit weiteren Hinweisen).

(Voraussetzungen der Praxisänderung, siehe VPB 61.92 E. 2 mit Hinweisen)

b. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O.,

S. 128 Rz. 526, mit weiteren Hinweisen). Der Vertrauensschutz bedarf zunächst eines Anknüpfungspunktes. Es muss ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., S. 129 Rz. 532, mit weiteren Hinweisen).

(Voraussetzungen des Vertrauensschutzes, siehe [VPB 62.48](#) E. 2c mit Hinweisen) Die Auskunft ist nur in Bezug auf den Sachverhalt, wie er der Behörde zur Kenntnis gebracht wird, verbindlich. Ändert sich die tatsächliche Situation, so hat die Behörde den neuen Sachverhalt zu beurteilen und ist an ihre früheren Aussagen nicht mehr gebunden. Behördliche Auskünfte stehen sodann unter dem stillschweigenden Vorbehalt der Rechtsänderung. Ändert sich die Rechtslage, können sich Private nicht auf eine frühere Auskunft berufen, es sei denn, die auskunftserteilende Behörde sei für die Rechtsänderung selber zuständig und die Auskunft sei gerade im Hinblick auf diese Änderung erteilt worden, oder die Behörde hätte die Pflicht zur Orientierung auch über die möglichen Rechtsänderungen gehabt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., S. 141 Rz. 578 ff., mit weiteren Hinweisen).

c. Wird durch die Änderung einer Regelung festgestellt, dass das Bedürfnis nach einer Neuordnung besteht, so liegt es grundsätzlich im öffentlichen Interesse, diese Änderung aufgrund des Legalitätsprinzips ohne Verzug in Kraft zu setzen, wenn keine besonderen Gründe dagegen sprechen. Gegebenenfalls kann es verfassungsrechtlich jedoch geboten sein, eine Übergangsregelung zu erlassen. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Notwendigkeit und die Ausgestaltung von Übergangsbestimmungen in erster Linie nach den Grundsätzen der rechtsgleichen Behandlung und des Willkürverbots sowie unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Vertrauensschutzes beurteilt und im Übrigen die Ausgestaltung einer angemessenen Übergangsregelung dem Gesetzgeber anheimgestellt, dem hierbei ein weiter Spielraum des Ermessens zusteht (vgl. [BGE 106 Ia 260](#) E. 4b).

Eine Übergangsordnung soll die Einführung des neuen Rechts ermöglichen oder erleichtern und den Übergang zwischen altem und neuem Recht mildern. Sie trägt allfälligen Härten der Betroffenen unter anderem dadurch Rechnung, dass sie gewisse Bestimmungen der Neuordnung früher oder später in Kraft treten lässt als den übrigen Erlass, Anpassungsfristen gewährt oder auf andere Weise für eine stufenweise Einführung strengerer Vorschriften sorgt ([BGE 123 II 395](#) E. 9, [BGE 123 II 446](#) E. 9). Mit Blick auf die sich gegenüberstehenden Interessen, nämlich das private Kontinuitätsinteresse einerseits und das öffentliche Interesse, die Neuordnung möglichst bald und in vollem Umfang wirksam werden zu lassen, andererseits, wird das Fehlen einer Übergangsregelung in der Rechtsprechung lediglich zurückhaltend als unzulässig beurteilt. Nur wenn schützenswerte Interessen es gebieten, kann in einem gewissen Mass bei der Anpassung an das neue Recht auf bestehende Rechtsverhältnisse Rücksicht genommen werden. Doch ist von Härtemilderungs- oder Ausnahmeklauseln auch in solchen Fällen zurückhaltend Gebrauch zu machen (vgl. [BGE 123 II 447](#) E. 9, mit Hinweisen; vgl. auch Häfelin/Müller, a.a.O., S. 62 f. Rz. 261 ff., mit weiteren Hinweisen).

4.a. Im vorliegenden Fall hält der Wortlaut der Bestimmung von Art. 42b Abs. 1 AlkG unmissverständlich fest, dass die Werbung für gebrannte Wasser nur aus Darstellungen bestehen darf, die sich unmittelbar auf das Produkt

und seine Eigenschaften beziehen. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zielen offensichtlich darauf ab, Anpreisungen zu verbieten, die einer Spirituose einen bestimmten - im Publikum als positiv eingeschätzten - Nimbus zuerkennen. Auf dieser Linie liegt auch das Votum von alt Nationalrat Bäumlin, dem «Vater» der fraglichen Gesetzesbestimmung, der verhindern will, dass das Produkt einen Gewinn an Lebensgefühl verspricht oder gar einen Gewinn an gefühlsbetonten zwischenmenschlichen Beziehungen (vgl. AB 1980 N 163).

b. Die EAV hat die alkoholrechtlichen Beschränkungen in der Werbung für gebrannte Wasser, wie dies in Art. 42b AlkG normiert ist, zu vollziehen. Zu diesem Zweck bietet sie dem Spirituosenhandel die Möglichkeit, der Koordinationsstelle für den Handel mit gebrannten Wassern zukünftig geplante Werbemassnahmen zu unterbreiten, die von der Verwaltung auf deren Übereinstimmung mit den alkoholrechtlichen Werbevorschriften hin überprüft werden. Gegebenenfalls erlässt die EAV in diesem Zusammenhang auch Verfügungen, in denen sie konkret bezeichnete Werbemassnahmen verbietet.

Die EAV hat bei der Bewilligung von Werbemassnahmen im Laufe der Jahre eine Bewilligungspraxis entwickelt. Werbung, die Spirituosen im Umfeld von gesellschaftlichen Anlässen und Begegnungsstätten zeigt, war von jeher untersagt. Die Verwendung von sachlichen Angaben, beispielsweise des Namens des Herstellers, Importeurs oder Händlers, der Kennzeichnung der Ware nach Menge, Gradstärke, Herkunft und Alter ist dagegen gestattet. Zulässig sind weiter bildliche Darstellungen der Ware, ihrer Rohstoffe sowie der Produktionsvorgänge und -betriebe. Gestützt darauf liess die Verwaltung die Abbildung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Brennereigewerbes (z. B. Destillateure) in der Spirituosenwerbung zu.

Die ALKRK hat ihrerseits die alkoholrechtlichen Bestimmungen bezüglich der Werbung für gebrannte Wasser in einem konkreten Anlassfall im Jahre 1984 dahingehend interpretiert, dass grundsätzlich jede Spirituosenwerbung mit Personendarstellungen aus dem Konsumbereich verboten wurde. Kernpunkt der Interpretation war es, Darstellungen von «Personen mit einem Glas in der Hand», die eine suggestive Wirkung auf das Publikum auszuüben in der Lage sind, in der Werbung für Spirituosen zu verbieten. Damit hat sie die Praxis der Verwaltung grundsätzlich für zulässig erklärt.

c. Seit 1999 und vereinzelt schon früher bewilligte die EAV im Sinne einer Lockerung der bisherigen Bewilligungspraxis auch Darstellungen, die Barpersonal an ihrem Arbeitsort zeigten, da durch das Mixen von Cocktails auf der Basis von Spirituosen faktisch ein neues Produkt hergestellt wurde. Werbung mit Sujets, welche Barpersonal an seinem Arbeitsort porträtierte, war allerdings gleichzeitig mit der Darstellung von Spirituosen im Umfeld von Begegnungsstätten bzw. sogar auch mit gesellschaftlichen Anlässen verbunden, sodass sich daraus ein gewisses Spannungsverhältnis ergab und sich die Verwaltung Mitte 2000 zu einer Praxisänderung entschloss, wonach die Abbildung von Barpersonal im Zusammenhang mit der Werbung für gebrannte Wasser nicht mehr zulässig ist. Nach Ansicht der EAV hat sich die Werbung mit diesem Personenkreis immer mehr vom Produkt weg hinein in den Konsumbereich bewegt, die vermittelten Werbebotschaften waren ihr offensichtlich «zu emotional». Die grundsätzliche Änderung dieser

Praxis erfolgte durch die Verwaltung derart, dass ab dem Zeitpunkt der Praxisänderung keine Ausnahmen von der neuen Linie mehr gemacht wurden. Die Beschwerdeführerin konnte die ihr bereits bewilligten drei Sujets dagegen weiterhin verwenden.

d. Da die Beschwerdeführerin angekündigt hat, sie möchte die Werbemassnahmen im gleichen oder ähnlichen Stil weiterführen («Multiplizierung» der Werbekampagne), neue Sujets (anderes Barpersonal an neuen Standorten) jedoch noch nicht vorliegen, rechtfertigt es sich, die drei bisher von der EAV der Beschwerdeführerin bewilligten Sujets (drei Inserate, die in diversen Zeitschriften in der gesamten Schweiz erschienen sind) näher zu untersuchen. Die Inserate zeichnen sich durch folgenden Aufbau aus:

Es handelt sich jeweils um ein ganzseitiges Inserat, das von einer grossen schwarz-weiss Photographie als Blickfang dominiert ist (im Format von ungefähr 18 x 18 cm). Dieses grosse Bild zeigt jeweils einen Barkeeper am Tresen seiner Bar, wobei sich diese Person «in Pose» wirft. Das heisst, es wird nicht etwa eine typische Verrichtung während der Arbeit (z. B. Mixen eines Cocktails) dargestellt, sondern diese Person lehnt sich lässig an den Tresen. Allen drei Darstellern ist gemeinsam, dass sie - mehr oder weniger - lächeln und sich bemühen, für einen Betrachter möglichst sympathisch zu erscheinen. Im Vorder- und Hintergrund sind die typischen Einrichtungen einer Bartheke (z. B. diverse Arbeitsutensilien wie Sieb, Plateau oder Shaker, ein Zapfhahn für Bier, zur Präsentation aufgestellte Flaschen, usw.) zu sehen. Teilweise können jene Flaschen identifiziert werden; bei den konkret erkennbaren Flaschen handelt es sich entweder um Flaschen mit Whisky Y oder um Flaschen für andere Produkte der Beschwerdeführerin. Im Vorder- und Hintergrund ist jeweils auch Mobiliar zu erkennen (z. B. Bartheke, Lampen, Gestelle für Flaschen, usw.), wie dies für eine Bar typisch ist. Innerhalb der Darstellung des Barkeepers an seinem Arbeitsplatz befindet sich seine persönliche Werbeaussage zum beworbenen Produkt («Dem ist nichts mehr beizufügen», «Inutile d'en rajouter», «Typisch schottisch: Nur was es wirklich braucht», «Un Ecossais généreux. Que demander de plus?», «Da gibts nichts zu schütteln», «Ecossais, cela coule de source ...»). Rechts unterhalb dieses Bildes befindet sich in kleiner Schrift ein Hinweis auf den Namen der abgebildeten Person und deren Arbeitsort («Y bei ..., Barkeeper im L. Bar, B.»; «Y servi par ..., Barkeeper du L. Bar à B.», «Y bei ..., Barkeeper im Le B., G.», «Y servi par ..., Barkeeper du Le B. à G.», «Y bei ..., Chef de bar im La T., Z.», «Y servi par ..., Chef de bar de La T. à Z.»).

Unterhalb dieser grossen Darstellung des Barkeepers steht noch ein weiterer Raum im Umfang von ungefähr 18 x 8 cm zur Verfügung, der auf folgende Art und Weise ausgefüllt wird: Von links beginnend sind zwei jeweils ungefähr 5 x 5 cm grosse schwarz-weiss Photographien mit Darstellungen der Y Flasche oder eines Whiskyglases zu sehen, wobei der Whisky - das heisst die Flüssigkeit - dadurch hervorgehoben wird, dass diese in brauner Farbe dargestellt wird. Zum rechten Bildrand hin ist eine Flasche Whisky Y im Format von ungefähr 4 x 2 cm in Farbe abgebildet. Unter dieser Flasche befindet sich in markant grösserer Schrift als der restliche Text in diesen Inseraten die Anpreisung: «Y» (1. Zeile); «Das Gute daran ist das Wahre darin» (2. Zeile) bzw. «Sa richesse est à l'intérieur» (2. Zeile). Rechts oben -

parallel zur grossen schwarz-weiss Photographie - von oben nach unten sind noch die Internetadresse der Beschwerdeführerin sowie ein Hinweis auf die Werbeagentur abgebildet.

e.aa. Allen drei Inseraten ist gemeinsam, dass diese jeweils eine für den Betrachter als sympathisch erscheinende Person darstellen, die für das Produkt der Beschwerdeführerin mit einer Aussage werben. Im Zentrum des Inserats steht ein offenbar selbstbewusster und erfolgreicher Barkeeper, der sich in seiner Arbeitsumgebung sichtlich wohl fühlt. Bei der Auswahl der Personen hat die Werbeagentur darauf geachtet, sogenannte «schöne Menschen», die in Aussehen und Auftreten als «Siegertypen» erscheinen, abzubilden, die als Sympathieträger für das beworbene Produkt auftreten. Die auf den Photographien erkennbare Einrichtung der Bar entspricht jeweils einer «klassischen Bar», die - soweit erkennbar - «teuer eingerichtet» ist.

Das Produkt selbst wird im Inserat von einem Betrachter eher als «Anhängsel» empfunden, dies wenn man die Fläche der grossen schwarz-weiss Photographie, auf der sich die Darstellung des Barmixers befindet mit der Fläche für die Darstellung der Gläser und Flaschen vergleicht. An manchen Stellen auf den grossen schwarz-weiss Photographien sind zusätzlich eher beiläufig Flaschen von Y zu erkennen.

bb. Das präsentierte Barpersonal hat mit dem Produktionsprozess der Spirituose selbst nichts zu tun. In den fraglichen Inseraten wird nicht einmal eine weitere Verarbeitung von Whisky Y zu einem Cocktail oder zu einem anderen Endprodukt dargestellt. Ein unmittelbarer Zusammenhang in der Art, dass ein Barkeeper Whisky Y als Getränk zum Konsum vorbereiten («ausschenken») würde, ist ebenfalls nicht erkennbar. Wenn nicht gerade aufgrund der abgebildeten Flaschen bzw. des Textes ein Konnex zu Whisky Y hergestellt würde, könnte ein unbefangener Betrachter nicht erkennen, welches Getränk konkret beworben wird.

Die abgebildeten Barszenen im Zusammenhang mit dem schriftlichen Hinweis auf Whisky Y weisen insgesamt eine Werbebotschaft auf, die einem Betrachter auf emotionale Weise die Botschaft suggeriert, dass durch den Konsum des beworbenen Produkts eine hohe Lebensqualität oder andere positive Empfindungen vermittelt werden. Der Betrachter soll dazu angeregt werden, in einem als angenehm dargestellten Umfeld - ähnlich wie in den abgebildeten Lokalen - Whisky Y zu konsumieren (wer diese Spirituose konsumiert, «gehört dazu»). Auch wenn vorliegend keine konsumierenden Gäste in den Inseraten dargestellt werden, vermitteln die Bilder eine Stimmung von positiver Ambiance in einer Begegnungsstätte, die den Bereich einer sachlichen Information über das Produkt (z. B. Kennzeichnung der Ware nach Gradstärke, Menge, Alter, usw.) verlassen hat. Eine Sachlichkeit der gemachten Aussagen (z. B. «Typisch schottisch», «Da gibts nichts zu schütteln», usw.) ist nur oberflächlich vorhanden. Derartige Aussagen können auf viele andere Produkte ebenfalls zutreffen und vermitteln keine konkrete produktspezifische Information über Whisky Y. Die vermittelte

Werbebotschaft ist als «emotional» anzusprechen und schafft eine Verbindung zu ideellen Werten etwa in dem Sinn, als die Werbebotschaft vermittelt wird, «reiche, schöne und erfolgreiche Menschen» würden Whisky Y konsumieren.

cc. Die ALKRK gelangt zum Schluss, dass sich die drei fraglichen Inserate, die von der EAV noch unter der Geltung einer anderen Bewilligungspraxis zugelassen wurden, nicht unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen. Daher weist diese Werbung nicht mehr den geforderten engen Zusammenhang zwischen optischer Darstellung des Produktes bzw. in Worten gefasste Werbeaussage im Inserat und dem beworbenen gebrannten Wasser auf. Die Verwaltung hat daher mit Grund ihre «Barpersonalpraxis» im Bereich der Werbung geändert, da mit den fraglichen Inseraten ideelle Wertvorstellungen hervorgerufen werden sollten. Sinn und Zweck der zu interpretierenden alkoholrechtlichen Werbebestimmung ist es gerade, dass die Werbung den sachlichen und den Betrachter informierenden Bereich (z. B. durch Angabe von Menge, Alter, Grad, usw.) nicht verlässt und dem Publikum nicht durch die Darstellung eines «Lifestyle», der als positiv und erstrebenswert vermittelt wird, die Botschaft vermittelt wird, der Konsum der fraglichen Spirituose sei das anzustrebende Ziel.

Der Bund hat den in der Verfassung vorgegebenen Auftrag, den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung zu tragen. Der Grundgedanke der Alkoholrechtsordnung, die sich ebenfalls in den Werbevorschriften für gebrannte Wasser niederschlagen hat, ist es, den Konsum gerade im Sinne dieser gesundheitspolitischen Zielsetzung zu verringern. Im Sinne dieser Wertung ist es nicht zu beanstanden, wenn die Verwaltung die Werbevorschriften für Spirituosen grundsätzlich einschränkend auslegt und keine Werbung aus dem Konsumbereich zulässt. Das Abgrenzungskriterium, wonach für Spirituosenwerbung nur der Produktionsbereich bis zu dessen Abschluss dargestellt werden darf, wobei die dabei gemachten Angaben naturgemäss wahr sein müssen, stellt ein taugliches Kriterium dar, um zu verhindern, dass sich die Werbung für gebrannte Wasser nur unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften bezieht.

Die Beschwerdeführerin hatte die erklärte Absicht, die bisherige Werbelinie in gleicher bzw. ähnlicher Form weiterzuführen. Die EAV hat deren Weiterführung im Sinne der neuen - restriktiveren - Praxis aus sachlichen Gründen untersagt. Insgesamt ist daher die Beschwerde im Hauptpunkt abzuweisen.

5. Auch mit den weiteren Einwendungen vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen.

a. Die Beschwerdeführerin hat im Jahre 2000 keine vollständig vorbereitete Werbekampagne, die sich angeblich über mehrere Jahre hinziehen sollte, der EAV zur vorgängigen Bewilligung eingereicht, sondern sie hat vielmehr zuerst ein Sujet und zu einem späteren Zeitpunkt zwei weitere Sujets (jeweils mit mehreren Textvarianten) der Verwaltung vorgelegt. Sie konnte im Beschwerdeverfahren keinen Nachweis dafür erbringen, dass sie die EAV auf ihre Absicht hingewiesen hätte, in ähnlicher Art und Weise wie die drei ersten Sujets mit ihrer Werbeidee in den folgenden Jahren fortzufahren. Die Beschwerdeführerin hat der Verwaltung ihre Sujets immer schrittweise zur Bewilligung eingereicht. Dieser Umstand mag zwar auch dadurch begründet sein, dass Werbekampagnen erst anhand laufend eingeholter

Marktforschungsergebnisse weiterentwickelt werden und daher zu Beginn noch keine «fertige» Werbekampagne, die dann durch einige Jahre hindurch umgesetzt wird, präsentiert werden kann, doch hat die EAV eben nur drei einzelne Sujets (mit mehreren Textvarianten) bewilligt.

Die von der Verwaltung erteilte Auskunft hinsichtlich der alkoholrechtlichen Zulässigkeit der geplanten Werbevorhaben bezog sich daher naturgemäss nur auf die konkret zur Bewilligung eingereichten drei Sujets. Ein weitergehender Sachverhalt (zusätzliche Sujets oder gar das Grundkonzept einer beabsichtigten mehrjährigen Werbekampagne auf der Basis einer Werbeidee) wurde der EAV durch die Beschwerdeführerin gar nie zur Bewilligung unterbreitet. Daher kann sich die Beschwerdeführerin nicht mit Erfolg auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen, besteht doch eine tragfähige Vertrauensgrundlage nur hinsichtlich des der Verwaltung zur Kenntnis gebrachten Sachverhaltes, da eine behördliche Auskunft nur in Bezug auf den Sachverhalt, wie er dieser zur Kenntnis gebracht wird, verbindlich werden kann. Damit liegt bereits eine Grundvoraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes zu Gunsten der Beschwerdeführerin nicht vor und die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

b. Mit ihrem Eventualantrag verlangt die Beschwerdeführerin, es sei ihr eine Übergangsfrist für die Beibehaltung der bisherigen Werbelinie (mit zusätzlichen Sujets) einzuräumen. In diesem Punkt ist festzuhalten, dass es ihr weiterhin unbenommen bleibt, die bisher bewilligten drei Sujets im Rahmen der erteilten Bewilligung weiter zu verwenden. Selbst als die Beschwerdeführerin von der EAV noch vor der Praxisänderung aufgefordert wurde, der Verwaltung neue Sujets zur Bewilligung einzureichen, kam sie dieser Aufforderung nicht nach, da sie meinte, eine Produktion auf Vorrat mache für sie keinen Sinn. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Beschwerdeantrag auf Zuerkennung einer Übergangsfrist nicht angeführt, welche konkreten Werbemassnahmen (z. B. welche bestimmten neuen Sujets) sie während eines genau bezeichneten Zeitraumes (allenfalls bis in das Jahr 2003?) bewilligt haben möchte.

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass eine Praxisänderung durch die Verwaltung ohne Verzug in Kraft zu setzen und das Fehlen einer Übergangsregelung lediglich mit Zurückhaltung als unzulässig zu beurteilen ist. Eine rasche Einführung einer Neuregelung drängt sich in der Regel im Wirtschaftsrecht auf, wo die staatlichen Massnahmen häufig in den Wirtschaftsablauf eingreifen und der damit verfolgte Zweck schnell durchgesetzt werden muss, um Missbräuchen vorzubeugen ([BGE 123 II 446 E. 9](#), mit Hinweis). *In casu* hat die EAV die Praxisänderung ab dem Zeitpunkt der Einführung konsequent durchgesetzt, das heisst keine neuen Bewilligungen nach der alten Praxis mehr erteilt. Die Beschwerdeführerin konnte denn auch kein einziges Beispiel für ein entgegengesetztes Vorgehen der Verwaltung nachweisen. Die EAV hat naturgemäss ein Interesse, die Neuordnung rasch und in vollem Umfang sofort wirksam werden zu lassen. Bei einer Abwägung der öffentlichen Interessen der Verwaltung mit den privaten Interessen der Beschwerdeführerin (z. B. hinsichtlich Konzeptswechsel in der Werbelinie für die Marke Y) gelangt die ALKRK zur Auffassung, dass die EAV der Beschwerdeführerin bereits durch den Umstand, dass diese die bereits bewilligten drei Sujets weiterhin in der

Spirituosenwerbung verwenden kann, in ausreichendem Umfang eine Übergangsregelung zugestanden hat. Das Begehren der Beschwerdeführerin um Bewilligung einer weitergehenden Übergangsregelung ist daher abzuweisen.

c. (Erläuterungen zum Markenrecht)

d. (Erläuterungen zur Gleichbehandlung der Marktteilnehmer)

JAAC 66.45 - Entscheid der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission vom 9. November 2001 in Sachen X AG [ALKRK 2001-002]).

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 579

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.