

BVGer A-5763/2012 vom 3. September 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5763_2012

FR: TAF A-5763/2012 du 3 septembre 2013

IT: TAF A-5763/2012 del 3 settembre 2013

Regeste

Gebrannte Wasser

Erwägungen

E. 1

Wie bereits mit Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2012 (E. 1.1, 1.3) festgestellt, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 e contrario und 33 Bst. e des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32]), erfüllt die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]) und wurde die Beschwerde form- und fristgerecht (Art. 52, Art. 50 Abs. 1 VwVG) eingereicht, weshalb auf diese einzutreten ist.

E. 2.1

Art. 105 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) räumt dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Herstellung, der Einfuhr, der Reinigung und des Verkaufs gebrannter Wasser ein; er hat dabei insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung zu tragen. Dieser gesundheitspolitisch motivierte Auftrag war bereits in der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) verankert. Gemäss Art. 32bis Abs. 2 aBV hatte die Gesetzgebung im Bereich des Alkohols den Verbrauch von Trinkbranntwein und dementsprechend dessen Einfuhr und Herstellung zu vermindern. Der Bund war und ist somit von Verfassungs wegen dazu verpflichtet, auf dem Weg der Gesetzgebung zum Schutze der öffentlichen Gesundheit mässigend auf den Alkoholkonsum einzuwirken (BGE 128 I 295 E. 3d/aa; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6610/2009 vom 21. April 2010 E. 5.2, A-1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 3.1; Entscheid der Alkoholrekurskommission [ALKRK] vom 9. November 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.45 E. 2a).

E. 2.2

Dies gilt auch für den Bereich der Werbung. Jede Werbung bezweckt in erster Linie die Förderung des Verkaufs und die Steigerung des Umsatzes. Dieses Ziel wird auch erreicht: Nach Ansicht des historischen Gesetzgebers würden nicht jährlich Milliarden von Schweizer Franken für Werbezwecke ausgegeben, wenn damit keine Verkaufsförderung bzw. keine Umsatzsteigerung erzielt werden könnte. Die Steigerung des Umsatzes, welche zwangsläufig mit einem gesteigerten Konsum von gebrannten Wassern einhergeht, steht jedoch in Widerspruch zum verfassungsrechtlich verankerten Auftrag, mässigend auf den Alkoholkonsum einzuwirken. Der Bund ist somit verpflichtet, auch der Werbung als einem

Mittel zur Steigerung des Alkoholkonsums Schranken zu setzen (Botschaft über die Änderung des Alkoholgesetzes vom 11. Dezember 1978, BBl 1979 I 53, 77; BGE 128 I 295 E. 3d/aa; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6610/2009 vom 21. April 2010 E. 5.2, A-1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 3.2; Entscheid der ALKRRK vom 9. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.45 E. 4e/cc; Michael Beusch, "Massnahmen zur Verminderung des Verbrauchs gebrannter Wasser zu Trinkzwecken" - eine Auslegeordnung, in: Jusletter 28. Januar 2013, Rz. 22).

E. 2.3

Der Bund ist dieser Verpflichtung mit dem Erlass von Art. 42b AlkG nachgekommen (BGE 128 I 295 E. 3d/aa). Als Grundsatz gilt, dass Werbebotschaften in Wort, Bild und Ton nur Angaben und Darstellungen enthalten dürfen, die sich unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen (Art. 42b Abs. 1 AlkG). Nach Art. 42b Abs. 2 AlkG sind preisvergleichende Angaben oder das Versprechen von Zugaben oder anderen Vergünstigungen verboten. Schliesslich dürfen gemäss Art. 42b Abs. 4 AlkG keine Wettbewerbe durchgeführt werden, bei denen gebrannte Wasser als Werbeobjekt oder Preis dienen oder ihr Erwerb Teilnahmebedingung ist. Für die Auslegung von Art. 42b AlkG ist festzuhalten, dass nach Auffassung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) der Alkohol nach wie vor als die vordringlichste Problemsubstanz der Schweiz gilt; die vom historischen Gesetzgeber angestrebte Mässigung des Alkoholkonsums hat somit durch die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und die heute vorherrschenden Wertvorstellungen keine Änderung erfahren. Entsprechend stützt sich auch heute die Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 42b Abs. 1 AlkG massgeblich auf die Materialien der gesetzgeberischen Vorarbeiten ab (Urteil 2A.130/2001 des Bundesgerichts vom 23. Mai 2001 E. 3a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 3.3; Entscheid der ALKRRK vom 9. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.45 E. 2; Beusch, a.a.O., Rz. 9, 11).

E. 2.4

Um den Sinngehalt einer Bestimmung zu ermitteln, ist diese auszulegen. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus ihrem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht. Eine verfassungskonforme Auslegung findet dabei im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranken (BGE 136 II 149 E. 3, BGE 136 III 373 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 1C_156/2011 vom 15. Juli 2011 E. 3.5.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-827/2011 vom 14. März 2012 E. 2.5, A-7817/2010 vom 24. November 2011 E. 1.5).

E. 2.5

Dem in Art. 8 BV verankerten Grundsatz der Rechtsgleichheit kommt umfassende Geltung zu. Er ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen (Rechtssetzung und -anwendung) und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit (Bund, Kantone, Gemeinden) zu beachten. Das Rechtsgleichheitsgebot verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (vgl. BGE 134 I 23 E. 9.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2010, N 489 und 495). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht indes grundsätzlich nicht. Er wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur ausnahmsweise anerkannt, nämlich wenn eine ständige rechtswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (BGE 135 I 65 E. 5.6; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-152/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.2; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 770 ff.; Helen Keller, in: Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 38 N 26).

E. 3

Vorliegend ist strittig, ob die Beschwerdeführerin mit ihren Anzeigen in den Werbesprospekten der Wochen 06/2012 und 14/2012 die in Art. 42b AlkG enthaltenen Werbebeschränkungen verletzt hat.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, sie lasse rund ein Promille ihrer für Deutschland konzipierten Prospekte - wie ihre deutschen Konkurrenten auch - im Schweizer Grenzgebiet verteilen. In der Schweiz würden wöchentlich mehrere tausend Prospekte mit Angeboten der Filiale B. _____ verteilt. In diesen Prospekten würden in der Regel auf ca. 40 Seiten rund 600 unterschiedlichste Produkte beworben, darunter auch vereinzelt Spirituosen. Alle Preisangaben seien in Euro gehalten, und der Kauf der beworbenen Produkte sei ausschliesslich in Deutschland möglich, ein Warenversand finde nicht statt. Sie selbst und diverse deutsche Mitbewerberinnen verteilten ihre Prospekte seit mindestens zehn Jahren auch im Schweizer Grenzgebiet, offensichtlich handle es sich dabei um eine etablierte Praxis. Aus Kostengründen und weil sich das beworbene Angebot auf deutschem Boden befinde, würden für die Bedienung des Schweizer Grenzgebiets ihres Wissens keine separaten Prospekte erstellt und gedruckt. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Auslegung ergebe, dass der Bund durch die Alkoholgesetzgebung allgemein und speziell durch Art. 42b AlkG mässigend auf den Verkauf und, als Folge davon, auf den Konsum gebrannter Wasser in der Schweiz einwirken wolle. Daraus müsse logischer- und konsequenterweise geschlossen werden, dass Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG lediglich die Bewerbung von in der Schweiz erhältlichen Angeboten regle. Die Anwendbarkeit von Schweizer Werbebeschränkungen auf in der Schweiz nicht erhältliche Angebote, deren Verkauf mit der inkriminierten Werbung dementsprechend auch nicht gefördert werden könne, sei systemwidrig und ziele ins Leere. Solches lasse sich, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, nicht rechtfertigen und entspreche nicht dem gesetzgeberischen Willen. Aus ähnlichen Überlegungen werde wohl auch in der Botschaft erwähnt, dass "die aus dem Ausland stammende Werbung (Radio, Fernsehen, Zeitschriften) nicht erfasst werden könne", was zu einer gewissen Benachteiligung der Schweizer Werbeträger führe. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz, ergebe sich aus dieser Aussage in der Botschaft durchaus, dass die Werbeverbote nur für Verkaufsstellen in der Schweiz

gelten könnten, da die aus dem Ausland stammende Werbung, die für im Ausland erhältliche Produkte gemacht werde, gerade nicht vom AlkG erfasst werde. In ihrer Replik präzisiert die Beschwerdeführerin, die beiden Voraussetzungen, dass sich die Werbung an ein in der Schweiz befindliches Publikum richte und ein in der Schweiz oder von der Schweiz aus erwerbliches Angebot betreffe, müssten kumulativ erfüllt sein, damit sich die Werbung überhaupt auf dem Schweizer Markt auswirken könne. Der vorliegende Sachverhalt sei eben gerade nicht vergleichbar mit Werbebroschüren oder Internetwerbung, die explizit für Schweizer Kunden konzipiert worden seien, indem sie Preise in Schweizer Franken und Bestellmöglichkeiten enthielten. Die öffentliche Gesundheit in der Schweiz sei aufgrund der beanstandeten Werbung in keiner Art und Weise gefährdet. Es könne hier auch nicht von Lockvogelangeboten gesprochen werden, da keine vernünftig denkende Person lediglich aufgrund eines der beanstandeten Angebote nach Deutschland fahre. Hinzu komme, dass ein Abstützen darauf - wie es die Vorinstanz vorzuschlagen scheine -, ob mit der Werbung potentielle Schweizer Käufer angesprochen würden, denen es aufgrund ihres Wohnorts möglich wäre, eine deutsche Filiale der Beschwerdeführerin zu erreichen, zu grosser Rechtunsicherheit führen würde, da niemand mehr wüsste, wo die Grenze zu ziehen wäre. Interessant sei ein Vergleich mit der Praxis von Swissmedic und grenznahen kantonalen Laboratorien bezüglich in der Schweiz gestreuter Werbung ausländischer Anbieter. Gemäss telefonischer Auskunft eröffneten diese Behörden bei Verstössen gegen die einschlägigen schweizerischen Gesetzesbestimmungen nur ein Verfahren, wenn die Produkte auch in der Schweiz erworben werden könnten. Zusammengefasst ergebe sich, dass das AlkG die aus dem Ausland stammende und ein Angebot im Ausland betreffende Werbung nicht regle. Deren Anwendung auf die vorliegenden Inserate in den Werbeprospekten der Beschwerdeführerin stelle somit eine Bundesrechtsverletzung im Sinn von Art. 49 Bst. a VwVG dar. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, das Werbeverbot sei ein rechtswidriger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Insbesondere die Verhältnismässigkeit des Eingriffs sei vorliegend ganz offensichtlich nicht gegeben. Es werde bestritten, dass ein Verbot der beanstandeten Werbung geeignet sei, in signifikanter oder auch nur spürbarer Weise den Kauf und Konsum gebrannter Wasser in der Schweiz zu beeinflussen. Die mangelnde Eignung begründet die Beschwerdeführerin u.a. damit, dass die verbotene Werbung nur einen verschwindend kleinen Teil der schweizerischen Bevölkerung erreiche und in den übrigen Inseraten der fraglichen Werbebroschüren geradezu untergehe. Ausserdem weist die Beschwerdeführerin auch in der Replik nochmals darauf hin, es sei realitätsfremd anzunehmen, dass eine Preisreduktion von 2.-- für die Schweizer Käuferschaft einen Anreiz biete, eine längere Autostrecke zurückzulegen, um diesen Betrag auf einer einzigen, nicht zu verzollenden Flasche Spirituosen einzusparen. Die Eingriffswirkung (Mehrauslagen für die Beschwerdeführerin von 66'300.-- jährlich für den Druck spezieller Werbebroschüren für die Schweiz) stünde im Übrigen in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem mit dem Verbot bezweckten, aber nicht erzielbaren Resultat. Zudem verstosse das verfügte Werbeverbot gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gemäss Art. 5 Abs. 2 BV und sei die Verfügung unzweckmässig und unangemessen.

E. 3.2

Die Vorinstanz erklärt in ihrer Vernehmlassung, allein aus dem Umstand, dass in Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG nicht unterschieden werde, ob sich der Verkaufspunkt in der Schweiz oder im Ausland befinde, bedeute nicht, dass der Wortlaut der Bestimmung unklar sei. Ihrer Ansicht nach bestehe kein Auslegungsbedarf, vielmehr ergebe sich der Geltungsbereich der

Werbebeschränkungen aus allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen. Im Werberecht werde bei Werbung mit grenzüberschreitender Wirkung bezüglich der Frage des anwendbaren Rechts auf den international gültigen Grundsatz der Territorialität abgestellt. Demnach sei auf Werbemassnahmen jenes Recht anwendbar, in dessen Geltungsbereich sie sich auswirkten. Weil es sich bei den fraglichen Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG zudem um Verbotsnormen handle, seien auch die territorialen Regelungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311) massgebend. Dementsprechend beschränke sich der Geltungsbereich der alkoholrechtlichen Werbeverbote nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 104 StGB grundsätzlich auf das Schweizer Hoheitsgebiet. Als Begehungsort gelte dabei sowohl der Ort, an dem die Tat ausgeführt worden sei als auch der Ort, an dem der Erfolg eingetreten sei (Art. 8 StGB). Rechtlich massgebend sei, dass die Werbewirkung bei Schweizer Publikum auf Schweizer Territorium eintrete. Unerheblich sei, dass die Abgabe der angepriesenen Ware nicht in der Schweiz erfolge und auch keine Lieferung in die Schweiz vorgesehen sei. Diese Rechtsauffassung stehe im Übrigen im Einklang mit dem Sinn und Zweck der Werbebestimmungen des AlkG. Im Interesse einer wirksamen Verfolgung des gesundheitspolitischen Zwecks sei der Anwendungsbereich der Werberestriktionen möglichst umfassend abzustecken. Der von der Beschwerdeführerin angestellte Vergleich mit der Werbepaxis der Swissmedic und eines grenznahen Laboratoriums sei verfehlt. Zum einen sei die behauptete Praxis der Swissmedic nicht bewiesen, zum anderen beruhten die Werbeverbote auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. Somit sei erstellt, dass die strittige Spirituosenwerbung den Werbebestimmungen des AlkG unterstehe. Die Vorinstanz gelangt im Weiteren zum Ergebnis, die Werbebeschränkungen nach Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG stellten keinen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. In ihrer ausführlichen Begründung verweist sie auf BGE 128 I 295, in dem das Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle geprüft habe, ob ein kantonales Werbeverbot für Spirituosen und Tabak mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten vereinbar sei. Zudem führt die Vorinstanz aus, die Werbebeschränkungen hätten keine unzumutbaren finanziellen Auswirkungen für die Beschwerdeführerin und das Verbot der Spirituosenwerbung sei zweckmässig. Zudem legt sie eingehend dar, dass sie in den vergangenen Jahren wiederholt gegen ausländische Detailhandelsketten vorgegangen sei, welche sich unzulässiger Spirituosenwerbemethoden für das Schweizer Publikum bedient hätten. Die fraglichen Inserate der Beschwerdeführerin stellten objektiv Widerhandlungen gegen das alkoholrechtliche Verbot von Preisvergleichen bzw. von Wettbewerben im Zusammenhang mit Spirituosen dar. Dementsprechend sei der Beschwerdeführerin zu Recht die Verbreitung der unzulässigen Spirituosenwerbung auf Schweizer Hoheitsgebiet untersagt worden. In der Duplik ergänzt die Vorinstanz, die Äusserungen der Beschwerdeführerin seien widersprüchlich. Wenn sie durch die Werbemassnahmen nicht eine gewisse Steigerung des Umsatzes in den grenznahen Filialen erzielte, verzichtete sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen zweifellos auf die Bewerbung der Käuferschaft in der Schweiz. Voraussetzung für die Anwendung der schweizerischen Werberechts auf den vorliegenden Sachverhalt sei - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin - allein, dass sich die Werbewirkung auf Schweizer Territorium auswirke. Ob die Werbung in erster Linie für das Schweizer Publikum konzipiert worden sei, spiele keine Rolle. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Angebote so ausgestaltet worden seien, dass auch das Schweizer Publikum davon angesprochen werde. Der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung gebiete die Anwendung der Schweizer Werbevorschriften auf Schweizer und

deutsche Detailhändler gleichermaßen. Des Weiteren legt die Vorinstanz nochmals ausführlich dar, dass sie gegen weitere ausländische Anbieter vorgegangen sei, die illegale Spirituosenwerbung verbreitet hätten.

E. 3.3

Die umstrittenen Anzeigen in den Werbeprospekten (Wochen 06/2012 und 14/2012) der Beschwerdeführerin präsentieren sich wie folgt: Der Prospekt der Woche 06 enthält ein Inserat, in dem zwei Flaschen Baileys abgebildet sind, im Wesentlichen mit folgendem Text: "Baileys Original, Crème Caramel, Hazelnut oder Coffee 17/17/17/17 % Vol., jede 0,7-l-Flasche" "2,50 gespart! gegenüber dem Normalpreis" "9,-99". Der Hinweis "2,50 gespart!" ist in einem roten Balken optisch deutlich hervorgehoben. Im selben Prospekt findet sich überdies eine Anzeige mit dem Bild einer Flasche Jim Beam Bourbon Whiskey sowie einem weissen Kühlschrank mit grossem Jim Beam-Logo auf der Türe. Dazu steht in roter Schrift sowie in Grossbuchstaben: "JIM BEAM VERLOST SIEBEN ORIGINAL SMEG KÜHLSCHRÄNKE!" (vgl. act. 8/2 S. 13 u. 15). In der Broschüre der Woche 14 preist die Beschwerdeführerin - neben dem Bild einer "Johnnie Walker Red Label" sowie einer "Bacardi Superior" Flasche - an: "Bacardi Rum Superior, Black, Gold, Oakheart, Mojito, Piña Colada oder Johnnie Walker Red Label 37,5/37,5/37,5/35/15/15/ 40 % Vol., jede 0,7-l-Flasche" "2,00 gespart! gegenüber dem Normalpreis" "9,-99". Der Hinweis "2,00 gespart!" ist auch in diesem Inserat in einem roten Balken optisch hervorgehoben (vgl. act. 8/3 S. 18).

E. 3.4

In erster Linie bestreitet die Beschwerdeführerin, dass der territoriale Anwendungsbereich des schweizerischen Rechts und damit auch des AlkG und insbesondere dessen Art. 42b ihre Werbeprospekturen mit den dargestellten umstrittenen Spirituosenwerbungen überhaupt erfasse.

E. 3.4.1

Das AlkG selbst äussert sich nicht zu territorialen Fragen. Dem Wortlaut von Art. 42b AlkG lässt sich weder entnehmen, dass die Werberestriktionen nur für in der Schweiz erhältliche Produkte gälten, noch dass sie auch anwendbar seien, wenn in der Schweiz für Produkte geworben werde, die lediglich im Ausland erworben werden können.

E. 3.4.2

Das öffentliche Recht kennt - im Gegensatz zum Privatrecht - kein spezielles Kollisionsrecht, d.h. kein Recht, das regelt, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn ein Sachverhalt auch einen Bezug zu einer anderen als der schweizerischen Rechtsordnung aufweist. Vielmehr gilt das sogenannte Territorialitätsprinzip, wonach öffentliches Recht seine Rechtswirkungen nur in dem Staat entfaltet, der es erlassen hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 357; vgl. ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7040/2009 vom 30. November 2011 E. 5.4.1). Dem Territorialitätsprinzip entsprechend gilt das öffentliche Recht nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsgebiet des jeweiligen rechtsetzenden Gemeinwesens ereignen, wobei u.U. unklar sein kann, welchem Gemeinwesen ein Sachverhalt zuzuordnen ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 359). In solchen Fällen stellt sich die Frage, an welche Kriterien anzuknüpfen ist, um ein Rechtsverhältnis einem Gemeinwesen zuzuordnen. Dabei besteht keine einheitliche Regelung, die für alle Bereiche des Verwaltungsrechts Anwendung findet, vielmehr gelten unterschiedliche Anknüpfungskriterien, wie beispielsweise der Wohnsitz, der Ort der

Ausübung bzw. der Auswirkungen einer Tätigkeit, der Ort der gelegenen Sache oder das Bürgerrecht (Häfelin/Müller/ Uhlmann, a.a.O., N 361). Vorliegend ist umstritten, ob der Sachverhalt der Schweiz zuzuordnen ist. Dementsprechend ist zu klären, welches in casu das relevante Anknüpfungskriterium ist, das den Sachverhalt einem Gemeinwesen zuordnet. Um die Frage zu beantworten, ob die schweizerische Alkoholgesetzgebung, des näheren Art. 42b AlkG, auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden ist, gilt es also, dieses Anknüpfungskriterium, d.h. das Sachverhaltselement, das sich in der Schweiz verwirklicht haben muss, festzulegen.

E. 3.4.3

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin ihre Werbeprospekte nicht nur in Deutschland, sondern auch in mehrere tausend Haushalte im grenznahen Gebiet der Schweiz verteilt hat. Die Werbung richtet sich somit an schweizerische Konsumenten und wirkt sich auch in der Schweiz aus, d.h. sie wird - auch - in der Schweiz zur Kenntnis genommen. Demzufolge rechtfertigt es sich, den "Ort der Auswirkungen einer Tätigkeit" als relevantes Anknüpfungskriterium festzulegen. Dieser befindet sich - wie eben erwähnt - auf schweizerischem Territorium, weshalb Schweizer Recht und damit auch die Werberestriktionen des AlkG zur Anwendung gelangen.

E. 3.4.4

Gleiches ergibt sich, worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist, aus dem Vergleich mit anderen Schweizer Gesetzen. So wird im Werberechtskommentar ausgeführt, auf Werbemassnahmen sei jenes Recht anwendbar, in dessen Geltungsbereich diese sich auswirkten. Werde eine im Ausland konzipierte Werbung eines ausländischen Herstellers für schweizerische Konsumenten konzipiert und hier gestreut, so müsse sie schweizerischen Anforderungen genügen. Anders könne höchstens entschieden werden, wenn die ausländische Werbung bloss zufällig, z.B. auf dem Weg von hier abonnierten Zeitschriften, in die Schweiz gelange. Zu Recht legten daher sowohl das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) wie auch die Lauterkeitskommission übereinstimmend fest, dass für die Beurteilung einer Massnahme der kommerziellen Kommunikation das Recht des Staates massgeblich sei, auf dessen Markt die Massnahme ihre Wirkung entfalte (Marc Schwenninger, in: Lucas David [Hrsg.], Werberecht Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2010, N 6 zu Art. 1 UWG). Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, dass es zumindest bezüglich der hier strittigen Werbung für gebrannte Wasser keine Rolle spielt, ob die Prospekte - wie die Beschwerdeführerin einwendet - für ihre deutschen Kunden und nicht für die Schweiz konzipiert worden sind. Wesentlich ist, dass die Beschwerdeführerin ihre Werbung direkt und gezielt an Schweizer Konsumenten gerichtet hat. Ob sie dies mit speziell für die Schweiz konzipierten und produzierten Broschüren macht oder ob sie dazu Prospekte verwendet, die sich in erster Linie an eine andere Kundengruppe wenden, macht keinen Unterschied, ebenso wenig ob die Preise in Schweizer Franken oder in Euro angegeben sind.

E. 3.4.5

Eine Anknüpfung an den Ort der Auswirkung der Werbung korreliert im Übrigen mit Ziel und Zweck von Art. 42b AlkG. So ist dem beschwerdeführerischen Einwand, Art. 42b AlkG könne sich nicht gegen die Werbung für ein Produkt richten, das nur im Ausland erhältlich sei, entgegenzuhalten, dass die Alkoholgesetzgebung in erster Linie mässigend

auf den Alkoholkonsum einwirken will. Das bereits in der Verfassung verankerte zentrale Ziel der Alkoholgesetzgebung ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit. Als eine wirksame Massnahme, dieses Ziel zu verwirklichen, sah der Gesetzgeber die Einschränkung der Werbung (vgl. dazu bereits die Ausführungen in der im vorliegenden Verfahren ergangenen Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2012 E. 5.2). Der Verpflichtung, der Werbung als einem Mittel zur Steigerung des Alkoholkonsums Schranken zu setzen, ist der Bund mit dem Erlass von Art. 42b AlkG nachgekommen. Wie unter E. 2.3 ausgeführt, hat die Auffassung, es sei mässigend auf den Alkoholkonsum einzuwirken, nichts an Aktualität eingebüsst. Dementsprechend müssen die Werberestriktionen zugunsten der Volksgesundheit möglichst umfassend angewandt werden. Die Werbeeinschränkungen von Art. 42b AlkG müssen also - nach Sinn und Zweck der Norm - für sämtliche Werbemittel gelten, die sich gezielt an Schweizer Kunden richten. Ob die beworbenen Produkte schliesslich in der Schweiz oder im Ausland gekauft werden, ist nicht in erster Linie von Belang, da das mit den Werberestriktionen verfolgte Ziel - wie bereits gesagt - der Schutz der öffentlichen Gesundheit ist und Art. 42b AlkG keine wirtschaftspolitischen Motive oder ähnliche zugrunde liegen. Die Gesundheit der schweizerischen Bevölkerung ist durch in der Schweiz beworbene und im Ausland gekaufte Produkte gleich gefährdet, wie wenn das Produkt in der Schweiz gekauft würde. Letztlich ist zur Beantwortung der Frage, ob die Werberestriktionen gemäss Art. 42b AlkG verletzt werden, ohnehin unerheblich, ob überhaupt die beworbenen Produkte dann auch gekauft wurden oder nicht. Durch den genannten Gesetzesartikel soll allein die Werbung sanktioniert werden, was sich - wie der Gesetzgeber unterstellt - im Ergebnis mässigend auf den Alkoholkonsum auswirkt. Ob eine einzelne Werbebotschaft den Verkauf von bzw. den Umsatz mit gebrannten Wassern im Einzelfall fördert, muss nicht nachgewiesen werden (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 5.3.2, A-6610/2009 vom 21. April 2010 E. 6.1, wonach bereits das "Versprechen" von Vergünstigungen genügt, ob solche auch wirklich gewährt werden, ist nicht entscheidend).

E. 3.4.6

An der vorstehend dargestellten Einschätzung vermag der Einwand der Beschwerdeführerin, im Heilmittelbereich würde bei Verstössen gegen die Werbevorschriften nur ein Verfahren eröffnet, wenn die Produkte auch in der Schweiz erworben werden könnten, nichts zu ändern. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin diese angebliche Praxis lediglich behauptet; es ist ihr jedoch nicht gelungen, diese zu belegen oder nur schon glaubhaft zu machen. Zudem bezieht sich die von der Beschwerdeführerin behauptete telefonische Auskunft von Swissmedic nur auf Werbung im Fernsehen, im Radio und in Zeitungen und nicht auf solche in gezielt in der Schweiz verteilten Werbeprospekten. Ob die behauptete Praxis im Heilmittelbereich im vorliegenden Fall überhaupt rechtsvergleichend herangezogen werden kann, ist unter diesen Umständen nicht zu entscheiden.

E. 3.4.7

Zusammenfassend geht die Beschwerdeführerin mit ihrer Behauptung fehl, Art. 42b AlkG könne sich nur gegen Werbung richten, die ein Produkt betreffe, das in der Schweiz oder von der Schweiz aus erworben werden könne. Vielmehr ist das AlkG und damit dessen Art. 42b auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

E. 3.5

Nachdem nun geklärt ist, dass das AlkG zur Anwendung gelangt, ist noch darauf einzugehen, ob die Beschwerdeführerin mit ihren Inseraten gegen die einschlägigen Bestimmungen verstossen hat.

E. 3.5.1

Gemäss Art. 42b Abs. 2 AlkG sind u.a. preisvergleichende Angaben verboten (vgl. E. 2.3). In den unter E. 3.3 beschriebenen Anzeigen ("Baileys" und "Bacardi Rum etc.") hat die Beschwerdeführerin gebrannte Wasser mit dem Hinweis "2,50 [bzw. 2,00] gespart! gegenüber dem Normalpreis" angepriesen. Damit hat sie preisvergleichende Angaben gemacht, was verboten ist. Dies wird denn von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten.

E. 3.5.2

Nach Art. 42b Abs. 4 AlkG sind Wettbewerbe verboten, bei denen gebranntes Wasser als Werbeobjekt oder Preis dienen oder ihr Erwerb Teilnahmebedingung ist (vgl. E. 2.3). In dem ebenfalls unter E. 3.3 beschriebenen Inserat ("Jim Beam") hat die Beschwerdeführerin einen Wettbewerb ausgeschrieben, in dem sieben Kühlschränke zu gewinnen waren. Zwar ist festgehalten, dass die Teilnahmekarten beim Service-Center der X.-Filialen erhältlich seien, weshalb der Erwerb einer Whiskeyflasche nicht Teilnahmebedingung war und insofern kein Verstoß gegen Art. 42b Abs. 4 AlkG vorliegt. Ebenso wenig war der Whiskey selbst Wettbewerbspreis. Hingegen ist auf den Türen der Kühlschränke gross das Logo von Jim Beam Whiskey angebracht. Demzufolge wird auf den Kühlschränken für den Whiskey geworben, weshalb ein gebranntes Wasser als Werbeobjekt dient, was unzulässig ist. Auch dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

E. 3.5.3

Die Beschwerdeführerin hat also mit den erwähnten Inseraten in ihren Werbebroschüren 06/2012 bzw. 14/2012 Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG verletzt. Es bleibt daher noch auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen.

E. 3.6.1

Die Beschwerdeführerin weist mehrfach darauf hin, sie selbst, aber auch diverse deutsche Mitbewerber verteilten ihre Werbeprospekte seit mindestens zehn Jahren im Schweizer Grenzgebiet. Es handle sich dabei um eine etablierte Praxis. Falls sinnvoll und erforderlich, stünden Herr Y. _____ (aktueller Geschäftsleiter X.-Filiale, B. _____) und/oder Herr Z. _____ (ehemaliger Geschäftsleiter X.-Filiale, B. _____) für eine Parteibefragung zu dieser langjährigen Praxis der Beschwerdeführerin sowie ihrer deutschen Konkurrenz zur Verfügung.

E. 3.6.2

Soweit die Beschwerdeführerin damit eine Gleichbehandlung oder vielmehr eine Gleichbehandlung im Unrecht geltend machen will, ist ihr entgegenzuhalten, dass in casu die Voraussetzungen dafür offensichtlich nicht gegeben sind. Wie bereits in der im vorliegenden Verfahren ergangenen Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2012 dargelegt, hat die Beschwerdeführerin zwar einzelne Verletzungen der Werbevorschriften durch Mitbewerberinnen glaubhaft machen können, eine ständige rechtswidrige Praxis der EAV konnte sie indes nicht darlegen (vgl. E. 6.3.1.3, 6.4.2 der Zwischenverfügung). Dementsprechend ist die zweite Voraussetzung für eine Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. E. 2.5), nämlich dass die EAV erkennbar an einer rechtswidrigen Praxis festhalten würde,

erst recht nicht erfüllt, und es erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Wenn die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Geschäftsleiter der X.-Filiale, B. _____ überhaupt einen Beweisantrag stellen wollte, sie verlangt die Parteibefragung nur "falls sinnvoll und erforderlich", so wäre dieser unter den gegebenen Umständen im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung abzuweisen (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung: BGE 131 I 153 E. 3, 130 II 429 E. 2.1, 125 I 134 E. 6c/cc; statt vieler: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 5814/2010 vom 8. Juli 2011 E. 1.2.2).

E. 3.7.1

Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, das Werbeverbot sei ein rechtswidriger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Überdies verstosse das Werbeverbot gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV, und die Verfügung sei unzumutbar und unangemessen.

E. 3.7.2

Die Werbebeschränkungen sind in Art. 42b AlkG und damit in einem Bundesgesetz verankert. Das Bundesverwaltungsgericht hat keine Möglichkeit, diese Norm aufzuheben oder ihr die Anwendung zu versagen, selbst wenn sie gegen die Verfassung verstossen sollte. Dies ergibt sich aufgrund des Anwendungsgebots in Art. 190 BV (statt vieler: BGE 136 II 120 E. 3.5.1, 129 II 249 E. 5.4, mit weiteren Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2326/2012 vom 5. Februar 2013 E. 5.2, A 310/2009 vom 7. Mai 2010 E. 5.2.5). Die Vorinstanz hat die Wirtschaftsfreiheit unter Hinweis auf BGE 128 I 295 ausführlich geprüft. In jenem Entscheid war jedoch - im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt - zu prüfen, ob eine kantonale Regelung mit den Grundrechten der BV vereinbar sei. Soweit ein kantonales Gesetz zur Diskussion steht, ist eine eingehende Prüfung der Verfassungsmässigkeit sinnvoll, da dort das Anwendungsgebot von Art. 190 BV nicht greift. Vorliegend erübrigt sich eine weitere Prüfung, ob die Wirtschaftsfreiheit verletzt sei. Dementsprechend muss auch nicht entschieden und kann offen gelassen werden, ob sich die Beschwerdeführerin als ausländische Mitbewerberin auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV berufen kann. Ebenso verbleibt für Verhältnismässigkeitsüberlegungen immer dann kein Raum, wenn eine Norm zwar als streng erscheinen mag, aber vom Bundesgesetzgeber so gewollt ist und innerhalb des diesem eröffneten Regelungsermessens liegt (Urteil des Bundesgerichts 2C_703/2009 und 2C_22/2010 vom 21. September 2010 E. 4.4.2). Denn die rechtsanwendenden Behörden trifft auch hier das Anwendungsgebot von Art. 190 BV. Sie dürfen von einer klar formulierten Vorschrift, deren Wortlaut auch dem Sinn und Zweck der Regelung entspricht, nicht abweichen (BGE 131 II 217 E. 2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2326/2012 vom 5. Februar 2013 E. 5.2). Auch das Vorbringen, die Verfügung sei unzumutbar und unangemessen, verfährt nicht. Die Rüge der Unzumutbarkeit und Unangemessenheit kann nur zum Zuge kommen, wenn überhaupt ein Ermessenspielraum besteht. Vorliegend besteht kein solcher Ermessenspielraum. Die Werberestriktionen von Art. 42b AlkG lassen gewisse Werbungen schlicht nicht zu, unabhängig davon, wie sich ein solches Verbot im Einzelfall auswirkt.

E. 4

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Inseraten gegen Art. 42b Abs. 2 und 4 AlkG verstossen hat. Demzufolge ist ihre Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

E. 5

Ausgangsgemäss hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse, wie vorliegend, richtet sich die Gerichtsgebühr in einem ersten Schritt zwingend nach der in Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] enthaltenen Streitwertskala (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 4.17). Ausgehend vom Streitwert sowie aufgrund des Aufwands und der Schwierigkeit der Streitsache, wobei miteinzubeziehen ist, dass bereits ein Zwischenentscheid betreffend die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu fällen war, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten auf Fr. 7'500.-- festzulegen (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 VGKE). Diese sind mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- zu verrechnen. Den restlichen Betrag von Fr. 5'000.-- hat die Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils noch zu bezahlen. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario sowie Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv ist auf der folgenden Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.