[AZA 0/2]
2A.130/2001/sch

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG **********

23. Mai 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der
II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Hartmann, Müller
und Gerichtsschreiber Merz.

_____

In Sachen
X._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprech Peter Platzer, Gurzelngasse 27, Postfach 815, Solothurn,

gegen
Eidgenössische Alkoholverwaltung, Eidgenössische Alkoholrekurskommission,

betreffend
Werbekampagne für Whisky W._____,
Zwischenentscheid
(Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung), hat sich ergeben:

A.- Die X._____ AG hat gemäss Eintrag im Handelsregister "Handel, Vertrieb und Marketing von Getränken aller Art, insbesondere alkoholischer Getränke" zum Zweck; u.a.
vertreibt sie den Whisky "W._____".

Am 1. November 1999 genehmigte die Koordinationsstelle für den Handel mit gebrannten Wassern der Eidgenössischen Alkoholverwaltung das Projekt einer Werbekampagne für den genannten Whisky. Dessen Konzept sah die Wiedergabe einer Aussage einer Person zu ihren Erfahrungen mit dem Produkt vor (sog. Testimonialwerbung). Gemäss Vorlage sollte ein Barkeeper eines bestimmten Lokals in der Schweiz in Schwarzweissbildern in seinem Arbeitsumfeld gezeigt werden verbunden mit einer werbewirksamen Aussage. In der Folge unterbreitete die X._____ AG der Eidgenössischen Alkoholverwaltung zwei andere Personenabbildungen und diverse Textvarianten, welche nach Anpassungen der Texte bewilligt wurden.

B.- Die Eidgenössische Alkoholverwaltung stellte später fest, dass die betreffende Werbekampagne sich zunehmend auf die Darstellung des Konsumbereiches verlagerte. Sie teilte darum der X._____ AG telefonisch mit, eine derartige Werbung könne nicht toleriert werden; zudem habe sie beschlossen, die Praxis zu ändern, weshalb einer Multiplizierung der Werbekampagne (neues Barpersonal an andern Standorten) nicht zugestimmt werden könne. Auf Verlangen der X._____ AG traf die Eidgenössische Alkoholverwaltung gestützt auf das Bundesgesetz vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz, AlkG; SR 680) die folgende Verfügung:
"1.- Die Werbekampagne der X._____ AG für Whisky
W._____ 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.. "

C.- Gegen diesen Entscheid erhob die X._____ AG am 10. Januar 2001 Beschwerde an die Eidgenössische Alkoholrekurskommission (Rekurskommission) und stellte die folgenden Begehren:

"1. Ziff. 2 der Verfügung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung
vom 21. Dezember 2000 sei aufzuheben
und die von der Vorinstanz entzogene
aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

2. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin im Sinne
einer anderen Massnahme gemäss Art. 56 VwVG die
Weiterführung ihrer aktuellen Werbekampagne bis
zur rechtskräftigen Erledigung des hängigen Beschwerdeverfahrens
zu erlauben.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.. "

Am 31. Januar 2001 reichte die X._____ AG bei der Rekurskommission eine weitere Beschwerdeschrift mit den folgenden Anträgen ein:

"1. Ziff. 1 der Verfügung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung
vom 21. Dezember 2000 sei aufzuheben
und der Beschwerdeführerin die Weiterführung
ihrer Werbekampagne für Whisky W._____ zu
bewilligen.

2. Eventualiter sei für die Inkraftsetzung der
Praxisänderung der EAV eine angemessene Übergangsfrist
anzusetzen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.. "
D.- Mit "Zwischenentscheid" vom 2. März 2001 erkannte der Präsident der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission als Einzelrichter:

"1.- Das Gesuch der X._____ AG um Wiederherstellung
der aufschiebenden Wirkung gegen die Verfügung
der Eidgenössischen Alkoholverwaltung vom 21. Dezember
2000 wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

2.- Vorsorgliche Massnahmen werden nicht angeordnet.. "

E.- Die X._____ AG hat gegen diesen Zwischenentscheid mit Eingabe vom 15. März 2001 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie stellt die folgenden Anträge:

"1. Der Zwischenentscheid der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission
vom 02. März 2001 sei aufzuheben
und die von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung
entzogene aufschiebende Wirkung
wiederherzustellen.

2. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin im Sinne
einer anderen Massnahme gemäss Art. 56 VwVG die
Multiplizierung ihrer aktuellen Werbekampagne

bis zur rechtskräftigen Erledigung des hängigen
Beschwerdeverfahrens zu erlauben.. ”

F.- Die Eidgenössische Alkoholrekurskommission hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Eidgenössische Alkoholverwaltung (im Folgenden: Alkoholverwaltung) schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

G.- Der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat mit Verfügung vom 19. April 2001 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ”keine aufschiebende Wirkung zuerkannt”.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Die Verfügung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung ist nicht im Verwaltungsstrafverfahren ergangen, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist nicht dem Gegenstand nach (Art. 99 OG) ausgeschlossen. Folglich ist die Rekurskommission zu Recht auf die Eingabe der Beschwerdeführerin eingetreten, und auch der Weiterzug ans Bundesgericht ist grundsätzlich zulässig (vgl. Art. 47 Abs. 1 AlkG in Verbindung mit Art. 97, 98 lit. e OG; Peter Uebersax, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Band III der Handbücher für die Anwaltspraxis, 1998, N. 6.56/6. 57, S. 208).

Vorliegend angefochten ist allerdings nicht ein Endentscheid, sondern ein Zwischenentscheid. Da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in der Sache selber zulässig ist, ist sie an sich auch gegen den Zwischenentscheid gegeben (Art. 101 lit. a OG e contrario). Vorausgesetzt ist allerdings weiter, dass dieser einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt (Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 1 VwVG; BGE 125 II 613 E. 2a S. 619, mit Hinweisen). Anders als im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde genügt jedoch bereits ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des Zwischenentscheides.
Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sei; vielmehr reicht auch ein bloss tatsächliches, insbesondere ein wirtschaftliches Interesse, sofern es der Beschwerdeführerin nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. BGE 125 II 613 E. 2a S. 620; 120 Ib 97 E. 1c S. 99 f., mit Hinweis).

b) Gegenstand des angefochtenen Entscheides (vgl.
dort E. 1a) ”bildet einzig die Frage der aufschiebenden Wirkung bzw. der Erlass einer vorsorglichen Massnahme”.
aa) Im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (vgl. Art. 1 und 3 VwVG) hat die Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz oder ihr Vorsitzender kann in solchen Fällen gemäss Art. 55 Abs. 3 VwVG die aufschiebende Wirkung wiederherstellen; über ein entsprechendes Begehren ist ohne Verzug zu entscheiden.

bb) Vorliegend hat die Eidgenössische Alkoholverwaltung einer allfälligen Beschwerde gegen das Verbot, die beanstandete Werbekampagne weiterzuführen, die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Vorinstanz hat diese Vorkehr geschützt und ihrerseits auch keine (gegenteiligen) vorsorglichen Massnahmen angeordnet. Die Beschwerdeführerin darf allerdings jene drei Sujets mit Barpersonal, welche die Alkoholverwaltung bereits genehmigt hat, weiterhin verwenden und kann somit noch während einiger Zeit mit der Darstellung von Barpersonal für den Whisky W._____ werben (vgl. auch E. 5b des angefochtenen Entscheides). Verboten ist ihr jedoch aufgrund der geänderten Praxis, diese Werbung zu multiplizieren, d.h. über die drei bereits bewilligten Sujets hinaus fortzuführen. Insofern ist ihr ein tatsächliches Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung des vorläufigen Verbots zuzugestehen.

cc) Der angefochtene Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 5. März 2001 zugestellt, die Beschwerdeschrift am 15. März 2001 der Post übergeben. Die zehntägige Beschwerdefrist (Art. 106 Abs. 1, Art. 32 Abs. 3 Satz 2 OG) ist damit eingehalten.

dd) Die Eingabe entspricht den Formerfordernissen des Art. 108 OG. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.
2.- Beim Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat die Behörde zu prüfen, ob die Gründe, die eine sofortige Vollstreckung nahelegen, gewichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen. Allgemein wird sie den Entscheid, bei der ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt, auf den Sachverhalt gründen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, und nicht selber zeitraubende weitere Erhebungen anstellen (vgl. BGE 117 V 185 E. 2b S. 191; 106 Ib 115 E. 2a S. 116). Auf Beschwerde gegen eine solche Zwischenverfügung hin beschränkt sich das Bundesgericht erst recht auf eine vorläufige Prüfung der Akten (vgl. BGE 99 Ib 215 E. 5 S. 221). Es kontrolliert, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, und hebt deren Entscheid nur auf, wenn sie wesentliche Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet hat (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Januar 1997, publiziert in sic! 1/1997 S. 327 E. 7a/dd S. 329).

3.- Im Lichte dieser Grundsätze lässt sich der angefochtene Zwischenentscheid nicht beanstanden:

a) Gemäss Art. 42b Abs. 1 AlkG darf die Werbung für gebrannte Wasser in Wort, Bild und Ton nur Angaben und Darstellungen enthalten, die sich unmittelbar auf das Produkt und seine Eigenschaften beziehen. Die Botschaft des Bundesrates vom 11. Dezember 1978 über die Änderung des Alkoholgesetzes hält in diesem Zusammenhang Folgendes fest (BBl 1979 I 53, Ziff. 246. 1, S. 79):

”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 oder 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.. ”

Auf die Erklärung einzelner Marktunternehmer hin, beim Mixen von Cocktails auf der Basis von Spirituosen werde faktisch ein neues Produkt hergestellt, sah sich die Alkoholverwaltung veranlasst, auch Spirituosenwerbung zu tolerieren, die Barpersonal an seinem Arbeitsort zeigt. Die Werbung mit solchen Sujets präsentierte allerdings auch die entsprechenden Begegnungsstätten und stellte diese bzw. das Barpersonal zunehmend ins Zentrum, während die eigentliche Produkteinformation immer mehr zurücktrat. Damit aber näherte sich die

Werbung dem Bereich der verbotenen Angaben und Darstellungen. Angesichts dieser Entwicklung lässt sich der vorgenommenen Praxisänderung - zumindest "prima facie" - nicht jede Berechtigung absprechen. Auf jeden Fall ist nicht von vornherein offensichtlich, dass die Anträge der Beschwerdeführerin in der Sache selber gutzuheissen oder abzuweisen wären. Die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Sache selber können somit bei der Beurteilung des angefochtenen Entscheides nicht ins Gewicht fallen (vgl.
BGE 99 Ib 215 E. 5 und E. 6a S. 221 f.).

b) Die Abwägung der sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen rechtfertigt es nicht, den angefochtenen Zwischenentscheid aufzuheben:
aa) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt sich ein - sogar erhebliches - öffentliches Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht ernsthaft bestreiten.
Sollte sich nämlich erweisen, dass die von der Alkoholverwaltung gehandhabte Bewilligungspraxis Art. 42b Abs. 1 AlkG verletzt oder doch zu Verstössen gegen diese Bestimmung führt, ist eine Praxisänderung unumgänglich, und sie muss auch ohne Verzug durchgesetzt werden. Entsprechend drängt sich auf, ab sofort keine neuen Bewilligungen dieser Art mehr zu erteilen. Um nun nicht die Beschwerdeführerin gegenüber Konkurrenten zu bevorteilen, erscheint unumgänglich, die Praxisänderung zumindest bezüglich neuer Sujets schon im jetzigen Zeitpunkt ebenfalls auf sie anzuwenden.

bb) Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, sie müsste eine gänzlich neue Werbeidee entwickeln; der damit verbundene finanzielle Aufwand sei ihr nicht zumutbar, "würde sich dieser doch - bei Gutheissung der Beschwerde in der Hauptsache - nachträglich als vollkommen unnötig und nutzlos erweisen". Der Einwand ist unbehelflich, denn das Gleiche gilt im umgekehrten Fall, d.h. bei Abweisung der Beschwerde, mit Bezug auf ihr Anliegen, "neue Werbesujets auf der Basis ihrer aktuellen Werbeidee zu entwickeln". Gerade weil die Beschwerdeführerin selber einräumt, sie müsse eine Werbekampagne regelmässig ändern, erscheint zudem der Gedanke abwegig, eine etwaige neue Werbeidee könne sich als vollkommen nutzlos erweisen.

cc) Dem Interesse der Beschwerdeführerin wird übrigens insofern Rechnung getragen, als sie mit den bewilligten drei Sujets weiterhin werben darf. Ausserdem bleibt ihr unbenommen, vorläufig im (oben umschriebenen) zulässigen Rahmen für ihre Produkte Werbung zu betreiben. Dies muss für die Dauer des Verfahrens genügen.
c) Zu Recht hat die Vorinstanz die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung verworfen; die damit verbundenen tatsächlichen Feststellungen sind nicht offensichtlich falsch und demnach für das Bundesgericht verbindlich (vgl. Art. 105 Abs. 2 OG).
Ob die Angaben der Alkoholverwaltung über den Prozentsatz (95 %) der ihr zur Bewilligung unterbreiteten Werbemassnahmen zutrifft oder nicht, hat hier für die Beurteilung keinen Einfluss. Unerheblich ist auch, ob die Werbung mit Barpersonal erstmals 1999 oder bereits 1997 für ein anderes Produkt bewilligt wurde.

aa) Fest steht, dass die Beschwerdeführerin die Werbekampagne der Alkoholverwaltung nicht auf einmal, sondern schrittweise unterbreitet hat. Ein Teil der (französischsprachigen) Texte konnte nicht bewilligt werden, sie wurden entsprechend geändert. Dass die Vorinstanz daraus gefolgert hat, die Beschwerdeführerin habe "nicht über eine von vornherein entwickelte Werbekampagne verfügt", lässt sich nicht beanstanden. Ebenso wenig der Hinweis, dass sie "schon Ende Oktober 1999 sämtliche geplanten Sujets bei der EAV zur Beurteilung hätte einreichen können" (E. 5c/aa des angefochtenen Zwischenentscheids). Soweit die Beschwerdeführerin dies - aus welchen Gründen auch immer - nicht getan hat, kann sie sich, zumindest im Rahmen des vorliegenden, auf die Frage der Nichtgewährung der Suspensivwirkung beschränkten Verfahrens nicht auf Vertrauensschutz berufen, und die diesbezüglichen Vorbringen betreffend getätigter Investitionen stossen demnach ins Leere. Unter diesen Umständen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die von der Beschwerdeführerin geforderte allgemeine Veröffentlichung der geänderten Praxis der Alkoholverwaltung hier eine Rolle gespielt hätte. Als die Alkoholverwaltung die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der ihr bekannt
gemachten Praxisänderung aufforderte, bereits erarbeitete neue Sujets noch zur Bewilligung vorzulegen, kam diese dem nicht nach. In ihrer Beschwerdeschrift meinte sie dann sogar, eine "Produktion auf Vorrat" mache keinen Sinn.

bb) Im Übrigen ist zu beachten, dass sich die behördliche Zusicherung wegen des schrittweisen Vorgehens

der Beschwerdeführerin nicht auf die ganze Werbekampagne, sondern jeweils nur auf das einzelne, zur Bewilligung unterbreitete Sujet beziehen konnte. Der Werbung mit den bereits bewilligten Sujets aber steht, wie gesehen, nichts entgegen.
An der Beschwerdeführerin wird es sein, sich für die Dauer des Verfahrens entsprechend einzurichten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt sich auch nicht sagen, der Entzug der aufschiebenden Wirkung komme im Ergebnis bereits der Abweisung der Beschwerde in der Hauptsache gleich.
Sollte sie mit ihrer Beschwerde in der Hauptsache obsiegen, wird sie ihre beabsichtigte Werbung - wenn auch mit zeitlicher Verzögerung - noch durchführen können. Bei einstweiliger Gestattung jener Werbemassnahmen würde die Hauptsache hingegen ohne zwingenden Grund (weitgehend) vorweggenommen, zumal die Beschwerdeführerin die beanstandete Werbekampagne ohnehin nur über einen begrenzten Zeitraum durchführen will.

d) Nach dem Gesagten lässt sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtlich nicht beanstanden. Damit aber bleibt kein Raum für vorsorgliche Massnahmen, die praktisch zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung führen würden. Im Übrigen sind die zur Gewährung der aufschieben- den Wirkung geltenden Grundsätze auch sinngemäss auf die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden (BGE 117 V 185 E. 2b S. 188).

4.- Demnach erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet. Entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 156 Abs. 1, 153, 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG).
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.- Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin und der Eidgenössischen Alkoholverwaltung sowie der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission schriftlich mitgeteilt.

_____
Lausanne, 23. Mai 2001

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: