Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6610/2009
{T 0/2}

Urteil vom 21. April 2010

Besetzung

Richterin Salome Zimmermann (Vorsitz),
Richter Michael Beusch, Richter Daniel Riedo,
Gerichtsschreiberin Sonja Bossart Meier.

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch ...,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Alkoholverwaltung EAV,
Länggassstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 9,
Vorinstanz.

Gegenstand

Werbung für Spirituosen, Versprechen von Vergünstigungen (Art. 42b Abs. 2 AlkG); Parteistellung und Beschwerdelegitimation (Art. 6 und 48 VwVG).

Sachverhalt:

A.
Mit an A._____ als Verantwortlicher des Y-Clubs gerichteter Verfügung vom 15. Oktober 2009 stellte die Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV) fest, dass die Werbung des Y-Clubs für den "Schnägge-Fritig" Art. 42b Abs. 2 des Alkoholgesetzes vom 21. Juni 1932 (AlkG, SR 680) verletze und ordnete an, die Werbung für den Anlass sei in sämtlichen Medien einzustellen. Daneben wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die EAV erläuterte, der Y-Club werbe mit Plakaten, auf seiner Internetseite und mit einem Radio-Spot im Lokalradio für den "Schnägge-Fritig". Dabei werde den Kunden versprochen, dass "fast alle Getränke" für je Fr. 5.-- abgegeben werden. Unter "Schnägge-Fritig" oder ähnlichen Begriffen werde im Gastrobereich die zeitlich limitierte Abgabe von alkoholischen und nicht alkoholischen Getränken zu einem Einheitspreis verstanden. Werbung für solche Anlässe diene der Anlockung von Gästen und stelle ein unzulässiges Versprechen einer Vergünstigung für gebrannte Wasser gemäss Art. 42b Abs. 2 AlkG dar.

B.
Mit Beschwerde vom 21. Oktober 2009 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt A._____, die Verfügung sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass die Werbung keine Verletzung von Art. 42b Abs. 2 AlkG darstelle und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen. Er vertritt die Ansicht, das fragliche Angebot erfülle den Tatbestand von Art. 42b Abs. 2 AlkG nicht. Unter anderem bringt er vor, es sei festgehalten worden, dass das Angebot "Eintritt und Konsumation je Fr. 5.--" nur für "fast alle Getränke" Geltung habe, womit den Gästen klar gewesen sei, dass nicht sämtliche ausgeschenkten Spirituosen und Alcopops zum Einheitspreis von Fr. 5.-- ausgegeben werden würden. Weiter handle es sich bei dem Angebot gar nicht um eine Vergünstigung. Es gehe aus der eingereichten Preisliste hervor, dass auch die zu jeweils Fr. 5.-- ausgeschenkten Spirituosen gar nicht vergünstigt angeboten worden seien. Die EAV habe nicht geprüft, ob eine Vergünstigung vorliege, womit sie willkürlich gehandelt habe. Da die abgegebene Menge Alkohol gering sei, habe auch keine Gefahr bestanden, dass durch unterdurchschnittliche Preise eine besonders grosse Menge Alkohol getrunken werden würde. Damit sei auch die Volksgesundheit, die das Werbeverbot gemäss Art. 42b Abs. 2 AlkG schützen wolle, nicht gefährdet worden.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2009 wird A._____ insbesondere aufgefordert, seine Wohnsitzadresse bzw. allenfalls Firma und Sitz der den Y-Club leitenden Unternehmung mitzuteilen. Mit Eingabe vom 9. November 2009 wird darauf geantwortet, dass der Y-Club von der X._____ AG (im Folgenden auch die "Aktiengesellschaft") betrieben werde. Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates mit Einzelzeichnungsberechtigung sei A._____.

D.
Am 9. November 2009 reicht die EAV ihre Vernehmlassung zur Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ein.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 17. November 2009 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Die EAV wird zur Einreichung der Vernehmlassung zur Sache aufgefordert, in welcher sie sich auch zur Identität des materiellen Verfügungsadressaten zu äussern habe.

F.
Am 20. Januar 2010 erstattet die EAV ihre Vernehmlassung zur Hauptsache und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Zur aufgeworfenen Frage, ob statt A._____ als natürliche Person die X._____ AG als Betreiberin des Y-Clubs richtigerweise ins Recht zu fassen gewesen wäre, legt die EAV dar, ihr gegenüber sei immer A._____ in der Funktion als Geschäftsführer des Y-Clubs aufgetreten. Er habe nie darauf hingewiesen, dass der Y-Club von einer Aktiengesellschaft betrieben werde oder dass er als Vertreter einer solchen tätig sei. Ebenso habe er die Beschwerde gegen die Verfügung der EAV in eigenem Namen erhoben. Erst mit Schreiben vom 9. November 2009 an das Bundesverwaltungsgericht habe er darauf hingewiesen, dass der Club von der fraglichen Gesellschaft betrieben werde. A._____ habe durch sein Verhalten der EAV gegenüber den Anschein erweckt, der richtige Verfügungsadressat zu sein. Sodann müsse sich die X._____ AG die Handlungen ihres Verwaltungsrats und Einzelunterschriftsberechtigten anrechnen lassen, was auch für eine Verfügung gelte, welche die Gesellschaft betreffe und an A._____ zugestellt worden sei. Im Übrigen sei durch die Eröffnung an A._____ weder ihm noch der X._____ AG ein Rechtsnachteil erwachsen. Ein allfälliger Mangel könne als geheilt betrachtet werden.

In materieller Hinsicht werden weitgehend die Ausführungen in der Verfügung bestätigt. Ergänzend wird Stellung genommen zu den Vorbringen in der Beschwerde. Irrelevant sei etwa der Vorwurf, die EAV habe nicht geprüft, ob tatsächlich eine Preisvergünstigung vorliege, denn die Verfügung betreffe die Werbung für vergünstigte Spirituosen, und nicht etwa den nach Art. 41 Abs. 1 AlkG zwar ebenfalls verbotenen, aber hier nicht betroffenen Ausschank zu vergünstigten Preisen.

Auf Verlangen des Bundesverwaltungsgerichts werden am 8. Februar 2010 von der EAV weitere, das vorliegende Verfahren betreffende Akten eingereicht.

G.
Mit Eingabe vom 25. Februar 2010 erfolgt eine Stellungnahme der X._____ AG bzw. von A._____ zur Vernehmlassung der EAV. Zur Frage des Verfügungsadressaten wird geltend gemacht, A._____ sei im vorliegenden Verfahren nicht als natürliche Person aufgetreten, sondern einzig in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident mit Einzelzeichnungsberechtigung für die Aktiengesellschaft als Betreiberin des Y-Clubs. In materieller Hinsicht wird im Wesentlichen bereits Vorgebrachtes wiederholt.

H.
Auf die weiteren Begründungen in den Eingaben der Parteien wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Wie bereits mit Zwischenverfügung vom 17. November 2009 (E. 1.1) festgestellt, ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben und sind die Eintretensvoraussetzungen grundsätzlich erfüllt (vgl. aber sogleich E. 2).

2.

2.1 Wer Partei im Sinn von Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) ist, kann ein Begehren um Erlass einer Verfügung stellen und hat im Ver-

fahren auf Erlass der Verfügung verschiedene Parteirechte und -pflichten, namentlich die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Rechte, und Anspruch auf Eröffnung der Verfügung (vgl. etwa VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar, Zürich 2009 [im Folgenden Praxiskommentar VwVG], N. 24 ff. zu Art. 6; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 264). Die Partei kann schliesslich – soweit die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG erfüllt sind – die Verfügung anfechten.

2.2 Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten gemäss Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und andere Personen, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Art. 6 VwVG erfasst also zwei Konstellationen: Parteistatus haben die eigentlichen materiellen Verfügungsadressaten, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berührt und mit denen ein Rechtsverhältnis geregelt werden soll. Daneben sind Partei weitere Rechtssubjekte, die zur Beschwerde gegen die Verfügung berechtigt sind. Die zweite Konstellation von Art. 6 VwVG knüpft damit an die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG an (ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008 [nachfolgend: VwVG-Kommentar], N. 1, 5 f. zu Art. 6; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., N. 3, 7, 16 zu Art. 6; beide je auch zum Folgenden). Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdebefugt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung oder Änderung hat (Bst. c). Der Nichtverfügungsadressat (der "Dritte" im Sinn der zweiten Konstellation von Art. 6 VwVG) erfüllt die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG, wenn er vom zu regelnden Rechtsverhältnis besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat. Das Interesse des Dritten gilt als schutzwürdig, wenn er durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil von sich abwenden kann. Er muss durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (BGE 131 II 587 E. 2.1; 130 V 560 E. 3.3-3.5; 127 V 82 E. 3a/a; 123 II 376 E. 2; 121 II 176 E. 2a).

2.3 Gemäss Art. 38 VwVG darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Die angemessene Folge eines Eröffnungsfehlers lässt sich nicht in allgemeiner Weise umschreiben. Über diese ist im Einzelfall (und nach Vertrauensgrundsätzen) zu entscheiden. Aufgrund einer Interessenabwägung ist die Folge zu wählen, die geeignet ist, die Partei vor Nachteilen zu schützen, die sie infolge des Mangels erleiden würde (FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, a.a.O, N. 6 f. zu Art. 38; BGE 122 I 97 E. 3a/aa; 111 V 149 E. 4c; 102 Ib 91 E. 3; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-2144/2006 vom 1. November 2007 E. 3.2; B-6713/2007 vom 18. Juli 2008 E. 2.2; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz 364 ff. mit Hinweisen). Wenn die Partei aufgrund des Eröffnungsfehlers keinen Nachteil erlitten hat, bleibt der Eröffnungsfehler folgenlos (UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 7 zu Art. 38).

Schwer wiegende Eröffnungsfehler können die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen, ansonsten diese bloss anfechtbar ist (UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 3 ff. zu Art. 38; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 972 ff.; zur Nichtigkeit im Allgemeinen statt vieler: BGE 132 II 342 E. 2.1 mit Hinweisen). Die Eröffnung eines Entscheids an eine falsche Partei kann etwa die Nichtigkeit zur Folge haben (UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 3, 11 zu Art. 38). Von Nichtigkeit ist insbesondere auszugehen, wenn der Betroffene von einer Entscheidung mangels Eröffnung nichts weiss bzw. wenn er keine Gelegenheit erhalten hat, an einem gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen (BGE 129 I 361 E. 2.1 mit Hinweisen).

Die Berufung auf einen Eröffnungsfehler findet ihre Schranke sodann im Grundsatz von Treu und Glauben. Eine Partei muss alles ihr Zumutbare zur Behebung des Eröffnungsmangels unternommen haben, um sich auf diesen berufen zu können (UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 8, 10 zu Art. 38; BGE 122 I 97 E. 3a/aa; LORENZ KNEUBÜHLER, VwVG-Kommentar, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 38). Ist ein Eröffnungsmangel ohne Weiteres erkennbar, so muss der Betroffene darauf reagieren und die Behörde informieren (KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 10 zu Art. 38). Wenn etwa im Fall einer Eröffnung an den falschen Adressaten der richtige Adressat von der Verfügung Kenntnis erhält, ist von ihm eine Reaktion innert angemessener Frist zu fordern (UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 11 zu Art. 38).

2.4 Eine bloss fehlerhafte Parteibezeichnung kann durch die Behörde berichtigt werden. Dies ist statthaft, wenn die Identität der Partei von Anfang an eindeutig feststand und bloss deren Benennung formell falsch war. Diesfalls kann durch die Behörde bzw. die Beschwerdeinstanz eine Berichtigung erfolgen, ohne dass der angefochtene Entscheid aufgehoben werden muss (BGE 131 I 57 E. 2.2; 129 V 300 E. 3.2; 116 V 335 E. 4; Urteil des BVGer A-1513/2006 vom 24. April 2009 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel vom 16. August 2002, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 67.94 E. 3; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N. 48 zu Art. 6 und Fn. 136 mit Hinweisen; UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 13 zu Art. 38).

3.

3.1 Im vorliegenden Fall ist als Erstes abzuklären, wem im Verfahren vor der EAV und im Beschwerdeverfahren Parteistellung zukommt. Die zur Debatte stehende Werbung betrifft den Y-Club. Die EAV hat ihre Verfügung an den "Y-Club, Herrn A._____" adressiert und Letzteren im Rubrum als Verfügungsadressaten genannt. In der Beschwerde wird der "Y-Club, Herr A._____" als Beschwerdeführer aufgeführt. Jedoch wird der Y-Club gemäss Schreiben von A._____ vom 9. November 2009 an das Bundesverwaltungsgericht von der X._____ AG betrieben. A._____ selbst ist Geschäftsführer des Y-Clubs und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft. Diese – im erwähnten Schreiben erstmals gemachten – Angaben werden von der EAV nicht angezweifelt (vgl. Vernehmlassung vom 20. Januar 2010 S. 2 f. und vorn Sachverhalt Bst. F) und von deren Richtigkeit ist im Folgenden auszugehen. Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 17. November 2009 (E. 1.2.3) erwähnt, ist bei diesen Gegebenheiten zu untersuchen, ob statt A._____ die Aktiengesellschaft richtige Adressatin der Verfügung der EAV hätte sein sollen. Ebenfalls ist zu prüfen, wer als Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren zu gelten hat.

3.2 Zur Parteistellung im Verfahren vor der EAV ist Folgendes festzuhalten:

Der – in der Verfügung wie auch in der Beschwerde erwähnte – "Y-Club" konnte von vornherein nicht Partei nach Art. 6 VwVG sein. Damit wird bloss das Geschäft bzw. das Geschäftslokal und damit keine

rechts- und parteifähige Person bezeichnet (vgl. schon Zwischenverfügung vom 17. November 2009 E. 1.2.2).

Die Aktiengesellschaft ist Betreiberin des Clubs und damit durch die Verfügung der EAV betreffend das Werbeverbot direkt in ihren Rechten und Pflichten berührt. Sie ist damit Partei und materielle Verfügungsadressatin im Sinn der ersten Konstellation von Art. 6 VwVG (vorn E. 2.2). Auch die EAV scheint aufgrund der – ihr im Verfügungsverfahren noch nicht bekannten – Tatsache, dass die Aktiengesellschaft den Club führt, nunmehr davon auszugehen, dass diese (und nicht A._____) richtige Verfügungsadressatin gewesen wäre (vgl. Vernehmlassung S. 2 f., vorn Sachverhalt Bst. F). Richtigerweise wäre die Verfügung also an die Aktiengesellschaft als materielle und primäre Verfügungsadressatin zu richten gewesen (E. 2.1) und die Eröffnung war insofern mangelhaft. Über die Konsequenzen dieser mangelhaften Eröffnung (vgl. vorn E. 2.3) wird im Folgenden zu befinden sein (E. 3.3 und 3.4).

A._____ hingegen ist nicht Partei im Sinn der ersten Konstellation von Art. 6 VwVG, da vom Werbeverbot nicht direkt seine eigenen Rechte und Pfichten betroffen sind (vgl. E. 2.2). Als Geschäftsführer des Y-Clubs bzw. als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft hat er zwar deren Rechte und Pflichten wahrzunehmen. Seine diesbezüglichen Handlungen sind aber der Aktiengesellschaft zuzurechnen und Partei im von der EAV geregelten Rechtsverhältnis und materielle Verfügungsadressatin bleibt allein sie. Ob A._____ als Dritter allenfalls Partei im Sinn der zweiten Konstellation von Art. 6 VwVG (vorn E. 2.2) sein könnte, kann vorliegend offen bleiben, wie sogleich zu sehen sein wird.

3.3 Als Nächstes stellt sich die Frage, wer im Beschwerdeverfahren als Beschwerdeführer zu qualifizieren ist.

3.3.1 Als, wie soeben dargelegt, eigentliche materielle Verfügungsadressatin wäre die Aktiengesellschaft ohne Weiteres zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert (E. 2.2).

Die Beschwerde wurde jedoch im Namen von A._____ eingereicht. Da in der Beschwerde und in der Eingabe vom 9. November 2009 auch nicht verlangt wurde, die Aktiengesellschaft sei als Partei bzw. Beschwerdeführerin zu behandeln, wurde er in der Zwischenverfügung vom 17. November 2009 auch als Beschwerdeführer bezeichnet (vgl.

Zwischenverfügung E. 1.2.2). Mittlerweile präsentiert sich die Situation insofern anders, als die Stellungnahme vom 25. Februar 2010 (auch) im Namen der Aktiengesellschaft eingereicht (Bezeichnung der Partei als "X._____ AG bzw. Y-Club, Herr A._____") und darin geltend gemacht wird, A._____ sei im vorliegenden Verfahren nicht als natürliche Person aufgetreten, sondern einzig in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident mit Einzelzeichnungsberechtigung für die Aktiengesellschaft. Neu wird folglich die Meinung vertreten, dass nicht A._____, sondern die Aktiengesellschaft, für die er gehandelt hat, Verfügungsadressatin der Verfügung hätte sein sollen und sie auch im Beschwerdeverfahren als Beschwerdeführerin zu betrachten ist. Es besteht damit der Wille, die Aktiengesellschaft die Beschwerde führen zu lassen. Ein Beschwerdewille von A._____ für sich selbst ist hingegen angesichts dieser Stellungnahme nicht mehr ersichtlich; namentlich wird auch nicht verlangt, er müsse zusätzlich zur Aktiengesellschaft als Beschwerdeführer betrachtet werden. Folglich ist zu untersuchen, ob die Partei zu berichtigen ist (vgl. vorn E. 2.4), indem die – nach dem Gesagten beschwerdebefugte – Aktiengesellschaft als Beschwerdeführerin behandelt wird.

Ist – jedenfalls wenn auf die Beschwerde als solche der Aktiengesellschaft eingetreten würde – ein Beschwerdewille von A._____ für sich selbst nicht mehr anzunehmen, braucht dessen Parteistellung (vgl. oben E. 3.2) bzw. Beschwerdelegitimation (und ob diese in der Zwischenverfügung, Ziff. 1.2.2, zu Recht bejaht wurde) vorläufig nicht überprüft zu werden. Dem wäre nur dann nachzugehen, wenn die Berichtigung der Partei nicht möglich wäre.

3.3.2 Eine Berichtigung einer Parteibezeichnung ist nach der Rechtsprechung nur zulässig, wenn in einem Verfahren nur die Benennung der Partei falsch war und durch die Berichtigung die Identität der Partei gewahrt wird (vorn E. 2.4). Wird statt A._____ (als natürliche Person) die Aktiengesellschaft als Beschwerdeführerin behandelt, wird zwar ein anderes Rechtssubjekt als Partei eingesetzt, nicht aber die Identität der eigentlich von der EAV anvisierten Partei gewechselt. Aus der Verfügung geht nämlich – namentlich aufgrund der wiederholten Erwähnung des Y-Clubs – hervor, dass die EAV die Person ins Recht fassen wollte, die den Club betreibt. Dabei hat sie bloss irrtümlich A._____ als Adressaten bezeichnet (zusammen mit dem Geschäftslokal), weil sie offenbar annahm, er sei Betreiber des Clubs und von der in Wahrheit den Club betreibenden Aktiengesellschaft

keine Kenntnis hatte (vgl. hierzu Vernehmlassung S. 2 f., vorn Bst. F Sachverhalt). Die Identität des eigentlich von der EAV gemeinten Verfügungsadressaten, nämlich des Betreibers des Clubs, war damit erkennbar. Als Beschwerdeführerin kann damit die Aktiengesellschaft betrachtet werden. Eine solche Korrektur scheint im Übrigen wie erläutert auch dem Willen von A._____ bzw. der Aktiengesellschaft zu entsprechen (E. 3.3.1).

3.4 Abgesehen von der Berichtigung der Partei zeitigt der Eröffnungsfehler keine weiteren Konsequenzen:

3.4.1 Auszuschliessen ist vorab die Nichtigkeit der Verfügung. Durch die Eröffnung an den einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat hat trotz unterlassener Eröffnung an sie aufgrund der Organstellung des Verwaltungsrates auch die Aktiengesellschaft die Verfügung zur Kenntnis erhalten. In diesem Fall ist, anders als wenn die betroffene Partei vom Entscheid gar nicht erfahren hätte, nicht von Nichtigkeit auszugehen (vorn E. 2.3; s.a. UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 11 zu Art. 38). Der Eröffnungsmangel führt damit nicht zur Nichtigkeit, sondern bloss zur Anfechtbarkeit der Verfügung.

3.4.2 Der Eröffnungsmangel und namentlich Art. 38 VwVG (hierzu vorn E. 2.3) erfordert weiter auch keine Aufhebung der Verfügung. Vorliegend entstand der Aktiengesellschaft – als eigentlicher Partei – trotz der unterlassenen Eröffnung an sie an sich kein Nachteil, weil sie über A._____, ihren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat, von der Verfügung Kenntnis erhielt und durch dessen Beschwerde auch ihre Rechte gewahrt wurden. Der Eintritt eines allfälligen Nachteils wird weiter durch die nach vorstehend Gesagtem vorzunehmende Korrektur der Parteibezeichnung verhindert. Unter diesen Umständen ist die Aufhebung der Verfügung nicht erforderlich (vgl. vorn E. 2.3). Es ist damit die Heilung des Eröffnungsmangels durch das Bundesverwaltungsgericht durch Richtigstellung der Partei möglich (zu den – hier ebenfalls erfüllten – Voraussetzungen zur Heilung einer allfälligen Gehörsverletzung vgl. statt vieler: BGE 133 I 201 E. 2.2; 129 I 129 E. 2.2.3; BVGE 2008/47 E. 3.3.4 S. 676 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 986 f.).

Eine Aufhebung der Verfügung wird im Übrigen von A._____ bzw. der Beschwerdeführerin auch nicht verlangt. Eine Berufung auf den Eröffnungsmangel würde denn auch nach dem Gesagten nicht durchdringen. Zudem wäre sie aus folgenden Gründen auch treuwidrig:

Einerseits ist die falsche Eröffnung nicht allein der EAV anzulasten, sondern zumindest auch auf das Verhalten von A._____ zurückzuführen, der der EAV gegenüber nie klargestellt hatte, dass die Aktiengesellschaft Betreiberin des Y-Club ist (vgl. hierzu auch Vernehmlassung S. 2 f., vorn Sachverhalt Bst. F). Andererseits wäre von ihm zu erwarten gewesen, dies zumindest nach der Eröffnung der Verfügung der EAV anzuzeigen und die richtige Eröffnung an die Aktiengesellschaft zu verlangen (vgl. vorn E. 2.3; s.a. UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., N. 11 zu Art. 38).

3.5 Zusammenfassend wurde die Verfügung zwar an den falschen Adressaten eröffnet, sie braucht aber aufgrund dieses Eröffnungsmangels nicht aufgehoben zu werden. Zur Behebung des Mangels wird im vorliegenden Verfahren die Partei berichtigt und der richtige Verfügungsadressat, nämlich die Aktiengesellschaft, als Partei und als Beschwerdeführerin behandelt. Da aufgrund der Ausführungen in der Stellungnahme vom 25. Februar 2010 anzunehmen ist, dass A._____ die Beschwerde nicht für sich selbst führen will, sondern für die Aktiengesellschaft, kommt er als (zusätzlicher) Beschwerdeführer nicht in Betracht und ist seine Beschwerdelegitimation nicht zu prüfen.

4.

Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Norm. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden 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 (BGE 135 II 418 E. 2.2; 130 II 202 E. 5.1; 129 II 114 E. 3.1; 125 II 333 E. 5; 124 II 376 E. 5). Gegen den klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut ist eine Auslegung nur zulässig, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (BGE 128 V 20 E. 3a; 127 V 5 E. 4a).

5.

5.1 Art. 42b AlkG bestimmt unter dem Titel "Beschränkung der Werbung" erstens, dass die Werbung für gebrannte Wasser nur Angaben und Darstellungen enthalten darf, die sich unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen (Abs. 1). Zweitens sind preisvergleichende Angaben oder das Versprechen von Zugaben oder anderen Vergünstigungen verboten (Abs. 2). Drittens wird die Werbung an bestimmten Orten oder mittels bestimmter Werbeträger verboten (Abs. 3) und viertens gilt dies schliesslich für Wettbewerbe, bei denen gebrannte Wasser als Werbeobjekt oder Preis dienen oder ihr Erwerb Teilnahmebedingung ist (Abs. 4).

5.2 Hintergrund von Art. 42b AlkG ist der Folgende:

Nach Art. 105 der 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; der Bund trägt insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung. Wie in der Rechtsprechung festgestellt wurde, ist der hauptsächliche Zweck der Alkoholordnung der Schutz der öffentlichen Gesundheit. Der Bund soll auf dem Weg der Gesetzgebung zum Schutz der öffentlichen Gesundheit mässigend auf den Alkoholkonsum einwirken (BGE 128 I 295 E. 3d/aa; Urteil des BVGer A-1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 3.1; Entscheid der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission [ALKRK] vom 9. November 2001, VPB 66.45 E. 2).

Diese Verpflichtung besteht auch im Bereich der Werbung. Der historische Gesetzgeber ging davon aus, dass Werbung effektiv eine verkaufs- und umsatzfördernde Wirkung hat, und damit zu gesteigertem Alkoholkonsum führt. Da dies in Widerspruch steht zum verfassungsrechtlichen Auftrag, mässigend auf den Alkoholkonsum einzuwirken, ist der Bund verpflichtet, der Werbung Schranken zu setzen (Botschaft über die Änderung des Alkoholgesetzes vom 11. Dezember 1978, Bundesblatt [BBl] 1979 I 53, 77; Urteil des BVGer A-1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 3.2, 5.3.2). Auch Art. 42b AlkG dient also dem besagten gesundheitspolitischen Zweck der Mässigung des Alkoholkonsums (s.a. Botschaft, a.a.O., S. 54).

6.
Der vorliegend massgebliche Sachverhalt ist grundsätzlich nicht bestritten, so insbesondere die Angaben der EAV in der Verfügung, wonach der Y-Club mit Plakaten, auf seiner Internetseite und mit einem Radio-Spot im Lokalradio für den jeweils am Freitag stattfindenden "Schnägge-Fritig" werbe und dabei den Kunden verspreche, dass "fast alle Getränke" für je Fr. 5.-- abgegeben werden. Dieser Sachverhalt ergibt sich auch aus den Akten (vgl. act. 2, 4, 5, 7, 8). Die Werbetexte enthalten die Angabe "Eintritt & Konsumation je 5 CHF". Dem beigefügt wurde zum Teil die Klammerbemerkung "(auf) fast alle Getränke" (act. 2, 5, 7, nicht aber act. 4 und 8). Zu prüfen ist, ob diese Werbung gegen das in Art. 42b Abs. 2 AlkG enthaltene Verbot des Versprechens von Zugaben oder anderen Vergünstigungen verstösst.

6.1 Das Werbeverbot in Art. 42b AlkG bezieht sich – wie das AlkG als Ganzes – nur auf gebrannte Wasser. Das heisst, für andere alkoholische Getränke (Bier, Wein usw.) sind solche Versprechen nicht verboten.

Das strittige Angebot bezieht sich nach dessen Wortlaut auch auf gebrannte Wasser. Die Einschränkung "auf fast alle Getränke" ändert daran entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nichts. Wie die EAV in der Verfügung (und schon in einem Schreiben vom 26. August 2009) ausführte, müsste zur Herstellung einer zulässigen Werbung der Vorbehalt präziser ausgestaltet werden (z.B. "gilt nicht für Spirituosen und Alcopops"). Bei der vorliegenden Formulierung, welche nicht präzisiert, welche Getränke ausgenommen seien, konnte der Adressat der Werbung hingegen annehmen, dass auch gebrannte Wasser erfasst sind. Aufgrund der Getränkeliste ergibt sich zudem, dass auch tatsächlich gebrannte Wasser zu Fr. 5.-- abgegeben wurden, auch wenn dies an sich nicht entscheidend ist, weil ein entsprechendes Angebot bzw. genauer "Versprechen" bereits genügt (s.a. sogleich E. 6.2). Dass nicht sämtliche Spirituosen und Alcopops zu Fr. 5.-- ausgeschenkt wurden, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ist erst recht nicht erheblich, reicht es doch für eine Verletzung des Werbeverbots offenkundig, wenn nur für einzelne gebrannte Wasser Vergünstigungen versprochen werden.

6.2 Als Nächstes ist der Frage nachzugehen, ob ein in Art. 42b Abs. 2 AlkG verbotenes Versprechen von Vergünstigungen besteht. Zu prüfen ist dabei insbesondere das Vorbringen der Beschwerdeführerin, ein

Verstoss gegen dieses Werbeverbot sei nicht gegeben, weil effektiv gar keine Vergünstigungen vorgelegen hätten.

6.2.1 Der Wortlaut von Art. 42b Abs. 2 AlkG ist klar: Erfasst wird das "Versprechen" von Zugaben oder anderen Vergünstigungen. Nicht erforderlich ist das effektive "Gewähren" einer Vergünstigung.

Als solches Versprechen einer Vergünstigung kann der vorliegend strittige Werbetext qualifiziert werden. In einem Club sind im Normalfall nicht alle Getränke (und auch nicht "fast alle Getränke") für Fr. 5.-- zu haben. Der Konsument der Werbung geht also zwangsläufig davon aus, dass es sich hier um eine Vergünstigung handelt. Es wird bei den potentiellen Gästen der Anschein erweckt, dass die Abgabe zu Fr. 5.-- ein günstiges Angebot darstellt. Dies genügt. Massgebend ist die Wahrnehmung des Durchschnittskonsumenten und die Tatsache, dass dieser aufgrund des Angebots annehmen kann, es liege eine Vergünstigung vor. Ob der Y-Club bzw. die Beschwerdeführerin das Versprechen eingehalten hat oder nicht, d.h. ob er aufgrund der gewählten Preise und Mengen effektiv Vergünstigungen gewährt hat, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin unerheblich. Dies gilt erst recht für die Frage, ob Getränke unter dem Einstandspreis angeboten wurden. Es braucht damit auch nicht geprüft zu werden, ob die abgegebenen gebrannten Wasser tatsächlich "vergünstigt" waren oder nicht.

6.2.2 Die Beschwerdeführerin erläutert nicht, wie sie trotz des klaren Wortlauts und dessen Interpretation zu ihrer Ansicht gelangt, dass zur Erfüllung von Art. 42b Abs. 2 AlkG tatsächlich Vergünstigungen gewährt werden müssten. Vom eindeutigen Wortlaut von Art. 42b Abs. 2 AlkG könnte jedenfalls nur abgewichen werden, wenn sich aus den anderen Auslegungsmethoden klar ergäbe, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (E. 4). Dies ist hier nicht der Fall.

6.2.2.1 Vorab steht vorstehende Auslegung im Einklang mit dem historischen Sinn und Zweck von Art. 42a AlkG gemäss den Materialien (vgl. E. 4): Die Alkoholordnung im Allgemeinen und die Werbeverbote im Besonderen dienen dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und dem Zweck der Mässigung des Alkoholkonsums (E. 5.2). Werbungen wie die vorliegenden sind geeignet, dem Akoholkonsum Vorschub zu leisten und dies ist schon dann der Fall, wenn der Kunde nur in den Glauben versetzt wird, es würden Vergünstigungen gewährt.

6.2.2.2 Auch Sinn und Zweck bzw. historische Auslegung des spezifischen Verbots in Art. 42b Abs. 2 AlkG ergeben kein abweichendes Resultat:

In der Botschaft wird zum Einen ausgeführt, die Verbote in Art. 42b Abs. 2 AlkG sollten verhindern, dass die Vorschriften zur Reklamegestaltung über die Preisangaben umgangen werden können, indem das Publikum durch öffentlich kundgegebene Preisvorteile in den Laden gelockt oder zur Bestellung verleitet wird (a.a.O., S. 80). Dies bestätigt vorstehende Auslegung. Eine versprochene Vergünstigung genügt, um die Kunden in den Club zu locken.

Zum andern wird in der Botschaft erwähnt, Art. 42b Abs. 2 AlkG ergänze die Vorschriften von Art. 41 Abs. 1 Bst. g und h AlkG (a.a.O., S. 80). Abgesehen davon, dass Art. 41 Abs. 1 Bst. g (und damit auch Bst. h) AlkG gemäss der Botschaft ebenfalls verhindern sollen, dass die Spirituosen als Kassenschlager benutzt werden, um die Konsumenten in den Laden zu locken (sog. Lockpreisverbot) (a.a.O., S. 71), womit das soeben Gesagte gilt, lässt sich aus diesem Verweis nichts zum Vorteil der Beschwerdeführerin gewinnen. Art. 41 Abs. 1 Bst. g und h AlkG betreffen nämlich, worauf die EAV in der Vernehmlassung zu Recht hinweist, den Verkauf von Alkohol und nicht die Werbung. Entsprechend enthalten diese Bestimmungen auch nicht das Element des "Versprechens". Vorliegend geht es jedoch um das Werbeverbot, welches wie erläutert bereits verletzt ist, wenn eine Vergünstigung nur versprochen wird, und bei welchem nicht erheblich ist, ob die effektiven Preise kostendeckend sind oder nicht.

6.3 Die strittige Werbung verstösst demnach gegen Art. 42b Abs. 2 AlkG.

6.4 Die Beschwerdeführerin hält der EAV in verschiedener Hinsicht "willkürliches" Verhalten vor. So habe die EAV die Stellungnahme vom 12. Oktober 2009 (act. 20) nicht berücksichtigt, darauf keinen Bezug genommen und sich mit der darin enthaltenen Argumentation nicht auseinandergesetzt (Beschwerde S. 6). Weiter habe die EAV nicht geprüft, ob tatsächlich Vergünstigungen vorlagen, und auch damit habe sie "willkürlich" gehandelt (Beschwerde S. 8, 9).

Willkürliches Verhalten (zum Begriff der Willkür vgl. statt vieler BGE 134 I 140 E. 5.4) ist vorliegend nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin scheint der EAV genaugenommen auch nicht Willkür, sondern Ver-

letzungen des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 35 Abs. 1 VwVG) und der Begründungspflicht vorwerfen zu wollen. Letztere besagt, dass die Begründung so abgefasst sein muss, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, indem sie kurz die wesentlichen Überlegungen nennt, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinander setzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (statt vieler: BGE 133 III 439 E. 3.3; BVGE 2008/47 E. 3.2 S. 674 f.; Urteile des BVGer A-1336/2006 vom 2. Juli 2008 E. 2.1; A-3862/2007 vom 22. Januar 2008 E. 4.2).

Dass die EAV die Eingabe vom 12. Oktober 2009 "nicht berücksichtigt" bzw. nicht zur Kenntnis genommen hat, kann nicht angenommen werden; hierfür bestehen keinerlei Anzeichen. Insbesondere ist auch die Begründungspflicht nicht verletzt worden. Die Beschwerdeführerin bestreitet im Schreiben vom 12. Oktober 2009 wie auch in der Beschwerde, dass die Werbung eine "Vergünstigung" darstelle. Dieses Vorbringen ist aber, wie erläutert, unerheblich und das Werbeverbot unabhängig davon verletzt, ob effektiv eine Vergünstigung vorlag. Damit musste die EAV (wie auch das Bundesverwaltungsgericht: E. 6.2.1) entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht prüfen, ob tatsächlich eine Preisvergünstigung vorlag. Ebenso durfte die EAV ohne Gehörsverletzung darauf verzichten, in der Verfügung zu diesem offensichtlich unzutreffenden Argument Stellung zu nehmen. Hinzu kommt, dass die EAV zu diesem Vorbringen in der Vernehmlassung Stellung genommen hat, und dieses im vorliegenden Entscheid ausführlich behandelt wurde. Ein Verstoss gegen die Begründungspflicht wäre damit (würde er denn bestehen) auch geheilt worden (vgl. statt vieler: BGE 133 I 201 E. 2.2; Urteile des BVGer A-1737/2006 vom 22. August 2007 E. 2.2; A-1681/2006 vom 13. März 2008 E. 2.4 mit Hinweis).

7.

Dem Gesagten zufolge ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und die Beschwerdeführerin hat nach Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen. Sie werden nach Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'500.-- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Der Beschwerdeführerin als unterliegender Partei steht

keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist (statt A._____) die X._____ AG. Die Parteibezeichnung wird entsprechend berichtigt.

2.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- verrechnet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Salome Zimmermann Sonja Bossart Meier

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die

Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: